

Cooperación Judicial Penal en Europa

Directores

Miguel Carmona Ruano

Ignacio U. González Vega

Víctor Moreno Catena

Coordinadora

Amaya Arnáiz Serrano

En sentido amplio, el auxilio judicial internacional consiste en la asistencia entre dos países para la realización de actuaciones jurisdiccionales fuera del respectivo ámbito territorial.

Como manifestación tradicional de la soberanía, el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades judiciales de un Estado se encuentra circunscrito al interior de sus fronteras. No obstante, los retos planteados por los movimientos migratorios y la creciente interrelación entre individuos y empresas (en el ámbito civil), así como por la seguridad y la lucha contra la delincuencia internacional (en el ámbito penal), obligan a adoptar mecanismos jurídicos que permitan la actuación extraterritorial en el ejercicio de la jurisdicción al tiempo que se concilia con la salvaguarda de la soberanía de los Estados y el respeto a los derechos y libertades fundamentales.

Junto a ello, el proceso de construcción de un “espacio judicial común” enunciado en el Tratado de Lisboa confiere un impulso especial a la cooperación judicial penal que, plenamente comunitarizada, se empieza a configurar bajo el prisma de un nuevo paradigma, como es el del reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, al que recientemente se añadido uno nuevo: el de disponibilidad. Esta obra tiene por objeto el estudio del actual proceso de construcción del Espacio Judicial Europeo en materia penal así como sus perspectivas de futuro. De esta manera, se analizará desde sus inicios la cooperación judicial penal tanto desde los entornos bilaterales como los multilaterales en el marco de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea.



Universidad
Carlos III de Madrid



Con el apoyo de la Unión Europea
With the support of The European Union
Avec le soutien de l'Union Européenne

Cooperación Judicial Penal en Europa

Cooperación Judicial Penal en Europa

Directores

Miguel Carmona Ruano
Ignacio U. González Vega
Víctor Moreno Catena

Coordinadora

Amaya Arnáiz Serrano

Colaboraciones de

Jorge Albino Alves Costa, Amaya Arnáiz Serrano, Julieta Carmona Bermejo, Raquel Castillejo Manzanares, José Miguel García Moreno, Emilio Gatti, Ignacio U. González Vega, Fabio Licata, Raquel López Jiménez, Marcos Loredó Colunga, Fernando Martínez Pérez, Rosa Ana Morán Martínez, Víctor Moreno Catena, José Mouraz Lopes, Andrés Palomo del Arco, Ignacio Pando Echevarría, Clara Penín Alegre, María Poza Cisneros, José Ricardo de Prada Solaesa, Andrés Salcedo Velasco

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
EUROPEAN JUDICIAL TRAINING NETWORK
INSTITUTO DE JUSTICIA Y LITIGACIÓN “ALONSO MARTÍNEZ”
DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2013

© 2013 CGPJ

Venta: Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Diseño: TallerOnce

ISBN: 978-84-9031-776-1

Depósito Legal: M-36031-2013

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/18330>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE SUMARIO

<i>Prólogo</i>	IX
<i>Abreviaturas</i>	XIII
1. Evolución de la Cooperación Judicial Penal Internacional: en especial, la Cooperación Judicial Penal en Europa: <i>Amaya Arnáiz Serrano</i>	1
2. El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo y sus implicaciones. Perspectivas del Tratado de Lisboa: <i>Víctor Moreno Catena</i>	41
3. El fortalecimiento de la confianza mutua: garantías procesales del imputado, estatuto de la víctima y protección de los datos personales: <i>Jorge Albino Alves Costa y Marcos Loredó Colunga</i>	79
4. El Convenio de Asistencia Judicial Penal de 1959: <i>José Miguel García Moreno</i>	111
5. El Convenio Europeo de Extradición: <i>Emilio Gatti</i>	167
6. Otros Convenios: <i>Andrés Palomo del Arco</i>	219
7. Espacio Schengen: <i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	267
8. El Convenio de 2000: <i>María Poza Cisneros</i>	321
9. El principio de Disponibilidad: antecedentes penales y Convenio de Prüm: <i>Fernando Martínez Pérez y María Poza Cisneros</i>	417
10. La Orden de Detención Europea: <i>Clara Penín Alegre</i>	497
11. Orden Europea de Embargo Preventivo y Aseguramiento de Pruebas, Decomiso y Exhorto europeo: <i>Andrés Salcedo Velasco</i>	611
12. Sanciones Pecuniarias: <i>Ignacio Pando Echevarría</i>	649
13. El principio de Reconocimiento Mutuo y su Desarrollo: <i>Fabio Licata</i>	705

14. Instrumentos multilaterales en el ámbito de las Naciones Unidas. La jurisdicción penal internacional: <i>Ignacio U. González Vega</i>	755
15. Delincuencia Organizada, Droga y Corrupcion: <i>José Mouraz Lopes</i> ...	809
16. Terrorismo: Convenios sectoriales. Financiación y blanqueo: <i>José Ricardo de Prada Solaesa</i>	845
17. Convenios bilaterales y de la Unión Europea con terceros: Especial referencia al Convenio UE-EEUU: <i>Raquel López Jiménez</i>	895
18. Instituciones de apoyo a la Cooperación: Red Judicial Europea, Eurojust, Europol, Interpol, Magistrados de Enlace, IberRed: <i>Julieta Carmona Bermejo</i>	943
19. Conflictos de jurisdicción, “ <i>ne bis in idem</i> ” y transferencia de procedimientos: <i>Rosa Ana Morán Martínez</i>	999
<i>Notas sobre los Autores</i>	XVII
<i>Índice General</i>	XIX

PRÓLOGO

Decir hoy que vivimos en un mundo globalizado y cada vez más intensamente interconectado puede resultar ciertamente un tópico, pero no por ello es menos cierto. Y esta realidad innegable tiene, como no podía ser menos, su reflejo en los procesos penales, en los que es ya muy habitual la presencia de elementos extranjeros, sea personales (víctimas, imputados, testigos, peritos) o materiales (transacciones financieras internacionales, pruebas situadas en otro país, etc.). Los órganos judiciales españoles emiten y reciben con creciente frecuencia peticiones de auxilio judicial internacional y lo mismo podría decirse de cualquier otro país europeo. Por otra parte, si queremos ser realmente serios y eficaces a la hora de enfrentar muchas manifestaciones actuales de delincuencia, que además resultan ser las más graves, ignorar su dimensión transnacional equivaldría a ponernos una venda ante los ojos y renunciar a ir más allá de los niveles más subalternos, consagrando la impunidad de los mayores responsables.

La integración europea aporta, además, una dimensión especial a esta realidad. No es sólo que los intercambios intracomunitarios de los países europeos, tanto personales como económicos, sean especialmente intensos, sino también que la proclamación como objetivo político de la Unión Europea de creación de un espacio único de libertad, seguridad y justicia introduce una dimensión nueva y cualitativamente distinta, en la que los parámetros tradicionales del auxilio judicial se ven sustituidos por conceptos como el reconocimiento mutuo o la disponibilidad, y en la que los instrumentos jurídicos tradicionales se ven sustituidos por nuevas fuentes de uso más complejo.

Tenemos, pues, que contar con estos dos marcos: intensificación de la presencia de factores y elementos transnacionales en los procesos penales e incidencia del proceso de integración europea, con sus nuevos parámetros y formas de producción normativa. Ante ello, desde las instancias de gobierno

del poder judicial no podemos permanecer pasivos y permitir que la irrupción de la dimensión internacional en los procesos suponga un obstáculo: por el contrario, hemos de asegurar no solo que los jueces y tribunales de nuestros países puedan afrontar estas circunstancias con normalidad, sino que además seamos capaces de obtener todas las enormes posibilidades que nos ofrecen las nuevas formas de cooperación que se están creando.

El Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ) viene tratando desde hace ya años de apoyar a nuestros jueces en este ámbito, cubriendo las carencias de formación que puedan afrontar, al tiempo que trata de ofrecerles las herramientas formativas e instrumentales que puedan facilitar su labor. Para ello se constituyó en su seno una comisión de relaciones internacionales, apoyada por un servicio con la misma denominación, los cuales participan activamente en todas las estructuras institucionales de cooperación jurídica internacional (RJE, RJE civil y mercantil, IberRed), se creó una Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE), formada por 62 magistrados repartidos por todo el territorio con la misión de ayudar y asesorar a sus compañeros en el auxilio judicial internacional, así como una Red de Expertos en Derechos de la Unión Europea (REDUE) que informa puntualmente de las novedades legislativas y jurisprudenciales.

Esta actividad institucional necesitaba atender también los aspectos formativos, lo que lo que movió al CGPJ a organizar y poner a disposición de los magistrados, españoles y de otros países europeos, este curso virtual sobre cooperación judicial penal en Europa, cuya V edición se desarrolla en 2012/2013 y que cuenta con el apoyo de la Comisión Europea. El sistema elegido de formación, combinando la forma virtual como el apoyo personalizado y una sesión final presencial, permite a nuestro juicio disfrutar de las ventajas de ambas formas.

La acogida favorable que ha tenido esta actividad formativa y la buena evaluación de quienes han participado en ediciones anteriores nos hace pensar que la iniciativa era adecuada. Pero no nos puede hacer caer en la rutina, de modo que hemos de esforzarnos en hacerlo siempre más atractivo y más útil. Las críticas o sugerencias que se nos hagan llegar serán siempre bienvenidas con este objetivo.

En esta línea se inscribe la publicación de los materiales del curso en edición electrónica, de modo que puedan estar a disposición de todos los interesados y no solo de quienes participaron en ellos. Esperamos así contribuir al ya señalado objetivo de que la dimensión internacional actual de muchos

PRÓLOGO

procesos penales no represente una dificultad añadida sino, por el contrario, abra posibilidades de actuación que hasta hace poco nos eran desconocidas o, como mínimo, poco accesibles.

Madrid, 2013.

Miguel Carmona Ruano
Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Presidente de la Comisión de Relaciones Internacionales

ABREVIATURAS

AFIS	Sistema de Información de Huellas Dactilares (Automated Fingerprint Identification System)
CAAS	Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen
CATS	Comité del art. 36 del TUE
CE	Siglas correspondientes a “Comunidad Europea” o “Comisión Europea”
CEAJMP	Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CEEx	Convenio Europeo de Extradición
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEPCIDI	Comisión ejecutiva permanente del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral
CEPOL	Escuela de policía europea
CEVISP	Convenio Europeo sobre el valor internacional de sentencias penales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIRCA	Son las siglas que hacen referencia a una herramienta de trabajo en grupo desarrollada por la comisión europea
CJI	Cumbre Judicial Iberoamericana
CMUE	Comité Militar de la Unión Europea
COPS	Comité Político y de Seguridad
COREPER	Comité de Representantes Permanentes de los Estados miembros
CPE	Cooperación Política Europea

CPI	Corte Penal Internacional
CTPC	Convenio sobre traslado de personas condenadas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECI	Equipo conjunto de investigación
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ECRIS	Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales
EEMM	Estados miembros
EJTN	Red Europea de Formación Judicial (European Judicial Training Network)
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
EM	Estado miembro
ENFSI	Red europea de laboratorios e institutos de policía científica
EPRIS	Sistema. Europeo de Índice de Ficheros Policiales
ETJUE	Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
EURODAC	Base europea de datos con las huellas dactilares de los solicitantes de asilo
EUROJUST	Organismo europeo para el refuerzo de la cooperación judicial
EUROPOL	Organismo Europeo de Policía
FGE	Fiscalía General del Estado
GMD	Grupo Multidisciplinar de Delincuencia Organizada
INTERPOL	International Criminal Police Organization
ISSOL	Conjunto normalizado de loci de INTERPOL
LOEDE	Ley sobre la orden europea de detención y entrega
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
ODE	Orden de detención europea
OLAF	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PEC	Protocolo de Expansión Comercial

ABREVIATURAS

PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PESD	Política Europea de Seguridad y Defensa
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PNR	Registro de Nombre de Pasajeros (Passenger Name Record)
REJUE	Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional
RJECM	Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil
RJE	Red Judicial Europea
RPTPI	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea
SIRAJ	Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia
SIS	Sistema de Información Schengen
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del TJCE
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEEA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TFPUE	Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
TPIUE	Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea

UDE	Unidad de “Drogas” de Europol
UE	Unión Europea
UIF	Unidades De Información Financiera

EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL: EN ESPECIAL, LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN EUROPA

Amaya Arnáiz Serrano

Introducción

El objeto de este capítulo introductorio es ofrecer una panorámica general sobre la evolución y el estado actual de las políticas sobre cooperación judicial penal en Europa. Esta tarea no es sencilla a la vista de la profunda transformación que esta materia ha experimentado en los últimos tiempos. Si bien en determinados ámbitos no se ha superado el marco tradicional de la cooperación basada en la asistencia mutua, en otros entornos regionales, como el de la Unión Europea, se han alcanzado cotas insospechadas de cooperación. Incluso puede decirse que se ha abierto un camino basado en la integración que tiene como última meta la construcción de un espacio europeo común de justicia. Para entender esta desigual evolución en función del entorno regional, debemos comprender en qué consiste la cooperación internacional y cuál es su finalidad.

Cooperar no es más que obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin. De esta definición dada por el diccionario de la Real academia española se desprenden sus dos notas características. En primer lugar, se trata de un proceso de interacción entre dos o más sujetos y, en segundo término, de un esfuerzo común que se dirige a la consecución de un mismo fin.

Pues bien, desde esta perspectiva debemos comenzar el estudio de la evolución de la cooperación jurídica internacional, analizando cómo se ha avanzado desde una cooperación bilateral entre Estados —restringida a la actuación conjunta de dos Estados cooperantes—, a una cooperación multilateral o regional, en la que ya no sólo intervienen Estados soberanos, sino también organizaciones internacionales con personalidad jurídica propia. Este hecho evidencia, de un lado, la mayor complejidad de los procesos de cooperación

en nuestros días, debido al número creciente de sujetos implicados y, de otro, la apremiante necesidad de establecer mecanismos de cooperación en un mundo en el que las fronteras están cada vez más desdibujadas y en el que, por consiguiente, el éxito de casi cualquier política depende en gran medida de la articulación de un esfuerzo común.

Asimismo, el objeto de la cooperación ha ido incrementándose de manera paulatina pero incesante, de modo que hoy es difícil encontrar alguna parcela del ordenamiento jurídico en la que no se hayan contemplado este tipo de políticas. Las materias objeto de cooperación que antes quedaban inmersas en el conjunto de la política exterior, han cobrado en la actualidad entidad o sustantividad propia, deslindándose de ese cajón de sastre.

Europa constituye un ejemplo paradigmático de esta evolución. Las primeras políticas desarrolladas a mediados de los años sesenta y referidas esencialmente a la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada surgieron en el marco de la Cooperación Política Europea (en adelante CPE), en la que se integraban esencialmente los asuntos de política exterior¹. De hecho, tal y como se desprende del art. 30 del Acta Única Europea, en el que se reguló por vez primera la CPE, ésta se definió de manera muy genérica como una estructura de coordinación de la acción exterior de los Estados miembros de la Comunidad Europea encaminada a conformar una política exterior europea común.

La cooperación jurídica en asuntos de justicia e interior comenzó a cobrar cierta sustantividad dentro de la propia Cooperación Política Exterior a partir del Consejo Europeo de Roma de 1975, en el que se acordó que los Ministros de Interior u homólogos se reunieran periódicamente para tratar las materias de su competencia, esencialmente las relativas al orden público, dando así origen al Grupo de Trevi.

La cooperación en materia de justicia sólo alcanzó autonomía propia a partir del Tratado de Maastricht en el que se estableció el Tercer Pilar del TUE, incluyendo el título V, en el que se derogaron las disposiciones del Acta Única y se estableció en su lugar la PESC (Política Exterior y de Seguridad Común, un replanteamiento de lo que fuera la PCE). Asimismo, se excluyeron de

¹ En este sentido, LIÑÁN NOGUERAS observaba que, «La cooperación política europea se había convertido en una estructura en la que por atracción se sumaban todos aquellos planos de colaboración entre los Estados miembros de las CCEE que no tenían cabida en los ámbitos competenciales comunitarios», en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª Ed., con Araceli Mangas, Madrid, 2005, pág. 719.

ese título los asuntos relativos a la cooperación en los ámbitos de justicia e interior (JAI) que pasaron a conformar el Título VI. Así es como la cooperación alcanzó su propio lugar en la construcción de la Unión, cobrando un protagonismo que la ha llevado recientemente a ser una materia comunitarizada por el Tratado de Lisboa², pasando a constituir parte del Derecho supranacional de la Unión.

1. La Cooperación Jurídica: concepto, contenido y fundamento

1.1. Concepto

La transformación que en los últimos tiempos ha experimentado la cooperación también ha tenido reflejo en su denominación. Si tradicionalmente se hablaba de cooperación judicial es hoy en día mucho más apropiado referirse a la cooperación jurídica internacional. Por cooperación judicial se ha venido entendiendo aquella actividad de colaboración entre Estados encaminada a hacer efectivo el proceso judicial de uno de ellos. Así pues, el concepto hace referencia a instrumentos tendentes a facilitar el ejercicio de la potestad jurisdiccional nacional, favoreciendo actividades como las de notificación de resoluciones judiciales, las citaciones y la práctica de pruebas en el extranjero. En la actualidad la cooperación se extiende a ámbitos que —aunque íntimamente relacionados con el proceso—, exceden de lo que debe entenderse por cooperación judicial en sentido estricto. Comprende así mecanismos encaminados no tanto a favorecer el juicio (pues por judicial no debe entenderse más que aquello que pertenece o es relativo al juicio) como a posibilitar otras actividades vinculadas al proceso, pero que están fuera de su ámbito. Es el caso de las medidas tendentes al intercambio espontáneo de información, a la creación de registros de antecedentes penales, a la incautación y confiscación de productos y beneficios de origen criminal y al cobro de multas y sanciones, por no hablar de la posibilidad de cooperar en materias de naturaleza administrativo sancionadora, procesos de gracia, etc.

En definitiva, parece mucho más apropiado hablar en nuestros días de cooperación jurídica internacional en materia penal que de cooperación ju-

² Tratado de Lisboa por el que se modifican el TUE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, (DO 2007/C 306/01) y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

dicial, pues esta nomenclatura permite incorporar todo aquello que atañe al derecho penal y no sólo a la actividad propiamente jurisdiccional³. Además, cuando se abordan las formas de cooperación en materia penal suelen distinguirse dos planos o dimensiones, desbordando uno de ellos claramente el marco procesal. Por un lado, la cooperación tiende a abordarse y desarrollarse desde un plano operativo, como es el relativo a los instrumentos que favorecen y hacen posible el proceso penal con elemento extranjero. Pero también, por otro lado, la cooperación aboca a los sujetos que participan en ella a formular planteamientos comunes de las normas penales tanto de naturaleza procesal como sustantiva. Y esta segunda dimensión de la cooperación como advirtiera HÖPFEL, «tiene sus raíces en los Derechos humanos y en el consenso internacional respecto de determinadas penalizaciones como en el caso del Derecho humanitario internacional, la lucha contra el terrorismo o, recientemente, también, en la protección del medio ambiente»⁴. Pues bien, esta armonización o acercamiento de los sistemas penales nacionales puede entenderse como la única forma de lograr una simplificación en los instrumentos de la asistencia propiamente judicial; sin embargo, parece más lógico pensar que obedece al deseo de alcanzar posturas comunes sobre el tratamiento de fenómenos delictivos de naturaleza internacional.

Si es un hecho que la cooperación ya no es mera asistencia judicial, pues se colabora no sólo para el desarrollo de un juicio sino también en otros aspectos relacionados con el proceso penal pero no estrictamente jurisdiccional-

3 Desde una perspectiva diversa afirma PARRA GARCÍA, «El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal», *CDJ*, núm. 13, 2003, pág. 4, que “particularmente podemos aceptar que el auxilio o asistencia judicial se refiere a la cooperación judicial donde existen mayores dosis asistenciales por parte del sistema judicial (jueces y fiscales, principalmente), en tanto que la cooperación jurídica comprendería una versión más amplia del auxilio mutuo entre autoridades que abarcaría también la colaboración con mayor orden de intervención gubernativa como es el caso de la extradición clásica, el traslado de condenados, transmisión de procedimientos, etc. Dicho de otra manera, este último concepto supone una faceta más presencial del Poder Ejecutivo en el proceso de remisión y cumplimentación de lo pedido, en tanto que el segundo representa una versión más “judicializada” de la cooperación. De esta misma manera, la “comisión rogatoria vendría asociada a una mayor intervención de las autoridades centrales, frente a la nomenclatura “solicitud de asistencia judicial” que podría ir unida a una mayor presencia de un régimen de comunicación directo entre las autoridades judiciales responsables”.

4 «Nuevas formas de cooperación internacional en materia penal», *CDJ*, núm. 7, 2001, pág. 226.

les; y, si además esta colaboración trasciende a la aproximación de los ordenamientos jurídicos, insisto en que parece más acertado referirnos a políticas de cooperación jurídica que no judicial.

No obstante, tanto en la legislación como entre la doctrina suelen emplearse ambas denominaciones indistintamente como si de sinónimos se tratase⁵.

A modo de conclusión puede considerarse que por cooperación jurídica internacional se entiende el conjunto de instrumentos legales de carácter supranacional que determinan las condiciones en las cuales deben actuar conjuntamente los Estados a fin de hacer efectiva la administración de justicia y, en última instancia, asegurar el ejercicio del *ius puniendi*. Por tanto, a través de la misma se definen los presupuestos y condiciones que han de concurrir para luchar contra la delincuencia transnacional ya sea desde ámbitos bilaterales como regionales e incluso, como veremos, globales.

1.2. Contenido

La cooperación jurídica desde su concepción clásica –que comprendía tanto lo que se conocía como “asistencia mayor” (es decir, la extradición) como la denominada “asistencia menor” (citaciones, emplazamientos y notificaciones)- hasta nuestros días ha experimentado una ampliación significativa de su objeto, hasta el punto de requerir, como hemos visto, de alguna precisión incluso terminológica. Su ámbito se ha extendido no sólo a aspectos particulares del proceso distintos de su tradicional campo de acción, como pudieran ser las medidas cautelares, sino que se ha extrapolado incluso a sectores cercanos pero distintos del proceso judicial *stricto sensu*, como pueden ser los mecanismos de cooperación policial. Estos han sido recientemente contemplados como mecanismos de cooperación jurídica cuando requieren de la intervención o control judicial –equipos conjuntos de investigación, transmisión espontánea de información, vigilancia u observación transfronteriza y “persecución en caliente”–.

5 Prueba de ello son nuestras propias leyes procesales, así en la LOPJ se hace referencia a la “cooperación jurisdiccional” (arts. 276-278), mientras que en la LEC se habla de cooperación judicial (vid. art. 177). En cualquier caso, son muchas y muy diversas las denominaciones que esta materia ha recibido y así se habla de cooperación jurídica, asistencia mutua, cooperación judicial, asistencia judicial, auxilio judicial, asistencia en materia penal, etc.

La incorporación de todos estos mecanismos evidencia que la cooperación jurídica ha trascendido el ámbito estrictamente judicial para incorporar actividades más propias de la cooperación policial íntimamente relacionadas con la posibilidad de enjuiciamiento. No cabe duda de que desde un plano estrictamente jurídico, la prevención del delito, en la medida en que no afecta a conductas delictivas en sí mismas, no debe ser incorporada a la cooperación jurídica, al menos en cuanto a su contenido estricto (cooperación judicial). En estos casos, nos encontramos en puridad ante actuaciones policiales o gubernativas, pese a que puedan tener implicaciones judiciales desde una perspectiva de política criminal⁶.

a) Instrumentos

En la actualidad los contenidos posibles de la cooperación son muy diversos. De un lado, podrán practicarse los tradicionales actos de citación y emplazamiento; así como la notificación de documentos y resoluciones judiciales. Asimismo, podrán realizarse actividades encaminadas a la obtención de pruebas, como la declaración del imputado o el interrogatorio de testigos o peritos. También será posible practicar medidas de aseguramiento como el embargo y el decomiso de bienes. Y como cooperación previa al proceso en sentido estricto, pero encaminada directamente al favorecimiento de su desarrollo, podrán realizarse actividades de investigación de la más diversa índole: entregas vigiladas, transmisión espontánea de información, intervenciones y escuchas de las telecomunicaciones, etc. También podrá solicitarse mediante instrumentos de cooperación el traslado de penados así como la información relativa a los antecedentes penales y la información sobre condenas judiciales.

b) Ámbito objetivo

Se produce también una ampliación del ámbito de aplicación de la cooperación. Originariamente el ámbito objetivo aparece restringido para infracciones penales, llegándose a excluir en un principio los delitos fiscales. Posteriormente se extiende su ámbito a los procedimientos administrativos cuando la infracción que es competencia de la autoridad administrativa pueda ser sometida por parte del afectado a un órgano judicial; también se extiende a los procedimientos de indemnización por medidas de instrucción o condenas injustificadas, a los procedimientos de gracia y a las acciones civiles conexas

⁶ Sobre este particular cfr. el trabajo de SALCEDO VELASCO, «Mecanismos procesales de cooperación judicial», *CDJ*, núm. 23, 1995, págs. 139-256.

a las penales mientras el órgano judicial penal aún no se ha pronunciado definitivamente sobre la responsabilidad criminal.

c) Ámbito subjetivo

En cuanto al contenido subjetivo de la cooperación también puede apreciarse una gran transformación. En la actualidad pueden intervenir en la cooperación una multiplicad de sujetos de naturaleza diversa. En este sentido hay que constatar que la actividad de cooperación encaminada a la investigación puede ser encomendada a diferentes organismos tanto en sede policial (en la que se incluirían a los servicios aduaneros y a los servicios administrativos de prevención del blanqueo de dinero), como en sede judicial (jueces, fiscales, secretarios en algunos casos)⁷.

De hecho, la complejidad que ha adquirido el marco normativo en esta materia ha sido tal que ha precisado de la creación de órganos e instituciones de diversa naturaleza encargados de facilitarla. Estas instituciones aunque tienen como misión favorecer la comprensión y coordinar la ejecución de estas políticas, han venido a complicar algo más la ya compleja estructura de instrumentos jurídicos relativos a la cooperación judicial. Así por ejemplo, en los últimos tiempos ha proliferado la creación de redes de cooperación, entre las que podrían mencionarse la red judicial europea⁸; la red de consulta Schengen⁹; la red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra¹⁰; la red europea de protección de personalidades¹¹ y la red europea de

7 Así por ejemplo, aunque en nuestro ordenamiento jurídico el Ministerio Fiscal no es responsable de la fase de instrucción, como sin embargo lo es en otros países europeos, a él le corresponden facultades autónomas de promoción y de prestación del auxilio judicial internacional.

8 Acción común 98/428/JAI, de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, por la que se crea una red judicial europea (DO L 191 de 7.7.1998, págs. 4-7).

9 Decisión del Consejo, 2003/330/CE, de 19 de diciembre de 2002, sobre desclasificación de la red de consulta Schengen (especificaciones técnicas) (DO L 116 de 13.5.2003, págs. 22-23).

10 Decisión del Consejo, 2002/494/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (DO L 167 de 26.6.2002, págs. 1-2).

11 Decisión del Consejo, 2002/956/JAI, de 28 de noviembre de 2002, relativa a la creación de una red europea de protección de personalidades (DO L 333 de 10.12.2002, págs. 1-2).

prevención de la delincuencia¹². Y con la misma finalidad que las redes, es decir, contribuir a simplificar y favorecer los procesos de cooperación jurídica, han sido creadas agencias como CEPOL¹³, Europol¹⁴ y Eurojust¹⁵; los magistrados de enlace¹⁶ y los grupos consultivos o de expertos¹⁷.

Finalmente, es preciso señalar que entre los sujetos que podrían intervenir en los procesos de cooperación podrían también encontrarse como requirientes los Tribunales Internacionales, como la Corte Penal Internacional¹⁸, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁰ así como los Tribunales de Crímenes de Guerra²¹. Por ello, sería deseable que no sólo en sus reglamentaciones sino particularmente en los tratados internacionales sobre la materia se contemplase esta posibilidad.

Esta creciente ampliación del contenido de la cooperación jurídica internacional puede identificarse incluso con una progresiva evolución, de manera que su contenido originario lo hallaríamos en la extradición y lo que se ha denominado tradicionalmente como la “pequeña asistencia judicial en materia penal” (citaciones, notificaciones y obtención de prueba). En una segunda etapa, se incorporaron instrumentos encaminados no tanto a la celebración

12 Decisión del Consejo, 2001/427/JAI, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una red europea de prevención de la delincuencia (DO L 153 de 8.6.2001, págs. 1-3).

13 <http://www.cepola.europa.eu/>

14 <http://www.europol.net>

15 <http://www.eurojust.europa.eu/>

16 Acción común, 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 105 de 27.4.1996, p. 1/2).

17 Decisión de la Comisión, 2003/209/CE, de 25 de marzo de 2003, relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado “Grupo de expertos en la trata de seres humanos” (DO L 79 de 26.3.2003, págs. 25-27).

18 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998 (<http://www.icc-cpi.int/>).

19 <http://www.echr.coe.int/echr/>

20 <http://curia.europa.eu/es/>

21 Así por ejemplo, el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, establecido por Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de mayo de 1993 (<http://www.icty.org/>); el Tribunal Penal para Ruanda, establecido por Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 8 de noviembre de 1994 (<http://www.icty.org>).

del juicio como a la ejecución del mismo, como fueron la transferencia de la persecución y ejecución de sentencias condenatorias penales de los propios nacionales. Y, en una tercera etapa, podría decirse que las formas tradicionales de cooperación se intensifican —por ejemplo, se permite solicitar y prestar asistencia judicial no sólo para asuntos penales, sino también para investigaciones por actos castigados con sanciones administrativas o procesos de gracia entre otros—, y se simplifican los medios de comunicación, cuestión que en la práctica goza de gran trascendencia. La tercera fase que podría decirse que arranca con el Convenio de la Unión Europea relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal (en lo sucesivo CAJMP 2000)²² y llega hasta nuestros días y que viene a ampliar y mejorar el campo de aplicación del Convenio de Asistencia Judicial de 1959²³ y el Acervo Schengen. En esta progresión, puede decirse que son las herramientas institucionales las últimas en incorporarse. Y nacen precisamente para tratar de arrojar algo de luz al complejo cariz que ha ido adquiriendo la cooperación judicial penal²⁴.

1.3. Fundamento

El fundamento de la cooperación jurídica internacional ha experimentado una importante transformación. La cooperación surgió como un medio para posibilitar a los Estados la satisfacción de sus propios intereses nacionales. En una materia como la penal, construida sobre la base del principio de territorialidad, la aparición de litigios transfronterizos o procesos con elemento extranjero ponía en evidencia la incapacidad de los Estados para hacer frente por sí mismos a estos nuevos fenómenos. Resulta paradójico comprobar como el Derecho penal, pieza esencial de la construcción clásica de la soberanía²⁵,

22 Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000, por el que se celebra de conformidad con el art. 34 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (DOCE serie C, núm. 197, 12-7-00, pág. 3).

23 ETS (“European Treaty Series”) núm. 30, véase también el protocolo a la convención relativo a la asistencia penal de 17 de marzo de 1978.

24 Recursos entre los que se encuentran: las fichas informativas; el atlas judicial; los formularios de asistencia para la redacción de escritos y las guías prácticas de recursos legales como el prontuario.

25 Teoría clásica de la soberanía que es sintetizada por BACIGALUPO ZAPATER, «Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero», *CDJ*, núm. 7, 2001, pág. 199, como sigue: “Para un jurista las fronteras

quiebra ante la realidad de que las fronteras del territorio no pueden erigirse en límite para ejercer la soberanía del Estado. De hecho, en ocasiones, será preciso ejercer la soberanía propia en el territorio de otros Estados mientras que, otras veces, habrá de cederse el territorio para el ejercicio de la soberanía por parte de otro Estado²⁶.

La cooperación surge originariamente como parte de ese derecho internacional que era conceptuado como un derecho primitivo. De ahí que, su fundamento originario no fuese otro que la *comitas gentium ob reciprocam utilitatem* (cortesía internacional o recíproca utilidad) y el principio de *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser cumplidos). En última instancia, a través de la cooperación en esta materia no se buscaba por el Estado otra cosa que la realización de su propio Derecho. La cooperación judicial era por consiguiente considerada como un fin en sí mismo, perseguido por los Estados soberanos para dar satisfacción a un interés propio. En este momento histórico, constituyendo la cooperación judicial un verdadero acto de soberanía, era

del Estado son un límite territorial de la vigencia de las normas. Las leyes de un Estado sólo tienen validez dentro del espacio territorial en el cual pueden ser impuestas, es decir, dentro del territorio en el que el Estado ejerce su soberanía. Dicho de otra manera: las fronteras de mi soberanía son las fronteras de mi Derecho. Desde la perspectiva inversa, o sea, desde el exterior hacia el interior, las fronteras del Estado materializan un límite del poder de otros Estados: definen un ámbito de exclusión que se expresa en el llamado principio de no intervención».

²⁶ En cualquier caso, ésta no era la primera quiebra de la teoría clásica de la soberanía, pues como era advertido ya por BACIGALUPO ZAPATER, «Jurisdicción penal nacional...», op. cit., pág. 200, ésta se había producido ya en materia de Derecho humanos, pues “las fronteras del territorio ya no serán los únicos límites del poder que emerge de la soberanía. La pretensión de legitimidad reconoce también límites internos en el respeto de los derechos humanos y la comunidad internacional los garantiza mediante Tribunales supranacionales con jurisdicción en determinadas regiones [...] Después de la Segunda Guerra Mundial de 1939/1945 los Tribunales de Núrnberg y Tokio dieron lugar a un precedente de decisiva importancia respecto de la intervención de la comunidad internacional en la represión de las personas que tomaron decisiones en el ámbito de la soberanía de un Estado. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 17 de julio de 1988 viene a culminar este desarrollo del Derecho penal internacional”. Sobre la configuración de los Tribunales penales internacionales como un supuesto más de cooperación jurídica internacional en cuanto a la cesión de jurisdicción que implican, vid. LOVELACE, «Sistema de la justicia penal internacional: una hipótesis de integración», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm.1.747, págs. 75 y ss. y SALCEDO VELASCO, «Mecanismos procesales de cooperación judicial», cit., págs. 139-256.

prestada sobre la base de que los Estados cooperantes compartían unos parámetros constitucionales análogos, de los que cabía inferir el cumplimiento satisfactorio de los requisitos exigibles a toda solicitud de cooperación jurídica en condiciones de reciprocidad. De hecho, puede decirse que realmente son dos los actos de soberanía en que se traducía un acto de cooperación. De un lado, el del Estado requirente, que a través de la solicitud de la comisión rogatoria pretende dar satisfacción a un interés estatal propio (el ejercicio de su *ius puniendi*). Y, de otro, el del Estado requerido que ha de decidir si accede o no a dar cumplimiento a la petición de cooperación proveniente de otro Estado. Ambos actos regidos por la más absoluta discrecionalidad durante mucho tiempo. La intervención en los mismos de los ministerios de asuntos exteriores —no olvidemos que así es como surge la cooperación como parte de la política exterior—, no sólo ralentizaba el proceso de auxilio sino que, además, lo transformaba en un acto político, en la medida en que tanto la solicitud por el Estado requirente, como su concesión por el requerido eran decididas en atención a principios de oportunidad política y con plena discrecionalidad²⁷.

Sin embargo, las políticas de cooperación en materia penal se transforman rápidamente y asumen una función creciente, pues se manifiestan como la única manera eficaz de luchar contra una delincuencia internacional que, de otro modo, quedaría impune. Así es como los sistemas jurídicos de los diversos Estados se interrelacionan cada vez más en materia penal, con sistemas jurídicos internacionales de diversa índole (Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea, etc.), aunando los esfuerzos comunes para combatir eficazmente la delincuencia internacional.

A comienzos del siglo XX, las políticas de cooperación en materia penal empiezan a intensificarse. La colaboración entre Estados se contempla como la única forma eficiente para luchar contra una delincuencia que ha rebasado las fronteras nacionales. Pues bien, es en este momento cuando se produce una primera transformación de la razón de ser de la colaboración entre Es-

27 Aunque los términos en que debe producirse la cooperación han sido materializados en un sinnúmero de instrumentos jurídicos, esto no ha hecho desaparecer de plano la discrecionalidad que se ha filtrado en los mismos a través de cláusulas como las de orden público. Ejemplo de ello es la declaración contenida en el CAJMP de 2000 que dispone que «el presente Convenio no afectará al ejercicio de las responsabilidades que competen a los Estados miembros en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, y que corresponde a cada uno de los Estados miembros determinar, de conformidad con el artículo 33 del Tratado de la Unión Europea, en qué condiciones mantendrá el orden público y protegerá la seguridad interior».

tados en materia de justicia. Se produce un salto cualitativo que hace que se entienda que el motivo por el que se desarrollan políticas de cooperación no es ya la “cortesía internacional”, sino la consecución de la justicia social, entendida ésta como el valor justicia que se encuentra por encima de los intereses particulares de los Estados y que pretende no dejar impune crimen alguno. En este momento, la cooperación encuentra su razón de ser en la necesidad de brindar una respuesta eficaz al hecho de que, mientras la defensa de la sociedad en materia penal se ejerce primordialmente en ámbitos limitados dado el principio territorialidad, la delincuencia no se encuentra atada a esas barreras. La criminalidad se internacionaliza, lo que convierte en ineficientes a los sistemas penales nacionales. Ésta es la idea que subyace en las palabras de PESSINA, quien al analizar la extradición, institución reina de la cooperación, observa que «está fundada en el principio jurídico de que todos los Estados deben ayudarse para el cumplimiento de la justicia social; y como ya se va reconociendo una justicia común y superior a los intereses particulares de las diversas naciones, debe reconocerse también como deber de justicia internacional la necesidad de que se estipulen tratados para que se ayuden alternativamente los Estados en el castigo de los delincuentes. Y aunque la autonomía del Estado nacional, fundamento de la inviolabilidad del territorio, es idea que está profundamente arraigada en el Derecho, no por eso debe tolerarse que esta inviolabilidad se retuerza contra el Derecho mismo, llegando a ser medio que favorezca la fuga y la impunidad del delincuente»²⁸.

Esta cooperación es posible en la medida en que comienza a cobrar fuerza el principio de reconocimiento mutuo. La lucha conjunta contra delincuencia internacional sólo puede sustentarse sobre la base de la confianza recíproca de los Estados cooperantes en sus respectivas jurisdicciones penales. Y ello se pone de manifiesto por ejemplo en el Programa de Medidas del Consejo de 15 de enero de 2001²⁹, basado en la comunicación de la Comisión de 26 de julio de 2000³⁰, en el que se señala que el principio de reconocimiento mutuo se sustenta sobre todo en un zócalo común de convicciones integrado por la opción tomada a favor de la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos, así como el Estado de Derecho.

²⁸ *Elementos del Derecho penal*, trad. por Hilarión González del Castillo, 4^a Edic., Reus, Madrid, 1936, pág. 258.

²⁹ Programa de medidas relativas a la transposición del principio del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal, DOCE serie C, núm. 12, 15-1-2001, pág. 1.

³⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, COM (2000) 495 final.

Hoy puede decirse que el fundamento de la cooperación jurídica ha experimentado una transformación más, pues en una comunidad internacional integrada mayoritariamente por Estados de Derecho, la pacificación de los conflictos no puede desvincularse de los derechos fundamentales. De ahí que, en nuestros días la cooperación jurídica internacional en materia penal debiera encontrar su razón de ser, ya no en el interés del Estado en ejercer el *ius puniendi* y pacificar el conflicto; ni tampoco en la búsqueda de la justicia social y la lucha contra la impunidad, sino en los derechos de las partes del proceso penal. De este modo, la política de cooperación alcanzaría un sustento claramente constitucional como es el de dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva.

Hoy debe entenderse que los intereses que entran en juego cuando hablamos de cooperación jurídica internacional, no son los intereses públicos relacionados con la soberanía del Estado, es decir, el derecho de penar o la pacificación del conflicto; sino los intereses privados de los ciudadanos, en definitiva, sus expectativas legítimas de dar satisfacción a su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Y ello es así porque son los procesos en los que son parte los que se encuentran pendientes de la posibilidad de obtener la colaboración de otras autoridades judiciales para la eficaz resolución de sus conflictos.

Luego, ha quedado definitivamente superado todo aquello relativo a la cortesía internacional para dar satisfacción a la tramitación de una solicitud de asistencia, desterrando las ideas tradicionales de soberanía o reciprocidad en las que aquélla se basa. La cooperación judicial debe tener como fundamento único y cardinal la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de aquéllos que se ven involucrados en un proceso, y que no debieran ser desprovistos de ningún medio antes, durante o después del proceso, por contar el mismo con un elemento extranjero pues, de otros modo, quedarían mermados injustificadamente sus derechos y garantías procesales.

Prueba de esta transformación en el fundamento de la cooperación jurídica internacional ha sido la propia UE. En ella, y como resultado de la consecución de un “espacio de libertad, de seguridad y justicia”, la cooperación jurídica ha pasado de ocupar en sus orígenes un papel casi anecdótico a convertirse en una de sus protagonistas, pues en un espacio común la cooperación es presupuesto de la justicia, dado que los litigios tienden a convertirse en transfronterizos.

En este contexto el desarrollo de las políticas de cooperación se ha con-

vertido en el único instrumento eficaz para dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión, y es por ello que se ha llegado a hablar de una nueva libertad, la de la posibilidad de que una decisión judicial pueda circular por toda la Comunidad Europea y, en esta medida, garantice la continuidad geográfica de los derechos de los ciudadanos en todo el espacio europeo. De hecho, en el ámbito de la cooperación civil la libre circulación de decisiones judiciales es hoy una realidad, que esperemos no tarde mucho en ser reconocida en el ámbito penal³¹.

Por tanto, y a modo de conclusión, podríamos decir que los Estados tienen no sólo el derecho sino también el deber de prestar cuando les sea solicitada la correspondiente asistencia jurídica, pues tienen un deber prestacional en cuanto se hallan obligados a proveer el derecho a la tutela judicial efectiva, tanto cuando son Estados requeridos como cuando son requirentes. No obstante, debe partirse del hecho de que todo ello sólo será posible cuando esa cooperación jurídica pueda desarrollarse en el marco de los principios y derechos constitucionales del Estado implicado. De ahí la importancia, como veremos más adelante, de la necesidad de armonizar las leyes sustantivas y procesales de naturaleza penal, única forma de que el principio de reconocimiento mutuo, motor en nuestro días de la cooperación, pueda desplegar sus efectos³².

31 Sobre esta materia cfr. J.L. IGLESIAS BUHIGUES y M. DESANTES REAL, “La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea”, en E. GARCIA DE ENTERRIA y OTROS (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, págs. 711 y ss.

32 Algo que en nuestro días aún parece complicado pues como advierte PARRA GARCÍA, «El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal», cit., págs. 109-110: “La cooperación judicial internacional penal siempre está presidida –y no podía ser de otra manera– por la íntima conexión que la materia tiene con el ejercicio de soberanía de los Estados en la faceta que representa el ejercicio del *ius puniendi*. Esta situación, de ordinario da lugar a las siguientes consecuencias: los Estados suelen mostrar mayores reticencias a la hora de abordar la elaboración de convenios en la materia: los debates acerca de la redacción final pueden llegar a eternizarse; una vez aprobado el texto, la ratificación puede retrasarse y la formulación de declaraciones y reservas se amplía enormemente. De otra parte, la mención al principio de reciprocidad se multiplica en muchas disposiciones internas de los textos obligando a acudir, al tiempo de la aplicación, a la casuística concreta; cuando entra en vigor el texto, las dudas interpretativas pueden llevar a un abuso en el recurso a la intervención de Autoridades Centrales con la consiguiente dilación en el proceso de envío y devolución de la asistencia judicial; a mayor abundan-

2. Pasado, presente y futuro de la cooperación en materia penal

Si hay algún aspecto que parece haber permanecido inalterado en este breve pero intenso proceso de transformación que han experimentado las políticas de cooperación ése es, sin duda, su carácter fundamental de Derecho internacional público. Si retomamos la definición de la que partíamos al comienzo y la trasladamos a este contexto, nos encontramos ante una actividad desarrollada de forma conjunta por al menos dos Estados —aunque ya hemos visto que en la actualidad puede ser entre Estados e instituciones de Derecho internacional—, para alcanzar la efectividad del Derecho penal y procesal penal de alguno de los Estados implicados. La fuente más genuina de los mecanismos de cooperación jurídica en materia penal ha sido y es el tratado³³. No obstante, esta situación varía tras la entrada en vigor en diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa encontrándonos en esta materia ante un Derecho supranacional, que no internacional, en la medida en que la Unión reflejará la voluntad de los Estados miembros y sus ciudadanos, dado que sus competencias emanan

cia, el instrumento en vigor deberá ponerse en relación con otros anteriores, de distinta procedencia institucional y de diferente ámbito territorial; puesta en marcha una solicitud asistencia judicial al amparo de un instrumento internacional, su efectiva cumplimentación sufrirá de ordinario los lastres derivados del desconocimiento de sistemas procesales mutuos, de los diferentes sistemas legales y de estructuras judiciales respectivas, barreras lingüísticas, incorrecta interpretación de solicitudes..., etc”.

33 Se emplea en este momento el término “tratado” con su sentido más amplio, es decir, como expresión genérica utilizada para hacer referencia a todos los instrumentos vinculantes del derecho internacional concertados entre entidades internacionales, independientemente de su denominación formal. No obstante, en las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986 se confirma este uso genérico del término. Así, en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados se entiende por tratado “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Por su parte en la Convención de Viena del Derecho de Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, se amplía la definición de tratado para incluir los acuerdos internacionales que incluyen a organizaciones internacionales como partes. Así puede leerse en la misma que se entiende por tratado “un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

de dichos Estados³⁴. La cooperación judicial penal tras el Tratado de Lisboa se contempla en los arts. 82 y ss. del Capítulo 4 del Título V, “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que significa que las cuestiones penales han pasado a regularse por las reglas y procedimientos comunitarios en lo que se refiere a procedimientos legislativos e instrumentos legales. Y, además, esta materia queda sometida al control del TJUE y se regirá por los principios del derecho comunitario.

2.1. El pasado de la Cooperación

Hablar de cooperación judicial en materia penal es hablar de un pasado ciertamente reciente. El surgimiento de mecanismos de cooperación entre los Estados en la lucha contra la delincuencia puede fecharse entre finales del siglo XIX y comienzos del XX. Con anterioridad a este momento histórico puede decirse que las necesidades de cooperación se limitaban casi exclusivamente a la entrega, a través del mecanismo de la extradición, de aquellas personas que habían resultado acusadas o condenadas por delitos graves. De hecho, esta cooperación se encontraba supeditada a que entre los Estados cooperantes existiera un cierto entendimiento político así como sólidos vínculos históricos. La cooperación obedecía, como expusimos en un primer momento, a las reglas del buen entendimiento y buena voluntad basada en la reciprocidad, de modo que, excepcionalmente, un Estado (requerido) permitiría que otro (requirente) se sirviese de su administración de justicia para dar respuesta a un proceso judicial propio.

Es en la segunda mitad del siglo XX cuando la irrupción y el auge de formas graves de delincuencia asociadas al terrorismo, narcotráfico, trata de seres humanos y crimen organizado en general, hacen entrar en crisis la concepción del Derecho penal desde la teoría clásica de la soberanía. Comienzan así a fraguarse alianzas; primero entre Estados y posteriormente en entornos

34 El Tratado de Lisboa en esta materia no hace sino mantener las novedades recogidas por el Tratado Constitucional, tanto porque desaparece la consideración de la cooperación policial y judicial en materia penal como un pilar extracomunitario, sino sobre todo porque lo considerará en su integridad como una competencia compartida de la Unión; aunque mantenga la excepción territorial para Reino Unido, Irlanda y Dinamarca del mismo modo a como lo hacía el Tratado Constitucional. Cfr. GONZÁLEZ CANO, “Aproximación a la configuración de la cooperación judicial penal en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *Unión Europea Aranzadi*, vol. 32, núm. 3, 2005, págs. 5-8.

regionales, propiciando una respuesta supranacional para un problema de envergadura internacional.

Estos hechos son los que provocan que la cooperación internacional para la represión del delito entre los Estados experimente una evolución, permitiendo que la misma se sustente en principios que restringen objetivamente la soberanía de cada país. Queda así superada la teoría clásica de la soberanía nacional, que, basada en el principio de territorialidad y de no intervención, generaba la impunidad de los delitos internacionales³⁵. En este sentido, la contribución de los organismos internacionales y en particular de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la UE, fueron decisivas e inestimables a estos fines. Los primeros intentos de cooperación en materia penal basados en la vía convencional resultaron un auténtico fracaso, pues los mismos, no habiendo superado plenamente la concepción de la cooperación como acto de soberanía, contemplaban en los tratados un gran margen de discrecionalidad política en la concesión del auxilio, lo que les abocaba necesariamente al fracaso. Esta situación fue experimentada incluso en el ámbito de la UE, en la que el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición³⁶ y el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE³⁷ no llegaron a entrar en vigor y tan sólo fueron de aplicación provisional para algunos pocos Estado, fracaso debido, entre otros motivos, al escepticismo ocasionado por los amplios márgenes de discrecionalidad política que contemplaban.

35 Si bien, como acertadamente advierte GONZALO QUINTERO, [“Derecho penal y Unión Europea: territorio y competencia. El espacio judicial europeo”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 155, 2009, (Ejemplar dedicado a: Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos), págs. 658-659], el principio de territorialidad constituye un obstáculo para la armonización, y se precisa su superación, no puede obviarse que “[...] el principio de territorialidad no es sólo un concepto jurídico que traduce una idea de la soberanía, sino que además es una actitud ideológica. Esa ideología será cada vez más difícil de compatibilizar con la desaparición de las fronteras unida a la libertad de circulación de personas y mercancías”.

36 Acta del Consejo, de 10 de marzo de 1995, adoptado sobre la base del artículo K.3 del TUE, por el se establece el convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, DO C 78 de 30.3.1995.

37 Acta del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, adoptado con arreglo al artículo K.3 del TUE, por el que se establece el convenio relativo a la extradición entre los Estados miembro de la Unión Europea, DO C 313 de 23.10.1996.

2.2. El presente de la Cooperación

2.2.1. La necesaria persistencia de los entornos bilaterales

Aunque la cooperación jurídica internacional en materia penal tuvo su origen en políticas intergubernamentales de ámbito bilateral, para a continuación avanzar en ámbitos de carácter multilateral o regional, esto no ha supuesto en ningún caso la desaparición de este tipo de cooperación. Más aún, podría decirse que ésta constituye con carácter general una mejora de las disposiciones de ámbito regional. Prueba de ello es, por ejemplo, el art. 1.2 del CAJMP de 2000³⁸, en el que se dispone que: «El presente Convenio no afectará a la aplicación de disposiciones más favorables de acuerdos bilaterales o multilaterales entre Estados miembros, ni, como establece el apartado 4 del artículo 26 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial, a la aplicación de disposiciones relativas a la asistencia judicial en materia penal convenidas sobre la base de una legislación uniforme o de un régimen especial que establezca la aplicación recíproca de medidas de asistencia judicial en sus respectivos territorios»³⁹. Con ello, lo que se está haciendo es reconocer que en ocasiones las relaciones entre dos Estados derivadas de la vecindad, de los vínculos históricos, políticos o culturales pueden ser suficientes para alcanzar mejores instrumentos de cooperación. Aunque la globalización ha propiciado la lucha conjunta de los Estados contra la delincuencia, no es menos cierto que los instrumentos alcanzados desde ámbitos regionales no pueden equipararse en ocasiones a los que se pueden lograr a través de acuerdos bilaterales entre Estados que comparten una confianza plena en sus ordenamientos jurídicos por haber evolucionado históricamente en la misma dirección.

En sentido diametralmente opuesto puede decirse que los entornos bilaterales de cooperación subsisten también en la actualidad porque en ocasiones las diferencias entre Estados —ya sean geográficas, históricas, políticas o culturales—, no hacen posible su integración en un mismo ámbito regional,

38 Acto del Consejo de 29 de mayo de 2000 (DO C 197 de 12.7.2000).

39 De hecho, en el art. 22 del mismo texto vuelve a reiterarse que «ninguna de las disposiciones del presente Título constituirá un obstáculo para posibles acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros, destinados a facilitar la explotación de las posibilidades técnicas actuales y futuras en lo que respecta a la intervención legal de telecomunicaciones».

de modo que la más elemental cooperación, como puede ser la extradición, precisa de convenios bilaterales⁴⁰.

2.2.2. La consolidación de entornos multilaterales para el desarrollo de la Cooperación

a) En el marco de la ONU

La Organización de las Naciones Unidas ha sido y es desde sus orígenes la mayor organización internacional existente⁴¹, de ahí que el desarrollo de las políticas sobre cooperación jurídica internacional en materia penal se encuentre íntimamente relacionado con su actividad tras la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas⁴².

El trabajo de la ONU, procurando ir más allá de los intereses particulares de cada Estado, ha logrado llegar a buen fin en infinidad de ocasiones, consiguiendo que en los últimos tiempos se aprueben y entren en vigor un importante número de convenios multilaterales cuyo objetivo ha sido combatir las manifestaciones más graves de la delincuencia organizada (terrorismo, narcotráfico y crimen organizado en general) y luchar contra la internacionalización de las actividades criminales con carácter general. Para ello, ha impulsado el desarrollo de las políticas de cooperación en cada uno de sus convenios.

De hecho, la primera definición contenida en un tratado de lo que debe entenderse por “asistencia judicial” se halla en la Convención de las NU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988. En su art. 7 se contiene una exhaustiva definición de las modalidades de cooperación, dejando al margen la extradición que es contemplada en el art. 6. Pues bien, esta definición pese a su amplitud ha servido

40 Prueba de ello son por ejemplo el Tratado de extradición entre el Reino de España y la República Popular de China, firmado en Madrid el 14 de noviembre de 2005 (BOE de 28 de marzo de 2007); el Convenio de extradición entre el Reino de España y la República de Corea, hecho en Seúl el 17 de enero de 1994 (BOE de 4 de febrero de 1995); el Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de la India, hecho en Madrid el 20 de junio de 2002 (BOE de 27 de marzo de 2003) y el Convenio de extradición entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, firmado el 12 de septiembre de 2006 (BOE de 8 de noviembre de 2006).

41 En la actualidad cuenta con 192 Estados miembros, prácticamente la totalidad de los países reconocidos internacionalmente.

42 Firmada en San Francisco el 26 de junio 1945.

de inspiración para los múltiples convenios bilaterales y regionales relativos a la asistencia judicial en materia penal que vieron la luz durante los años posteriores⁴³.

Por tanto, su objetivo último es el de impedir la impunidad de cualquier actividad delictiva de carácter internacional, incentivando para ello la cooperación judicial entre los Estados. Y para ello no le ha faltado como decíamos ni iniciativa ni resolución, así en el marco de la ONU se han ratificado numerosas convenciones que han pretendido en última instancia favorecer la cooperación jurídica internacional en materia penal para luchar contra la delincuencia internacional.

b) En el marco del Consejo de Europa

Huelga decir que el germen de la cooperación jurídica internacional en materia penal se halla en la labor realizada por el Consejo de Europa a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. El Consejo logró poner los cimientos del posterior desarrollo de las políticas de cooperación en la UE. De hecho, gran parte de los instrumentos elaborados en su seno siguen constituyendo al día de hoy los pilares en los que se asienta la colaboración entre los Estados de Europa⁴⁴. Sus textos constituyeron la primera manifestación de la voluntad de cooperar a nivel europeo, superando así la tradicional colaboración basada en los convenios bilaterales.

Aunque han sido muchos los textos aprobados en el seno del Consejo de Europa relativos a la cooperación jurídica internacional, como veremos a continuación, tres han sido los hitos que han marcado un antes y un después en la cooperación europea y que merecen si quiera una breve referencia.

El primero de los grandes convenios de cooperación judicial en el ámbito penal en el marco del Consejo de Europa fue el relativo a la “coopera-

43 El tenor literal del artículo 7.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988, bajo la rúbrica “asistencia judicial recíproca” disponía que: “La asistencia judicial recíproca que ha de prestarse de conformidad con el presente artículo podrá ser solicitada para cualquiera de los siguientes fines: a) recibir testimonios o tomar declaración a personas; b) comunicar documentos judiciales; c) efectuar inspecciones e incautaciones, d) examinar objetos y lugares; e) facilitar información y elementos de prueba; f) entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, inclusive documentación bancaria, financiera, social y comercial; g) identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios”.

44 Un análisis detenido sobre esta materia puede encontrarse en MIGUEL ZARAGOZA, «El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa», op. cit., págs. 13-40.

ción mayor”, la extradición. El Convenio de Extradición de 1957 supuso tres grandes avances en esta materia. En primer lugar, suprimió el sistema de lista de delitos sustituyéndolo por el sistema de doble incriminación. En segundo lugar, hizo desaparecer el denominado principio de la *prima facie* y, finalmente, sustituyó los canales diplomáticos por la comunicación directa entre ministerios de justicia, lo cual dotaba de mayor agilidad a la tramitación de las solicitudes. De este modo, el Convenio sobre extradición constituyó un gran avance respecto de los tradicionales convenios bilaterales sobre la materia, pues con carácter general dispuso obligaciones internacionales y no facultades discrecionales. No obstante, no pudieron evitarse las cláusulas de salvaguardia como las de orden público, lo que no es sino un reflejo de que la cooperación en este momento sigue anclada en el concepto de soberanía nacional y, por consiguiente, en la concepción de la cooperación como un acto político en última instancia.

El segundo de ellos, el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959, que aunque nace con la vocación de facilitar la aplicación del Convenio europeo de extradición de 1957 enseguida pasa a cobrar autonomía propia, al preverse la posibilidad de aceptación por un importante número de Estados y dado que constituía una normativa de amplia aplicación. Este cambio en su proyección fue un gran acierto, pues en nuestros días sigue siendo uno de los tratados de mayor trascendencia práctica. Su ámbito de aplicación hacía mención únicamente a las infracciones penales, con exclusión de los delitos fiscales, los políticos y los militares. En él se regulaban tres modalidades diversas de cooperación. La primera de ellas, y más importantes, la referente a las comisiones rogatorias para actos de instrucción, entre los que se contempla aunque con grandes restricciones el embargo. La segunda comprendía la denominada cooperación menor, es decir, aquella que se refería a actos de notificación y a citaciones para peritos y testigos. Y, en tercer lugar, se contemplaba la notificación de antecedentes penales, que podía articularse para casos concretos o bien mediante el envío de remesas anuales de los Registros Centrales de cada Estado en relación con las condenas impuestas a sus nacionales en un Estado parte. A efectos prácticos es preciso señalar que en este Convenio se contempló por vez primera la posibilidad de que las comunicaciones fuesen directas entre jueces y fiscales a través de INTERPOL, para aquellas comisiones rogatorias que fuesen urgentes, evitando así el paso por los ministerios de justicia. Al igual que en el Convenio de Extradición, se establecen obligaciones jurídicas de los Estados parte, de modo que no

pueden negar la cooperación sino por razones de orden público, soberanía o seguridad nacional, razones que en la práctica pueden ser interpretadas de manera amplia.

Finalmente, debemos mencionar el Convenio sobre traslado de personas condenadas, mediante el cual un extranjero condenado en un Estado parte, puede solicitar cumplir su condena en el Estado del cual es nacional o en algún Estado con el que presente vínculos estrechos. Se contempla pues el derecho a solicitar el traslado, que no puede confundirse con la existencia de un derecho subjetivo al traslado. Habiéndose procedido al mismo se aplicará la legislación del Estado de cumplimiento, aunque los dos Estados intervinientes podrán conceder la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena. En cualquier caso, para poder proceder al mismo es preciso el consentimiento del condenado, no siendo posible un traslado de carácter forzoso. En este Convenio no se contemplan en cambio, como ocurría en los otros, obligaciones jurídicas; de hecho ni tan si quiera el Estado requerido deberá motivar su decisión. Parece que nos hallamos de nuevo más ante un acto de soberanía que ante un verdadero mecanismo de cooperación jurídica.

La importancia de estos textos provenientes del Consejo de Europa radica en que no siendo convenios universales, pues en principio sólo se encuentran abiertos a la firma de los Estados parte del Consejo de Europa, el Comité de Ministros podrá invitar a terceros Estados, incluso no europeos a que sean parte. A través de este mecanismo han logrado ampliar su ámbito inicial, mejorando así la eficacia de los instrumentos previstos en los mismos.

Si la amplitud en cuanto a las posibilidades de incorporación de terceros Estados a los Convenios del Consejo de Europa ha sido el gran acierto de su sistema de cooperación judicial, su debilidad ha sido no contar en este ámbito con un órgano judicial parangonable al del TJCE, pues los conflictos interpretativos o aplicativos no tienen en este marco solución judicial posible, lo que hace que para solventarlos deba acudir a la siempre compleja y delicada vía diplomática.

c) En el marco de la Unión Europea

Sin lugar a dudas, en el marco de la UE es donde han alcanzado mayores cotas de desarrollo las políticas de cooperación; pues, el hecho de que se hayan constituido en una comunidad los distintos Estados parte ha favorecido este proceso, pues ya dijimos que sólo en un contexto de integración y confianza pueden desarrollarse plenamente las mismas. Si bien esta materia será

abordado en los temas siguientes, es preciso hacer al menos una somera referencia a la misma, para entender el porqué es en este ámbito regional donde se proyecta la construcción de un espacio común de justicia, construcción no exenta como veremos de algunas objeciones.

En el ámbito de la UE el desarrollo de las políticas de cooperación judicial hay que buscarlo en el Tratado de Ámsterdam, pues en el mismo se contempla por vez primera la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Este tratado suponía una mejora sustancial respecto de la regulación de esta materia contenida en el denominado Tercer Pilar. De un lado, se precisaban los objetivos: el reforzamiento de la cooperación policial y judicial con el fin de evitar la impunidad y la inseguridad ciudadana. Se perseguía así la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que garantizándose la libre circulación de personas, también se asegurase la prevención y la lucha eficaz contra la delincuencia. Y, de otro, se incorporaba un nuevo instrumento, la decisión marco, que podría sustituir a los convenios interestatales⁴⁵.

Estas mejoras se revelaron más teóricas que prácticas, pues las decisiones marco según disponía el art. 34.2.b) del TUE, para ser aprobadas requerían de unanimidad en el seno del Consejo, lo que las hacía más complejas de adoptar y, por consiguiente, más infrecuentes en la práctica. Además, en la medida en que las decisiones marco sólo vinculaban a los Estados parte en cuanto a los resultados, dejando a su elección la forma y métodos para alcanzarlos, tampoco se lograba la tan deseada función de aproximación legislativa y reglamentaria para la que habían sido diseñadas. Pese a todo, el pronunciamiento del Tribunal Europeo en el conocido “Caso Pupino”⁴⁶ en el que se disponía que el Derecho nacional debía ser interpretado conforme a las

45 Recordemos que las materias que forman parte de este Tercer Pilar se caracterizan por constituir normas intergubernamentales del Título VI de la Unión Europea, lo que significa que se desarrollan a través de Decisiones y Acuerdos intergubernamentales. Por tanto, nos encontramos ante políticas en las que los Estados miembros convienen en cooperar, de modo que mantienen el poder último de decisión a través del Consejo, quedando relegadas a un segundo plano el resto de instituciones comunitarias. De este modo, en el desarrollo de estas materias el protagonismo sigue residenciado en los Estados miembros mientras que la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Justicia quedan en un segundo plano.

46 STJCE (Gran Sala), de 16 de junio de 2005, C-8209; 105/03. Su texto puede consultarse en www.curia.eu

decisiones marco, hizo recobrar la esperanza en la función armonizadora de estos instrumentos legales.

Fue la consagración del principio de mutuo reconocimiento como base para la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia en los Consejos Europeos de Cardiff (1998) y de Tampere (1999) lo que realmente supuso en el ámbito de la Unión la superación de los criterios y reglas tradicionales de las cooperaciones más propias de la asistencia judicial internacional⁴⁷. A través de este principio se ha pretendido caminar hacia instrumentos de cooperación que favoreciesen procesos más expeditivos y eficientes, y en los que desapareciesen los elementos de naturaleza política y en ocasiones de aleatoriedad que conllevaban los procesos basados en la asistencia mutua. Para ello, era preciso alcanzar una cierta armonización o aproximación de las legislaciones penales y procesales de los estados miembros, motivo por el cual se aprobaron numerosos instrumentos legales tendentes a conseguirlo⁴⁸. En cualquier caso, es preciso referir que el empleo de nuevos mecanismos de

47 En la conclusión núm. 33 de la Presidencia del Consejo de Tampere, puede leerse que «un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, *el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión*. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales» (El texto íntegro de las conclusiones puede consultarse en www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm).

48 Prueba de ello es, por ejemplo, la sustitución del tradicional procedimiento de extradición —lento y complejo en cuanto a su tramitación—, por la euroorden introducida por Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 [Diario Oficial L 190 de 18.7.2002], estableciendo un procedimiento más rápido y sencillo, en el que se suprime todo el procedimiento político y administrativo en favor de un procedimiento judicial. Así puede leerse en la misma que «la orden de detención europea propuesta por la Comisión tiene por objeto sustituir al sistema actual de extradición imponiendo a cada autoridad judicial nacional (autoridad judicial de ejecución) *reconocer, ipso facto, y con controles mínimos, la solicitud de entrega de una persona formulada por la autoridad judicial de otro Estado miembro* (autoridad judicial de emisión). Sobre el tema de armonización en el Tratado de Lisboa cfr. TERRADILLOS, “El proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: ¿hacia un sistema penal europeo?”, *Universitas vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, coord. Por Fernando Pérez Álvarez, Miguel Ángel Núñez Paz, Isabel García Alfaraz, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca 2007, págs. 811 y ss.

cooperación no ha supuesto la desaparición de las políticas de cooperación intergubernamentales entre los Estados miembros⁴⁹.

Para la construcción de este espacio común de libertad, seguridad y justicia se implementaron no sólo recursos legales sino también recursos institucionales, así puede hablarse de toda una política de cooperación institucional en materia penal. Se crearon instituciones europeas para coordinar la actividad nacional de persecución penal como EUROPOL⁵⁰, agencia central de trabajo policial conjunto. Por su parte, Eurojust⁵¹ nace como órgano de la UE con el objetivo de intensificar la eficacia de las autoridades competentes de los Estados miembros en la lucha contra las formas graves de delincuencia organizada y transnacional. Pretende facilitar una adecuada coordinación respecto a las investigaciones y actuaciones judiciales, a la vez que brindar apoyo a los Estados miembros para dar mayor eficacia a sus investigaciones y actuaciones. Asimismo, se crea la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF)⁵² cuya misión es proteger los intereses financieros de la UE, combatir el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad irregular, incluidas las irregularidades dentro de las instituciones europeas.

Pues bien, este panorama de la cooperación que hasta el momento se había traducido en una política de armonización de los sistemas nacionales —a

49 Siguiendo con el ejemplo anterior, puede leerse en la 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, que « a partir del 1 de enero de 2004 la decisión marco deberá pues sustituir a los textos existentes en la materia tales como: el Convenio europeo de extradición de 1957 así como el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1978 por lo que se refiere a la extradición; el Acuerdo de 26 de mayo de 1989 entre los 12 Estados miembros relativo a la simplificación de la transmisión de las solicitudes de extradición; el Convenio sobre la extradición simplificada de 1995; el Convenio sobre la extradición de 1996; las disposiciones del acuerdo de Schengen que hacen referencia a esta materia. Sin embargo los Estados miembros siguen siendo libres para aplicar y concluir acuerdos bilaterales o multilaterales en la medida en que faciliten o simplifiquen los procedimientos. La aplicación de estos acuerdos no debe en ningún caso perjudicar las relaciones con los otros Estados miembros que no forman parte del acuerdo».

50 Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol).

51 Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002 (DO L 63 de 6.3.2002), modificada por la Decisión 2003/659/JAI del Consejo, de 18 de junio de 2003 (DO L 245 de 29.9.2003).

52 Creada por la Decisión 1999/352/CE, EURATOM de la Comisión (DO L 136 de 31.5.1999, pág. 20).

través presuntamente de las decisiones marco—, y un política de cooperación institucionalizada —a través de la creación de instituciones colaboradoras—, parecía sufrir una nueva transformación en el Tratado Constitucional de la Unión⁵³, en el que finalmente se comunitarizaba esta materia. Sin embargo, el fracaso de este Tratado prolongó esta situación hasta el 1 de diciembre de 2009, momento en que entra en vigor el Tratado de Lisboa, que recoge en este aspecto fielmente las innovaciones del Tratado de Constitución.

La regla de la mayoría cualificada para el proceso de toma de decisiones como regla de funcionamiento general en el Consejo de Ministros será también aplicable al ámbito de la cooperación judicial y policial. En este sentido, se recupera el sistema de voto en las decisiones del Consejo ya previsto en el antiguo proyecto de Constitución. En cualquier caso con el Tratado de Lisboa se pretende cerrar un periodo de crisis institucional en la UE, y aún no siendo de carácter constitucional, reconoce la personalidad jurídica de la Unión, el Derecho comunitario con primacía frente al derecho de los Estados miembros y mantiene los puntos fundamentales de la fallida Constitución Europea.

2.2.3. El futuro de la Cooperación

El camino recorrido hasta el momento es la mejor demostración de que el futuro de la cooperación es alentador, pues no es sólo que en el marco de la Unión se esté caminando, no sin ciertas dificultades, hacia la creación de un espacio judicial común —lo que en sentido estricto supondría la superación de la cooperación—; sino que, además, ésta lejos de quedarse anclada en ámbitos regionales, está llamada a crecer y expandirse en la medida en que la globalización ha hecho posible que el crimen no encuentre fronteras. Por tanto, mientras pervivan la delincuencia organizada y la internacionalización de las actividades criminales, la cooperación jurídica internacional en materia penal, seguirá gozando de plena salud. Los Estados modernos, lejos de abandonar la lucha contra el crimen, habrán de poner sus esfuerzos en alcanzar los mecanismos de cooperación más eficientes posibles, pues ya no se trata de que estén en juego intereses nacionales, sino que también, y sobre todo, lo están los intereses de los sujetos afectados por el delito.

Ahora bien, lo deseable en un futuro próximo, que ya ha empezado a hacerse realidad, es que los Estados vayan avanzando desde los distintos ám-

⁵³ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, (DO 2004/C 310/01).

bitos regionales e incluso globales en la armonización de los Derechos sustantivos y procesales de naturaleza penal. Sólo a través de la adopción de normas que garanticen un alto grado de protección de los derechos de las personas, y que por tanto permitan crear una confianza mutua entre los distintos Estados, podrá reforzarse el principio de reconocimiento mutuo, que es y seguirá siendo el elemento clave de la cooperación judicial⁵⁴.

Prueba de esta realidad era el Programa de la Haya⁵⁵ en el que se considera que «la cooperación judicial en materia penal tendrá que potenciarse mediante la consolidación de la confianza mutua, y mediante el desarrollo paulatino de una cultura judicial europea basada en la diversidad de los sistemas jurídico-penales de los Estados miembros y en la unidad del Derecho europeo. Y para ello en una UE ampliada, la confianza mutua habrá de fundarse en la certeza de que todos los ciudadanos europeos tienen acceso a un sistema judicial de calidad. Luego, el favorecimiento del principio de reconocimiento mutuo, precisará del establecimiento de un sistema que prevea una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación de las medidas de la UE en el ámbito de la justicia, dentro del pleno respeto de la independencia del poder judicial y en consonancia con todos los mecanismos europeos existentes».

Pues bien, parece que en el momento actual el futuro de la cooperación judicial habrá de orientarse ya no tanto a aquellos aspectos operativos que daban origen precisamente a la misma, sino en aquél otro nuevo contenido de aquélla encaminado a un desarrollo común de las normas tanto sustantivas como procesales de naturaleza penal, que permita hacer efectivo el principio de reconocimiento mutuo basado en la confianza entre los Estados.

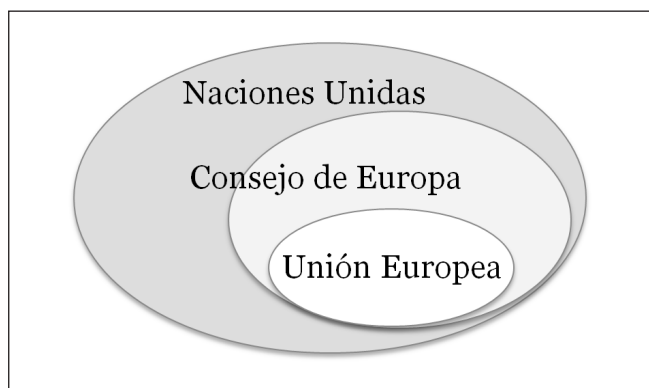
3. Fuentes de la Cooperación Jurídica Internacional

Una vez expuesta la transformación experimentada en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal en los últimos tiempos, restaría ofrecer una panorámica general sobre las distintas fuentes existentes. La

54 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.10, 2006.

55 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final].

supraestatalidad de la norma que está en la base de la cooperación jurídica internacional hace preciso un enfoque singular. La referencia a las fuentes en materia de cooperación no puede hacerse sino desde una perspectiva de superación del tradicional sistema de fuentes del Derecho, que enraizaba con un atributo constitutivo del Estado moderno, como es el de la soberanía, que además lo caracterizaba. La supraestatalidad normativa que está en la base de las políticas cooperación jurídica penal, supone la adopción de normas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos jurídicos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales⁵⁶. Esto significa que la aproximación a las fuentes desde la perspectiva de la cooperación debe hacerse abandonando su concepción como un sistema unitario y jerarquizado, para hacerlo desde una perspectiva pluridimensional en el el que concurrían varias dimensiones normativas (Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea) en un mismo plano, el de la cooperación jurídica. Su percepción se asemejaría a un sistema de interlegalidad en el que convergen diversos sistemas normativos heterogéneos y asimétricos en su conformación, que pueden dar la idea de creación de un nuevo *ius commune*.



Esta idea nos permite representarnos el Derecho relativo a la cooperación jurídica como una estructura de esferas normativas concéntricas que responden a un ordenamiento jurídico difuso, donde las normas no operan a partir

⁵⁶ PÉREZ LUÑO, “Las fuentes del Derecho y su problemática actual”, en *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba, coord. María del Carmen Barranco Avilés [et al.], Librería-Editorial Dykinson, 2011, págs. 52 y 53.

de criterios verticales de jerarquía sino horizontales que precisarán de pactos y entendimientos para su integración.

Esta somera perspectiva del sistema de fuentes de la cooperación jurídica penal permite comprender la complejidad que entraña para los operadores jurídicos su conocimiento y aplicación. Con ánimo únicamente ilustrativo de la complejidad del sistema de fuentes en materia de cooperación, a continuación se han tratado de sistematizar en atención al ámbito en que se han gestado y en relación a concretas áreas temáticas los instrumentos que actualmente conforman el sistema de cooperación judicial penal en Europa.

ASISTENCIA JUDICIAL	
Convenio Europeo de Extradición	CONSEJO DE EUROPA
Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal	CONSEJO DE EUROPA
Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas	CONSEJO DE EUROPA
Convenio sobre la validez internacional de las sentencias penales	CONSEJO DE EUROPA
Convenio sobre la transmisión de procedimientos en materia penal	CONSEJO DE EUROPA
Decisión Marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (implementación técnica Decisión marco 2008/315/JAI)	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2002/584/JAI por la que se establece el orden de detención y entrega europea	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2003/577/JAI relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2005/214/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2005/212/JAI relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito	UNIÓN EUROPEA
Acuerdo entre los EEMM de la comunidad Europea relativo a la transferencia de personas condenadas	UNIÓN EUROPEA

Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito	UNIÓN EUROPEA
Convenio sobre la asistencia judicial entre los EEMM de la UE y su protocolo	UNIÓN EUROPEA
Acuerdo entre la Corte Penal Internacional y la UE sobre cooperación y asistencia	UNIÓN EUROPEA
Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional	UNIÓN EUROPEA
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	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2008/909/UE relativa al reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2008/947/JAI relativa al principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas	UNIÓN EUROPEA
Resolución (75)11, sobre los criterios a seguir en los procesos en ausencia del acusado, 21 de mayo de 1975.	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (80)9, concerniente a la extradición a estados no parte a la convención europea sobre derechos humanos, 27 de junio de 1980.	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (80)11, concerniente a la custodia de sujetos pendientes de juicio, 27 de junio de 1980.	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (85)11, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y el proceso penal, 28 de junio de 1985.	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (87)18, concerniente a la simplificación de la justicia penal, 17 de septiembre de 1987.	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (92)1, sobre la utilización de los resultados de análisis ADN en el marco del sistema de justicia penal, 10 de febrero de 1992.	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (92)17, relativa a la consistencia de la condena.	CONSEJO DE EUROPA

EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL

Recomendación Rec (97)13, sobre la intimidación de los testigos y los derechos de la defensa.	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (2000)19, sobre el papel de la persecución pública en el Sistema de Justicia penal, 6 de octubre de 2000.	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (2006)8, sobre ayudas a las víctimas de delitos.	CONSEJO DE EUROPA

DDFF Y GARANTÍAS PROCESALES	
Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General UN 1948)	ONU
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	ONU
Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)	CONSEJO DE EUROPA
Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul 2011)	CONSEJO DE EUROPA
Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000)	UNIÓN EUROPEA
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	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional	UNIÓN EUROPEA
Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado	UNIÓN EUROPEA
Libro Verde de la Comisión, de 26 de abril de 2006, «La presunción de inocencia»	UNIÓN EUROPEA
Directiva 2011/99/UE sobre Orden europea de protección	UNIÓN EUROPEA

<p>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</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>
--	----------------------

<p>AGENCIAS E INSTITUCIONES</p>	
<p>Decisión 2009/371/JAI por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol)</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>
<p>Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (modificado por la Decisión 2009/426/JAI)</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>
<p>Acción común 96/277/JAI por la que se establecen los magistrados de enlace</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>
<p>Acción común 98/428/JAI por la que se crea la Red Judicial Europea</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>
<p>Decisión marco 2002/465/JAI relativa a los equipos conjuntos de investigación</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>
<p>Decisión de la Comisión 1999/352/JAI por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el fraude (modificado por la decisión 2013/478/JAI)</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>
<p>Decisión del Consejo 2002/494/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la creación de una red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>
<p>Decisión 2009/902/JAI por la que se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia (REPD) y se deroga la Decisión 2001/427/JAI</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>
<p>Reglamento (CE) no 1920/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías</p>	<p>UNIÓN EUROPEA</p>

EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL

SEGURIDAD E INVESTIGACIÓN	
Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la UE y sus protocolos	UNIÓN EUROPEA
Reglamento 2988/95 relativo a la protección de los intereses financieros	UNIÓN EUROPEA
Reglamento 883/2013 relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF	UNIÓN EUROPEA
Protocolo del Tratado de Ámsterdam por que se integra el Acuerdo de Schengen en el ámbito de la UE	UNIÓN EUROPEA
Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes	UNIÓN EUROPEA
(Reglamento (CE) nº 1987/2006 y Decisión 2007/533/JAI por los que se crea la segunda generación del Sistema de Información de Schengen)	UNIÓN EUROPEA
Convenio de 2005 relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza	UNIÓN EUROPEA
(Tratado Prum)	UNIÓN EUROPEA
Decisión 2008/615/JAI	UNIÓN EUROPEA
sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el	UNIÓN EUROPEA
terrorismo y la delincuencia transfronteriza	UNIÓN EUROPEA
(implementación técnica Decisión 2008/616/JAI)	UNIÓN EUROPEA
Convenio de asistencia mutua y cooperación entre las Administraciones aduaneras (Nápoles II)	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2006/960/JAI sobre el intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad	UNIÓN EUROPEA
Decisión 2003/335/JAI sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra	UNIÓN EUROPEA
Decisión marco 2009/905/JAI sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio	UNIÓN EUROPEA
Recomendación Rec (2001)10, sobre el código europeo de ética de la policía, 19 de septiembre	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (2003)21, concerniente a la sociedad en la prevención penal	CONSEJO DE EUROPA

ARMONIZACIÓN DERECHO PENAL	
CORRUPCIÓN	
Convención de las NU contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003	ONU
Convención de las NU contra la Delincuencia Organizada Transnacional. de 8 de enero de 2001	ONU
Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos de NU de 28 de enero de 1997	ONU
Declaración de las NU sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales de 21 de febrero de 1997	ONU
Medidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales de NU de 25 de enero de 1999	ONU
Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas y de los EEMM de la UE (1997)	UNIÓN EUROPEA
Decisión Marco 20037568/JAI relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado	UNIÓN EUROPEA
CRIMEN ORGANIZADO	
Convención de las NU contra la Delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000	ONU
Acción Común 98/733/JAI, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva de los EEMM de la UE	UNIÓN EUROPEA
DISCRIMINACIÓN	
Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de NU de 21 de diciembre de 1965	ONU
Convención de NU de 18 de diciembre de 1978, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	ONU
MENORES Y DERECHO PENAL	
Convención sobre los Derechos del Niño de NU de 20 de noviembre de 1989.	ONU
Declaración de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea General NU en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959	ONU
Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil	UNIÓN EUROPEA
Convenio 201 del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales	CONSEJO DE EUROPA
Recomendación Rec (2003)20, sobre nuevas formas de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil	CONSEJO DE EUROPA

EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL

DERECHO PENITENCIARIO	
Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos NU de 31 de julio de 1957	ONU
SEGURIDAD MARÍTIMA Y AÉREA	
Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (“Convenio de Tokio”) de 1963	ONU
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (“Convenio de La Haya”) de 1970.	ONU
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (“Convenio de Montreal”), relativo a los actos de sabotaje aéreo, como explosiones de bombas a bordo de una aeronave en vuelo de 1971	ONU
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, relativo a las actividades terroristas en los buques de 1988	ONU
Convención NU sobre Derecho del Mar (1982)	ONU
TERRORISMO	
Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (“Convención sobre los materiales nucleares”), relativa a la apropiación y utilización ilícitas de materiales nucleares de 1980	ONU
Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas de NU de 9 de enero de 1998	ONU
Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991	ONU
Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997	ONU
Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999	ONU
Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005	ONU
Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo	UNIÓN EUROPEA
Reglamento (CE) n° 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo	UNIÓN EUROPEA
Directiva sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (2005)	UNIÓN EUROPEA

Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977	CONSEJO DE EUROPA
Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo de 2005	ONU
CIBERCRIMINALIDAD	
Convenio sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001	CONSEJO DE EUROPA
TRÁFICO DE DROGAS	
Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes	ONU
Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971	ONU
Convención de las NU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988	ONU
Decisión Marco 2004/757/JAI relativa al establecimiento de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas	UNIÓN EUROPEA
TORTURAS	
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	ONU
Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes	CONSEJO DE EUROPA
TRATA DE SERES HUMANOS E INMIGRACIÓN ILEGAL	
Protocolo de NU para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños	ONU
Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos	UNIÓN EUROPEA
Decisión Marco 2002/946/JAI, del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares	UNIÓN EUROPEA
BLANQUEO DE CAPITAL Y SISTEMA FINANCIERO	
Convenio Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito (1990) (CETS 141)	CONSEJO DE EUROPA
Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo (2005) (CETS 198)	CONSEJO DE EUROPA
Directiva sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado	UNIÓN EUROPEA
Convenio para la represión de la falsificación de moneda (1929)	ONU

Decisión Marco sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo	UNIÓN EUROPEA
PROCESO PENAL Y VÍCTIMA	
Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos (CETS 116)	CONSEJO DE EUROPA
Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección	UNIÓN EUROPEA
Decisión Marco relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal (2001)	UNIÓN EUROPEA
Directiva 2004/80/CE del consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos	UNIÓN EUROPEA
Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal	UNIÓN EUROPEA
Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.	ONU

4. Consideraciones finales

A modo de conclusión puede decirse que, si hasta hace no mucho tiempo la cooperación internacional entre los Estados en materia penal se articulaba a partir de los acuerdos bilaterales suscritos en el tema por los diversos países —y a falta de los mismos se enmarca dentro de los principios de voluntariedad y reciprocidad—, en la actualidad, es complejo encontrar una sola materia en la que no exista una reglamentación de carácter regional y/o multilateral. Los ámbitos de cooperación bilateral se contemplan casi de modo exclusivo para mejorar los términos de la cooperación entre Estados en atención a la relación histórica, política o cultural, o bien para reglamentar una mínima actividad de colaboración con aquellos otros países que, debido a sus particularidades, no han logrado incorporarse en ámbitos regionales de cooperación. Este breve repaso a la evolución y estado actual de la política de cooperación jurídica internacional en materia penal permite poner de relieve la complejidad adquirida por esta materia que ha pasado de ser un aspecto casi anecdótico a ser pieza clave en los actuales sistemas de justicia penal.

En los últimos tiempos se han multiplicado exponencialmente los ám-

bitos de integración para la cooperación, lo que complica la delimitación del derecho aplicable y el conocimiento del mismo. Las formas de integración para la cooperación han dibujado un panorama jurídico multiforme, en el que convergen los diversos espacios de integración (ámbitos bilaterales, subregionales, regionales o con vocación de universalidad), con las diversas formas de cooperación, desde las sectoriales (crimen organizado, terrorismo, drogas, etc.) hasta los enfoques más tradicionales basados en la asistencia legal mutua o, en su caso, la cooperación reforzada. La estructuración poliédrica de la cooperación jurídica internacional en materia penal es una tendencia en alza. Su aumento exponencial en los últimos tiempos es reflejo directo del compromiso de la comunidad internacional por aunar esfuerzos en la lucha contra las formas más graves de delincuencia y de superación de los modelos tradicionales de persecución y enjuiciamiento con elemento transnacional. Esta circunstancia ha conducido en paralelo a la conformación de un panorama ciertamente complejo para los operadores jurídicos, que deben lograr que el prolijo sistema de fuentes existente permita, en última instancia, garantizar satisfactoriamente el derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso penal. En los últimos tiempos han sido muchos los esfuerzos encaminados a articular respuestas rápidas y eficaces en el campo de la cooperación judicial penal; sin embargo, aún estamos lejos de lograr que la justicia opere ante los fenómenos transnacionales con la misma eficacia que lo hace en los procesos nacionales.

La apuesta decidida del Derecho comunitario por el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales, que hacía vislumbrar la construcción de un espacio común de justicia penal en la Unión Europea, se antoja un objetivo aún lejano. La lenta progresión de las políticas de armonización en derecho penal europeo y la desconfianza en los sistemas de justicia penal surgida de nuevo por las recientes incorporaciones a la Unión Europea; unido a iniciativas como la Propuesta de Reglamento del Consejo relativa a la creación de la Fiscalía Europea⁵⁷, no pueden sino confundir sobre cuál sea la deriva de la Unión Europea en materia de justicia penal. Más allá de los

57 Propuesta de Reglamento por el que se crea la Fiscalía Europea (FE) (COM(2013) 534 final). Resulta revelador que si bien esta iniciativa obedece al cumplimiento del art. 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se aparta en su diseño del Programa de Estocolmo (2010-2014), aprobado en 2010 por el Consejo Europeo (2010/C 115/01), en el que se conforman las grandes líneas del proyecto de justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia y lo que resulta más llamativo es la apuesta por la jurisdicción nacional en detrimento de la consolidación de los tribunales de la Unión Europea.

obstáculos que deben superarse para la consecución de un espacio europeo de justicia, los desafíos a los que ha de hacer frente los sistemas de justicia penal aboca a un proceso de convergencia que se va ensanchando regionalmente y que parece conducir a un necesario entendimiento con vocación de universalidad.

Bibliografía

- BACIGALUPO ZAPATER, E. «Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 2001, págs. 199-223.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.10, (Ejemplar dedicado a: La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia), 2006, págs. 155-178.
- GONZÁLEZ CANO, M^a. I. “Aproximación a la configuración de la cooperación judicial penal en el tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *Unión Europea Aranzadi*, vol. 32, núm. 3, 2005, págs. 5-8.
- GONZALO QUINTERO, G. “Derecho penal y Unión Europea: territorio y competencia. El espacio judicial europeo”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 155, 2009, (Ejemplar dedicado a: Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos), págs. 655-717.
- HÖPFEL, F. «Nuevas formas de cooperación internacional en materia penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 2001, págs. 225-250.
- IGLESIAS BUHIGUES, J.L. Y DESANTES REAL, M. “La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA ET ALI (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, vol. III, Civitas, Madrid, 1986, págs. 711 y ss.
- LOVELACE, L. “Sistema de la justicia penal internacional: una hipótesis de integración”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.747, págs. 75 y ss.
- MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5^a Ed., con Araceli Mangas, Madrid, 2005, 771 págs.
- MIGUEL ZARAGOZA, J. «EL ESPACIO JURÍDICO-PENAL DEL CONSEJO DE EUROPA», *CDJ*, NÚM. 23, 2005, PÁGS. 13-40.
- PARRA GARCÍA, J. «El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 13, 2003, págs. 109-158.

- PESSINA, E. *Elementos del Derecho penal*, trad. por Hilarión González del Castillo, 4ª Edic., Reus, Madrid, 1936.
- PÉREZ LUÑO, “Las fuentes del Derecho y su problemática actual”, en *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba, coord. María del Carmen Barranco Avilés [et al.], Librería-Editorial Dykinson, 2011, págs. 39-68.
- SALCEDO VELASCO, A. «Mecanismos procesales de cooperación judicial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 23, 1995, págs.139-256.
- TERRADILLOS, J.M. “El proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: ¿hacia un sistema penal europeo?”, *Universitas vitae: Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, coord. Por Fernando Pérez Álvarez, Miguel Ángel Núñez Paz, Isabel García Alfaraz, Salamanca bnca, Ediciones Universidad de Salamanca 2007, págs. 811 y ss.

EL CAMBIO DE PARADIGMA Y EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO
MUTUO Y SUS IMPLICACIONES. PERSPECTIVAS
DEL TRATADO DE LISBOA

Víctor Moreno Catena

1. La progresiva transformación de los instrumentos
de cooperación jurídica penal

1.1. Introducción

Como se ha visto en el tema anterior, el desarrollo de políticas y de actuaciones de cooperación en materia de Justicia ha respondido tradicionalmente a la regla del buen entendimiento y la buena voluntad de los Estados, que han puesto a disposición de las autoridades extranjeras sus propios medios y esfuerzos con el fin de facilitar la actividad jurisdiccional del Estado que solicitaba la ayuda.

Durante mucho tiempo se ha venido funcionando en materia de cooperación jurídica internacional con esta idea del auxilio o de la asistencia para el cumplimiento de las funciones judiciales de cada uno de los Estados, de modo que tanto la solicitud como la prestación del auxilio se basaba en la afirmación de la soberanía del Estado que dispensaba la ayuda, y que partía para ello de la reciprocidad del Estado requirente, que ya estaba comprometida en un convenio o tratado internacional, o cuya aplicación en la práctica era conocida o se esperaba.

El avance inicial se produce cuando se pasa de las actuaciones de pura ayuda, para que el Estado requirente pueda ejercer en su propio territorio su potestad jurisdiccional soberana (notificaciones o citaciones, obtención de elementos de prueba, etc.), al reconocimiento y ejecución en un Estado de una resolución extranjera, de modo que esa resolución se convierte en un tí-

tulo absolutamente equivalente a las resoluciones judiciales emanadas de los tribunales del país que decide otorgarle el *exequatur*.

Se superaba así la idea de permitir que, dentro de las propias fronteras, un Estado pueda ejercer la jurisdicción contando con la ayuda de otro, y se pasó a hacer cumplir las resoluciones judiciales que habían sido dictadas en otro Estado, como un acto de soberanía de un país extranjero.

Es decir, no se trata de prestar una concreta ayuda a otro que la pide, sino de ceder en cierta medida la propia potestad decisoria sobre un asunto, permitiendo que una resolución de una autoridad extranjera despliegue todos sus efectos en otro Estado. En este sentido se produce una renuncia a la soberanía, en la medida en que se asume como propia una resolución extranjera, y sin permitir a los órganos nacionales el ejercicio de la jurisdicción.

Sin embargo, la idea que subyace sigue anclada en los compartimentos estancos del ejercicio del poder estatal, lo que explica que las sentencias extranjeras se pudieran ejecutar no tanto porque por sí mismas tuvieran esa fuerza y esa consideración, sino porque la ejecutabilidad se la confería la decisión interna de reconocimiento.

Por tanto, era la resolución judicial de *exequatur*, dictada en el país requerido, la que convertía la decisión judicial, extraña al ordenamiento jurídico del Estado en donde se prendía que surtiera efectos, en una resolución propia; desde otra perspectiva, la decisión judicial extranjera carecía de toda eficacia por sí misma, si no iba seguida del acto de soberanía que le otorgaba la ejecutabilidad, de modo que en realidad podría decirse que se llevaba a efecto un mandato interno, pues el Estado ejecutaba su propia decisión de dar eficacia a la resolución extranjera.

Estas actividades de cooperación jurídica internacional, tanto para que las autoridades judiciales extranjeras puedan desempeñar con efectividad su propia potestad jurisdiccional, facilitándolo por medio de la realización de actuaciones en el territorio del Estado requerido, como para que se puedan cumplir y hacer efectivas las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero, han tenido tradicionalmente como fuente normativa las disposiciones nacionales del Estado que presta la cooperación internacional, si bien progresivamente han ido emergiendo fuentes convencionales, a medida que han avanzado los procesos de internacionalización de las relaciones jurídicas.

Precisamente en la región europea, a mediados del siglo XX se inició un proceso de integración y cooperación económica que, superando luego este marco de relaciones, se ha concretado en un incremento de las relaciones

políticas entre un número creciente de Estados y, en la actualidad, está desembocando en un proceso pacífico de integración política, que no conoce precedentes en la historia de la humanidad. Pues bien, esta situación ha obligado a modificar también los instrumentos y las fuentes de los sistemas jurídicos y de la cooperación en el ámbito europeo, superándose en sucesivos momentos los viejos Convenios aprobados en el seno del Consejo de Europa.

La especial deriva de las relaciones políticas y económicas en la UE obligan a reconocer actuaciones de cooperación jurídica en materia penal en relación con tres tipos de infracciones: en primer lugar, las infracciones contra bienes jurídicos de la Comunidad Europea, que trasciende al interés punitivo específico de cada uno de los Estados e invoca una protección y una respuesta en el ámbito europeo; en segundo lugar, las infracciones transnacionales, es decir, aquellos delitos que se cometen en el territorio de varios Estados o repercute en un ámbito geográfico más allá de las fronteras de un Estado, en cuyo caso en la respuesta penal deben estar interesado dos o más Estados que pueden resultar competentes para el enjuiciamiento del mismo hecho criminal; en tercer lugar, los delitos cuyo iter delictivo se sigue enteramente en el territorio de un Estado, y son bienes jurídicos concretos de éste los que han resultado afectados, pero que por razón de la persona del imputado o de la víctima, o de los elementos y piezas de convicción, o de la obtención de elementos de investigación o de prueba, deben realizarse actuaciones en el extranjero con el fin de lograr el éxito de la represión de la conducta, de modo que inicialmente el Estado que debe prestar la ayuda carece de interés propio y específico en la actuación que se solicita.

En los tres casos estamos ante supuestos que encajan en la definición de cooperación policial y judicial en materia penal, cuyo ámbito de aplicación en la UE ha ido creciendo, en razón del incremento de las relaciones sociales y económicas en esta región.

1.2. De Maastricht (1992) a Tampere (1999)

Cabe señalar dos primeros grandes hitos en la historia reciente de la Unión Europea, que han marcado diferencias sustanciales respecto de la etapa inmediatamente anterior: el Tratado de Maastricht y el Tratado de Ámsterdam.

a) En el Tratado de la Unión Europea (TUE, firmado en Maastricht en febrero de 1992), se supera la idea puramente económica de la vieja Comunidad Económica Europea, y se apuesta decididamente por una vocación de

integración política. La Unión Europea es más, y algo distinto, del mercado común europeo y se sustenta en tres pilares: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común y la cooperación policial y judicial.

El primer pilar, el pilar comunitario, comprende los ámbitos en los que los Estados miembros ejercen su soberanía conjuntamente, a través de las instituciones comunitarias y mediante el método y el procedimiento comunitario, interviniendo la Comisión Europea, el Consejo y el Parlamento Europeo y con el control del Tribunal de Justicia en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario.

El segundo pilar se refiere a la política exterior y de seguridad común (PESC), y permite a los Estados emprender acciones comunes en esta a través de decisiones intergubernamentales, con una intervención de la Comisión y del Parlamento limitada y excluyendo la jurisdicción del Tribunal de Justicia.

Por último, el tercer pilar se refiere a la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior (JAI), con un proceso también intergubernamental de toma de decisiones y sin intervención del Tribunal de Justicia (salvo para interpretar los convenios cuando éstos lo disponían expresamente), pretende lograr una mejor protección de los ciudadanos en un espacio de libertad, seguridad y justicia, de tal manera que la supresión de la vigilancia fronteriza y la facilitación de la circulación de las personas corra pareja con la eficacia en la actuación de los tribunales de justicia y del control de los movimientos de personas.

b) El Tratado de Ámsterdam de 1997 modifica la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior para crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Como consecuencia de ello se establece que la “libre circulación de las personas”, los “controles en las fronteras exteriores”, los temas de “asilo, inmigración y protección de los derechos de los nacionales de terceros países”, así como la “cooperación judicial en materia civil” pasan a integrarse en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de modo que se comunitarizan y abandonan la condición de “tercer pilar”, que a partir de ese momento se integra por los asuntos de cooperación policial y judicial en materia penal.

De acuerdo con lo decidido a partir de Ámsterdam, la cooperación policial y judicial en materia penal, que no se “comunitariza”, tiene por objeto prevenir y luchar contra el racismo y la xenofobia; el terrorismo; la trata de seres humanos y los delitos contra los niños; el tráfico ilícito de estupefacientes; el tráfico ilícito de armas; la corrupción y el fraude.

Los dos grandes instrumentos que se diseñan para cumplir estos objetivos son, por una parte, la propia cooperación, bien entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades de los Estados miembros, bien entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, lo que podrá hacerse directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol); por otra parte, el otro gran instrumento es la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia penal y de garantías procesales.

En este sentido, aparecen con este Tratado unos instrumentos normativos específicos para la aplicación del Título VI del TUE: las *Decisiones marco* para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, que les obligan en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, y las *decisiones*, con fines distintos a los de aproximación de las disposiciones normativas de los Estados miembros, que son obligatorias.

La competencia sobre la cooperación policial y judicial en materia penal (el ámbito del Título VI) sigue en este momento residenciada de forma prácticamente exclusiva en los Estados miembros que, sin embargo, al modo que se había iniciado entre algunos de ellos en el Acuerdo de Schengen de 1985 y en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) de 1990, podrán establecer una cooperación reforzada.

Por otra parte, se amplían las competencias del Tribunal de Justicia (que el Tratado de Maastricht restringía a la interpretación de los convenios que así lo previeran expresamente), de manera que este órgano podrá pronunciarse también sobre la validez e interpretación de las decisiones marco, de las decisiones y de las medidas de aplicación de los convenios.

c) En todo caso, el mantenimiento de todo lo que afecta a la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del tercer pilar y, por lo tanto, ajeno en cierta medida a los mecanismos e instrumentos comunitarios, singularmente en lo que hace a las fuentes de producción normativa y al control judicial de las actividades de cooperación, no impidió que se avanzara por otras vías, ampliando cada vez más en este campo los elementos de unificación, incluso normativos, como habrá ocasión de analizar más adelante.

Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, marcaron un hito crucial en esta materia, pues se consideró que el principio de reconocimiento mutuo debía convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en materia tanto civil como penal en la Unión.

Eso significaba modificar radicalmente la perspectiva tradicional de la cooperación, que se basaba en el principio de demanda, de modo que siempre había de aparecer un Estado que pedía, el requirente, y un Estado cuya colaboración se solicitaba, el Estado requerido. Precisamente en el mutuo reconocimiento, que marca la pauta de unas nuevas relaciones en la cooperación en materia penal, desaparece el elemento de la solicitud de un Estado y se da paso a la aplicación (directa o indirecta) de una decisión que es extranjera, pero de un Estado de la Unión.

En esta línea se inscribía el llamado Programa de la Haya, aprobado por el Consejo Europeo en noviembre de 2004, en donde se enunciaban las que habrían de ser las diez prioridades de la Unión para reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los siguientes cinco años. En cuanto a la garantía del espacio europeo de justicia, el Programa de La Haya hacía hincapié en el acceso a la justicia y en la implantación de la confianza recíproca entre los Estados, a través de la aprobación de normas procesales mínimas que garantizaran, en particular, los derechos de la defensa. Concretamente en materia de justicia penal y para reforzar la confianza mutua, se apostaba por la aproximación de la legislación y la creación de normas mínimas de procedimiento penal, considerando que Eurojust era la clave del desarrollo de la cooperación judicial en materia penal¹.

1.3. Las nuevas perspectivas del Tratado de Lisboa (2007)

Como es bien sabido, el Proyecto de Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa, la Constitución Europea, se convirtió en un intento fallido de modificación sustancial de las actuales estructuras políticas de la UE, tras la negativa ciudadana en los referendos de Francia y Holanda a aquel Proyecto.

Sin embargo, las instituciones europeas siguieron trabajando con las miras puestas en conseguir avances sustanciales en la integración europea, de modo que en el Consejo de Lisboa de diciembre de 2007 se logró aprobar el que se ha denominado Tratado de Lisboa, por el que se modificaron el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE 2007/C 306/01, de 17 de diciembre) y que perseguía el rescate se-

¹ La implementación de este programa se tradujo en la aprobación de numerosos instrumentos que serán analizados en su momento.

lectivo de los principales avances que implicaba el Tratado Constitucional, si bien a costa de algunas renunciadas².

Ciertamente que las modificaciones que se introdujeron en los Tratados no eran de simple detalle, sino que con el Tratado de Lisboa se alteraron de raíz tanto las estructuras jurídicas vigentes, como la propia organización de la UE, debido a un cambio sustancial de las bases y de las competencias de la UE.

No procede que nos extendamos aquí en las vicisitudes acaecidas durante el complejo proceso de ratificación, baste con indicar que, finalmente, dicho Tratado entró en vigor el primero de diciembre de 2009, de manera que sí resulta imprescindible dedicar unas páginas de este curso a exponer, aunque sea de modo sucinto las novedades introducidas, al menos en lo relativo a la materia que nos ocupa.

Centrándonos en el contenido del texto de Lisboa, para empezar, el antiguo Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea desaparece, y se sustituye por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, manteniéndose no obstante el Tratado de la Unión Europea, pero con unos contenidos novedosos.

El TUE, que confiere personalidad jurídica a la Unión Europea (art. 47), está integrado por 20 artículos, donde se contienen unas disposiciones comunes (título I); se establecen los principios democráticos de la UE (título II); se regulan las Instituciones de la UE (título III), y se alude a la cooperación reforzada (título IV). La parte cuantitativamente más importante del Tratado es la relativa a la acción exterior de la UE, así como las disposiciones específicas sobre la política exterior y la política común de seguridad y defensa (título V; arts. 21 a 46), además de unas Disposiciones finales (título VI). Debe destacarse que el nuevo artículo 6 del TUE contiene una referencia expresa a la Carta de Derechos fundamentales, que se convierte en un instrumento jurídicamente vinculante tanto para las instituciones comunitarias como para los Estados Miembros.

Así pues, se suprimen de este TUE todas las normas que integraban el antiguo título VI (Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal), que se deroga, de modo que en el viejo juego de los tres

2 En este sentido, en materia de justicia en interior (ámbito JAI) se han conseguido conservar las novedades más significativas. Vid. al respecto GARCÍA MORENO, "La cooperación judicial penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia después del Tratado de Lisboa", en *Aranzadi Unión Europea*, nº 10/2009.

pilares, el comunitario, el de la política exterior y el de la cooperación policial y judicial en materia penal (que inicialmente había sido asilo, visados y cooperación judicial), sólo queda fuera del ámbito comunitario las normas sobre política exterior y política común de seguridad, a la que se añade la defensa³; lo que significa que sólo la política exterior y de seguridad se va a regir por reglas y procedimientos específicos, fuera de las vías de decisión y de los instrumentos normativos generales, de modo que el Tribunal de Justicia de la UE no tendrá competencia respecto de estas disposiciones (art. 23.1.II)⁴.

En lo que se refiere a las Instituciones de la Unión, y por lo que ahora interesa, el TUE establece (art. 13) las siguientes: i) el Parlamento Europeo; ii) el Consejo Europeo; iii) el Consejo; iv) la Comisión Europea; v) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; vi) el Banco Central Europeo, y vii) el Tribunal de Cuentas.

Se modifica así no sólo el nombre del Tribunal de Justicia, que ahora se llama Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino también la composición, pues ahora comprende el Tribunal de Justicia (compuesto por un juez por Estado miembro y estará asistido por abogados generales), el Tribunal General (que dispondrá al menos de un juez por Estado miembro) y los tribunales especializados (art. 19 TUE). Se le atribuyen al Tribunal de Justicia de la UE los pronunciamientos sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas, y sobre las cuestiones prejudiciales planteadas para la interpretación del Derecho de la Unión (art. 19.3 TUE); por otra parte, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión se le reconoce competencia para la iniciativa legislativa (arts. 289.4 y 294.15 TFUE)⁵.

Además de ello, en el TFUE se prevé la creación de una Fiscalía Europea

3 Así se dispone (art. 23.1.I) que la competencia de la Unión en materia de política exterior y de seguridad común abarcará todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política común de defensa que podrá conducir a una defensa común.

4 De acuerdo con el art. 275 TFUE, el Tribunal de Justicia de la UE no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas.

5 En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que no se ha aprovechado la ocasión para implementar un verdadero poder judicial europeo. Sobre las novedades relativas al Tribunal de Justicia introducidas en el Tratado de Lisboa, vid. RUIZ-JARABO COLOMER, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa", en *Noticias de la Unión Europea*, n^o 291, 2009.

a partir de Eurojust por el Consejo por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión (art. 86.1)⁶, para lo cual tendrá competencia para descubrir a los autores de las infracciones, para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos, ejerciendo la acción penal⁷.

Pero sin duda donde se debe centrar la atención es en el tratamiento que se dispensa en los Tratados (TUE y TFUE) a la cooperación judicial en materia penal. Como ya se ha dicho, con la entrada en vigor de estos Tratados se ha puesto fin al “tercer pilar”, lo que no significa que haya desaparecido la cooperación penal, sino que, muy al contrario, se convierte en materia comunitaria, es decir, ha pasado a formar parte de la Tercera Parte del TFUE, “Políticas y acciones internas de la Unión” (de la misma manera que el mercado interior, la agricultura y pesca, o la libre circulación).

La cooperación judicial en materia penal pasa a integrar el Capítulo 4 del Título IV, rubricado “Espacio de libertad, seguridad y justicia”⁸ y comprende los arts. 82 a 86 del TFUE, y se regirá por disposiciones adoptadas *conforme al procedimiento legislativo ordinario*, cuyos instrumentos normativos son los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes (art. 288 TFUE) y respecto del cual el Tribunal de Justicia ostenta competencia plena.

Hay que destacar que el TFUE comienza sentando que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, adoptando medidas para establecer normas y procedimientos que garanticen el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; que prevengan y resuelvan los conflictos de jurisdicción; que apoyen la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia y que faciliten la cooperación judicial en el procedimiento penal y en la ejecución (art. 82.1).

Junto con ello se previene que, mediante directivas adoptadas con arre-

6 En caso de falta de unanimidad, al menos nueve Estados podrán establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de reglamento de que se trate.

7 Se dispone asimismo que el Consejo Europeo pueda ampliar las competencias de la Fiscalía Europea a la lucha contra la delincuencia graves que tenga una dimensión transfronteriza.

8 Frente al anterior que se rubrica “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”.

glo al procedimiento legislativo ordinario, que tengan en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados, se puedan establecer *normas mínimas en los procedimientos penales* sobre la admisibilidad mutua de pruebas, los derechos de las personas durante el procedimiento, los derechos de las víctimas y otros elementos específicos del proceso penal⁹.

También se prevé la aprobación de *normas de Derecho penal material*, pudiéndose establecer, también por medio de directivas, normas mínimas relativas a la *definición de las infracciones penales y de las sanciones* en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una *dimensión transfronteriza*, refiriéndose el Tratado al terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada (art. 83.1).

De acuerdo con lo resuelto por el TJCE en la sentencia de 13 de septiembre de 2005, asunto *Comisión contra Consejo* (C-176/03), el TFUE establece que se puedan aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados en materia penal, estableciendo normas mínimas relativas a la *definición de las infracciones penales y de las sanciones*, cuando resulte imprescindible para *garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión* en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización (art. 83.2)¹⁰.

Por otra parte, se define a Eurojust como un órgano de apoyo y refuerzo en la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas tanto de la investigación como de la persecución de la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados o que se deba perseguir según criterios comu-

9 Se prevé la suspensión del procedimiento legislativo ordinario cuando un miembro del Consejo considere que el proyecto de directiva afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, remitiéndose entonces al Consejo Europeo y, si no se alcanza un consenso, cabe establecer una cooperación reforzada si al menos nueve Estados lo deciden. Este mecanismo ha dado en llamarse “freno de emergencia” y constituye uno de los peajes pagados para conseguir la efectiva ratificación del Tratado de Lisboa.

10 En estos dos últimos casos se introduce la cautela de que, como se ha dicho en materia de procedimiento penal, se suspenda el procedimiento legislativo si un miembro del Consejo considera que el proyecto de directiva afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, remitiéndose entonces al Consejo Europeo y, si no hubiera consenso, cabe establecer una cooperación reforzada si al menos nueve Estados lo deciden.

nes, haciendo referencia a su relación con Europol¹¹. La estructura, funcionamiento, ámbito de actuación y competencias de Eurojust se determinarán por el Parlamento Europeo y el Consejo por medio de reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (art. 85 TFUE, que sustituye en realidad, mejorando su redacción y su ámbito, al art. 31.2 del actual TUE), dando también el Tratado participación al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales en la evaluación de las actividades de Eurojust.

A diferencia del régimen normativo propio de la cooperación judicial en materia penal, que es el procedimiento legislativo ordinario, el TFUE lo establece solamente para la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información; el apoyo a la formación de personal, así como la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial, y las técnicas comunes de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada (art. 87.2).

Sin embargo, cuando se trata de adoptar medidas relativas a la cooperación operativa, el Tratado remite a un procedimiento legislativo especial, en el que el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, se debe pronunciar por unanimidad (art. 87.3)¹². Esa remisión a un procedimiento legislativo especial se hace también para que el Consejo fije las condiciones y límites dentro de los cuales las autoridades de un Estado podrán actuar en el territorio de otro Estado (art. 89).

El Tratado regula también Europol, cuya función es apoyar y reforzar la actuación de las autoridades nacionales y su colaboración mutua en la prevención y la lucha contra la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados o que se deba perseguir según criterios comunes, así como en materia de terrorismo. Como Eurojust, la estructura, funcionamiento, ámbito de actuación y competencias¹³ de Europol se determinarán por el Parlamento Europeo y el

11 Las peculiaridades de esta institución determinan igualmente su compleja relación con la Red Judicial Europea, cuestión que ha sido objeto de tratamiento específico en la Decisión 2008/976/JAI, de 16 de diciembre, que clarifica las relaciones entre ambas organizaciones.

12 Como se ha visto en la aprobación de normas de procedimiento penal y de Derecho penal material, si no se logra la unanimidad no el consenso en el Consejo Europeo, al menos nueve Estados pueden establecer una cooperación reforzada.

13 Las competencias podrán incluir: a) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de la información, en particular la transmitida por las autoridades de los Estados miembros o de terceros países o terceras instancias; y b) la coordinación, organización y realización de investigaciones y actividades operativas, llevadas a cabo con-

Consejo por medio de reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (art. 88).

En última instancia, debe indicarse que, ya dentro de los parámetros de este nuevo marco jurídico, a finales de 2009 se aprobó el Programa de Estocolmo, nueva hoja de ruta que marca las líneas preferentes de actuación en materia de cooperación jurídica para los próximos cinco años (2010-2014) y que incide en la prioridad concedida al desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia¹⁴. Esta nueva agenda se centra en los intereses y necesidades de los ciudadanos, de manera que asume como reto “asegurar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y la integridad de la persona, garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa”¹⁵.

2. Instrumentos para la asistencia judicial: convenios bilaterales y multilaterales

2.1. Las solicitudes de cooperación

La base más común y general de relación en el curso de actuaciones penales, cuando entran en juego autoridades de diferentes Estados, sigue siendo la solicitud de un Estado y el cumplimiento por parte de otro.

Esta forma de cooperación o de colaboración parte del escrupuloso respeto a la soberanía y se instrumenta normalmente en Convenios bilaterales, que concretan normativamente las relaciones políticas de los contratantes en cada momento histórico.

Así se había establecido el marco de la cooperación en materia penal du-

juntamente con las autoridades competentes de los Estados miembros o en el marco de equipos conjuntos de investigación, en su caso en colaboración con Eurojust.

14 Su aprobación en ese momento responde en cualquier caso al agotamiento de la vigencia del Programa de La Haya, que no debe considerarse en modo alguno íntegramente ejecutado. Los resultados finales de los dos últimos años han sido debidamente analizados por la Comisión en sendos informes accesibles en las siguientes direcciones: <http://europa.eu/generalreport/fr/welcome.htm> y <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0373:FIN:ES:PDF>.

15 El texto íntegro del Programa de Estocolmo puede consultarse en el DOUE c 115/3, de 04.05.2010. Así mismo, debe tenerse en cuenta el Plan de acción aprobado por la Comisión a los efectos de desarrollar el citado Programa [COM (2010) 171 final - no publicado en el Diario Oficial].

rante los siglos XIX y XX, y así subsiste hoy cuando se trata de asistencia o de cooperación, también en materia penal, entre diferentes Estados, de modo que la política internacional de cada uno le lleva a concluir los Convenios que considera convenientes a sus propios intereses nacionales; se trata de Convenios bilaterales, cuyo cumplimiento y supervisión queda en manos de los dos que lo suscribieron.

Sin embargo, el incremento exponencial de las relaciones internacionales ha conducido a la integración de muchos Estados en nuevas estructuras económicas o políticas, más o menos formales, en las diferentes regiones del planeta.

Este fenómeno de las nuevas “agrupaciones” de Estados, por razones políticas (como el Consejo de Europa, después de la segunda guerra mundial) o inicialmente económicas (como la Unión Europea, o más recientemente el MERCOSUR o la Comunidad Andina de Naciones, ambos en Sudamérica), históricamente desconocido, ha repercutido también en los instrumentos y las políticas de cooperación jurídica, pero utilizando los mismos mecanismos de la cooperación internacional¹⁶.

Porque en la actualidad, es evidente que no se ha globalizado sólo la economía, sino también la criminalidad, de modo que se ha provocado también una creciente necesidad de articular de un modo no sólo más fluido, sino sobre todo más efectivo y más estable, las relaciones jurídicas y las actuaciones de cooperación judicial, dado que los procesos (también los procesos penales) con elementos extranjeros han crecido extraordinariamente en este nuevo marco de las relaciones internacionales.

Ésta es la razón por la que surgen los Convenios multilaterales de cooperación jurídica en materia penal, tanto en los ámbitos regionales, en un primer momento, como luego en todo el mundo, a partir de la iniciativa de la Secretaría General de las Naciones Unidas. Son convenios referidos a ámbitos muy dispares, que van desde la mera actividad material de remitir una citación o una notificación, a la entrega de una persona que se encuentra en el territorio de otro Estado para el ejercicio de la jurisdicción penal, para el enjuiciamiento o para el cumplimiento de la pena que se le hubiere impuesto, o para intercambiar información o realizar operaciones conjuntas en la persecución del terrorismo, del tráfico de drogas o de la criminalidad internacional.

16 El fenómeno ha desembocado en la conclusión de Convenios bilaterales de cooperación en materia penal, como el suscrito entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, en los que una de las partes (la UE) representa a un conjunto de Estados.

2.2. Los Convenios del Consejo de Europa

Para facilitar las actuaciones de cooperación en el ámbito europeo, después de la Segunda Guerra Mundial, el Consejo de Europa inició su andadura aprobando varios instrumentos de enorme importancia para la efectividad de la justicia penal. Los dos primeros, de los años 50, fueron el Convenio europeo de extradición de 1957 (ratificado hoy por la totalidad de los países del Consejo de Europa y, además, por Sudáfrica, Israel y Corea) y el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959 (igualmente ratificado por todos los países del Consejo de Europa y, además, por Israel, Chile y Corea), que entraron en vigor, respectivamente, en 1960 y 1962. Estos dos Convenios multilaterales significaron un avance muy notable en la cooperación penal internacional, no sólo porque establecieron normas jurídicas de aplicación general en el ámbito europeo para estas materias, sino porque inspiraron las legislaciones internas de los países firmantes, que fueron acomodando las previsiones de los instrumentos europeos a la suscripción de sus Convenios bilaterales.

2.3. El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS)

Todavía en el ámbito europeo, inicialmente cinco Estados (Alemania, Bélgica, Francia, Holanda y Luxemburgo) firmaron el Acuerdo de Schengen en 1985, y luego el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) en 1990, con la finalidad de eliminar progresivamente los controles en las fronteras comunes y establecer un régimen de libre circulación de personas, que entró en vigor en 1995. A estos instrumentos se incorporaron luego Italia en 1990, España y Portugal en 1991, Grecia en 1992, Austria en 1995 y Finlandia, Suecia y Dinamarca (éste con especialidades) en 1996, así como Islandia y Noruega en ese mismo año y, finalmente, Suiza y Liechtenstein en 2008 y 2009 respectivamente. Por su parte, Irlanda y el Reino Unido participan sólo de forma restringida en la aplicación de estos instrumentos

El Acuerdo de Schengen surge a raíz del Acuerdo de Saarbrücken, celebrado entre Francia y la República Federal de Alemania el 13 de febrero de 1984, cuyo objeto era la supresión de los controles de la frontera entre ambos países. Con ello se intentaba extender la experiencia positiva alcanzada en el marco del Benelux y generalizar luego ese modelo en el continente para con-

traponerlo, con garantías de éxito, al modelo británico de control exhaustivo en las fronteras. En efecto, los países del Benelux habían suprimido en 1960 sus fronteras, formando un territorio único y trasladando el control de las personas a las fronteras exteriores por medio de una política de visado común, el visado turístico del Benelux.

Por su parte, en Schengen se preveía igualmente -entre sus medidas a largo plazo- la supresión de los controles en las fronteras comunes y su traslado a unas fronteras externas. Esto suponía una armonización previa de las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basaban los controles, es decir, la adopción de unas medidas complementarias para salvaguardar la seguridad e impedir la inmigración ilegal de los nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas.

Así, el Acuerdo ponía énfasis en que podía ser firmado sin reserva de ratificación o de aprobación y se limitaba a enunciar, a lo largo de sus 33 artículos, un conjunto de medidas concretas que debían adoptarse a corto plazo con carácter jurídico vinculante (arts. 2 a 16: vigilancia visual de vehículos, por sondeo, etc.); y otras medidas a largo plazo que se reducían a declaraciones de intención, asumiendo las Partes obligaciones de “buscar”, “iniciar discusiones” o “adoptar iniciativas comunes” en ciertos ámbitos, entre ellos la cooperación judicial (artículos 17 a 27). Estas últimas previsiones no eran sino desiderata sin eficacia práctica, lo que naturalmente demandaba otro texto donde se concretaran las actuaciones específicas precisas. Es decir, que el Acuerdo inicial carecía de los instrumentos necesarios para hacer efectivas sus previsiones, que deberían haberse cumplido en su totalidad el primero de enero de 1990 (art. 30); de ahí que pudiera calificarse con acierto como “tratado marco” o como una suerte de norma programa.

Ante tal estado de cosas, resultaba evidente la necesidad de aprobar un instrumento complementario que contuviera los mecanismos precisos para poner en práctica las medidas de supresión gradual de los controles fronterizos. Así se llegó al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, con 142 artículos de entendimiento ciertamente difícil y una gran complejidad en su estructura y en las materias que regula, al que se sumaron progresivamente los restantes Estados.

La gestación de este segundo instrumento comienza a finales de los años ochenta, cuando el artículo 13 del Acta Única -convertido en el artículo 8 del

Tratado de Roma- establece que las fronteras entre los países miembros de la Comunidad Europea debían desaparecer el primero de enero de 1993, instaurándose la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

Con todo, en los trabajos para hacer realidad esa supresión de fronteras resultó pronto patente que los esfuerzos para lograr la libre circulación de mercancías, servicios y capitales avanzaban mucho más rápidamente que los encaminados a lograr la libre circulación de personas, ya que los Estados miembros de la Comunidad mostraban gran temor a la desaparición de controles que impedían la libre circulación de las personas, convencidos de que la supresión de las fronteras incrementaría las actividades criminales y el flujo de entrada de inmigrantes ilegales de terceros países.

Consciente de esta situación, el Consejo Europeo celebrado en Rodas en diciembre de 1988 decidió “invitar de forma apremiante al Consejo a intensificar sus esfuerzos en todos aquellos campos en los que los progresos no habían ido tan rápido como hubiera cabido esperar, en particular, en lo que concierne a la libre circulación de las personas”. En cumplimiento de estas previsiones, a lo largo de 1989 y bajo presidencia española, se incrementaron los esfuerzos en este sentido, centralizando los trabajos en un Grupo de Coordinadores nacionales que elaboró un informe -denominado Documento de Palma-, que recibió la bendición del Consejo Europeo de Madrid en junio de 1989 y fruto de cuyo desarrollo han resultado una serie de Convenios, entre ellos el de Schengen.

Ello fue así porque, dado el limitado desarrollo tras la adopción a doce del Documento de Palma, algunos Estados miembros de las Comunidades Europeas, en concreto, los Estados firmantes del primer Acuerdo de Schengen de 1985, más algunos otros como Italia, Portugal, España o Grecia, decidieron ensayar, ante las dificultades encontradas, otro camino, el de la cooperación intergubernamental más reducida, lograda en el seno del denominado “Grupo Schengen”. Se desarrolló así el segundo de los mencionados instrumentos, el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen.

El Acuerdo y el Convenio, así como las normas adoptadas sobre la base de ambos textos y los acuerdos conexos, constituyen lo que se conoce como “acervo de Schengen”, que desde 1999 está integrado en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea en virtud de un protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam. El Título III del CAAS (arts. 39 a 91, bajo el epígrafe “Policía y Seguridad”) regula aspectos esenciales de la cooperación penal, que hacen referencia a la cooperación policial (capítulo I) en la investigación de deli-

tos, la vigilancia transfronteriza, la persecución en caliente, el intercambio de información o la designación de funcionarios de enlace; que regulan la cooperación en materia de estupefacientes (capítulo VI) o de armas de fuego y municiones (capítulo VII)¹⁷.

Pero además el CAAS contiene disposiciones específicas sobre asistencia judicial en materia penal (capítulo II) con el objetivo reconocido (art. 48.1) de completar el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959, así como, en lo que respecta a las relaciones entre las Partes contratantes miembros de la Unión Económica Benelux, el capítulo II del Tratado Benelux de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 y facilitar la aplicación de dichos acuerdos.

Con este mismo sentido de la complementariedad del Convenio Europeo de Extradición de 13 de septiembre de 1957 y en las relaciones entre las Partes contratantes miembros de la Unión Económica Benelux, el capítulo I del Tratado Benelux de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 y facilitar la aplicación de dichos Acuerdos, se establecen normas específicas en el capítulo IV (arts. 59 a 66).

Junto con ello, se regula una cuestión de gran trascendencia para la cooperación en materia penal: el principio *ne bis in idem* (capítulo III, arts. 54 a 58), es decir, la prohibición de que quien haya sido juzgado en sentencia firme por un Estado no pueda ser perseguida por los mismos hechos por otro Estado, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación del Estado donde se dictó la sentencia condenatoria (art. 54). La consagración de este principio representa un elemento básico de la cooperación penal, pues atenta contra los criterios esenciales de proporcionalidad y de justicia que un sujeto pueda ser condenado dos veces (aunque se trate de dos Estados distintos) por unos mismos hechos.

Finalmente, para completar otro Convenio, el Convenio del Consejo de Europa de 21 de marzo de 1983 sobre el traslado de personas condenadas, el CAAS establece normas específicas en el Capítulo V para la transmisión de la ejecución de sentencias penales.

¹⁷ Cfr. MORENO CATENA y CASTILLEJO, *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, 1999.

2.4. El Convenio 2000 de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE

La política europea en lo que hace a la cooperación jurídica en materia penal ha ido poniendo en marcha paulatinamente instrumentos con la finalidad de completar anteriores Convenios del Consejo de Europa y superar los obstáculos que se habían advertido para la plena implantación de un espacio europeo de justicia, también de justicia penal.

Uno de los puntos relevantes en este campo, por la vía del art. 34 TUE, ha sido la aprobación del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000, que entró en vigor en agosto de 2005, al haberlo ratificado un número suficiente de Estados. Este Convenio pretende fomentar y actualizar la ayuda mutua entre autoridades judiciales, policiales y aduaneras, completando y facilitando la aplicación del Convenio del Consejo de Europa de 1959 y su protocolo de 1978, así como el CAAS de 1990 y del Tratado del Benelux de 1962.

Además de regular la práctica de algunas diligencias, como las declaraciones por medio de videoconferencia y la intervención de comunicaciones, el Convenio se refiere a la comunicación directa de las autoridades de un Estado con los destinatarios de una comunicación judicial que se encuentren en el territorio de otro Estado y la transmisión y ejecución directa por las autoridades competentes, sin pasar por una autoridad central, como regla general.

Junto con ello se establece la posibilidad de crear equipos comunes de investigación por parte de dos o varios Estados, incluyendo investigaciones discretas, realizadas con agentes encubiertos, de modo que el Convenio sustituye la Decisión Marco 2002/465, sobre equipos conjuntos de investigación.

Pero tal vez la innovación más relevante que contiene este instrumento sea la aplicación en las actuaciones de asistencia judicial penal de las normas del país requirente (*forum regit actum*) y no del Estado que presta la ayuda (*locus regit actum*), de modo que se respeten las garantías procesales indicadas por el Estado requirente, incluyendo los plazos que señale¹⁸.

Sin duda esta previsión se inscribe en una línea diferente a la del recono-

18 No obstante, el Protocolo del Convenio 2000 de asistencia judicial en materia penal (DO C326, de 21 noviembre 2001), que establece medidas relativas a las solicitudes de información sobre transacciones bancarias para luchar contra la delincuencia organizada, vuelve al principio del *locus regit actum*, remitiendo a la legislación del Estado requerido para realizar el acto de asistencia judicial.

cimiento mutuo, pues las autoridades que realicen los actos de auxilio deberán hacer dejación de sus propias normas en beneficio de las que rigen en el Estado donde van a surtir efecto; así, en vez de hacer valer en todo caso y en todos los países el resultado que se hubiere obtenido conforme a las normas del Estado requerido, aunque estas normas contravengan o no se compadezcan con las del Estado requirente, que es la base del principio de mutuo reconocimiento, se hacen respetar las garantías establecidas por el Estado donde vaya a surtir efecto la actuación, con lo que decaen todas las objeciones a la eficacia de la cooperación judicial.

3. Las políticas de integración

El objetivo de alcanzar en Europa un espacio de libertad, seguridad y justicia pasa efectivamente por lograr la eficacia en todo el territorio europeo de las resoluciones judiciales dictadas en cualquiera de los Estados, tomándose en definitiva como si se tratara de una decisión interna. En ese horizonte, el juez nacional de un Estado sería juez de toda la UE, y sus resoluciones deberían ser asumidas y obedecidas como si hubieran sido dictadas por un juez del Estado en que se pretendan hacer valer.

El camino a seguir es sin duda largo y, en ocasiones, penoso, y se puede recorrer desde dos diferentes intervenciones: por un lado, a través de la armonización, es decir, con la vigencia en todos los Estados de unas instituciones, y de unas normas penales y procesales que guarden las suficientes similitudes como para generar confianza recíproca, más allá de los inevitables errores o los defectos en el concreto funcionamiento del sistema. Por otro lado, a través del reconocimiento mutuo, es decir, aceptando como propia una actuación o una resolución de otro Estado, por el mero hecho de provenir de la UE, y haciéndola cumplir.

Es claro que el objetivo del espacio judicial europeo requiere, por encima de todo, la confianza de cada uno de los Estados en el respeto a los principios que rigen los sistemas procesales de los demás, y en el adecuado funcionamiento de sus instituciones, máxime cuando se trata del sistema penal, donde están en juego las libertades individuales que tan trabajosamente ha costado asentar en la mayoría de los países europeos.

Probablemente la primera reacción desde cualquiera de las instancias del sistema judicial de un país cuando considere que en otro existe un déficit en la

protección de los derechos, o en la estructura o en las garantías de la magistratura, sea poner en cuarentena todas las actuaciones que provengan de él, incluso en el caso de que ellos mismos hayan solicitado el auxilio.

3.1. Instrumentos para la armonización

Es evidente que se pueden producir importantes avances en la integración política europea, que sin duda deberán otorgar una mayor legitimación democrática a las instituciones comunitarias, rompiendo con la actual organización en donde la intervención de la soberanía popular resulta poco reconocible, a pesar del mayor protagonismo que progresivamente va asumiendo el Parlamento europeo¹⁹.

Pero hasta tanto no se llegue a esa nueva etapa de integración política, por todo cuanto se acaba de decir, los progresos en la integración europea en materia de justicia penal, en el escenario del espacio de libertad, seguridad y justicia, deben partir básicamente de la armonización fruto de la confianza recíproca; es decir, que con total respeto de la soberanía de cada uno de los Estados, exista en todo el territorio de la Unión, y sea reconocido por todos, tanto un Poder Judicial independiente como unas normas jurídicas sobre el derecho y el proceso penal que sean homologables.

La comunitarización de la cooperación penal operada por medio del Tratado de Lisboa determina en última instancia que la armonización pueda incluso venir impuesta por normas emanadas de los órganos de la UE con capacidad legislativa, que pasen a integrar los ordenamientos nacionales de los Estados. Con todo, la resistencia mostrada por no pocos Estados esta pérdida de soberanía que puede interpretarse como una renuncia a diseñar su propio modelo de justicia penal, considerando una amenaza cualquier intento de legislar en materia penal desde la UE, introduce serias dudas acerca de los avances reales en este campo. Pero es que, además, la armonización no puede significar igualdad jurídica total de unos sistemas que se han ido conformando por siglos con elementos muy diferentes entre sí.

Por lo tanto, de un lado, no cabe eliminar la potestad legislativa de los Estados para que cada uno establezca, de acuerdo con su tradición y su sistema jurídico, su propio sistema penal, es decir, tanto la organización de la justicia penal, como la determinación de las conductas delictivas y la sanción

¹⁹ Puede destacarse que el Tratado de Lisboa casi equipara su papel al del Consejo en el proceso de aprobación de nuevas normas.

que decida imponerles, como el desarrollo del procedimiento; en definitiva, el programa de política criminal que cada Estado pretenda ejecutar.

Pero, de otro lado, hay que tener muy en cuenta que la armonización, al contrario de lo que parece primar en la política comunitaria, preocupada esencialmente por incrementar los instrumentos para mejorar la persecución penal, deberá aspirar al establecimiento de unos estándares de garantías para todos, que se aproximen al sistema que mejor proteja los derechos, porque es evidente que no se puede exigir a los ciudadanos de un Estado que renuncien a las garantías que les dispensa su propio sistema jurídico.

En definitiva la armonización habrá de afanarse en conseguir, por un lado, que esté vigente en todo el espacio europeo el mismo sistema de garantías procesales, y tendencialmente en el máximo grado de protección; por otro lado, que la tipificación de las conductas delictivas y las sanciones que se impongan guarden una cierta uniformidad en todo el territorio de la UE y, finalmente, que sean estrictamente respetadas las garantías institucionales de los servidores públicos del sistema de justicia penal y, esencialmente, la independencia de los juzgadores.

Todo eso quiere decir que la armonización en esta materia deberá resultar de la convergencia de dos factores: por una parte, la voluntad de los Estados –y, sobre todo, de los ciudadanos, quienes con demasiada frecuencia son los grandes olvidados en la construcción europea– fruto de la confianza en el resto de los ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, el propio impulso de las instituciones comunitarias que, bien mediante Decisiones marco, bien por la vía de la cooperación reforzada, han logrado en los últimos años que los Estados aprueben regulaciones uniformes que, como se ha dicho, pueden conseguir nivelar los estándares de garantías hacia el ordenamiento jurídico que proteja más cumplidamente los derechos de los justiciables. Más aún, si bien las dificultades con las que tropezaba la Comisión para aprobar una norma común y específica sobre garantías procesales mínimas no auguraban a la armonización en esta materia un futuro inmediato prometedor²⁰, parece que la exploración de los nuevos itinerarios diseñados en el Tratado de Lisboa puede llevar a resultados más halagüeños. Así puede derivarse de la reciente aprobación por el Consejo de

20 Un análisis detallado de la mencionada propuesta de Decisión marco y su tramitación lo encontramos en LOREDO COLUNGA, “La armonización de la legislación procesal penal en la Unión Europea: los derechos del imputado”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 3/2008.

una Directiva relativa a los derechos de traducción e interpretación en los procedimientos penales²¹, y de la existencia de sendos proyectos de Directiva actualmente en tramitación, referidos uno al derecho a la información²², y otro a los derechos a la asistencia letrada y a la comunicación en el momento de la detención²³.

En este sentido, la propia Comisión, en una Comunicación de 2005 al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y al fortalecimiento de la confianza mutua entre los Estados miembros²⁴, apuntaba a que la confianza mutua incluye acciones legislativas que garantizaran un alto grado de protección de los derechos de las personas en la UE, y sentara la idea de armonizar determinadas disposiciones legislativas en materia penal, y en concreto el Derecho procesal penal a escala comunitaria con objeto de que las resoluciones judiciales respondan a normas exigentes en términos de garantías de los derechos de las personas, como son la presunción de inocencia, la regulación de las resoluciones *in absentia*, las normas mínimas para recabar las pruebas, etc.

Parece que en la referida comunicación de 2005 la Comisión manifestaba también el deseo de identificar los obstáculos potenciales antes de adoptar nuevos instrumentos, lo que puede ser reflejo de la apuesta por la armonización de legislaciones sobre la automática aplicación del reconocimiento mutuo.

Manifestaciones tendentes a la armonización de disposiciones penales se encuentran en algunas no pocas Decisiones marco y Propuestas de Decisiones marco.

Como se dice en la Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 2006, al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las penas privativas de derechos impuestas por condenas penales²⁵, la legislación comunitaria adoptada en materia de penas privativas tiene por objeto aproximar las legislaciones nacionales.

21 Texto aprobado por el Consejo de Luxemburgo de 7 y 8 de octubre de 2010 y que ya había sido políticamente acordada durante la presidencia española de la UE.

22 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a la información en los procesos penales. COM (2010) 392 final.

23 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención. COM (2011) 326 final.

24 COM (2005) 195 final - no publicada en el Diario Oficial.

25 COM (2006) 73 final - no publicada en el Diario Oficial.

Así se ha establecido en algunas importantes disposiciones de la UE, como en la Decisión marco 2004/68/JAI, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, que fija unas normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de dichas infracciones, y reconoce que es preciso fijar para los autores de estas infracciones sanciones lo suficientemente severas para que la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil puedan incluirse dentro del ámbito de aplicación de los instrumentos ya aprobados de lucha contra la delincuencia organizada²⁶. Además, entre otras cosas, la Decisión marco exige que cada Estado miembro adopte las medidas necesarias para garantizar que las infracciones que se enuncian sean castigadas con las sanciones penales que la propia Decisión fija²⁷.

Lo propio hay que decir respecto de la Decisión marco 2004/757/JAI, del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, en donde se exige que las sanciones previstas por los Estados miembros deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias e incluir penas privativas de libertad. Para determinar el nivel de las sanciones, deben tenerse en cuenta elementos de hecho tales como las cantidades y la naturaleza de las drogas objeto del tráfico, o si el delito fue cometido en el marco de una organización delictiva. La propia Decisión marco establece también que los Estados han de garantizar que los delitos de tráfico de drogas se castigan con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias y fija para los distintos tipos una pena mínima (art. 4)²⁸.

Asimismo, de forma expresa, en esta línea de la armonización de la legis-

26 Alude a la Acción Común 98/699/JAI del Consejo, de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea.

27 También se establece así en la Decisión marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, a la legislación relativa a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y destinada a luchar contra la corrupción y el crimen organizado, y a otras directivas aplicables al sector financiero.

28 En la misma línea, deben traerse a colación otras normas de más reciente aprobación, como son la Decisión marco 2008/912/JAI, que concreta los aspectos esenciales de los delitos de racismo y xenofobia; la Decisión marco 2008/919/JAI, que modifica la definición consensuada de terrorismo; o la Decisión marco 2008/841/JAI, que define los delitos relativos a la participación en organizaciones delictivas.

lación penal, se sostiene en el Libro Verde de la Comisión, de 26 de abril de 2006, sobre la presunción de inocencia²⁹, que esa iniciativa de la Comisión se inscribe en el proceso de armonización del Derecho penal, pues el principio de reconocimiento mutuo sólo puede funcionar con eficacia si se confía en los demás sistemas judiciales, confianza mutua que deriva de la referencia común a los derechos fundamentales, como se destaca en el Libro Verde de la Comisión, de 19 de febrero de 2003, sobre garantías procesales del imputado³⁰. Reconoce la Comisión que existen grandes diferencias en las penas entre los Estados miembros, mientras que las decisiones que se toman en la fase previa a la ejecución de una sentencia no siempre se aplican sobre la base de normas comunes destinadas a garantizar el mismo grado de protección de los derechos fundamentales en el conjunto de la UE.

Más recientemente, por la decisión del Consejo, de 12 de febrero de 2007, se establece para el periodo 2007-2013 el programa específico “Justicia Penal”³¹, integrado en el programa general “Derecho Fundamentales y Justicia”. Destaca que entre los cuatro objetivos generales del programa sólo figuren: i) promover la cooperación judicial en materia penal; ii) acercar los sistemas judiciales de los Estados miembros entre sí y al sistema judicial de la UE; iii) mejorar los contactos y el intercambio de información y de buenas prácticas entre las autoridades judiciales, administrativas y los profesionales de la justicia, y promover la formación de los profesionales del Derecho, y iv) incrementar la confianza entre las autoridades judiciales.

3.2. El principio de reconocimiento mutuo

El principio de reconocimiento mutuo tuvo su origen en problemas surgidos en el mercado único y la libre circulación de mercancías, a raíz de una sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, en el caso del *Cassis de Dijon*, resolviendo el Tribunal que, cuando no exista legislación armonizada, se deben admitir los productos procedentes de otro Estado si cumplen la normativa del país de origen, suprimiendo así los llamados límites técnicos al comercio.

Este hallazgo del TJCE fue trasladado luego a la materia penal, para pro-

29 COM (2006) 174 final - no publicado en el Diario Oficial.

30 COM (2003) 75 final.

31 Decisión 2007/126/JAI (DO L 58, de 24.02.07).

mover la libre circulación de resoluciones judiciales en el ámbito de la UE³², como un medio más rápido y eficaz para ampliar el campo de acción en esta materia de la cooperación en el ámbito de la justicia penal, porque de esta manera se pasaba por encima de las interminables negociaciones para la armonización a partir de una Decisión marco o de los Convenios propios del “tercer pilar”.

Y efectivamente la invocación al principio de mutuo reconocimiento se encuentra presente de forma reiterada y permanente en casi todos los instrumentos normativos o actos del Consejo o de la Comisión en materia de cooperación penal, que lo utilizan con un enorme entusiasmo, y como si fuera una especie de salmodia o de impetración taumatúrgica³³.

Mediante este régimen del reconocimiento mutuo, la resolución dictada por un tribunal de cualquier Estado de la UE no sólo tiene autoridad y produce efectos en su propio territorio, donde ese órgano ejerce su potestad jurisdiccional, sino que tendría eficacia directa en el Estado en donde deba cumplirse, cuyas autoridades se habrían de limitar a reconocerla y a ejecutarla.

Como ya se ha apuntado, la aplicación del principio de mutuo reconocimiento sólo se sostiene a partir de la confianza recíproca entre los sistemas jurídicos, pues sería impensable que un Estado cediera la soberanía de sus decisiones jurisdiccionales en favor de las resoluciones que vienen a ser ejecutadas en su territorio, dictadas por jueces extranjeros, a partir de otro ordenamiento jurídico, desconocido o con un dudoso sistema de garantías. Así pues, sólo contando con una base común de independencia de los jueces y de respeto a los derechos fundamentales, es decir, de unos mismos fundamentos en el sistema de justicia, se puede asumir el principio de que un Estado ponga al servicio de una resolución extranjera, por el mero hecho de haberse dictado, todo su *imperium* para hacerla cumplir como si fuera una resolución interna.

32 Que es notablemente distinta la aplicabilidad del principio de mutuo reconocimiento a la libre circulación de mercancías, sobre las que el consumidor tomará la decisión de comprarlas o no finalmente, y a la libre circulación de resoluciones judiciales, lo explica bien BACHMAIER, “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., pág. 176.

33 Sobre este principio se ha mostrado furibundamente en contra un amplio sector de la doctrina alemana; vid., por todos, SCHÜNEMANN, op. cit., passim. Con una visión más comprensiva, cfr. TIEDEMANN, “El nuevo procedimiento penal europeo”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007, págs. 143 y ss.

En este sentido resulta evidente que el mutuo reconocimiento sólo puede ser la consecuencia y el fruto de una labor previa de armonización normativa, que desemboque en la recíproca confianza de los Estados en sus respectivos sistemas de justicia; otra cosa sería o comenzar la casa por el tejado³⁴, o ponerle al caballo el roncal por el rabo³⁵. Por lo tanto, cabe decir que ambas vías, la armonización y el mutuo reconocimiento, deben ser complementarias, pues para lograr la directa validez y eficacia de una resolución extranjera, aun contando con las obvias y naturales discrepancias de los distintos sistemas jurídicos, deberá respetar desde luego el orden constitucional del Estado donde se pretende hacer valer³⁶.

Como sostiene acertadamente PEITEADO³⁷, en el origen del reconocimiento mutuo se encuentran los tres elementos que lo definen: en primer lugar, la distinción entre reconocimiento y armonización; en segundo lugar, la equivalencia normativa, en razón de los objetivos, intereses protegidos y garantías dispensadas; en tercer lugar, su vinculación con el espacio único de justicia.

La primera de las disposiciones que aplicó el principio de reconocimiento mutuo en materia penal fue la Decisión marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. A ésta le siguió la Decisión marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas.

34 En expresión de GÓMEZ-JARA, “Orden de detención europea y constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, en *Revista La Ley*, de 26 de julio de 2004.

35 En expresión de HASSEMER, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, en *ZStW*, 116-2, II, pág. 317.

36 Cfr. ORMAZÁBAL, “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., pág. 70. Vid. también las acertadas observaciones de MIRANDA, “El papel del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit., págs. 192-193; en el mismo libro cfr. NIE-TO, “Modelos de organización del sistema europeo de Derecho penal”, págs. 169 y ss.

37 “El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la Unión Europea”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., págs. 183-184.

A partir de estas dos disposiciones aprobadas al amparo del art. 34.2 del TUE, se han ido produciendo actos de análisis, propuesta o decisión que toman como punto de partida indiscutible el principio de reconocimiento mutuo.

Así la Decisión marco 2005/214/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, que abarca tanto a las sanciones penales como administrativas, y en la que se establece el mecanismo de transmisión de resoluciones, fijando en anexo el certificado que deberá adjuntarse a la resolución.

En la misma dirección se inscribe obviamente 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, con normas sobre la transmisión, reconocimiento y ejecución de las mismas.

Desde la perspectiva del reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales en el espacio penal europeo, se aprobó la Propuesta de Decisión marco del Consejo, de 29 de agosto de 2006, sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la UE³⁸, con la finalidad de que las medidas cautelares de vigilancia y no de privación de libertad acordadas en un proceso penal se cumplan en el Estado de residencia del imputado, que deberá seguir estando disponible para comparecer en el juicio en el Estado donde la orden se hubiera dictado.

En última instancia, puede afirmarse que la implementación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales ha recibido un importante respaldo en los últimos años, como pone de manifiesto la aprobación de las siguientes disposiciones: Decisión marco 2008/841/JAI, del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la delincuencia organizada; Decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad; Decisión marco 2008/947/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada; Decisión marco 2008/978/JAI, del Consejo, de 18 de diciembre, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procesos penales; Decisión marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero, para propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo

38 COM (2006) 468 final - no publicada en el Diario Oficial.

de resoluciones dictadas en juicios celebrados sin comparecencia del acusado; Decisión marco 2009/829/JAI, del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional; y Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

4. Las políticas de comunitarización: el espacio común europeo de justicia. El papel del Tribunal de Justicia

Como ha podido apreciarse, los campos a los que se extiende la UE en materia penal se han ido extendiendo paulatinamente.

Hay actuaciones de cooperación jurídica internacional que inciden en una escasa medida en el ejercicio y la afirmación del poder del Estado, como son las citaciones o notificaciones realizadas en su territorio, porque con ellas no queda comprometida su soberanía, ni implican imperativamente deberes que se hayan de cumplir dentro del territorio del Estado, ni por parte de éste ni por parte de la persona que recibe la citación o la notificación. Por ese motivo, desde hace muchas décadas se ha abierto sin mucha dificultad el campo de la cooperación jurídica internacional en estas materias, incluso con comunicaciones directas de las autoridades extranjeras con los individuos que se encuentran en el territorio del Estado que presta, facilita o soporta la solicitud o actuación de las autoridades del Estado en donde se tramita el procedimiento.

La segunda de las dimisiones en el ejercicio de la soberanía de los Estados que se plantea en el llamado espacio judicial europeo, o espacio de libertad, seguridad y justicia, hace referencia a atender las solicitudes en la obtención de medios de prueba o de medidas cautelares o ejecutivas; es decir, poner directamente a disposición de las autoridades de otro Estado los medios coercitivos propios y, por tanto, el *imperium* estatal, sin una previa homologación o resolución interna que le dé fuerza o valide la decisión extranjera.

La tercera de las grandes renunciaciones del poder del Estado en atención a la cooperación jurídica internacional se concreta en el abandono de la protección de las personas que se encuentran en su territorio, procediendo a su entrega a las autoridades del Estado requirente, en los casos de extradición. La

protección de las personas y de los bienes es tal vez la manifestación más palpable del ejercicio del poder y de la soberanía, que ejercían tanto los titulares del poder terrenal como espiritual, y así se reflejaba en la antigua posibilidad de “refugiarse en sagrado”, protegiendo el eclesiástico a la persona que acudía al recinto religioso, con la potestad de entregarla o no a quien se lo requiera. Este modo de cooperación, que requiere de una actividad de *imperium* por parte de las autoridades del Estado donde se encuentra el reclamado (detención y entrega), se ha desarrollado, con la extensión y límites que se verán, en el espacio de la UE por medio Decisión marco 2002/584, de 13 de junio, sobre la orden europea de detención y entrega, que ha supuesto un cambio sustancial en el modo de concebir la entrega de una persona a un Estado extranjero e implica un avance determinante en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, poniendo fin al tradicional sistema de la extradición y, con algunas salvedades, pasa por encima de los tres principios básicos que habían regido en esta materia: el principio de doble incriminación, el de especialidad y de la prohibición de extradición de nacionales³⁹.

Pero la cooperación jurídica se ha basado tradicionalmente en el criterio del coste para el Estado que presta la ayuda, medido no en términos económicos sino de renuncia a la soberanía, de modo que la primera resistencia, por encima de cualquier otra, se advierte en materia de potestad legislativa, cuando el Estado se obliga a asumir como propias o a ejecutar resoluciones que están aplicando normas de Derecho extranjero, haciendo abstracción de las disposiciones nacionales.

Por eso ésta ha sido siempre la resistencia más potente, como reflejo de la afirmación de los principios y valores que informan el sistema jurídico propio, frente a las garantías que puedan regir en el sistema jurídico de donde ha emanado la resolución judicial que se pretende aplicar o ejecutar en su territorio.

Claro es que el trabajo pertinaz de las instituciones europeas, especialmente de la Comisión, a través de los sucesivos Libros verdes, de las Comunicaciones y de las Propuestas, a las que ya se ha aludido, así como diferentes sentencias del Tribunal de Justicia, ha ido quebrantando esas resistencias, aunque sin duda persistirán muchos de los recelos que hoy se advierten.

39 Cfr. MORENO CATENA, *La orden europea de detención en España*, en “Revista del Poder Judicial”, n° 78, págs. 11 y ss.; CASTILLEJO, *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*, Pamplona, 2005.

El Tribunal de Justicia ha realizado una labor determinante en este campo, a través de un puñado de sentencias donde se contiene una jurisprudencia creadora, que han introducido un cambio radical en el modo de entender el encaje tanto de las disposiciones emanadas de los instrumentos normativos del tercer pilar, sean las Decisiones marco, sean los Convenios, como sobre la tutela penal de las materias comunitarias y las relaciones entre el tercer pilar con el pilar comunitario⁴⁰.

a) La primera de las sentencias que merecen ser destacadas es la que se dictó el 16 de junio de 2005, en el caso *Maria Pupino* (C-105/03), que abordaba el problema del carácter normativo y el alcance de las Decisiones marco, es decir, un instrumento que se comprendía en el sistema de fuentes del “tercer pilar” y, por tanto, no “comunitarizado”⁴¹. En el proceso penal italiano, donde se enjuiciaba a la Sra. Pupino, se planteó la aplicabilidad de la Decisión marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, a pesar de que no se había realizado la transposición al derecho italiano si bien había concluido casi un año antes el plazo fijado en la propia Decisión marco. La sentencia aborda el problema de que una Decisión marco reconozca ciertos derechos, como en este caso el de preservar a las víctimas vulnerables de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública.

Pues bien, el TJCE consideró en esta sentencia que la obligatoriedad jurídica de las Directivas y de las Decisiones marco es idéntica, de modo que éstas no sólo tendrían carácter vinculante, sino que las autoridades de los Estados y, en particular, los órganos jurisdiccionales, tienen la obligación de *interpretación conforme* del Derecho nacional⁴². Por tanto, el TJCE ha abierto extraordinariamente la eficacia de las Decisiones marco del tercer pilar,

40 Vid. IRURZUN, “¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit., págs. 50 y ss.

41 Sobre esta sentencia y sus efectos, vid. SARMIENTO, “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las decisiones marco”, en *Revista electrónica de estudios internacionales* (2005), passim, en www.reei.org

42 Cfr. MUÑOZ DE MORALES, “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco ¿hacia el efecto directo?: especial referencia al caso *Pupino*”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit., págs. 291 y ss.

situándolas casi en la misma posición que las Directivas, acto normativo del primer pilar, atribuyéndole prácticamente efecto directo, con la interpretación conforme, siempre que ello no exija una interpretación del Derecho nacional *contra legem*.

b) El segundo grupo de sentencias son las que se han dictado en interpretación y aplicación del art. 54 del CAAS⁴³, sobre la vigencia del principio *ne bis in idem*⁴⁴, que afecta también a la litispendencia, pues debe impedir no sólo una doble condena sino también una doble persecución, es decir, una doble investigación y enjuiciamiento, sea de manera sucesiva o simultáneamente⁴⁵, lo que involucra el problema de la elección del Estado que debe enjuiciar los hechos⁴⁶.

Dos primeras sentencias, de gran importancia, se refieren a la noción de sentencia firme (el *bis*) y son la de 11 de febrero de 2003, casos acumulados *Gözütok* y *Brugge* (C-187 y 385/01) y la sentencia de 10 de marzo de 2005, caso *Miraglia* (C-469/03).

En ellas el TJCE, yendo más allá de lo que inicialmente cabía interpretar como sentencia firme, consideró que se veda un ulterior procedimiento y enjuiciamiento tanto en caso de transacción del imputado (*Gözütok*) con el Ministerio Fiscal, sin intervención judicial (*Brugge*), de modo que se considera

43 Dispone el precepto que “una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”.

44 Cfr. al respecto, SARMIENTO, “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (coord. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007, págs. 37 y ss.

45 De ahí que la Comisión haya abordado el problema en el *Libro Verde sobre conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales* (diciembre de 2005). Sobre el particular cfr. GONZÁLEZ CANO, “Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales”, en *Unión Europea Aranzadi*, nº 11/2006.

46 Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, “Conflictos de jurisdicción, *non bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007, págs. 65 y ss.

como sentencia firme cualquier resolución con la que se extinga la acción penal, propiciando el movimiento de personas en el ámbito europeo sin temor a ser juzgadas de nuevo. Sin embargo, no se consideran sentencias firmes, a los efectos de la aplicación del *ne bis in idem*, las decisiones de archivo del procedimiento penal, cuando no se haya pronunciado sobre la culpabilidad del imputado (Miraglia), como en el caso de que el fiscal haya decidido no proseguir la acción penal por haberse iniciado actuaciones penales en otro Estado, porque con esta decisión no se ha efectuado apreciación alguna en cuanto al fondo.

Con posterioridad, en la sentencia de 9 de marzo de 2006, caso *Van Esbroeck* (C-436/04), el TJCE aborda, junto con la entrada en vigor y la aplicabilidad temporal del Convenio, el problema de definir condena por “los mismos hechos” (el *idem*). Resuelve el Tribunal que el precepto ha de interpretarse como identidad de hechos naturales o históricos; el Tribunal se refiere a los “hechos materiales”, es decir, un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido, porque, debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, la tipificación delictiva puede cambiar de un Estado a otro.

Entiende también el Tribunal que las sentencias firmes a las que se refiere el CAAS incluyen a las sentencias absolutorias, incluso aunque se hayan dictado por insuficiencia de pruebas o como consecuencia de aplicar la prescripción; así sentencia de 28 de septiembre de 2006, caso *Gasparini y otros* (C-467/04).

También aborda el TJCE el problema de los hechos y su identidad, cuando hay modificación de algunos de sus elementos. En la sentencia de 28 de septiembre de 2006, caso *Van Straaten* (C-150/05) el Tribunal descarta que deba exigirse una completa identidad, de modo que cuando los hechos del segundo proceso se comprenden en el primero debe entrar en juego la prohibición del *bis in idem*⁴⁷. Esta misma doctrina se reitera en la sentencia de 18 de julio de 2007, caso *Kretzinger* (C-288/05)⁴⁸.

47 En este caso el Sr. Straaten había sido enjuiciado por tráfico de 5.000 gramos de heroína en Italia y, más tarde, fue sometido a un procedimiento penal por tráfico de 5.500 gramos de heroína en Holanda; aunque la droga de Italia formaba parte de la que se introdujo en Holanda. Señala el TJCE que “no se exige que las cantidades de droga de que se trate” o “que las personas que supuestamente hayan tomado parte en los hechos” sean idénticas.

48 Los hechos consistían en recibir tabaco extranjero de contrabando en un Estado

Sin embargo, con buen criterio, en la sentencia de 18 de julio de 2007, caso *Kraaijenbrink* (C-367/05), el Tribunal decide que no existe *idem*, en donde los hechos consistían, por un lado, en poseer en un Estado cantidades de dinero procedentes del tráfico de drogas y, por otro lado, en deshacerse, a través de oficinas de cambio de moneda situadas en otro Estado, de cantidades de dinero procedentes de tal tráfico. En el fallo se resuelve que no deben considerarse “los mismos hechos”, a efectos del artículo 54 del CAAS, porque los hechos estén relacionados entre sí por una misma intención criminal.

c) La tercera de las cuestiones se refiere a la competencia para que desde el primer pilar los órganos comunitarios puedan aprobar normas penales, que persigan la protección de bienes jurídicos amparados por el primer pilar. En la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005, asunto *Comisión contra Consejo* (C-176/03), se decidió la anulación de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003⁴⁹, relativa a la protección penal del medio ambiente, estimando el recurso de nulidad planteado por la Comisión, que había visto rechazada su propuesta de Directiva al amparo del art. 175 del Tratado por el Consejo, aduciendo falta de competencia para armonizar el Derecho penal, y aprobó la Decisión marco que la sentencia del Tribunal de Justicia anula.

El Tribunal considera que la Comisión tiene competencia normativa para aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia penal cuando resultara imprescindible para garantizar una política común de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización y concluye que el legislador comunitario puede adoptar las medidas “relacionadas con el derecho penal de los Estados miembros que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección ambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”.

y en importar y poseer ese mismo tabaco en otro Estado, teniendo en cuenta que el Sr. Kretzinger tenía desde el principio la intención de transportar el tabaco, después de tomar posesión del mismo por primera vez, a un destino final atravesando varios Estados.

49 Cfr. NIETO, “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, cit., págs. 325 y ss.

5. Reflexión final

La situación descrita no puede definirse, como fácilmente se habrá advertido, en algo cerrado y estanco, sino que se encuentra en una constante ebullición y en un proceso continuo de cambio⁵⁰.

Se ha comenzado, pues, a hacer un difícil camino, andando hacia el espacio común de libertad, seguridad y justicia, tomando en consideración, de otro lado, que, lejos de constituir un fin en sí misma, la cooperación judicial es un verdadero presupuesto para alcanzar la Justicia, pues cuando se trata de litigios transfronterizos, o con elemento extranjero, la tutela judicial de los ciudadanos sólo se puede dispensar con efectividad contando con la actuación o intervención de las autoridades de todos los Estados implicados.

Por otra parte, específicamente en el orden penal, el espacio común de libertad, seguridad y justicia presenta unos requerimientos cada vez más peyoratorios, pues el incremento de las libertades, incluida la libertad de circulación y el objetivo de la ciudadanía europea, debe correr en paralelo con la preservación de la seguridad ciudadana, de modo que el cruce de una frontera no represente una ventaja para el responsable de un delito. Si así fuera, no sólo se pondrían en peligro las libertades individuales, sino la propia justicia, porque la persecución criminal no puede concretarse a las fronteras de un país, y debe sustituirse esta óptica por una visión más global como global son muchas de las formas de delincuencia que están presentes en nuestras sociedades.

Como se decía en las conclusiones de Tampere, “debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros”, y, al propio tiempo “es necesaria la movilización conjunta de los recursos policiales y judiciales para garantizar que en toda la Unión no exista lugar alguno donde puedan ocultarse los delincuentes o los beneficios del delito”.

La Unión Europea está respondiendo a estos retos con la creación de entidades propias, con personalidad jurídica propia, como es el caso de Euro-

⁵⁰ Una acertada reflexión de las perspectivas de futuro la encontramos en MARISCAL, *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*, Madrid, 2010.

just, o de organismos independientes en el seno de la propia Comisión, como en el caso de OLAF, pero en todo caso dando paulatinamente respuesta al estrechamiento de las relaciones entre los Estados, con el horizonte y la meta confesada de lograr el espacio de libertad, seguridad y justicia.

En cualquier caso, los avances que se están produciendo ponen el acento en la represión penal, perdiendo de vista en muchas ocasiones la salvaguarda de las garantías de las partes procesales y, en todo caso, la legitimación democrática de las fuentes de producción normativa⁵¹. A todo ello viene contribuyendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, colocando en un primer plano, por encima de otras consideraciones, la idea fuerza de la integración europea a toda costa, y apostando por interpretaciones “creadoras” en la cooperación policial y judicial en materia penal (como sucede con el art. 54 del CAAS, relativo al principio *ne bis in idem*) en una clara línea de profundizar, en la mayor medida posible, en la vigencia del principio del reconocimiento mutuo, aun contando con un dudoso respaldo normativo.

A modo de colofón, cabe aludir a la amenaza de una “Europa a la carta”⁵², como resultado de las concesiones que la ratificación del Tratado de Lisboa supuso para algunos de los Estados miembros⁵³. Con ello, se incrementa el riesgo de una integración a distintas velocidades, contingencia difícil de gestionar y obstaculizadora de la efectiva constitución del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

51 Cfr. SCHÜNEMANN, “¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la Administración de Justicia penal?”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea* (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006, pág. 24.

52 Expresión generalizada y que encontramos, por ejemplo, en GARCÍA MORENO, “La cooperación judicial penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia después del Tratado de Lisboa”, en *Aranzadi Unión Europea*, nº 10/2009.

53 Debe tenerse en cuenta en primer lugar la especial posición del Reino Unido y Polonia en relación con la Carta de Derechos Fundamentales. También la posibilidad de que se activen los llamados “frenos de emergencia” previstos en los artículos 82.2 y 83.1 y 2 del TFUE, y que permiten bloquear directivas sobre aspectos de Derecho penal -sustantivo o procesal-, obligando a derivar la materia hacia la cooperación reforzada. Y, en última instancia, el singular status de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia (previsto en los Protocolos números 21 y 22), que implica su exclusión de los procedimientos legislativos -así como su no vinculación por la normativa sobre la materia-, sin perjuicio de que puedan optar por participar en los mismos o asumir dichas disposiciones en un momento posterior.

Bibliografía

- ARANGÜENA FANEGO (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, 2011.
- ARIAS RODRÍGUEZ, “El Programa de Estocolmo”, en *Diario La Ley*, nº 7812/2012.
- BACHMAIER, “El exhorto europeo de obtención de pruebas en el proceso penal”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006.
- CASTILLEJO, *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*, Pamplona, 2005.
- COLOMER HERNÁNDEZ, “Conflictos de jurisdicción, *non bis in idem* y litispendencia internacional en la Unión Europea”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.
- GARCÍA MORENO, “La cooperación judicial penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia después del Tratado de Lisboa”, en *Unión Europea Aranzadi*, nº 10/2009.
- GÓMEZ-JARA, “Orden de detención europea y constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, en *Revista La Ley*, de 26 de julio de 2004.
- GONZÁLEZ CANO, “Consideraciones generales sobre el Libro Verde de la Comisión Europea relativo a los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales”, en *Unión Europea Aranzadi*, nº 11/2006.
- HASSEMER, “Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag”, en *ZStW*, 116-2, II.
- IRURZUN, “¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.
- LOREDO COLUNGA, “La armonización de la legislación procesal penal en la Unión Europea: los derechos del imputado”, en *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 3/2008.
- MARISCAL, *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*, Madrid, 2010.
- MIRANDA, “El papel del Tribunal de Justicia en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.
- MORENO CATENA, “La orden europea de detención en España”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 78.
- MORENO CATENA y CASTILLEJO, *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, 1999.

- MUÑOZ DE MORALES, “La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones-marco ¿hacia el efecto directo?: especial referencia al caso *Pupino*”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.
- NIETO, “Modelos de organización del sistema europeo de Derecho penal”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.
- NIETO, “Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras Comisión v. Consejo”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.
- ORMAZÁBAL, “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006.
- OUWERKERT, *Quid Pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Cambridge, 2011.
- PEITEADO, “El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la Unión Europea”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006.
- RUIZ-JARABO COLOMER, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa”, en *Noticias de la Unión Europea*, n° 291.
- SARMIENTO, “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las decisiones marco”, en *Revista electrónica de estudios internacionales* (2005), passim, en www.reei.org
- SARMIENTO, “El principio *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, en *El principio de ne bis in idem en el Derecho penal europeo e internacional* (coord. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.
- SCHÜNEMANN, “¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la Administración de Justicia penal?”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea* (coord. Armenta, Gascón y Cedeño), Madrid, 2006.
- TIEDEMANN, “El nuevo procedimiento penal europeo”, en *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (dir. Arroyo y Nieto), Cuenca, 2007.

EL FORTALECIMIENTO DE LA CONFIANZA MUTUA: GARANTÍAS
PROCESALES DEL IMPUTADO, ESTATUTO DE LA VÍCTIMA Y
PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Jorge Albino Alves Costa y Marcos Loredó Colunga

1. Introducción: El fortalecimiento de la confianza mutua

En consonancia con el planteamiento realizado en el tema anterior, podemos considerar un lugar común afirmar que la conformación de la Unión Europea como un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia se asienta en esencia sobre la libre circulación por todo su territorio de las resoluciones judiciales dictadas en cualquiera de los Estados miembros, de manera que su eficacia y puesta en práctica se lleve a cabo en idénticos términos a los previstos para las decisiones internas del país de ejecución.

Siendo esto así, cabe entonces añadir que la consecución del espacio judicial europeo pasa por la efectiva supresión de todo procedimiento de exequátur como requisito previo para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras, objetivo alcanzable mediante la efectiva implementación del principio de reconocimiento mutuo.

En este estado de cosas, admitir la equivalencia de las decisiones judiciales provenientes de cualquier Estado miembro sin cuestionar su capacidad ni el respeto a los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con garantías -asumiendo por tanto su eficacia y ejecutabilidad de forma automática- requiere un grado de confianza elevado -casi diríamos que incondicional-, en los sistemas jurídicos y judiciales del resto de países.

Con todo, esa fiabilidad no puede exigirse como un acto meramente voluntarista, sino que ha de sustentarse en previsiones específicas que garanticen de manera fehaciente un escrupuloso respeto a los principios procesales esenciales y un correcto funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y

demás autoridades, de forma significada cuando se trata del sistema penal, puesto que incide notablemente en las libertades individuales de los ciudadanos.

De manera que la efectiva implementación del principio de reconocimiento mutuo requiere de una previa actividad tendente a generar o elevar los niveles de confianza recíproca entre los Estados miembros, objetivo que se alcanzará en buena medida mediante el establecimiento de normas mínimas comunes y la armonización de los criterios para su puesta en práctica.

En este complejo proceso de convergencia, al tiempo que se trabaja en la aproximación de ciertas normas de Derecho sustantivo, se requiere igualmente una conciliación de aspectos procesales esenciales, generando igualmente confianza en cuanto a la correcta tramitación y resolución de las causas penales: fiabilidad en que las normas extranjeras son adecuadas y garantía de que son aplicadas de forma apropiada por sus autoridades.

A estos efectos, la habilitación competencial que legitima la intervención de las instituciones comunitarias se contempla expresamente en dos artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 16.2:

«El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos.»

Artículo 86.2:

«En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Estas normas se referirán a: i) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; ii) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; iii) los derechos de las víctimas de los delitos; y, iv) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determina-

do previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.»

La importancia de estas disposiciones resulta por tanto incuestionable, en la medida en que contemplan los aspectos esenciales de esta línea de trabajo (objetivos, instrumentos y materias): i) Un objetivo claramente definido: propiciar la implementación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales a los efectos de favorecer, en términos generales, la cooperación policial y judicial en materia penal en el ámbito comunitario; ii) Un instrumento legislativo específico cuya utilización será preferente: la directiva, adoptada de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario y que precisa de transposición a los ordenamientos internos; iii) Varias materias básicas ya identificadas (protección de datos, admisibilidad de pruebas, garantías del imputado y derechos de las víctimas), sin perjuicio de la posibilidad de ampliar el campo de actuación a otros aspectos del proceso penal cuando así se acuerde de forma unánime (mediante decisión del Parlamento Europeo y del Consejo); iv) Y un par de precisiones complementarias: la necesidad de tener en cuenta las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros; y la consideración de normas de mínimos, de manera que los niveles de protección internos pueden superar sin problemas las exigencias marcadas por las normas comunitarias.

A partir de estas premisas, y como ocurre en relación con otras materias, la labor legislativa tendente a la efectiva puesta en práctica de estas previsiones está resultando ciertamente intensa. Así, conviven en el momento actual numerosos instrumentos normativos ya aprobados y en vigor con varios proyectos en distinta fase de tramitación y que abordan todos ellos cuestiones muy diversas, pero orientadas a fomentar esa confianza mutua y a garantizar un elevado grado de protección de los derechos y garantías vinculados con los procesos penales.

En este tema, sin ánimo en absoluto exhaustivo y con una perspectiva meramente panorámica, vamos a repasar el estado de la cuestión en relación con tres materias que pueden considerarse esenciales en el marco de la cooperación judicial en el ámbito penal, cuales son las garantías procesales del

imputado, el estatuto de la víctima del ilícito y la protección de los datos personales manejados en relación con las investigaciones y los procesos penales.

A estos efectos, resulta adecuado tomar como punto de partida el Programa de Estocolmo¹ -adoptado como sabemos en el Consejo Europeo celebrado los días 10 y 11 de diciembre de 2009-, por ser el documento que establece el plan de trabajo plurianual para el periodo 2010-2014, en cuyo ecuador nos encontramos en estos momentos.

Huelga decir que este texto incide claramente en las medidas a adoptar para avanzar hacia el espacio de libertad, seguridad y justicia -preocupación central de los Estados miembros- a partir y teniendo en cuenta las novedades introducidas por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Así, se establece como prioridad la atención a los intereses y necesidades de los ciudadanos, imponiéndose como reto el respeto y la integridad de los derechos y libertades fundamentales, garantizando al mismo tiempo la seguridad, de manera que los derechos se respeten en todo el territorio de la Unión Europea, que debe considerarse un espacio único a estos efectos. A tal objeto, se concretan una serie de instrumentos, entre los que destacan la confianza y comprensión mutuas entre los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En este sentido, se abunda de forma plausible en la necesidad de supervisar el debido cumplimiento por parte de los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos, destacando singularmente las siguientes cuestiones en relación con las materias que nos ocupan:

- Respecto de las garantías procesales que deben reconocerse a todo imputado en una causa penal (apartado 2.4), se integra en el propio Programa de Estocolmo el Plan de Trabajo específico para reforzar los derechos procesales de los sospechosos o acusados², instando a la presentación de las oportunas iniciativas legislativas, así como al abordaje de nuevas cuestiones.
- En cuanto a la consideración debida a las víctimas de los delitos (apartados 2.3.4 y 4.4.2), propugna una mejora genérica de las medidas de apoyo y protección de las mismas y, en concreto, una atención específica a las víctimas

1 Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C 115/01), DOUE C 115, de 4.5.2010.

2 Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales. DOUE C 295, de 04.12.2009. Haremos referencia más detallada a este texto en el epígrafe correspondiente.

especialmente vulnerables. Igualmente, se plantea la conveniencia de refundir el estatuto de la víctima y la normativa sobre la indemnización por daños derivados de delitos.

- También se impulsa la adecuada protección de los datos personales manejados en el marco de las investigaciones y los procesos penales (apartado 2.5), desde la perspectiva general de la necesidad de salvaguardar los derechos de los ciudadanos ante un intercambio creciente de datos, garantizando la protección de la vida privada.

En última instancia, al objeto de desarrollar estas previsiones más bien genéricas y traducirlas en medidas específicas, el propio texto del Programa insta a la Comisión a que presente con prontitud un plan de acción que contemple los concretos instrumentos que deben elaborarse para la consecución de los objetivos marcados, así como las fechas previstas al efecto.

De forma inmediata y en estricto cumplimiento de este mandato, la Comisión remite en abril de 2011 un Plan de Acción³ en el que recoge el testigo del Consejo y establece un cuadro de acciones concretas y un calendario para su adopción, que se resume -en lo que nos interesa- en los siguientes apartados (entre paréntesis la fecha prefijada al respecto):

Garantías procesales del imputado:

- Propuesta legislativa relativa a los derechos a la traducción y a la interpretación (2010).
- Propuesta legislativa relativa al derecho a la información sobre derechos e información sobre cargos (2010).
- Propuesta legislativa relativa a los derechos al asesoramiento jurídico y a la justicia gratuita (2011).
- Propuesta legislativa relativa al derecho a una comunicación con los familiares, el empleador y las autoridades consulares (2012).
- Propuesta legislativa relativa a las salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables (2013).
- Libro Verde sobre la conveniencia y necesidad de abordar otros elementos de los derechos procesales mínimos de las personas acusadas y sospechosas distintos de los regulados por las propuestas legislativas anteriores (2014).

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo. COM(2010) 171 final. Presentada por la Comisión el 20 de abril de 2010.

Asistencia a las víctimas:

- Propuesta legislativa sobre un instrumento global relativo a la protección de las víctimas y un plan de acción sobre medidas prácticas, incluido el desarrollo de la Orden Europea de Protección (2011).
- Comunicación sobre una nueva estrategia para ofrecer especial atención a las víctimas de trata de seres humanos (2011).

Protección de datos personales:

- Comunicación sobre el nuevo marco jurídico para la protección de los datos personales después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2010).
- Nuevo marco jurídico global de la protección de datos en la Unión Europea (2010).
- Recomendación para autorizar la negociación de un acuerdo de protección de datos personales con fines policiales con los Estados Unidos de América (2010).
- Comunicación sobre los elementos fundamentales de la protección de datos personales en los acuerdos entre la Unión Europea y los terceros países para fines represivos (2012).
- Otras medidas específicas en relación con cuestiones penales (antecedentes, intercambio de información, registro de extranjeros condenados).

Resulta obvio señalar que el calendario se concreta a título meramente orientativo y que, por tanto, las fechas previstas no se deben considerar en absoluto vinculantes, motivo por el cual, en la práctica, no se respetan de forma estricta. En cualquier caso, el estudio de las acciones llevadas a cabo hasta el momento pone de manifiesto que, en términos generales, se asume el plan de trabajo prefijado y se trata de actuar de acuerdo con la programación realizada. De modo que en los epígrafes siguientes vamos a proceder al análisis de las principales iniciativas desarrolladas en este periodo de tiempo.

En última instancia y antes de abordar dicho estudio, resulta inexcusable una referencia al ámbito territorial de los distintos instrumentos normativos adoptados en relación con estas materias. Esta precisión se debe a que tres de los Estados miembros -Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido- gozan de un status singular en lo que atañe a ciertas temáticas, de manera que no siempre participan en los procedimientos legislativos, ni se encuentran por tanto vinculados automáticamente por las normas en su caso aprobadas.

Esta peculiar situación deriva de los Protocolos 21 y 22 anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, que contemplan las llamadas cláusulas *opt-out* y *opt-in*, aplicables

respectivamente a Dinamarca la primera y a Irlanda y el Reino Unido la segunda. Así, en virtud de las mismas, Dinamarca puede apartarse voluntariamente de todo procedimiento legislativo tendente a la adopción de normas relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, no resultándole de aplicación los instrumentos consiguientes. Por su parte, Irlanda y el Reino Unido se encuentran originalmente fuera de tales procesos, sin perjuicio de la posibilidad de que soliciten de forma expresa su participación en los mismos, comprometiéndose por tanto a asumir los resultados.

La consecuencia última de estas prerrogativas es la ruptura de unidad espacial, encontrándonos por tanto con un mapa irregular que nos obliga a analizar de forma individualizada el ámbito territorial de aplicación de cada una de las normas aprobadas para determinar en qué Estados miembros se encuentra vigente⁴.

2. Las garantías procesales del imputado

Según se expuso en el epígrafe anterior, premisa básica para la operatividad del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito comunitario es la confianza en el respeto de las garantías procesales del imputado, independientemente del lugar donde se haya desarrollado el proceso correspondiente. En consonancia con este planteamiento, ya vimos que en el periodo 2010-2014 se pretende ejecutar un ambicioso programa legislativo que contempla varias iniciativas al respecto, incidiendo en los principales derechos de los sospechosos y acusados en el marco de los procesos penales.

Con todo, el abordaje de estas cuestiones no resulta en absoluto novedoso, toda vez que esta materia ha sido objeto de una intensa actividad legislativa a lo largo de los últimos tiempos. En este sentido, debemos retrotraernos al menos hasta 2004, año en que la Comisión presentó un proyecto de decisión marco sobre distintas garantías del imputado⁵ que, si bien finalmente no resultó aprobado, marcó el devenir posterior de la intervención institucional que hoy analizamos.

4 Sin perjuicio de una eventual ampliación posterior del ámbito de aplicación cuando cualquiera de los Estados excluidos así lo acuerde con el resto.

5 Propuesta de decisión marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea. COM(2004) 328 final, presentada por la Comisión el 28 de abril de 2004.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que ya entonces se partía de que la determinación de las garantías procesales esenciales de todo imputado y su contenido mínimo e irrenunciable aparecían concretados en diversos tratados internacionales, entre los que destacaba el Convenio Europeo de Derechos Humanos -debidamente desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, así como en normas eminentemente comunitarias -cual es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, jurídicamente vinculante desde la reciente entrada en vigor del Tratado de Lisboa-⁶.

Aun siendo esto así, y pese a la indiscutible obligatoriedad de tales textos para los Estados miembros, en la práctica se apreciaban -y todavía se aprecian- significativas diferencias en relación con el grado de cumplimiento de tales garantías en los distintos ordenamientos internos. Esta situación ha de considerarse eminentemente anómala, ya que redundaba en reticencias y ausencia de confianza, lo que constituye un óbice difícilmente franqueable para la efectiva aplicación del principio de reconocimiento mutuo que se pretende implementar.

Ante este panorama poco halagüeño, se decidió en su momento actuar desde las instituciones comunitarias para avanzar decididamente en la armonización de la práctica forense relativa a los derechos procesales del imputado. La conveniencia de una intervención en esta materia era una vieja aspiración que ya se había puesto de manifiesto años antes en las conclusiones del Consejo de Tampere de 1999, pero no se tradujo en una acción concreta hasta el referido proyecto frustrado de decisión marco de 2004.

Esa propuesta pretendía un abordaje integral y conjunto de las principales garantías que deben asistir a todo sujeto considerado sospechoso de la comisión de un ilícito penal. Con todo, durante su accidentada y dilatada tramitación fue reduciéndose de forma progresiva el ambicioso proyecto inicial, hasta restringirse su ámbito de aplicación únicamente a los derechos a la información, a la asistencia letrada, a la asistencia de intérprete y a la traducción de documentos. Aún así, en junio de 2007, tras más de tres años de

6 Al respecto, puede resultar ilustrativo consultar el informe de 2011 sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE [Referencia COM(2012) 169 final], elaborado por la Comisión y remitido al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Este documento fue presentado el pasado 16 de abril y, si bien no ha sido publicado en el DOUE, se encuentra accesible en la siguiente dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0169:FIN:ES:PDF> (última consulta el 13.09.2012).

intensos debates, la falta de voluntad de varios Estados miembros⁷ impidió su aprobación definitiva y supuso el abandono temporal de la iniciativa.

En aquel entonces, el antagonismo existente entre las posiciones de los diferentes países puso de manifiesto la imposibilidad de alcanzar el consenso necesario para aprobar una norma que permitiera la armonización en bloque de los distintos derechos procesales, de manera que, si se quería avanzar en este punto, resultaba inevitable desarrollar una estrategia distinta.

Así lo asume el gobierno sueco desde el primer momento, hasta el punto que, aprovechando su turno en la presidencia del Consejo durante el segundo semestre de 2009, decide abordar la cuestión de nuevo, pero desde una perspectiva original. Se reafirma así en unos objetivos finales idénticos -la armonización de las principales garantías procesales-, pero siguiendo a tal objeto un cauce significativamente diferente. De modo que propone un tratamiento independiente y particular para cada uno de los diferentes derechos, de tal suerte que, mediante acuerdos parciales y limitados a puntos concretos, resulte factible un avance progresivo y gradual hasta culminar con el establecimiento de normas mínimas comunes atinentes a las distintas prerrogativas del imputado.

Con esta nueva táctica -más acorde con la sensibilidad extrema de la materia- los avances no se hicieron esperar y, en muy pocos meses, se logró un primer acuerdo relativo al itinerario a seguir en este proceso. Así, el 30 de noviembre de ese mismo año, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior adoptó por consenso el ya mencionado Plan de Trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales⁸, punto de partida de una nueva etapa en el tratamiento de esta temática.

En ese texto, el Consejo propone seis directrices como objeto de actuación preferente, invitando a la Comisión a que presente las propuestas legislativas necesarias a tales fines, sin que en ningún caso las líneas señaladas puedan considerarse como una enumeración exhaustiva ni su orden como imperativo. Las pautas entonces sugeridas fueron las siguientes:

- Medida A. Asistencia de intérprete y traducción de los documentos esencia-

7 Chequia, Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Malta y el Reino Unido.

8 Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales (DOUE C 295, de 4.12.2009). Este texto ya vimos que se incorporó al Programa de Estocolmo y fue a su vez desarrollado y por el Plan de Acción de la Comisión que determina las concretas acciones a adoptar para su ejecución.

les del proceso, en relación con la necesidad de conocer y comprender lo que está ocurriendo. Referencia expresa a la especial atención precisada por las personas con limitaciones auditivas.

- Medida B. Información sobre los derechos y los cargos con tiempo suficiente para preparar la defensa, sin que ello perjudique al buen desarrollo del proceso.

- Medida C. Asistencia de letrado desde el momento procesal más temprano posible, y de forma gratuita, en su caso.

- Medida D. Comunicación a los familiares, al empleador y/o a las autoridades consulares del hecho de la privación de libertad.

- Medida E. Salvaguardias específicas para los colectivos especialmente vulnerables (sujetos que presenten dificultades para comprender o seguir el proceso por su edad, condición física y/o mental).

- Medida F. Impulso de un Libro Verde sobre la duración de las medidas cautelares restrictivas de la libertad ambulatoria.

Pese al carácter meramente orientativo de esta enumeración, resulta fácil constatar que la Comisión ha respetado de forma escrupulosa tanto el orden como los contenidos entonces propuestos por el Consejo. En consecuencia, a día de hoy contamos ya con los primeros resultados que implican una indiciaria materialización del plan de trabajo:

- Una primera directiva -aprobada y en vigor- relativa al derecho a la interpretación y la traducción en los procesos penales⁹, tal y como se apuntaba en la Medida A del mencionado plan de acción. Esta norma combina la propuesta de la Comisión con una iniciativa de varios Estados miembros¹⁰, tomando como marco de referencia las previsiones del original proyecto de decisión marco de 2004.

- Una segunda directiva recientemente aprobada y también en vigor, referida por su parte al derecho a la información en los procesos penales¹¹, garantía recogida en la Medida B.

- Y, por último, un proyecto de directiva de la Comisión, que se encuentra todavía en tramitación y que aborda de forma conjunta el derecho de acceso

9 Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales (DO L 280 de 26.10.2010).

10 Austria, Bélgica, Alemania, Estonia, España, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Portugal, Rumanía y Suecia.

11 Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DO L 142, de 06.06.2012).

a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención¹², agrupando así en un mismo texto las medidas C y D previstas en el plan de trabajo.

Estos tres instrumentos presentan un denominador común, cual es su filosofía inspiradora, en la medida que se marcan como objetivo la aproximación de la normativa interna para armonizar la práctica, estableciendo por tanto normas mínimas respecto de determinados derechos que deben ser asumidas por los ordenamientos internos por medio de la oportuna transposición.

Más aún, si bien cada una de estos textos desarrolla el contenido específico de una o varias garantías del imputado con previsiones particulares al respecto, podemos encontrar igualmente ciertos elementos compartidos por todas ellas. Así, en cuanto a su ámbito de aplicación, coinciden varias de las precisiones recogidas tanto en la directiva ya aprobada como en los respectivos proyectos.

En primer lugar, los derechos y garantías ahora regulados se reconocen de forma universal a toda persona, independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia, con la única condición de que aparezca como sujeto pasivo en una causa judicial de naturaleza penal, es decir, que figure como sospechosa o acusada en el marco de determinadas actuaciones procesales que pueden constituir:

- Un proceso penal en sentido estricto.
- Un procedimiento para la ejecución de una orden europea de detención y entrega en la fase de impugnación ante un tribunal penal de sanciones impuestas por órganos de otra naturaleza¹³.

Por otra parte, se establece un amplio marco temporal, de manera que estos derechos han de garantizarse desde el mismo momento en que se informe al sujeto de la imputación o acusación de un ilícito penal, o desde que se procede a la detención en el caso de un procedimiento para la ejecución de una orden europea de detención y entrega, manteniéndose la prestación de los mismos durante todo el proceso, hasta que la resolución definitiva del

12 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención. COM (2011) 326 final.

13 Esta última posibilidad no se contempla sin embargo en la propuesta de directiva sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención.

mismo devenga firme. En consonancia con este planteamiento, la extensión de estos derechos a la fase de ejecución se excluye de forma tácita.

Y en lo que atañe al ámbito territorial de aplicación, en la directiva relativa al derecho a interpretación y traducción y en la propuesta relativa el derecho a la información se constata únicamente la exclusión de Dinamarca, toda vez que Irlanda y el Reino Unido han participado o están participando de forma voluntaria en el proceso legislativo, quedando por tanto vinculadas por la norma finalmente aprobada. Por el contrario, la propuesta sobre el derecho de acceso a un abogado y el derecho de comunicación en el momento de la detención, recoge igualmente la referencia negativa de Dinamarca, pero la posición de Irlanda y el Reino Unido sobre el particular aún no está definida, de manera que estamos pendientes de que manifiesten, si lo consideran, su voluntad al respecto antes de la aprobación definitiva; en otro caso, la eventual directiva no les resultará de aplicación.

En última instancia, cabe aludir al plazo previsto para la transposición de estas disposiciones. En este sentido, la primera directiva ya aprobada fija un plazo de tres años a tal efecto -que expira el 27 de octubre de 2013-, mientras que la segunda plantea un tiempo más reducido al efecto, de sólo 24 meses -finalizando, por tanto, el 2 de junio de 2014-. Por su parte, la propuesta acoge igualmente el término de dos años para dicha incorporación a los ordenamientos internos. En cualquier caso, estas normas suponen un importante avance y responden a los objetivos de armonización marcados, así que su eficacia depende de la adecuada adaptación de los Derechos nacionales a sus previsiones en la medida en que ello resulte preciso.

Sentadas estas bases comunes, procede a continuación abundar -aunque sea mínimamente- en las particularidades previstas en cada uno de los instrumentos en relación con las concretas garantías en ellos reguladas. Comenzaremos por la directiva relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales, que desarrolla dos garantías íntimamente conectadas, pero con sus singularidades.

Esta norma parte de la exigencia de que los ordenamientos internos establezcan los cauces y procedimientos necesarios para determinar en cada caso la necesidad de la prestación de este tipo de servicios, que surge cuando quede acreditado que el sospechoso o acusado no habla o no entiende la lengua del proceso. En consonancia con este planteamiento, debe admitirse igualmente el fin de esta asistencia en el caso de que, pendiente el proceso, el beneficiario adquiera un dominio suficiente de la lengua que lo revele in-

necesario. Por otra parte, se hace un reconocimiento expreso de las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral, imponiendo la obligación de prestarles la debida atención específica a través de la intervención de los profesionales correspondientes.

El impulso y la adopción de estas medidas puede decidirse bien de oficio, bien a instancia de parte, siendo preceptivo que se articule alguna vía de recurso frente a la resolución denegatoria. En cualquier caso, el servicio será gratuito para el destinatario, pues se prevé que cada Estado asuma los costes derivados con independencia del resultado del proceso (ya sea absolutorio, ya condenatorio).

Por otra parte, se impone igualmente a los Estados miembros la obligación de garantizar la calidad del servicio, adoptando las disposiciones oportunas para asegurar el registro de las interpretaciones y traducciones orales, así como la posible reclamación por cualquier deficiencia en la intervención de los profesionales, permitiendo, en su caso, su sustitución. Más aún, para asegurar la excelencia del servicio, se pone de manifiesto la conveniencia de establecer registros nacionales de traductores e intérpretes independientes y debidamente cualificados, a disposición de abogados y autoridades, si bien no se concreta la formación o cualificación exigible al respecto.

En relación con la asistencia del intérprete, se requiere desde la investigación preliminar, sea cual sea la autoridad que la dirija e incluido el interrogatorio policial, así como en las entrevistas entre abogado y cliente. Además, si bien de forma excepcional, se permite el recurso a las nuevas tecnologías, de manera que resulta admisible la intervención del intérprete por videoconferencia, teléfono o internet. Más aún, se insta a ofrecer formación específica a jueces, fiscales y demás personal involucrado sobre la forma adecuada de actuar en estos casos para asegurar una comunicación efectiva.

Por su parte, el derecho a la traducción se extiende a los documentos considerados esenciales para el proceso, debiendo proporcionarse una traducción escrita y en un plazo razonable de todos aquellos que resulten claves para salvaguardar la equidad del proceso y para garantizar que el imputado está en condiciones de ejercer su derecho a la defensa. En concreto, se exige la traducción de las resoluciones que supongan privación de libertad, de los escritos de acusación, del documento de emisión de una orden europea de detención y entrega, y de la sentencia o resolución definitiva del proceso. Respecto del resto de documentos, la decisión corresponde a la autoridad competente, bien de oficio, bien a instancia de parte.

Con todo, no siempre debe procederse a la traducción íntegra de los documentos, de manera que pueden omitirse las partes que no resulten esenciales. Igualmente y de forma excepcional, se admite un resumen oral siempre que no afecte a la equidad del proceso.

En última instancia, es posible renunciar a la traducción -que no a la interpretación-, siempre que se realice de forma inequívoca y voluntaria, previa información de las consecuencias de tal rechazo y registrando el rechazo a tal prestación por el potencial beneficiario.

De acuerdo con la ya expuesto, nos consta que la intervención comunitaria no se agotó con la aprobación de esta directiva, sino que continuó de forma inmediata con el impulso de nuevos instrumentos legislativos atinentes a otras garantías procesales de los imputados. Así, en julio de 2010 la Comisión remitió su propuesta de directiva relativa a la información en los procesos penales, proyecto finalmente aprobado el pasado 22 de mayo, habida cuenta del elevado consenso alcanzado en cuanto a la versión definitiva de esta norma, lo que hacía presagiar una aprobación más o menos inminente.

En lo que respecta al contenido específico de las garantías aquí contempladas, se trata de unificar la información que se ha de trasladar al sospechoso relativa a los derechos procesales que le asisten y al contenido de la acusación formulada en su contra. En este caso, se distingue según que el sujeto se encuentre detenido o no, de manera que, en relación con los derechos de todo imputado, debe hacerse expresa referencia, como mínimo, a los siguientes:

- Derecho a la asistencia letrada, gratuita en su caso.
- Derecho a conocer la acusación y a acceder al expediente cuando proceda.
- Derecho a la asistencia de intérprete y a la traducción de los documentos esenciales del proceso.
- Derecho a permanecer en silencio.

Sin embargo, si el sujeto está detenido, habrá que informarle igualmente de los siguientes extremos:

- Derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona del hecho de la detención.
- Derecho a atención médica urgente.
- Derecho a impugnar la privación de libertad y a solicitar la libertad provisional.
- Plazo máximo durante el cual puede mantenerse esta situación de privación de libertad hasta pasar a disposición judicial.

En cualquier caso, la información debe transmitirse inmediatamente

para asegurar su efectividad, de forma sencilla y en una lengua comprensible para el destinatario. Se hará por escrito si el sujeto está detenido (dejando constancia de su entrega); en otro caso, puede ser oral. Excepcionalmente, y por evidentes motivos prácticos, la información inicial podrá ser oral (incluso a través de intérprete), sin perjuicio de su entrega escrita en un momento posterior.

A los detenidos se les proporcionará por tanto una carta de derechos por escrito. A estos efectos, el texto de la propuesta se completa con dos anexos, en los que se recogen sendos modelos de cartas de derechos -uno orientado al detenido en cualquier causa penal y otro para el caso de detención derivada de una orden europea de detención y entrega-, con textos de fácil comprensión para que sean traducidos a las diferentes lenguas oficiales.

En segundo lugar, se reconoce el derecho a conocer el contenido de la imputación o la acusación, distinguiendo igualmente entre ambos supuestos. Así, al imputado se le informará de la imputación (informar sobre el hecho delictivo que se le atribuye, tan pronto como sea posible y con el detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y hacer efectivo el derecho de defensa) y se le permitirá acceder al expediente (para poder impugnar la privación de libertad), exigiendo además el registro del interrogatorio policial.

Por su parte, al acusado se le garantizará el conocimiento de la acusación (a más tardar cuando se presente ante un tribunal) y el acceso al expediente con antelación suficiente para garantizar su derecho de defensa. La consulta de dicha documentación únicamente puede excluirse de forma temporal, por orden judicial y cuando resulte inexcusable para garantizar los derechos fundamentales de otra persona o proteger un interés público relevante. A estos efectos se considerarán legítimos los siguientes fines: no perjudicar una investigación en curso o afectar a la seguridad interna del Estado. En última instancia, se alude a la posibilidad de impugnar la omisión de estos derechos y a la necesidad de formación específica para los distintos operadores.

El ajustado plan de trabajo previsto determina que se solape la tramitación de los distintos instrumentos normativos programados, de manera que, pendiente aún el acuerdo final sobre la directiva relativa al derecho a la información, se había puesto en marcha el procedimiento legislativo relativo a una nueva disposición. Esta situación se deriva del lanzamiento por parte de la Comisión en junio de 2011 de una nueva propuesta, la directiva sobre el derecho de acceso a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención.

Se aborda en esta disposición el desarrollo de dos garantías en principio renunciables -abandono admitido a salvo de las previsiones de Derecho interno al respecto y en cualquier caso revocable- y cuya vulneración ha de poder denunciarse de manera que la impugnación permita restaurar la situación e impedir el perjuicio del derecho de defensa.

Comenzando por la comunicación del hecho de la detención, este derecho surge en el momento mismo en que se produce la privación de libertad y debe permitirse ejercerlo lo antes posible. A estos efectos, se facilitará la puesta en contacto con un familiar o el empleador, o las autoridades consulares o diplomáticas en caso de que se trate de un ciudadano extranjero. Más aún, y como medida de refuerzo, si se trata de un sospechoso menor de edad, habrá que informar a su representante legal o a otro adulto responsable.

Por su parte, el derecho de acceso a un abogado se garantiza durante todas las actuaciones, de forma que permita el ejercicio efectivo del derecho de defensa. En este sentido, debe facilitarse la asistencia letrada lo antes posible, a partir del momento en que se traslada al imputado la sospecha que recae sobre él, o una vez que se lleve a cabo su detención en el caso de un procedimiento para la ejecución de una orden europea de detención y entrega. A mayor abundamiento, se señala de forma expresa que la presencia del abogado se requiere en cualquier caso en tres momentos esenciales:

- Desde que se produce la privación de libertad.
- Antes del comienzo de cualquier interrogatorio policial.
- Y en el momento de la realización de cualquier acto de procedimiento o de recogida de pruebas en el que se permita o requiera la presencia del sospechoso.

No se agotan aquí las previsiones de esta norma, que abunda igualmente en el contenido específico de esta garantía, indicando diversas manifestaciones que se entiende integran la misma, sin perjuicio de que se admita la exclusión excepcional y temporal de alguna de ellas:

- Derecho a reunirse de forma confidencial y sin limitación de frecuencia ni duración con el abogado, que podrá ser de oficio de acuerdo con la normativa interna al respecto.
- Derecho a que el abogado compruebe las condiciones de la detención y asista a cualquier interrogatorio o audiencia, pudiendo formular preguntas y solicitar o efectuar aclaraciones, que habrán de constar en el acta correspondiente.
- Derecho a que el abogado esté presente en todo acto de investigación o recogida de pruebas en que se requiera o permita la presencia del imputado.

En última instancia, debe tenerse en cuenta que el Consejo celebrado el pasado 8 de junio ha conseguido desbloquear la negociación respecto del contenido de esta propuesta de directiva, optando por una orientación claramente garantista. De manera que se ha alcanzado un acuerdo sobre el enfoque general y se espera que, antes de final de año, se logre su aprobación en primera lectura.

En cualquier caso, cabe constatar que este proyecto responde a la misma filosofía que las disposiciones analizadas con anterioridad y que está pendiente de un acuerdo global que permita su aprobación definitiva, sin perjuicio de las eventuales modificaciones que puedan introducirse durante su tramitación.

A modo de cierre de este epígrafe, únicamente indicar que se espera que de forma inminente se impulse la regulación del resto de garantías procesales del imputado conforme está previsto en el plan de trabajo y se ponga en marcha la consulta sobre las medidas cautelares privativas de libertad. Todo ello sin perjuicio de que resulte igualmente recomendable la ampliación del campo inicial de acción mediante el abordaje de otros derechos no expresamente previstos.

3. El estatuto de la víctima

Analizaremos en este segundo epígrafe la labor institucional orientada hacia la consagración de los derechos y garantías que deben asistir a las víctimas de los ilícitos penales, cuestión que ya había sido abordada en buena medida desde la perspectiva comunitaria con anterioridad a la aprobación del Programa de Estocolmo. Así, existen al respecto diversos instrumentos normativos de distinta naturaleza, aprobados, en vigor, vinculantes y ya debidamente transpuestos a los ordenamientos internos (o, cuando menos, respecto de las que ha finalizado el plazo establecido al efecto). En este sentido, cabe aludir en primer lugar y de forma destacada a la decisión marco relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹⁴ y a la directiva sobre indemnización a las víctimas de delitos¹⁵, por constituir el marco de referencia en esta materia.

¹⁴ Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. DOUE L 82, de 22.3.2001.

¹⁵ Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos. DOUE L 261, de 6.8.2004.

La aprobación del llamado estatuto de la víctima en el proceso penal se contemplaba en el plan de acción para la puesta en práctica del Tratado de Ámsterdam y respondía ya entonces a un objetivo claro y aún hoy vigente, cual es el establecimiento de normas mínimas que permitan la armonización de la práctica en los distintos Estados miembros, como fundamento de una confianza mutua en que apoyar la implementación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales extranjeras.

A estos efectos, parte de una concepción de la víctima como toda persona física que ha sufrido un daño o perjuicio derivado de un ilícito penal, y concreta algunas de las obligaciones de los Estados miembros en relación con las mismas, sin que en ningún caso persiga equipararlas con las partes. En este sentido, y de forma genérica, esta norma marca como objetivos la materialización de los siguientes presupuestos en relación con las personas ofendidas y/o perjudicadas por los delitos:

- Su intervención en el proceso penal, con un papel efectivo y adecuado para la tutela de sus derechos e intereses legítimos.
- Y el debido respeto a su dignidad personal y la prestación de un trato apropiado en el caso de personas especialmente vulnerables.

En aras a la consecución de tales metas, se reconocen a las víctimas una serie de garantías que, en cualquier caso, no se traducen automáticamente en obligaciones concretas para los Estados. Aún siendo esto así, debe valorarse de forma muy positiva el esfuerzo por la identificación de los puntos más controvertidos y la alusión -si cabe excesivamente difusa- a los derechos más significativos para garantizar la debida protección de los intereses del ofendido y/o perjudicado por el ilícito en el proceso penal. Entre estos derechos debemos mencionar los siguientes:

- A recibir en su primer contacto con las autoridades información comprensible sobre las cuestiones relevantes para la protección de sus intereses (el tipo de apoyo que puede recibir y los mecanismos de protección previstos, los requisitos para la presentación y la tramitación de la denuncia, o la posibilidad de asistencia jurídica gratuita, entre otras).
- A ser oído en el proceso, a proporcionar elementos de prueba y a ser reembolsado de los gastos derivados de su participación en el mismo.
- A ser informado sobre la tramitación de la denuncia, el desarrollo del proceso y su resolución.

Más aún, sí resulta posible identificar ciertos compromisos explícitos de resultado que asumen los Estados miembros, si bien la redacción exce-

sivamente abierta de estos postulados implica un margen de actuación demasiado amplio a la hora de trasladar estas previsiones a los ordenamientos internos, lo que puede determinar que se queden en meras declaraciones de buenas intenciones más o menos vacías de contenido. En cualquier caso, los países comunitarios se comprometen a adoptar las medidas necesarias para, entre otras cuestiones:

- Reducir los problemas de comunicación que dificulten la participación de la víctima en el proceso penal como testigo o parte.
- Garantizar a la víctima y a sus familiares protección tanto física como de su intimidad e imagen.
- Permitir la satisfacción de la responsabilidad civil en el marco del proceso penal y en un plazo razonable.
- Impulsar la mediación en materia penal y asegurar la eficacia del eventual acuerdo.
- Minimizar las dificultades de las víctimas residentes en el extranjero.
- Fomentar la intervención de servicios especializados y organizaciones de apoyo a las víctimas.
- Proporcionar formación adecuada a todos los operadores, incluidos agentes de policía y abogados.
- Prevenir la victimización secundaria y el sometimiento a tensiones innecesarias.

Con posterioridad a la aprobación del estatuto de la víctima, tuvo lugar la adopción de una disposición complementaria, la ya mencionada directiva sobre la indemnización a las víctimas de delitos, que establece normas mínimas para facilitar el acceso a la indemnización en casos transfronterizos. En este texto se regula el derecho de toda víctima de un delito doloso violento a presentar una solicitud de indemnización en el Estado miembro de residencia para que sea remitida al país en cuyo territorio se ha cometido el delito, al objeto de que le conceda o deniegue esa indemnización de acuerdo con su régimen interno al respecto.

Estas previsiones se completan con la imposición al Estado de residencia de la víctima de la obligación de ofrecerle información y asistencia gratuitas, poniendo a su disposición los impresos necesarios y encargándose de la inmediata remisión de la petición. Por otra parte, la solicitud se redactará en una lengua admitida por el Estado de destino, quien acusará recibo de su recepción y comunicará tan pronto como sea posible la resolución correspondiente tanto al solicitante como a la autoridad de asistencia.

Tomando como punto de partida este marco normativo, el Consejo, a través del Programa de Estocolmo, pretende profundizar en la protección institucional de las víctimas de delitos, abordando nuevas actuaciones legislativas en relación con esta materia. En consecuencia, coexisten en estos momentos varias iniciativas en diferente estado de tramitación y que responden todas ellas a estas orientaciones. En este estado de cosas, procede a continuación un análisis -siquiera somero- de los principales instrumentos normativos que debemos tener en cuenta a estos efectos y que, sin ánimo exhaustivo, podemos concretar -siguiendo un orden cronológico- en los siguientes:

- La directiva relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas¹⁶.
- La directiva sobre la orden europea de protección¹⁷.
- La resolución del Consejo sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales¹⁸.
- La propuesta de directiva sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹⁹.
- La propuesta de reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil²⁰.

De acuerdo con esta relación, comenzamos entonces por la directiva relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, cuyo plazo de transposición termina el 6 de abril de 2013. Esta disposición, además de introducir normas mínimas comunes sobre la definición de las infracciones penales referentes a la trata de seres humanos

16 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. DOUE L 101, de 15.4.2011. Esta norma sustituye a la Decisión marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

17 Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre la orden europea de protección. DOUE L 338, de 21.12.2011.

18 Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (2011/C 187/01). DOUE C 187, de 28.6.2011.

19 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. COM (2011) 275 final, de 18.5.2011.

20 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. COM (2011) 276 final, de 18.5.2011.

y las sanciones a imponer en tales supuestos, contiene ciertas previsiones específicas para la protección de las personas ofendidas por este tipo de delitos, cuestiones en las que debemos incidir aunque sea mínimamente.

Así, se parte de la necesaria exención de responsabilidad penal de las víctimas que pudieran haber participado ellas mismas en actividades ilícitas, cuando se hayan visto obligadas a prestar dicha colaboración, de manera que los Estados miembros se comprometen a adoptar las medidas necesarias para evitar su enjuiciamiento o, en última instancia, impedir su condena.

Más aún, se insiste en la necesidad de ofrecer y garantizar a estas personas asistencia y apoyo, tanto antes como durante y después del eventual proceso penal, para asegurar así el efectivo ejercicio de sus derechos. En este sentido, se prevé una atención inmediata en cuanto surja la sospecha de que se trata de una víctima de la trata de personas, sin que en ningún caso pueda supeditarse la ayuda a su eventual colaboración en la investigación del delito.

En cuanto a las concretas medidas a adoptar, se parte del preceptivo acuerdo de la víctima al respecto y se imponen unas prestaciones mínimas a garantizar, cuales son la asistencia material y la atención médica y/o psicológica; la intervención de traductor e intérprete; el asesoramiento sobre la posible protección internacional; y la atención a necesidades especiales, entre las que se indican la gestación, los problemas de salud, la existencia de discapacidad o trastorno psíquico, la edad o el hecho de ser víctima de violencia grave.

Por otra parte, se articulan medidas específicas de protección en el marco de las investigaciones y los procesos penales, con especial incidencia en las siguientes garantías:

- Asesoramiento jurídico y representación, inmediatos y gratuitos en su caso, al objeto de que puedan solicitar la indemnización correspondiente.
- Valoración individual del riesgo, orientada a la adopción de las medidas de protección de testigos que resulten oportunas.
- Disminución de la victimización secundaria, evitando los interrogatorios innecesarios, las declaraciones en audiencia pública, el contacto con el agresor o las preguntas sobre la vida privada.
- Atención particular a las víctimas menores, con apoyos específicos e intervención de profesionales con la formación adecuada.

En última instancia, indicar que Irlanda sí ha manifestado su intención de participar en el procedimiento de adopción y aplicación de esta norma, del que se han excluido por el contrario tanto el Reino Unido como Dinamarca.

En otro orden de cosas, a iniciativa de determinados Estados miembros²¹ y tras una azarosa tramitación, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron muy recientemente -el pasado 13 de diciembre- la ya mencionada directiva sobre la orden europea de protección, fijando en este caso un plazo de tres años desde su entrada en vigor para su transposición a los ordenamientos internos. Este periodo finalizará el 11 de enero de 2015.

Esta disposición persigue la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en relación con medidas de protección adoptadas en los Estados miembros respecto de víctimas de delitos violentos, de manera que dichas medidas resulten efectivas en cualquier país dentro del territorio comunitario cuando la víctima vaya a trasladarse al mismo. En este caso, el Reino Unido se somete a estas previsiones, sí se incluye en su ámbito de aplicación, quedando fuera Irlanda y Dinamarca.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación de esta norma, el reconocimiento automático se aplica exclusivamente a medidas de carácter penal -ya sean cautelares, de seguridad o de protección- y que impliquen restricción de la libertad del sujeto causante del peligro. De manera que se extiende a las órdenes de alejamiento, las prohibiciones de comunicación y las prohibiciones de acudir a determinados lugares, y siempre que hayan sido adoptadas en procesos penales incoados para el esclarecimiento de determinados ilícitos, ya que se restringe a los supuestos de delitos que puedan poner en peligro la vida, la integridad física o psicológica, la dignidad, la libertad individual o la integridad sexual.

En orden a la tramitación de una orden europea de protección, cada Estado designará autoridades específicas para su emisión, recepción, reconocimiento y ejecución, siendo posible la determinación de autoridades centrales a estos efectos.

En cuanto al procedimiento, la emisión de la orden europea de protección tendrá lugar a instancia de la víctima a cuyo favor se haya adoptado una medida de protección en el marco de un proceso penal y que decida trasladarse a otro país distinto dentro de la Unión Europea. Ante tal petición, el órgano del Estado de emisión examina la concurrencia de los requisitos, escucha a la persona causante del peligro y, en su caso, adopta la orden europea cumplimentando el correspondiente formulario en una lengua admitida por

21 Bélgica, Bulgaria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia.

el Estado de ejecución. Dicho formulario incluye la referencia a los siguientes extremos:

- Autoridad de emisión.
- Identificación de la persona protegida y de la persona causante del peligro.
- Medida de protección adoptada y periodo previsto vigencia.
- Resumen de los hechos y circunstancias esenciales proceso.
- Contenido de la prohibición, restricciones y utilización, en su caso, de medios telemáticos control.
- Sanción prevista en caso incumplimiento.

La documentación se remitirá a la autoridad competente del Estado de ejecución por cualquier medio que deje constancia escrita y permita acreditar la autenticidad de la petición. Recibida la solicitud, la autoridad del Estado de ejecución examinará su contenido, requerirá información complementaria en su caso y emitirá inmediatamente la resolución correspondiente para asegurar la ejecución de las medidas previstas. A continuación, debe informar a la autoridad de emisión, a la persona protegida y al causante del peligro de las medidas adoptadas, asumiendo el propio Estado de ejecución los gastos que pudieran derivarse. Como causas de denegación se contemplan de forma taxativa las siguientes:

- Que la orden sea incompleta o no haya sido debidamente subsanada.
- La no concurrencia de los requisitos previstos para su reconocimiento automático.
- Que el hecho causante no sea constitutivo de ilícito penal en el Estado de ejecución.
- Que la persona causante del peligro goce de inmunidad en el Estado de ejecución.
- La prescripción de la infracción si se considera competencia del Estado de ejecución.
- La vulneración del principio *non bis in ídem*.
- Que la persona causante del peligro no sea responsable penalmente en el Estado de ejecución por razón de su edad.
- Que el hecho causante haya sido cometido fundamentalmente en el territorio del Estado de ejecución.

En última instancia, se alude al posible incumplimiento de las medidas, ante lo que la autoridad de ejecución puede aplicar su Derecho interno o informar a la autoridad de emisión para que adopte la decisión oportuna.

Hasta aquí llega el examen de los instrumentos efectivamente aproba-

dos y en vigor, si bien aún se encuentra abierto el plazo de transposición a los ordenamientos internos de las directivas recientemente aprobadas. En cualquier caso, la intervención comunitaria no se agota en este punto con las medidas ya consensuadas, sino que, a futuro, se contempla la adopción de nuevas disposiciones tendentes a ofrecer una mayor protección a las víctimas de los ilícitos penales.

Esta orientación legislativa queda claramente puesta de manifiesto en la Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011, que contempla el plan de trabajo para los próximos años destinado a reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales. En este texto se parte de que la libre circulación ha provocado un incremento de víctimas de delitos no residentes en el Estado miembro de comisión del ilícito, situación requiere que se avance en la fijación de normas comunes para la protección del ofendido y sus derechos en el marco de los procesos penales.

Ya vimos que el Programa de Estocolmo apunta las líneas de trabajo para el periodo actual, y tomando como modelo el plan previsto para las garantías del imputado, se impulsa esta hoja de ruta que incide en la necesidad de actualizar y completar los textos vigentes relativos al estatuto de la víctima y las vías para la indemnización de las víctimas (de 2001 y 2004 respectivamente). Más aún, resulta indispensable impulsar el reconocimiento mutuo respecto de las medidas de protección adoptadas a favor de las víctimas, siendo todas ellas cuestiones complejas. En consonancia con este planteamiento, se recomienda un abordaje gradual de la materia, manteniendo la coherencia del conjunto.

En esta tesitura, el Consejo recupera y abunda en los objetivos, derechos y garantías que se recogían en el estatuto de la víctima y se propone avanzar en su consecución mediante la adopción de los siguientes instrumentos normativos:

- Medida A: una directiva que sustituya la decisión marco sobre el estatuto de la víctima, revisando, completando e incrementando el nivel de protección.
- Medida B: recomendaciones prácticas en relación con esa directiva mediante la elaboración de una guía de buenas prácticas.
- Medida C: un reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección de víctimas adoptadas en materia civil.
- Medida D: revisión de la directiva sobre indemnización de las víctimas para simplificar los procedimientos de reclamación.

- Medida E: atención a las necesidades específicas de las víctimas más vulnerables en el marco de la directiva sobre su estatuto.

En ejecución del plan de trabajo, la Comisión lanzó el 18 de mayo de 2011 una propuesta de directiva para el establecimiento de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Este proyecto se considera prioritario, prevé un plazo de transposición de 24 meses y se marca como objetivo general que todas las víctimas de delitos reciban protección y apoyo adecuados, puedan participar en los procesos penales correspondientes y sean reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional y sin sufrir discriminación alguna. En cualquier caso, llama la atención que se excluye su aplicación tanto para Dinamarca, como para Irlanda y el Reino Unido.

A los efectos que nos ocupan, debemos destacar que avanza y profundiza en los derechos reconocidos a las víctimas, introduciendo mayores niveles de protección. Así, se abunda en el derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente, ampliando las previsiones del estatuto con la referencia, entre otros, a los siguientes extremos:

- Derecho a recibir una indemnización y plazos para solicitarla.
- Eventual existencia de medidas de apoyo especial para el caso de ciudadanos residentes en otro Estado miembro.
- Vías de reclamación ante la vulneración de sus derechos.

Por otra parte, y en la línea de la directiva relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales, para garantizar la asistencia de traductor e intérprete si resulta preciso (y de forma gratuita en todo caso), impone a los Estados miembros la obligación de establecer un mecanismo en los ordenamientos internos para determinar la necesidad de que intervengan estos profesionales. Igualmente, se afirma la preceptiva intervención del intérprete en todas las actuaciones orales y la necesaria traducción de los documentos esenciales del proceso (denuncia, información para ejercer derechos, resolución definitiva). Más aún, ha de ser posible impugnar la denegación de estos servicios, así como la reclamación por la falta de calidad de los mismos.

Y en otro orden de cosas, se introducen ciertas concreciones en algunos derechos y garantías ya consagrados de forma genérica:

- Servicio de apoyo gratuito y confidencial.
- Garantías en el contexto de la mediación y otros servicios de justicia reparadora (voluntariedad y confidencialidad).
- Reembolso de los gastos y restitución de los bienes.

- Asistencia jurídica gratuita de acuerdo con la normativa nacional.
- Atención específica a las víctimas residentes en otro Estado miembro (declaración inmediata, evitación de nuevos desplazamientos, posibilidad de denunciar ante las autoridades de su residencia).
- Procedimientos para la identificación de las víctimas especialmente vulnerables.

En última instancia, debe tenerse en cuenta que este proyecto de directiva ya ha superado el trámite correspondiente en la Comisión de Libertades Civiles y ha pasado al Pleno del Parlamento Europeo para su aprobación definitiva, que se espera tenga lugar a lo largo de este mes de septiembre.

Llegados a este punto sólo nos resta aludir a la propuesta de reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, presentado por la Comisión el 18 de mayo de 2011 y también considerado prioritario. El último de los instrumentos impulsados hasta el momento aborda la implementación del principio de reconocimiento mutuo en relación con las medidas civiles adoptadas en relación con las víctimas para proteger su libertad o su integridad física o psicológica (orden de alejamiento, prohibición de comunicación, prohibición de acercamiento o atribución del uso de la vivienda común, entre otras).

A estos efectos, basta con la remisión del correspondiente certificado, sin que se autorice en modo alguno la revisión del fondo, y permitiéndose la denegación sólo en el caso de que resulte incompatible con una decisión previa adoptada en el Estado miembro de reconocimiento.

Debe tenerse en cuenta que el tipo de instrumento elegido en este caso no precisa la transposición a los ordenamientos internos, ya que se trata de un reglamento y resulta directamente aplicable una vez entre en vigor, efecto previsto transcurridos 12 meses desde su publicación.

Hasta aquí llega el análisis de las distintas iniciativas existentes, sin perjuicio de que se trate de un proceso abierto al que se incorporarán nuevos proyectos en ejecución del plan de trabajo existente.

4. La protección de los datos personales

De acuerdo con el propósito expuesto en el epígrafe introductorio del tema, llegados a este punto, nos resta únicamente analizar las medidas adoptadas para garantizar la salvaguarda del derecho a la intimidad de los ciudadanos,

desde la perspectiva del derecho a la protección de los datos personales de las personas físicas manejados en el marco de las investigaciones y los procesos penales.

En relación con esta materia, el punto de partida lo encontramos en la decisión marco relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal²², que data del año 2008 y cuyo plazo de transposición finalizó el 27 de noviembre de 2010. Esta norma surge con la intención de conjugar un elevado nivel de seguridad pública con la adecuada protección del derecho a la intimidad de las personas físicas, estableciendo mecanismos de control en relación con el tratamiento de los datos personales en un ámbito excluido de la regulación general²³.

En este sentido, esta norma impone a los Estados miembros la obligación de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular el derecho a la intimidad, cuando en el marco de investigaciones o procesos penales (instrucción, enjuiciamiento, ejecución) se transmitan datos personales o se incorporen a sistemas de información.

A estos efectos, parte de la fijación de los principios esenciales aplicables a la recogida y tratamiento de datos (licitud, proporcionalidad, finalidad, confidencialidad, seguridad); consagra los derechos de los particulares afectados al respecto (información, acceso, rectificación, supresión, bloqueo y reparación); y prevé la imposición de sanciones en caso de incumplimiento (eficaces, proporcionadas y disuasorias).

Por otra parte, enfatiza la protección de cierta información al establecer categorías especiales de datos (origen racial o étnico, ideología política, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical, salud, vida sexual), cuyo tratamiento autoriza sólo de forma excepcional, una vez acreditado que resulta estrictamente necesario y siempre que se adopten las garantías adecuadas.

Con todo, la decisión marco presenta importantes condicionamientos que evidencian la insuficiencia de sus previsiones en aras a una protección

22 Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. DOUE L 350, de 30.12.2008.

23 Toda vez que la norma básica en esta materia, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE L 281, de 23.11.1995; modificada por 32003R1882, texto consolidado 01995L0046-20031120) excluye expresamente su aplicación a las «actividades del Estado en materia penal» (artículo 3.2).

efectiva. En este sentido, deben tenerse en cuenta, cuanto menos, las siguientes limitaciones implícitas en su articulado:

- No sustituye a los instrumentos sectoriales sobre Europol, Eurojust o el Sistema de Información de Schengen.
- Su aplicación se excepciona en los supuestos en que se vean afectados los intereses esenciales de seguridad del Estado o las actividades de inteligencia.
- Regula únicamente al intercambio transfronterizo de datos personales en el ámbito comunitario o con terceros países u organismos internacionales, pero no a las operaciones de tratamientos internas de los Estados miembros.

La relevancia de tales restricciones -especialmente la última indicada- determinó que, según se expuso en su momento, el Programa de Estocolmo se marcara ambiciosos objetivos en esta materia y que fueron debidamente concretados en el Plan de Acción actualmente en ejecución. Siguiendo las pautas de esa hoja de ruta, ya en 2010 la propia Comisión impulsó la revisión de la normativa sobre protección de datos con el objetivo de establecer un sistema global y coherente tanto a nivel estrictamente comunitario como respecto de terceros Estados²⁴.

En cualquier caso, se admite la coexistencia de un régimen general con especialidades para el ámbito penal, al objeto de no comprometer la prevención, la investigación, la detección y la persecución de los ilícitos. Y en consonancia con este planteamiento, recientemente se han lanzado dos iniciativas paralelas e íntimamente ligadas entre sí, que abordan respectivamente el establecimiento de un marco común y la fijación de especialidades en materia penal: un proyecto de reglamento general de protección de datos²⁵ y una propuesta de directiva relativa al tratamiento de datos en el marco de las investigaciones y los procesos penales²⁶.

24 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea. COM (2010) 609 final, de 4 de noviembre de 2010.

25 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos). COM(2012) 11 final, de 25.01.2012.

26 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos. COM(2012) 10 final, de 25.01.2012.

Estando así las cosas, el reglamento excluye expresamente su aplicación cuando el tratamiento de datos personales sea realizado por las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales (artículo 2.2.e), y este vacío viene a cubrirse de forma inmediata con la propuesta de directiva (artículo 1)²⁷, cuyo contenido analizaremos a continuación.

Atendiendo al ámbito territorial de aplicación, no ha de extrañarnos que no se extienda a Dinamarca en ningún caso, pero, por el contrario, y respecto de Irlanda y el Reino Unido, sí resulta llamativo que se establezca un régimen casuístico ciertamente difuso, aunque coherente con el singular status de estos Estados en relación con estas materias. Así, se afirma que las previsiones de esta directiva sólo serán vinculantes para esos dos países en la medida que lo sean a su vez las normas comunitarias que regulen formas de cooperación policial y judicial en materia penal en cuyo marco deban respetarse las disposiciones establecidas; luego habrá que atender a cada caso concreto.

Este instrumento normativo aspira a profundizar en una protección de los derechos eficaz y compatible con la seguridad, de manera que amplía los principios básicos que han de regir el tratamiento de datos -a saber: licitud y lealtad; fines determinados, explícitos y legítimos; datos adecuados, pertinentes, exactos, actualizados y no excesivos; conservación por el tiempo imprescindible; y responsabilidad por el tratamiento- al tiempo que explicita de forma exhaustiva los supuestos de licitud de tal tratamiento:

- La ejecución de una tarea legalmente prevista y realizada por una autoridad competente para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales.
- El cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento.
- La protección de los intereses vitales de las personas.
- La prevención de una amenaza inminente y grave para la seguridad pública.

A mayor abundamiento, se individualizan las diferentes categorías de sujetos interesados (imputados, condenados, víctimas, testigos y otros sujetos) y se exploran nuevas garantías insitas en los derechos que les asisten

27 Cuya entrada en vigor supondrá además la derogación de la decisión marco de 2008 y que, en cualquier caso, tampoco resulta aplicable en lo que respecta a la seguridad nacional ni al tratamiento de datos por parte de las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

(información, acceso, rectificación, supresión, impugnación y reparación), imponiendo al responsable del tratamiento las consiguientes obligaciones específicas.

En este punto, cabe destacar la necesidad de que se implementen las medidas técnicas precisas para controlar el acceso, la conservación, las comunicaciones y el transporte de datos y se garantice la recuperación, la fiabilidad y la integridad de los mismos. Con idéntico ánimo garantista, se prevé el establecimiento en cada Estado de autoridades de control independientes para que supervisen el debido respeto a las disposiciones de la directiva, detallándose sus atribuciones y facultades, así como las condiciones inexcusables para garantizar su autonomía y libertad de funcionamiento.

En otro orden de cosas, se controla la transferencia de datos personales a terceros Estados o a organizaciones internacionales, restringiendo los supuestos en que dicha comunicación se estima necesaria y condicionándola en todo caso al cumplimiento de una serie de requisitos. Entre estas exigencias, destaca que, salvo excepciones, el país u organización de destino debe haber sido considerado idóneo a estos efectos por la propia Comisión, una vez que entienda acreditado que garantiza un nivel de protección adecuado.

Por último, únicamente reiterar que se trata de un proyecto pendiente de aprobación definitiva²⁸, e indicar que respecto del mismo se fijan dos años desde la entrada en vigor como plazo para la transposición a los ordenamientos internos.

5. Conclusiones

Premisa básica para la efectiva implementación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito comunitario es la confianza recíproca entre los Estados miembros, en relación tanto con sus sistemas jurídicos como con su aplicación.

Esa fiabilidad no puede exigirse como un acto meramente voluntarista, sino que ha de sustentarse en previsiones específicas que garanticen de ma-

²⁸ En relación con el estado de la tramitación, podemos señalar que el Supervisor Europeo de Protección de Datos emitió el correspondiente Dictamen relativo a dichos proyectos el pasado 7 de marzo de 2012 (resumen publicado en el DOUE C192, de 30.06.2012 y texto íntegro accesible en la siguiente dirección: <http://www.edps.europa.eu>, última visita el 13.09.2012).

nera fehaciente un escrupuloso respeto a los principios procesales esenciales y un correcto funcionamiento de las instituciones, de forma significada cuando se trata del sistema penal, puesto que incide notablemente en las libertades individuales de los ciudadanos.

En consonancia con estos planteamientos, durante el periodo 2010-2014 se pretende ejecutar un ambicioso programa legislativo que contempla varias iniciativas al respecto, incidiendo, entre otras cuestiones, en las principales garantías procesales de los sospechosos y acusados en los procesos penales; en los derechos de las víctimas de los ilícitos; y en la protección de los datos personales manejados en el marco de investigaciones y procesos judiciales penales.

La estrategia diseñada al efecto persigue la aproximación de la normativa interna para armonizar la práctica, estableciendo por tanto normas mínimas en relación con determinados derechos y garantías, que deben ser asumidas por los ordenamientos internos por medio de la oportuna transposición.

Partiendo de las garantías procesales que -de acuerdo con las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos- deben reconocerse a todo sospechoso o acusado en un proceso penal, se abordan de forma individualizada cada uno de los distintos derechos. Como resultado de esta línea de trabajo, en estos momentos contamos ya con una directiva relativa al derecho a la interpretación y la traducción, y se encuentran en fase de tramitación otros dos proyectos de directiva, uno relativo al derecho a la información y otro sobre el derecho de acceso a un abogado y el derecho de comunicación en el momento de la detención.

La labor institucional orientada hacia la armonización de los derechos y garantías que deben asistir a las víctimas de los ilícitos penales, pasa en la actualidad por el desarrollo de instrumentos específicos que actualicen y amplíen las disposiciones ya existentes. En este sentido, se ha aprobado una directiva que contiene normas mínimas en relación con las víctimas de la trata de seres humanos, así como la regulación de la orden europea de protección en relación con determinadas medidas penales. Por otra parte, se trabaja en sendos proyectos, dentro de un plan de acción más amplio, para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las medidas civiles y para la elaboración de un nuevo marco de referencia que sustituya al actual estatuto de la víctima en el proceso penal.

La adecuada protección de los datos personales en el marco de las investigaciones y los procesos penales debe ser compatible con un elevado nivel

de seguridad pública. La conjugación de estos intereses aparentemente contrapuestos es el objetivo último de un proyecto de directiva actualmente en tramitación, que incrementa las garantías de los ciudadanos al tiempo que trata de no obstaculizar la persecución y represión de los ilícitos.

Bibliografía

- ARANGÜENA FANEGO, C. (coor.) (2010). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid: Lex Nova.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (coor.) (2011). *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*. Granada: Comares.
- ARANGÜENA FANEGO, C. (2011). El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales: comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010. *Revista General de Derecho Europeo*, 24.
- ARIAS RODRÍGUEZ, J.M. (2012). El Programa de Estocolmo. *Diario La Ley*, 7812.
- CALDERÓN CUADRADO, M.P. e IGLESIAS BUHIGUES (coors.) (2009). *El Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia*. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- HOYOS SANCHO, M. de (2008). *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. Valladolid: Lex Nova.
- MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J.J. (2008). *La protección de datos en la cooperación policial y judicial*. Cizur Menor: Aranzadi.
- SANZ HERMIDA, A. (2010). La nueva Directiva sobre los derechos de interpretación y traducción en los procesos penales. *Revista General de Derecho Procesal*, 22.

EL CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL PENAL DE 1959

José Miguel García Moreno

1. Introducción

La creación del Consejo de Europa en el año 1949 representó un punto de inflexión en todo lo relativo a la cooperación jurídica en materia penal en el ámbito europeo, ya que supuso el inicio de una nueva fase en la que los instrumentos jurídicos a través de los cuales se articula la cooperación internacional trascienden de los meros convenios bilaterales o multilaterales para enmarcarse en un proceso de integración europea más o menos intenso y que incluye otros aspectos además de la mera asistencia o cooperación jurídica¹. Entre los tratados internacionales que ha promovido el Consejo de Europa en materia de cooperación jurídica penal destacan el Convenio Europeo de Extradición de 1957 y el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959, que aún hoy son dos de los pilares básicos en que se asienta la cooperación jurídica en materia penal entre los estados europeos.

El estatuto del Consejo de Europa emplea como términos diferenciados los vocablos “convenio” y “acuerdo”, aunque lo cierto es que la distinción carece de significación jurídica una vez que el texto correspondiente está en vigor, pues su fuerza vinculante es idéntica. La diferencia entre uno y otro instrumento se refiere al procedimiento para ser parte en el mismo, toda vez que los convenios exigen normalmente la firma y ratificación de los estados, mientras que los acuerdos requieren la simple firma o aceptación. Todos los convenios del Consejo de Europa tienen una estructura formal muy semejante. Van precedidos de un preámbulo muy breve, en el que se recuerdan los fines generales del Consejo de Europa, seguido de algún párrafo específico

¹ En este sentido, CARMONA RUANO, M.: Formas específicas de asistencia judicial (II), en Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial n° XIII, Consejo General del Poder Judicial, 2003, págs. 192 a 194.

relativo al convenio en cuestión, del cuerpo del tratado y de unas cláusulas de estilo finales relativas a su entrada en vigor, firma y ratificación, posibles reservas y denuncia, incluyendo la denominada “cláusula colonial” que permite la extensión del convenio a los territorios coloniales de los estados parte.

Siguiendo a DE MIGUEL ZARAGOZA² podemos destacar las siguientes características generales de los convenios del Consejo de Europa (incluidos los relativos a cooperación en materia penal):

A) Se trata de actos estatutarios de la organización, cuya fuerza deriva de la aceptación por los estados parte por los cauces formales: firma con reserva de ratificación, aceptación o adhesión.

B) Son elaborados por comités de expertos de los estados, se revisan por el Comité Director del que depende orgánicamente el Comité de Expertos correspondiente y se someten a la aprobación del Comité de Ministros.

C) El número de ratificaciones necesarias para que cada uno de los convenios entre en vigor internacionalmente es bajo: generalmente basta la ratificación por tres estados. Este dato puede producir una apariencia engañosa, ya que los listados del Consejo de Europa reflejan un cuadro de instrumentos en vigor muy extenso, pero que, en algunos casos, vinculan a pocos estados.

D) No se trata de convenios universales, pues, en principio, sólo están abiertos a los estados miembros del Consejo de Europa. Sin embargo, terceros estados, incluso no europeos, pueden ser parte mediante invitación del Comité de Ministros, que generalmente es adoptada por unanimidad de los estados que ya son parte en el convenio en cuestión. Así, por ejemplo, España es parte desde 1974 (antes por tanto de su incorporación al Consejo de Europa) en el Convenio europeo en el ámbito de la información sobre el derecho extranjero de 1968, Israel es parte desde hace bastantes años en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 y el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 y EE.UU. y Canadá lo son en el Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1983. Excepcionalmente algunos convenios (por ejemplo, el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977) son cerrados, ya que sólo están abiertos a estados miembros del Consejo de Europa.

E) Los conflictos en la interpretación o aplicación de los convenios no tienen solución judicial sino diplomática, dado que en el marco del Consejo de

² DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa, en Política Común de Justicia e Interior en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial nº XXIII, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 25 a 27.

Europa no existe un órgano judicial comparable al del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En algunos convenios penales se atribuye la competencia para dirimir dichos conflictos al Comité Europeo para los Asuntos Penales del propio Consejo de Europa o se articulan soluciones diversas para el arreglo de las diferencias³. En algún caso, los comités de expertos, de una manera cortés, han denunciado incumplimientos de los convenios por alguno de los estados parte.

Y F) Como regla general los convenios del Consejo de Europa tienen carácter auto-ejecutivo (self-executing) en sentido material, toda vez que su contenido -sea estableciendo deberes, sea estableciendo prohibiciones- permite su aplicación directa por los tribunales (o por los órganos administrativos como los Ministerios de Justicia, en la esfera de sus competencias), sin necesidad de leyes internas. Sin embargo, puede suceder que alguna parte del convenio no sea auto-ejecutiva o que sean necesarias normas complementarias internas de orden orgánico o procesal, sin las cuales la aplicación del convenio podría quedar bloqueada.

2. El Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959.

Desde el punto de vista cronológico el Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 (en lo sucesivo, Convenio AJMP 1959 ó convenio) es el segundo gran tratado adoptado en el marco del Consejo de Europa en materia de cooperación o asistencia penal, después del Convenio Europeo de Extradición de 1957. Además de ser el instrumento multilateral original en materia de asistencia penal en Europa continúa siendo el convenio fundamental de referencia en esta materia, cuya aplicación tratan de complementar y facilitar otros textos convencionales posteriores adoptados, tanto en el seno del Consejo de Europa (Primer y Segundo Protocolos Adicionales de 17 de marzo de 1978 y 8 de noviembre de 2001, respectivamente), como en el ámbito de la Unión Europea (Convenio de 19 de enero de 1990, de Aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 y

3 El art. 42 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen de 1990, por ejemplo, recoge un amplio haz de soluciones para el arreglo de diferencias, pues, además de la sumisión de la cuestión al Comité Europeo para los Asuntos Penales, prevé la negociación entre las partes, el arbitraje o la sumisión al Tribunal Internacional de Justicia en los términos que convengan las partes.

Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea).

Según se hace constar en la memoria explicativa que acompaña al Convenio AJMP 1959 y en el propio Preámbulo del Tratado⁴, éste fue concebido inicialmente como un texto complementario al Convenio Europeo de Extradición de 1957 y para facilitar la aplicación del mismo, aunque ya desde el comienzo de los trabajos de elaboración se le atribuyó autonomía respecto del convenio previo en materia de extradición, al considerarse que la asistencia penal entre los estados parte debería ser independiente de la decisión en materia de extradición (y prestarse incluso en los casos en que la petición de extradición fuese denegada) y que el contenido de un convenio de asistencia penal encontraría más fácil aceptación entre los estados miembros del Consejo de Europa y, en consecuencia, mayor aplicación práctica que el Convenio de Extradición. También se indica en el apartado de consideraciones generales de la memoria explicativa que el Comité de Expertos encargado de la redacción del Convenio AJMP 1959 discutió sobre la procedencia de la instauración de un órgano arbitral encargado de resolver las controversias sobre la interpretación o aplicación del convenio o de un comité con competencia para establecer una interpretación común de los preceptos del instrumento, aunque las dos opciones fueron rechazadas, de un lado, porque se pensó que el arbitraje resultaba inviable al permitir el art. 2 del convenio la denegación de la asistencia por una serie motivos tasados que habrían de ser valorados conforme al derecho interno del estado requerido, y, de otro, porque no fue posible llegar a un acuerdo sobre la creación del citado comité.

El Convenio AJMP 1959 es el n° 30 de la lista del Consejo de Europa y entró en vigor el día 12 de junio de 1962, al alcanzar tres ratificaciones de estados miembros. Como ya se ha adelantado, el Convenio AJMP 1959 ha sido complementado por dos protocolos adicionales: el Primer Protocolo Adicional (convenio n° 99 de la lista del Consejo de Europa) de 17 de marzo de 1978 y el Segundo Protocolo Adicional (convenio n° 182 de la lista del Consejo de Europa), abierto a la firma el 8 de noviembre de 2001. Los dos protocolos adi-

4 La lista de todos los convenios del Consejo de Europa, incluyendo información básica sobre cada uno de los instrumentos (cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención, resumen de su contenido y memoria explicativa) está disponible en los dos idiomas oficiales del Consejo de Europa (francés e inglés) y además en italiano, alemán y ruso en la página web de la organización (<http://conventions.coe.int/Default.asp>).

cionales al Convenio AJMP 1959 serán objeto de tratamiento en dos epígrafes específicos de este tema.

El Convenio AJMP 1959 se estructura en un breve Preámbulo y ocho Títulos, que comprenden un total de treinta artículos. El Título I contiene las disposiciones generales, que incorporan preceptos relativos al ámbito objetivo del convenio, incluyendo las causas de denegación de la asistencia judicial requerida. Los Títulos II y III se refieren a las comisiones rogatorias y a la notificación de documentos procesales y resoluciones judiciales, comparecencia de testigos, peritos y procesados, respectivamente. El breve Título IV (que únicamente incluye el art. 13) se refiere a la asistencia judicial en materia de comunicación de antecedentes penales, mientras que el Título V contiene las normas sobre procedimiento, entre las que destacan las que se refieren al contenido de las solicitudes de asistencia judicial y a la vía de transmisión de éstas. Los Títulos VI y VII tienen por objeto regular dos concretos supuestos de asistencia judicial en materia penal (las denuncias a fines procesales y el intercambio de información sobre condenas judiciales). Por último el Título VIII comprende las disposiciones finales del convenio, relativas a la firma, ratificación y denuncia del mismo, declaraciones y reservas y ámbito territorial de aplicación (incluyendo la denominada “cláusula colonial” y las previsiones respecto de la invitación para adherirse al convenio dirigida a terceros estados).

Debe resaltarse que el Convenio AJMP 1959 reconoce a los estados parte en el mismo una amplia facultad de formular reservas respecto de alguna o algunas de las disposiciones concretas del convenio. En términos generales, el art. 23 del convenio (que coincide sustancialmente con el art. 26 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, según se encarga de recordar la memoria explicativa de aquél) autoriza a toda parte contratante a “formular una reserva con respecto a una o varias disposiciones concretas del Convenio” en el momento de la firma del mismo o del depósito de su instrumento de adhesión o ratificación (punto 1). No obstante, el propio precepto exige a las partes contratantes que hubiesen formulado reserva respecto de alguna de las disposiciones del Convenio AJMP 1959 la retirada de la reserva (a efectuar mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa) “tan pronto como lo permitan las circunstancias” (punto 2). Además, la formulación de reserva respecto de alguna de las disposiciones del convenio determina la aplicación del principio de reciprocidad, porque -conforme al art. 23.3 Convenio AJMP 1959- el estado que hubiese formulado la reserva no podrá

reclamar de otro estado parte en el convenio la aplicación de la disposición objeto de la reserva más que en la medida en que él mismo la hubiere aceptado. La amplitud de la facultad genérica de formulación de reservas contenida en el art. 23 Convenio AJMP 1959, unida a las previsiones específicas en este sentido que se reflejan en otros artículos del convenio respecto de algunas cuestiones concretas reguladas en el mismo (por ejemplo, art. 5 relativo a las comisiones rogatorias que tuviesen por objeto un registro o embargo de bienes, art. 15.6 en relación con la vía de transmisión de las solicitudes de asistencia judicial o art. 16.2 sobre la exigencia de traducción de la solicitud de asistencia judicial y sus documentos anexos), explican el elevado número de reservas y declaraciones efectuadas por los estados parte en el convenio.

2.1. Ámbito de aplicación

2.1.1. Ámbito territorial y temporal

Al momento presente el Convenio AJMP 1959 ha sido firmado por los 47 estados miembros del Consejo de Europa y ha sido ratificado por todos los estados signatarios. Además de los estados miembros del Consejo de Europa ha sido firmado y ratificado por Israel, Chile y Corea, toda vez que este convenio (al igual que otros del Consejo de Europa), de acuerdo con su art. 28.1, está abierto a terceros países no miembros, previa invitación del Comité de Ministros adoptada por acuerdo unánime de los miembros del Consejo de Europa que lo hubiesen ratificado.

En el cuadro que sigue se reflejan las fechas de firma, de ratificación o adhesión y de entrada en vigor del Convenio AJMP 1959 respecto de cada uno de los estados parte en el mismo.

Estados Miembros del Consejo de Europa

Estados	Firma	Ratificación	Entrada en vigor
Albania	19/5/1998	4/4/2000	3/7/2000
Andorra	15/6/2004	26/4/2005	25/7/2005
Armenia	11/5/2001	25/1/2002	25/4/2002
Austria	20/4/1959	2/10/1968	31/12/1968
Azerbaiyán	7/11/2001	4/7/2003	2/10/2003
Bélgica	20/4/1959	13/8/1975	11/11/1975
Bosnia Herzegovina	30/4/2004	25/4/2005	24/7/2005

EL CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL PENAL DE 1959

Bulgaria	30/9/1993	17/6/1994	15/9/1994
Croacia	7/5/1999	7/5/1999	5/8/1999
Chipre	27/3/1996	24/2/2000	24/5/2000
República Checa	13/2/1992	15/4/1992	1/1/1993
Dinamarca	20/4/1959	13/9/1962	12/12/1962
Estonia	4/11/1993	28/4/1997	27/7/1997
Finlandia		29/1/1981 (adhesión)	29/4/1981
Francia	28/4/1961	23/5/1967	21/8/1967
Georgia	27/4/1999	13/10/1999	11/1/2000
República Federal de Alemania	20/4/1959	2/10/1976	1/1/1977
Grecia	20/4/1959	23/2/1962	12/6/1962
Hungría	19/11/1991	13/7/1993	11/10/1993
Islandia	27/9/1982	20/6/1984	18/9/1984
Irlanda	15/10/1996	28/11/1996	26/2/1997
Italia	20/4/1959	23/8/1961	12/6/1962
Letonia	30/10/1996	2/6/1997	31/8/1997
Liechtenstein		28/10/1969 (adhesión)	26/1/1970
Lituania	9/11/1994	17/4/1997	16/7/1997
Luxemburgo	20/4/1959	18/11/1976	16/2/1977
Malta	6/9/1993	3/3/1994	1/6/1994
Moldavia	2/5/1996	4/2/1998	5/5/1998
Mónaco	19/3/2007	19/3/2007	17/6/2007
Montenegro		30/9/2002 (adhesión)	6/6/2006
Países Bajos	21/1/1965	14/2/1969	15/5/1969
Noruega	21/4/1961	14/3/1962	12/6/1962
Polonia	9/5/1994	19/3/1996	17/6/1996
Portugal	10/5/1979	27/9/1994	26/12/1994
Rumanía	30/6/1995	17/3/1999	15/6/1999
Rusia	7/11/1996		
10/12/1999	9/3/2000		
San Marino	29/9/2000	18/3/2009	16/6/2009

Serbia		30/9/2002 (adhesión)	29/12/2002
Eslovaquia	13/2/1992	15/4/1992	1/1/1993
Eslovenia	26/2/1999	19/7/2001	17/10/2001
España	24/7/1979	18/8/1982	16/11/1982
Suecia	20/4/1959	1/2/1968	1/5/1968
Suiza	29/11/1965	20/12/1966	20/3/1967
Antigua Republica Yugoslava de Macedonia	28/7/1999	28/7/1999	26/10/1999
Turquía	23/10/1959	24/6/1969	22/9/1969
Ucrania	29/5/1997	11/3/1998	9/6/1998
Reino Unido	21/6/1991	29/8/1991	27/11/1991

Estados no Miembros del Consejo de Europa

Estados	Firma	Ratificación	Entrada en vigor
Israel		27/9/1967 (adhesión)	26/12/1967
Chile		30/5/2011 (adhesión)	28/8/2011
Corea		29/9/2011 (adhesión)	29/12/2011

Número total de firmas no seguidas de ratificación:	-
Número total de ratificaciones/adhesiones:	50

De acuerdo con el art. 25 del Convenio AJMP 1959, éste se aplica a los territorios metropolitanos de los estados parte, y además puede aplicarse a los territorios ultramarinos de dichos estados que el propio precepto menciona. Este artículo coincide en gran medida con el art. 27 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 y contiene previsiones específicas (hoy carentes de sentido) respecto de Argelia, el territorio de Somalia que estuvo bajo administración italiana y el Land de Berlín (art. 25.2 y 3). Además prevé la extensión de su aplicación a las Antillas Neerlandesas, el Surinam y la Nueva Guinea Neerlandesa mediante una declaración del Reino de los Países Bajos (art. 25.4), efectivamente realizada por éste respecto de las Antillas Neerlandesas y Aruba. Finalmente el art. 25.5 dispone que el ámbito territorial de aplicación del

Convenio AJMP 1959 puede extenderse por acuerdo directo entre dos o más partes contratantes y en las condiciones que se estipulen en el acuerdo a cualquier otro territorio (distinto de los ya mencionados) “de cuyas relaciones internacionales esté encargada una de las partes”.

2.1.2. Ámbito objetivo y subjetivo

Como se desprende del propio título del Convenio AJMP 1959 y del contenido de su Preámbulo, el objetivo del mismo radica en la “adopción de normas comunes en la esfera de la asistencia judicial en materia penal”.

El art. 1.1 precisa el sentido de la expresión “materia penal” al referir la asistencia judicial en el marco del Convenio AJMP 1959 a “los procedimientos relativos a infracciones cuya represión, en el momento de pedir la asistencia, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente”. La memoria explicativa señala que la asistencia opera respecto de las infracciones graves y leves, con tal de que la represión de las mismas esté comprendida en el ámbito de competencias de las autoridades judiciales del estado requirente, por lo que no son de aplicación los principios que rigen en materia de extradición y, en particular, la exigencia de doble incriminación de la infracción en relación con la cual se cursa la petición de asistencia judicial, al margen de las particularidades previstas en el art. 5 respecto de las comisiones rogatorias que tengan por fin el registro o embargo de bienes. En consecuencia, la asistencia también debe prestarse en los supuestos en los que la jurisdicción del estado requerido se extienda a la represión de la infracción que da lugar a la petición de asistencia, siempre que las autoridades judiciales del estado requirente también ostenten la competencia al respecto en el momento de cursar su solicitud de asistencia.

La circunstancia de que se incluyan en el ámbito objetivo del Convenio AJMP 1959 todo tipo de infracciones penales, con independencia de su gravedad, supone que su art. 1.1 ampara las peticiones de asistencia cursadas en el marco de los procedimientos seguidos para la represión de las infracciones más leves (el juicio verbal de faltas en el caso de España), incluyendo los procedimientos penales escritos (procedimientos “monitorios” o por “orden penal”) que existen en algunos estados europeos, tales como Francia (ordonnance pénale), Alemania (Strafbefehlsverfahren) o Italia (procedimento per decreto).

La definición del ámbito objetivo de aplicación contenida en el art. 1.1

Convenio AJMP 1959 ha de ser interpretada en un sentido amplio, de acuerdo con la memoria explicativa, por lo que comprenderá las peticiones de asistencia cursadas en relación con:

A) Infracciones administrativas respecto de las que conozcan los tribunales del orden penal por vía de impugnación de la resolución administrativa sancionadora o por tratarse de una infracción conexa con un hecho delictivo directamente atribuido a su competencia, cual es el caso de las Ordnungswidrigkeiten⁵ del derecho alemán. Sin embargo, la asistencia únicamente puede ser interesada en la fase jurisdiccional de impugnación de la resolución administrativa sancionadora inicial o cuando la competencia para la persecución de la infracción ha sido asumida por la el Ministerio Fiscal y los órganos de la jurisdicción ordinaria. Esta es la razón por la que el Comité de Expertos encargado de la elaboración del Convenio AJMP 1959 incluyó la frase “cuya represión, en el momento de pedir la asistencia, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente” en el inciso final del art. 1.1.

B) Las acciones civiles ejercitadas en el marco del proceso penal.

C) Las peticiones de indulto o de revisión de sentencia.

Y D) El procedimiento indemnizatorio respecto de las personas absueltas en una causa penal, siempre que los tribunales penales conozcan del mismo.

No obstante, pese a la amplitud de los términos de la memoria explicativa, parece que en la práctica la interpretación del art. 1.1 Convenio AJMP 1959 no ha ido tan lejos, y ello ha determinado la ampliación del ámbito objetivo de las peticiones de asistencia judicial en materia penal en posteriores instrumentos, tanto del propio Consejo de Europa (Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959, de 8 de noviembre de 2001), como de la Unión Europea (Convenio de 19 de enero de 1990, de Aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 y Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea) para recoger, de una manera más o menos expresa, los

5 Se trata de infracciones reguladas en la Ley sobre Infracciones Administrativas (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten o OWiG, texto refundido de 19-2-1987, con la modificación introducida por la Ley de 7-8-2007), y que son sancionadas normalmente por las autoridades administrativas competentes, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación en vía jurisdiccional, cuyo conocimiento viene atribuido al Tribunal Oficial (Amtsgericht), órgano inferior de la organización jurisdiccional alemana con competencia en materia penal y civil. No obstante, cuando la infracción administrativa es conexa a una infracción penal la competencia para la persecución de todas ellas se atribuye al Ministerio Fiscal y a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

diversos supuestos a los que se refiere la memoria explicativa del Convenio AJMP 1959⁶.

El art. 1.2 Convenio AJMP 1959 excluye de forma expresa de su ámbito objetivo de aplicación “las detenciones, ejecuciones de condena o infracciones de carácter militar que no constituyan infracciones, con arreglo al Derecho Penal común”. La exclusión del ámbito de aplicación del Convenio AJMP 1959 de los delitos de carácter militar es una previsión similar a la contenida en el art. 4 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 y que, según la memoria explicativa, deja abierta la posibilidad de que otros convenios o acuerdos regulen la asistencia en materia penal respecto de los delitos militares.

La memoria explicativa del Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 (§ 16) señala que una de las razones de la exclusión de las peticiones de asistencia referidas a la ejecución de condenas radica en la circunstancia de que este convenio es aplicable únicamente respecto de los procedimientos judiciales, lo que, de acuerdo con el ordenamiento de algunos de los estados miembros del Consejo de Europa, excluiría la fase de ejecución, en la medida en que los órganos competentes en dicha fase son las autoridades administrativas o fiscales, equiparadas a órganos administrativos en alguno de estos estados. De otro lado, las dudas prácticas en relación con los concretos actos de ejecución de condena excluidos del ámbito objetivo del Convenio AJMP 1959 por el art. 1.2 del mismo han llevado a que el citado Primer Protocolo Adicional (art. 3) haya extendido el ámbito objetivo de aquél “a la notificación de los documentos relativos a la ejecución de una condena, el cobro de una multa o el pago de gastos procesales” y además a “las medidas relativas a la suspensión del pronunciamiento de una condena o de su ejecución, a la libertad condicional, al aplazamiento del comienzo del cumplimiento de una condena o a la interrupción de su cumplimiento”. Según se indica en la referida memoria explicativa (§ 18), en el supuesto de que el documento que deba ser notificado o las medidas adoptadas en fase de ejecución no procedan de una autoridad judicial, el precepto únicamente resultará aplicable si el estado parte ha incluido dicha autoridad en la declaración efectuada al amparo del art. 24 Convenio AJMP 1959 (al que me referiré más adelante), a cuyo efecto el art. 8.1 in fine del propio protocolo prevé que las declaraciones realizadas

6 En este sentido, PALOMO DEL ARCO, A.: Cooperación judicial penal en Europa, en *Sistemas Penales Europeos. Cuadernos de Derecho Judicial* n° IV, Consejo General del Poder Judicial, 2002, págs. 354 a 356.

en relación con aquel precepto del convenio se aplicarán igualmente al protocolo, salvo que el estado parte hubiese manifestado otra cosa.

Aparte de los supuestos de exclusión del art. 1, el art. 2 Convenio AJMP 1959 prevé la posibilidad de que el estado requerido pueda denegar la asistencia judicial si ésta viene referida a infracciones que el propio estado requerido considere “como infracciones de carácter político, o infracciones relacionadas con infracciones de carácter político, o como infracciones fiscales” (punto a) o si el estado requerido considera que “la ejecución de la solicitud podría causar perjuicio a la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales de su país” (punto b). Como se señala en la memoria explicativa, la denegación de la asistencia judicial al amparo del art. 2.a) Convenio AJMP 1959 no resulta obligatoria para el estado requerido, ya que dicha denegación es facultativa para éste. En cualquier caso, la posible denegación de asistencia respecto de infracciones de carácter político ha quedado muy atenuada en materia de terrorismo por los convenios específicos al respecto, tanto de las Naciones Unidas como del propio Consejo de Europa, toda vez que estos convenios tienden a evitar que opere la excepción política en relación con este tipo de delincuencia⁷.

En el caso de la excepción relativa a las infracciones fiscales el Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 ha hecho desaparecer dicha excepción respecto de los estados parte en el mismo, ya que el art. 1 del mismo prevé expresamente que las partes contratantes no harán valer la facultad de denegar la asistencia judicial en los términos previstos en el art. 2.a) Convenio AJMP 1959 “únicamente por el motivo de que la solicitud se refiera a una infracción que la parte requerida considere como una infracción fiscal”. La memoria explicativa del Primer Protocolo Adicional (§§ 10 y 11) destaca que la finalidad del mismo a este respecto es la de equiparar el régimen de las peticiones de asistencia relativas a las infracciones fiscales al de las peticiones referidas a infracciones “comunes”, pero que esta equiparación no impide que los estados que no sean parte en dicho Protocolo presten la asistencia referida a infracciones fiscales al amparo de los preceptos del propio Convenio AJMP 1959, a la vista del carácter facultativo y discrecional de la denegación de la asistencia. Ni el Convenio AJMP 1959 ni el Primer Protocolo Adicional

7 Entre otros, Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999, Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005, y Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1977.

aportan una definición auténtica de lo que sean “infracciones fiscales” a los efectos de ambos instrumentos, dado que el contenido del concepto varía de un estado a otro, pero la memoria explicativa de este último señala en su § 12 que la definición contenida en el art. 5 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 (según el cual infracciones fiscales son las infracciones “en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio”) resultaría de aplicación a los efectos de las peticiones de asistencia judicial penal basadas en aquellos dos instrumentos. Debe señalarse, en cualquier caso, que el art. 2.2 del Primer Protocolo Adicional impide la denegación de la asistencia judicial por el motivo de que la legislación de la parte requerida no imponga “el mismo tipo de contribuciones e impuestos”, o no contenga “el mismo tipo de reglamentación en materia de contribuciones o de impuestos de aduana y de cambio que la legislación de la parte requirente”.

En lo que se refiere a la denegación de asistencia al amparo del art. 2.b) Convenio AJMP 1959 la memoria explicativa indica que la expresión “intereses esenciales” se refiere a los del estado requerido y no a los de particulares, y que los intereses de orden económico también estarían comprendidos en la misma. Las causas de denegación de asistencia vinculadas a la soberanía, seguridad, orden público o intereses esenciales del estado requerido tienen carácter tasado (*numerus clausus*) y además deben aparecer suficientemente justificadas, porque el art. 19 del propio Convenio AJMP 1959 exige que todas las denegaciones de asistencia judicial (incluyendo las denegaciones parciales) sean motivadas por el estado requerido. En este sentido debe tenerse presente que en la memoria explicativa se hace constar que el Comité de Expertos encargado de la redacción del convenio rechazó la propuesta de incluir otras causas adicionales de denegación de asistencia aparte de las referidas en el art. 2.b) del mismo (tales como la incompetencia de las autoridades judiciales del estado requerido para la ejecución de la petición de asistencia; la existencia de razones fundadas para creer que el procedimiento en el marco del cual se interesa la asistencia tiene por objeto perseguir o sancionar a una persona por razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas; la pendencia de un procedimiento contra la misma persona y por los mismos hechos en el estado requerido o en un tercer estado; o la circunstancia de que la misma persona hubiese sido condenada o absuelta por sentencia firme por las autoridades judiciales del estado requerido o de un tercer estado respecto de los mismos hechos que han dado origen a la petición de asistencia), aunque lo cierto es que algunos de los estados parte en el Convenio AJMP

1959 han formulado declaraciones o reservas respecto del art. 2 de éste matizando el significado de la expresión “otros intereses esenciales de su país” o incluyendo la facultad de denegar la asistencia en alguno de estos supuestos adicionales⁸.

Como ya se ha señalado y resulta del tenor de su art. 1.1, el Convenio AJMP 1959 se aplica únicamente a los procedimientos judiciales (esto es, “procedimientos relativos a infracciones cuya represión sea competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente”) en contraposición a los procedimientos sancionadores de índole administrativa. No obstante, esta delimitación puede resultar problemática -particularmente en lo que se refiere a la fase de investigación previa al juicio oral- por la pluralidad de sistemas procesales vigentes en los estados parte y por la circunstancia de que el Ministerio Fiscal (responsable de la dirección de la investigación en bastantes de estos estados) tenga la consideración de autoridad judicial en algunos de ellos mientras que en otros es considerado una autoridad administrativa. Para salvar los problemas derivados de esta disparidad de sistemas, el art. 24 Convenio AJMP 1959 ha previsto expresamente que los estados parte puedan efectuar, en el momento de la firma, adhesión o ratificación del convenio, una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa manifestando qué autoridades han de ser reputadas “autoridades judiciales” a los efectos del mismo. Esto supone que las autoridades requirentes de asistencia al amparo del Convenio AJMP 1959 pueden no ser autoridades judiciales por la naturaleza de las funciones que ejerzan, ya que bastará a los efectos de que puedan solicitar la asistencia que sean consideradas como tales por su estado de procedencia mediante la correspondiente declaración con apoyo en el citado art. 24.

Al momento de ratificación del Convenio AJMP 1959 y en aplicación de su art. 24, España hizo una declaración por la que se consideran autoridades judiciales, a los efectos del mismo: a) Los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria; b) Los miembros del Ministerio Fiscal; y c) Las autoridades judiciales militares. No obstante, recientemente España ha formulado una modificación de la declaración original en el sentido de incorporar a los se-

⁸ Entre estos estados se encuentran Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Georgia, Hungría, Islandia, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Reino Unido, Rusia, Suecia, Suiza y Ucrania. El contenido de las declaraciones o reservas está disponible en la página web citada en la nota 4 de este trabajo.

cretarios judiciales al elenco de autoridades judiciales a los efectos del art. 24 Convenio AJMP 1959⁹. Otros muchos estados parte en el convenio han hecho declaraciones similares, en virtud de las cuales, además de los tribunales correspondientes, son considerados autoridad judicial a los efectos del mismo los órganos del Ministerio Fiscal¹⁰, e incluso algunos de ellos han extendido la calificación de autoridad judicial al Ministerio de Justicia (Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Hungría, Islandia, Israel, Lituania, Moldavia, República Federal de Alemania, Rumanía y Suiza), al Ministerio del Interior o a las autoridades policiales o de investigación (Armenia, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Islandia, Letonia, Noruega, Reino Unido, Rumanía y Ucrania), a las comisiones parlamentarias de investigación (Italia) o al Tribunal Constitucional (Georgia e Italia). Se trata, evidentemente, de declaraciones encaminadas a amparar las peculiaridades de cada sistema procesal penal.

2.1.3. Relaciones con otros convenios en materia de asistencia judicial penal

El art. 26 Convenio AJMP 1959 se encarga de regular la relación entre el propio convenio y otros tratados bilaterales o multilaterales, vigentes o futuros, en materia de asistencia judicial penal. En los territorios a los que se aplica, el Convenio AJMP 1959 deroga -a reserva de las previsiones de los arts. 15.7 y 16.3 del propio convenio sobre posibles acuerdos bilaterales entre los estados parte en relación con la transmisión directa de las peticiones de asistencia judicial o la traducción de éstas y sus documentos anexos- las disposiciones de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales que regulen entre dos partes contratantes la asistencia judicial en materia penal, aunque no afecta a las disposiciones de cualquier otro convenio internacional de carácter bilateral o multilateral en los que determinadas cláusulas reglamenten en una esfera concreta la asistencia judicial sobre puntos particulares (art. 26.1 y 2). Esto

9 La fecha de efectos de la modificación es el 10-6-2011, en la que fue registrada en la Secretaría General del Consejo de Europa, aunque la misma no fue publicada en el BOE hasta el día 12-12-2011.

10 Este es el caso de Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chile, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Federal de Alemania, Rumanía, Rusia, Serbia, Suecia, Suiza y Ucrania.

supone, como se señala en la memoria explicativa del Convenio AJMP 1959, que, tanto las disposiciones sobre cooperación o asistencia penal entre los estados parte contenidas en los convenios o tratados que se circunscriben a una materia delictiva específica como las disposiciones de los convenios que regulan aspectos concretos de la cooperación o asistencia en materia penal con carácter general y de modo transversal, se aplican de forma preferente respecto de las normas del Convenio AJMP 1959, aunque estas últimas tienen carácter supletorio en relación con las cuestiones puntuales no reguladas por aquellos instrumentos.

Además el art. 26.3 Convenio AJMP 1959 condiciona el poder de negociación internacional de los estados parte en la materia de asistencia judicial penal internacional, ya que dichos estados “sólo podrán concertar entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la asistencia judicial en materia penal con el fin de complementar las disposiciones del presente Convenio o para facilitar la aplicación de los principios que contiene”. Al amparo de lo previsto en este precepto han ido surgiendo otros instrumentos internacionales que aspiran a completar el Convenio AJMP 1959 para facilitar su aplicación en el ámbito de otra organización internacional (la Unión Europea) distinta del Consejo de Europa, aunque próxima a éste.

Aparte del Convenio de 19 de enero de 1990, de Aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 (cuyo art. 48 señala que sus normas pretenden integrar o mejorar el Convenio AJMP 1959, entre otros instrumentos internacionales en materia de cooperación penal aprobados en el ámbito del Consejo de Europa¹¹), destaca en este sentido el Convenio de 29 de mayo de 2000, relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea (en adelante, Convenio AJMP 2000), el cual –según se hace constar en su memoria explicativa (art. 1 pág. 9)- carece de carácter autónomo y no puede ser invocado por sí mismo como único sustento de una solicitud de asistencia judicial. Esta peculiar característica parece fundarse en la circunstancia de que en el momento de la elaboración del Convenio AJMP 2000 se consideró que la asistencia judicial en materia penal entre los estados miembros de la Unión Europea podría descansar en

11 Entre estos instrumentos internacionales complementados por el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen destacan, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Extradición de 1957 y el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas de 1983, además del Tratado Benelux de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 27-6-1962 (modificado por Protocolo de 11-5-1974).

las sólidas bases de amplia y probada eficacia suministradas por el Convenio AJMP 1959, sin perjuicio del desarrollo y modificación de las disposiciones de este instrumento “principalmente, ampliando los supuestos en los que puede solicitarse la asistencia judicial y facilitando, mediante toda una serie de medidas, el funcionamiento de la asistencia, que será al mismo tiempo más rápida, más flexible y, por lo tanto, más eficaz”, según se señala en la memoria explicativa de aquél y se recoge expresamente en su art. 1.1 a) y b) en relación con el Convenio AJMP 1959 y su Primer Protocolo Adicional.

En consecuencia, respecto de los estados miembros de la Unión Europea que sean parte en el Convenio AJMP 2000 prevalecerá éste, en su condición de norma específica, en el caso de discrepancia con las disposiciones del Convenio AJMP 1959¹². Sin embargo, en todas aquellas cuestiones no contempladas expresamente en el Convenio AJMP 2000 el Convenio AJMP 1959 operará con el carácter de norma supletoria, según se recoge en el Preámbulo de aquél. De otro lado, no cabe pasar por alto que, de acuerdo con el contenido del Preámbulo del Convenio AJMP 2000, la regulación de la asistencia judicial en materia penal contenida en éste está basada en los principios del Convenio AJMP 1959, por lo que este último convenio puede ser utilizado como un elemento interpretativo de las disposiciones de aquél¹³. En cualquier caso es evidente que no cabrá invocar el Convenio AJMP 2000 en relación con las peticiones de asistencia judicial en materia penal que se cursen entre los estados miembros del Consejo de Europa que no lo sean de la Unión Europea o que no sean parte en el Convenio AJMP 2000.

Por último, en el supuesto de que entre dos o más estados parte en el

12 Así resulta del art. 30.3 y 4 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual “cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al art. 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior” y “cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior: a) en las relaciones entre los estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3; b) en las relaciones entre un estado que sea parte en ambos tratados y un estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos estados sean partes”.

13 En este sentido, PALOMO DEL ARCO, A.: Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII, Consejo General del Poder Judicial, 2003, pág. 70.

Convenio AJMP 1959 la asistencia judicial en materia penal se preste sobre la base de una legislación uniforme (como es el caso de los países escandinavos), dichos estados están expresamente facultados por el art. 26.4 del convenio para reglamentar sus relaciones mutuas en esa esfera exclusivamente al amparo de dicha legislación uniforme, no obstante lo dispuesto en el propio Convenio AJMP 1959. Este mismo sistema resulta de aplicación a los estados parte que hayan convenido un régimen especial que establezca la aplicación recíproca de medidas de asistencia judicial en sus territorios respectivos, lo que -de acuerdo con la memoria explicativa del Convenio AJMP 1959- vendría a amparar los acuerdos recíprocos que pudiesen existir o alcanzarse entre el Reino Unido y la República de Irlanda en esta materia. En ambos casos la exclusión de la aplicación del Convenio AJMP 1959 en las relaciones mutuas de los estados parte afectados debe ser notificada al Secretario General del Consejo de Europa.

2.2. Tipos de asistencia judicial

El art. 1.1 Convenio AJMP 1959 recoge el principio general pro asistencia al disponer que “las Partes Contratantes se comprometen a prestarse mutuamente, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio, la asistencia judicial más amplia posible” (...). De acuerdo con la memoria explicativa, este precepto de carácter general debe ser interpretado en un sentido amplio, de manera que ampare cualquier forma de asistencia mutua en materia penal y no sólo aquellas expresamente mencionadas en el convenio. Además, la memoria explicativa del Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 se encarga de precisar en su § 19 que siempre se ha considerado como una cuestión pacífica que el convenio resulta aplicable a “todas las fases del procedimiento”, lo que hacía innecesario añadir expresamente esa frase a la redacción originaria del citado art. 1.1 Convenio AJMP 1959 por medio de dicho protocolo adicional. En todo caso, lo cierto es que, desde el punto de vista sistemático, el Convenio AJMP 1959 distingue cinco grandes grupos de actos de asistencia o auxilio judicial en materia penal, a los que dedica títulos separados: las comisiones rogatorias (Título II); la notificación de documentos procesales y resoluciones judiciales, comparecencia de testigos, peritos y procesados (Título III); la información sobre antecedentes penales (Título IV); las denuncias a fines procesales (Título VI) y el intercambio de información sobre condenas judiciales (Título VII).

La sistematización de los actos de asistencia judicial en esas cinco categorías contrasta con el derecho interno de alguno de los estados parte en el convenio. De hecho, la propia memoria explicativa de éste, en su apartado correspondiente a consideraciones generales, señala expresamente que algunos de estos estados (entre ellos Austria, la República Federal de Alemania y Noruega) no distinguen entre “comisiones rogatorias” y “otras peticiones de asistencia mutua”, tales como la “notificación de documentos procesales” o la “comunicación de información relativa a antecedentes penales”, por lo que, en relación con esos estados, todos estos tipos de actos de asistencia deben ser tratados unitariamente. De acuerdo con la memoria explicativa, esta es la razón por la que las normas relativas al procedimiento se recogen de forma unitaria en el Título V del convenio.

2.2.1. Comisiones rogatorias

El art. 3.1 Convenio AJMP 1959 define las comisiones rogatorias como los actos de auxilio judicial dirigidos, bien a “realizar actuaciones de instrucción”, bien a “transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos”. Esta definición se ve complementada por la memoria explicativa del convenio, en la que se señala que la comisión rogatoria en el sentido del mencionado precepto es “el encargo dado por la autoridad judicial de un país a una autoridad judicial extranjera para que practique en su lugar una o más diligencias concretas”, citando, a título de ejemplo, el interrogatorio de testigos, peritos o imputados y el registro o embargo (o aprehensión) de bienes. La amplitud de la definición permite considerar comprendido en el objeto de la comisión rogatoria cualquier acto de instrucción dirigido al esclarecimiento del delito o identificación del delincuente, al aseguramiento de las fuentes de prueba, a la garantía de la efectividad de las resoluciones que se pudieran llegar a dictar en el marco del procedimiento penal, así como cualquier actuación necesaria para la preparación del juicio oral. Así, entre las diligencias más habituales cabe incluir, por ejemplo, la declaración del imputados o testigos, los careos, los reconocimientos en rueda, los informes periciales sobre armas, huellas, tejidos humanos, documentos u otros objetos, las inspecciones oculares, las pericias médicas, la intervención de las comunicaciones de cualquier tipo, las entradas, registros y aprehensiones en domicilios u otros lugares cerrados, las entregas vigiladas de objetos, la infiltración de agentes encubiertos, la información sobre movimientos en cuentas bancarias y el bloqueo de éstas o

el embargo de sus saldos, etc. En el caso de que la asistencia judicial tenga por objeto la transmisión de expedientes o documentos, el art. 3.3 Convenio AJMP 1959 dispone que la parte requerida puede limitarse a remitir copias o fotocopias certificadas de los expedientes o documentos solicitados, aunque si la parte requirente solicita expresamente la remisión de originales esta solicitud se atenderá por el estado requerido en la medida de lo posible.

El art. 3.1 Convenio AJMP 1959 refleja igualmente el principio general que impone la ejecución de la comisión rogatoria en la forma que establezca la legislación del estado requerido (*locus regit actum*), el cual se ha visto superado por posteriores instrumentos de asistencia penal internacional que imponen el respeto de los procedimientos exigidos por la ley del estado requirente en el cumplimiento de las comisiones rogatorias, aun cuando no sean los acostumbrados en el estado requerido y siempre que no sean contrarios a los principios del ordenamiento jurídico de éste (*principio forum regit actum*)¹⁴.

En todo caso debe señalarse que el propio Convenio AJMP 1959 apunta de forma tímida hacia la posibilidad de práctica de la diligencia con sujeción al procedimiento del estado requirente en materia de interrogatorio de testigos o peritos, pues el art. 3.2 prevé que este último pueda hacer constar expresamente en su petición de auxilio judicial su voluntad de que la declaración del testigo o perito se realice bajo juramento, lo que deberá ser cumplido por el estado requerido, si ello no se opone a su derecho interno. De acuerdo con la memoria explicativa del convenio esta norma se aplicará incluso en los supuestos en que la legislación del estado requerido no prevea el juramento del testigo o perito (siempre, claro está, que no sea contrario a su ordenamiento) y la prestación del juramento se hará con sujeción a las normas del estado requerido. Además, el art. 4 Convenio AJMP 1959 prevé expresamente que, con el consentimiento de la parte requerida, las autoridades y personas interesadas del estado requirente puedan concurrir al acto de ejecución de la

14 Este es el principio que subyace al Convenio AJMP 2000 y, como se verá más adelante, al Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959. Es evidente que el principio *forum regit actum* responde a la finalidad de aprovechar en el estado requirente las diligencias practicadas en el estado requerido por medio de la comisión rogatoria, evitando la imposibilidad de utilizar el resultado de las actuaciones practicadas cuando éstas no satisfagan los requisitos necesarios para surtir efecto en el estado requirente por no reunir los requisitos de validez exigidos por el mismo o no haberse observado todas las garantías exigibles para su incorporación al proceso penal que se sigue en dicho estado.

comisión rogatoria, a cuyo efecto y previa petición expresa de la parte requirente en ese sentido, la parte requerida informará a aquélla de la fecha y lugar de ejecución¹⁵.

El art. 5 Convenio AJMP 1959 se refiere específicamente a las comisiones rogatorias que tengan como objeto “un registro o un embargo de bienes”. Aunque, como ya ha quedado señalado en el apartado 2.1.2 de este trabajo, la norma general en el Convenio AJMP 1959 consiste en que la asistencia mutua entre los estados parte no está sujeta a las reglas propias de la extradición y a la exigencia de doble incriminación, el punto 1 de este precepto autoriza a los estados a reservarse la facultad de someter la ejecución de la comisión rogatoria que tenga por objeto un registro o embargo de bienes “a una o varias de las condiciones siguientes: a) que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible según la ley de la Parte requirente y de la Parte requerida; b) que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a la extradición en el país requerido; c) que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con la ley de la Parte requerida”.

Debe tenerse presente que un número considerable de estados parte, entre ellos España, han formulado reservas al art. 5 Convenio AJMP 1959 estableciendo limitaciones a la ejecución de las comisiones rogatorias que tengan por fin la práctica de una de esas diligencias, lo que condiciona en gran medida la posibilidad de llevar a cabo las mismas por medio de auxilio judicial internacional al amparo de este instrumento¹⁶. En todo caso, el art. 5.2 del

15 Debe destacarse que, pese a que en la memoria explicativa del Convenio AJMP 1959 se hace constar que el representante italiano en el Comité de Expertos encargado de la redacción del convenio indicó que, de acuerdo con el derecho italiano, únicamente las autoridades judiciales extranjeras (y no otras personas interesadas) podrían estar presentes en la ejecución de la comisión rogatoria, Grecia es el único estado parte que ha formulado una expresa reserva al art. 4 Convenio AJMP 1959, indicando que este precepto es contrario al art. 97 de su Código Procesal Penal.

16 En el caso de España la reserva supone la facultad de no ejecutar las comisiones rogatorias sobre registro o embargo de bienes, a menos que se cumplan las siguientes condiciones; a) que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible según la legislación española; b) que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a la extradición según la legislación española; c) que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con la legislación española. Los demás estados parte que han formulado reservas al amparo del art. 5.1 del convenio (cuyo contenido está disponible en la página web citada en la nota 5 de este trabajo) son: Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Chile, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Hungría, Islandia, Irlanda, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Mal-

convenio permite a cualquier estado parte invocar la regla de reciprocidad en relación con otro estado parte que hubiese formulado una reserva al amparo del art. 5.1 respecto de las comisiones rogatorias que tuvieran por objeto el registro y embargo de bienes. Además, el art. 2.1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 limita el efecto de las eventuales reservas efectuadas al amparo del art. 5.1 del convenio respecto de las comisiones rogatorias que tengan por finalidad un registro o embargo de bienes cuando la ejecución de éstas esté subordinada a la condición de que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible con arreglo al derecho de la parte requirente y de la parte requerida, toda vez que “dicha condición se tendrá por cumplida, en lo que respecta a las infracciones fiscales, si la infracción es punible con arreglo a la ley de la parte requirente y se corresponde a una infracción de la misma naturaleza con arreglo a la ley de la parte requerida”. No obstante, la circunstancia de que el art. 8 del Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 permita a los estados parte en el mismo formular reserva respecto de todo o parte del Título I del protocolo (relativo a las infracciones fiscales) o reservarse la facultad de “no ejecutar las comisiones rogatorias referentes a registro o embargo de bienes en materia de infracciones fiscales” resta eficacia a la limitación contenida en el art. 2.1 del propio protocolo, pues algunos de los estados parte en el mismo -entre ellos España y la República Federal de Alemania- se han reservado la facultad de no ejecutar comisiones rogatorias sobre registro y embargo de bienes relativas a infracciones fiscales¹⁷.

En relación con la entrega de objetos, expedientes o documentos en ejecución de la comisión rogatoria, el art. 6.1 Convenio AJMP 1959 prevé que el estado requerido pueda demorar la misma, siempre que los necesitase para un procedimiento penal en curso. Este precepto está basado en el art. 20.3 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, y se ve complementado por la previsión del punto 2 del propio art. 6 Convenio AJMP 1959, según el cual los objetos y los originales de los expedientes y documentos remitidos al estado requirente en ejecución de una comisión rogatoria serán devueltos por dicho estado al estado requerido lo antes posible, salvo que se hubiese renunciado

ta, Moldavia, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Federal de Alemania, Rumanía, Rusia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.

¹⁷ Además de España y la República Federal de Alemania han formulado alguna reserva en relación con las infracciones fiscales al amparo del art. 8 del Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 Armenia, Austria, Azerbaiyán, Georgia, Luxemburgo y Suiza.

a la devolución por este último. De acuerdo con la memoria explicativa del convenio, el precepto incluye en su ámbito de aplicación los objetos (“piezas probatorias” en el sentido del art. 3.1 del propio convenio) que hubieran resultado embargados o aprehendidos en ejecución de una comisión rogatoria, los que hubieran resultado embargados o aprehendidos en una ocasión previa en el marco de otro procedimiento penal distinto pero entregados, no obstante, al estado requirente y los objetos entregados al estado requirente sin un previo embargo o aprehensión. La memoria explicativa también señala que, de conformidad con esta norma, el estado requirente no puede disponer de los objetos entregados, incluso si viniera obligado a resolver sobre la propiedad de los mismos por su propio ordenamiento jurídico.

2.2.2. Notificación de documentos procesales y resoluciones judiciales. Citación de comparecencia de testigos, peritos y procesados

Las notificaciones y citaciones de comparecencia son reguladas en el Título III Convenio AJMP 1959 y, en concreto, en los arts. 7 a 10 y 12 del mismo. La palabra “notificación” es utilizada en el convenio en un sentido amplio, incluyendo las citaciones y los requerimientos y tanto el acto de notificación formal como la mera entrega o envío del documento o resolución judicial a su destinatario. El art. 7.1 Convenio AJMP 1959 impone a la parte requerida la obligación genérica de notificar a la persona afectada los documentos procesales y las resoluciones judiciales que le hubiesen sido remitidos por la parte requirente con ese fin, lo que -de acuerdo con la memoria explicativa- incluye de manera implícita las citaciones de imputados o acusados, testigos o peritos para que asistan a alguna audiencia o actuación judicial en el estado requirente.

El precepto prevé varias formas alternativas de notificación al sujeto afectado dependiendo de si el estado requirente ha especificado en su petición de auxilio judicial la forma de la notificación. Si no consta esta especificación, la notificación podrá efectuarse “mediante la simple entrega al destinatario del documento de la resolución” (art. 7.1 pár. 1º 1ª frase), lo que implica conceder al estado requerido la alternativa entre efectuar la notificación mediante la simple entrega no acompañada de ninguna otra formalidad o efectuarla en la forma prevista en su derecho interno. Por el contrario, si la parte requirente así lo solicita expresamente, el estado requerido “efectuará la notificación en una de las formas previstas por su legislación para notificaciones análogas

o en alguna forma especial que sea compatible con esa legislación”. Conforme al art. 7.2 del convenio, la justificación de la realización de la notificación puede hacerse por la parte requerida en cualquier forma deseada, bastando al efecto (además de un recibo fechado y firmado por el destinatario de la notificación) la declaración de la propia parte haciendo constar “el hecho, la forma y la fecha de la notificación”, por lo que el estado requerido no viene obligado a utilizar a estos efectos el impreso que eventualmente hubiese remitido la parte requirente como anexo a los documentos o resoluciones a notificar. Cualquiera de los documentos utilizados para justificar la realización de la notificación debe ser remitido inmediatamente a la parte requirente y, si ésta lo solicita, la parte requerida viene obligada a hacer constar que la notificación se ha efectuado conforme a su derecho interno. La parte requerida también viene obligada a informar inmediatamente a la parte requirente del motivo por el que no se pudo efectuar la notificación, en el caso de que ésta hubiese resultado imposible.

El art. 7.3 Convenio AJMP 1959 contiene una regla especial para el supuesto de que el objeto del acto de asistencia judicial sea la citación de comparecencia dirigida a un acusado que se encuentre en el territorio del estado requerido, ya que autoriza a los estados parte a efectuar una declaración en virtud de la cual dicha citación debe ser transmitida a sus autoridades con una antelación determinada (especificada en la propia declaración, pero no superior a 50 días) respecto de la fecha fijada para la comparecencia, de manera que este plazo debe ser tenido en cuenta por los estados requirente y requerido para fijar la fecha de la comparecencia y para la entrega de la citación. De acuerdo con la memoria explicativa del convenio la ratio de esta regla especial radica en las particularidades de los sistemas jurídicos escandinavos, que no contemplan la posibilidad de un juicio penal en rebeldía y que suelen imponer un plazo entre la fecha de entrega de la citación al acusado y el momento de la comparecencia de éste ante la autoridad judicial, a fin de que pueda preparar adecuadamente su defensa y desplazarse hasta el lugar en que ha de producirse dicha comparecencia ¹⁸.

¹⁸ Al amparo de este precepto han efectuado declaraciones exigiendo la transmisión de la citación de comparecencia con un plazo de antelación comprendido entre 30 y 50 días, según los casos, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bulgaria, Corea, Croacia, Chile, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Israel, Malta, Mónaco, Montenegro, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, República Federal de Alemania, Rumanía, Rusia, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.

Los arts. 8, 9 y 10 Convenio AJMP 1959 desarrollan las previsiones implícitas del art. 7.1 del convenio en relación con la citación de testigos y peritos a los efectos de que éstos presten declaración en el estado requirente. El primero de estos preceptos sienta la regla general (derivada de la costumbre internacional en virtud de la cual los testigos o peritos son libres de desplazarse al estado requirente para prestar declaración, por la carga que ese desplazamiento comporta) de que los testigos o peritos que no hubiesen obedecido una citación de comparecencia no pueden ser objeto de ninguna sanción o medida coercitiva por parte del estado requirente, incluso si la citación contenía una intimación en ese sentido. La excepción que contempla la frase final del precepto se refiere al supuesto de que el testigo o perito, con posterioridad a la citación realizada por medio de auxilio judicial internacional, hubiese entrado voluntariamente en el territorio del estado requirente y hubiese sido citado en éste en debida forma.

No obstante, si el estado requirente considera especialmente necesaria la comparecencia personal del testigo o perito ante sus autoridades judiciales lo debe hacer constar así en la petición de auxilio judicial, y la parte requerida viene obligada, en el momento de efectuar la citación, a instar al testigo o perito a que comparezca ante la autoridad judicial del estado requirente, informando a éste de la respuesta del testigo o perito (art. 10.1 del convenio). Como señala la memoria explicativa del convenio, se trata de una mera “recomendación” efectuada por el estado requerido al testigo o perito citado de comparecencia, pero que no supone una quiebra de la regla general del art. 8 que prohíbe compeler al testigo o perito para que comparezcan ante la autoridad judicial del estado requirente. Cuando el estado requirente haya hecho constar en la petición de auxilio judicial que considera necesaria la comparecencia personal del testigo o perito ante sus autoridades judiciales deberá incluir en la petición de auxilio judicial el importe aproximado de las indemnizaciones que hayan de pagarse al testigo o perito, y de los gastos de viaje y de estancia que hayan de ser reembolsados a éste, e incluso podrá interesar de la parte requerida que conceda un anticipo, cuyo importe habrá de ser mencionado en la citación y reembolsado por la parte requirente a la requerida (art. 10.2 y 3 Convenio AJMP 1959). Las reglas relativas a la cuantificación y anticipo de las indemnizaciones y gastos reembolsables que tiene derecho a percibir el testigo o perito tratan de favorecer la comparecencia voluntaria de éstos ante las autoridades judiciales del estado requirente y son coherentes con las previsiones del art. 9 del propio convenio, que obliga a dicho estado a

calcular el importe de las indemnizaciones, dietas y gastos de viaje reembolsables a abonar al testigo o perito -y a los que el estado requirente debe hacer frente- tomando en consideración el lugar de residencia del testigo o perito, y en una cuantía igual, cuando menos, a la que resulte de aplicar las escalas y reglamentos en vigor en este estado. Es evidente (como señala la memoria explicativa del Convenio AJMP 1959) que este precepto no impide que el estado requirente fije a favor del testigo o perito citado de comparecencia por medio de auxilio judicial internacional un importe superior de la indemnización y/o de los gastos reembolsables.

El art. 11.1 Convenio AJMP 1959 contempla el supuesto de traslado temporal de detenidos cuya comparecencia personal como testigos o para un careo hubiese sido solicitada por la parte requirente, si bien condiciona el traslado a que dicha parte devuelva al detenido a su lugar de origen en el plazo marcado por la parte requerida a estos efectos y a la observancia de las disposiciones del art. 12 del propio convenio, relativas a la inmunidad de las personas que comparezcan ante las autoridades judiciales del estado requirente, en la medida en que éstas sean aplicables¹⁹. El traslado temporal puede ser denegado por el estado requerido en alguno de los supuestos previstos en el pár. 2º del precepto: a) si la persona detenida no consiente en ello; b) si su presencia es necesaria en un proceso penal en curso en el territorio de la parte requerida; c) si su traslado pudiera ser causa de que se prolongara su detención; y d) si existen otras consideraciones imperiosas que se opongan a su traslado al territorio de la parte requirente. La memoria explicativa del convenio señala que la indicación de las causas de denegación del traslado temporal es tasada (esto es, no cabría en otros supuestos distintos), aunque admite que la última de estas causas tiene un carácter general y abierto.

19 Los conflictos en la interpretación de los supuestos en los que cabe el traslado temporal al amparo de este precepto del Convenio AJMP 1959 han llevado a la ampliación del ámbito del traslado en el art. 3 del Segundo Protocolo Adicional al convenio, el cual da una nueva redacción al art. 11 del instrumento original para incluir en el objeto del traslado temporal del detenido “la comparecencia personal con fines probatorios distintos del sometimiento a juicio”. Como se hace constar en la memoria explicativa del protocolo adicional (§§ 32 a 39) la expresión “sometimiento a juicio” es utilizada en un sentido restringido para incluir únicamente la fase final del procedimiento penal, en el que el acusado debe comparecer ante un tribunal para ser juzgado por éste, toda vez que en este supuesto el traslado temporal del detenido/acusado es equiparable a la extradición, mientras que el traslado para garantizar la comparecencia personal del detenido ante la autoridad judicial del estado requirente con otros fines probatorios distintos excluye la idea de extradición.

El punto 2 del precepto contiene algunas previsiones para regular el tránsito del detenido por el territorio de un tercer estado parte en el Convenio AJMP 1959, el cual debe ser expresamente solicitado por el Ministerio de Justicia de la parte requirente al Ministerio de Justicia del estado requerido de tránsito y puede ser denegado por éste respecto de sus propios nacionales. Finalmente el art. 11.3 del convenio prevé que la persona trasladada temporalmente permanezca en prisión preventiva en el estado requirente –y, en su caso, en el estado de tránsito- salvo que el estado requerido solicite que sea puesto en libertad.

Como ya se ha adelantado, el art. 12 Convenio AJMP 1959 se refiere a la inmunidad de las personas que comparezcan ante las autoridades judiciales del estado requirente. Como regla general ningún testigo o perito, cualquiera que sea su nacionalidad, puede ser perseguido, detenido o sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la parte requerida (punto 1). La misma regla se aplica respecto de cualquier persona citada por las autoridades judiciales del estado requirente para responder de hechos por los que se siga en el mismo un procedimiento, en relación con esos hechos o condenas cuando los mismos no constasen en la citación dirigida a dicha persona (punto 2). Según se desprende del propio tenor del precepto la inmunidad no opera en relación con los hechos cometidos con posterioridad a la salida del testigo, perito o persona encausada del territorio del estado requerido. Además, de forma paralela a lo previsto en sede de extradición (art. 14.1b del Convenio Europeo de Extradición de 1957), la inmunidad cesa cuando el testigo, perito o persona encausada hayan tenido la posibilidad de abandonar el territorio del estado requirente durante un plazo ininterrumpido de 15 días, a partir del momento en que su presencia ya no sea requerida por las autoridades judiciales de ese estado, y, no obstante, permanezca en dicho territorio o regrese a él después de haberlo abandonado.

2.2.3. Información relativa a antecedentes penales e intercambio de información sobre condenas judiciales

En materia de comunicación e intercambio de información relativa a antecedentes penales y condenas judiciales el Convenio AJMP 1959 contiene dos preceptos diversos (arts. 13 y 22), cuyo ámbito es distinto y no debe ser confundido, de acuerdo con la memoria explicativa del convenio²⁰.

20 En cualquier caso, y como señala DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: op. cit. pág. 32, el

El art. 13.1 del convenio se refiere a las solicitudes de asistencia cursadas por las autoridades judiciales del estado requirente y que tengan por objeto la comunicación de extractos o información relativa a antecedentes penales necesarios en una causa penal. En este caso la parte requerida viene obligada a atender la solicitud de auxilio proporcionando la información requerida “en la medida en que sus propias autoridades judiciales puedan obtenerla en casos semejantes”. En todos los casos no incluidos en el art. 13.1 del convenio (esto es, cuando la solicitud de comunicación de extractos o información relativa a antecedentes penales no se haga en relación con un procedimiento penal, sino por tribunales civiles o autoridades administrativas, conforme se señala en la memoria explicativa del convenio), el punto 2 de este precepto prevé que el estado requerido acceda a dicha solicitud en las condiciones establecidas por su legislación, sus reglamentos o su práctica interna.

El art. 22 Convenio AJMP 1959, por su parte, se encarga de regular la comunicación automática de sentencias penales y medidas posteriores objeto de inscripción en el correspondiente registro de antecedentes penales que afecten a los ciudadanos nacionales de los restantes estados parte en el convenio. La memoria explicativa indica que la expresión “sentencias penales” debe ser interpretada en un sentido amplio y que las “medidas posteriores” se refieren, particularmente, a la rehabilitación o cancelación de los antecedentes penales. La comunicación se hace recíprocamente por los Ministerios de Justicia al menos con periodicidad anual y debe incluir a cada una de las partes interesadas en el caso de que la persona afectada sea nacional de dos o más partes contratantes, salvo que la mencionada persona ostente la nacionalidad de la parte en cuyo territorio haya sido condenada.

Es de destacar que el Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 ha introducido un segundo párrafo en el art. 22 de éste, en virtud del cual cualquier estado contratante que haya comunicado la información sobre sentencias penales y medidas posteriores que afecten a los ciudadanos nacionales de los restantes estados parte y hayan sido objeto de inscripción en el correspondiente registro de antecedentes penales comunicará al estado

intercambio de información sobre antecedentes penales juega un papel relevante a efectos de apreciar en el ámbito internacional los efectos del principio *ne bis in idem* o la agravante de reincidencia internacional, que está prevista en las legislaciones penales sustantivas respecto de algunas categorías de delitos como los relativos a la prostitución y la corrupción de menores, el tráfico de drogas, la falsificación de moneda o el terrorismo (cfr. arts. 190, 375, 388 y 580 Código Penal español).

interesado (en casos particulares y a petición de dicho estado) copia de las condenas y medidas de que se trate, así como de cualquier otra información relevante, a los efectos de que el estado interesado puede examinar si procede adoptar por su parte alguna medida adicional derivada de la condena o medida originaria adoptada por el otro estado. El intercambio de esta información adicional sigue el régimen de comunicación entre los Ministerios de Justicia de los estados interesados, al igual que se prevé en la redacción inicial del art. 22 Convenio AJMP 1959.

2.2.4. Denuncias a fines procesales

Dentro del Título VI Convenio AJMP 1959, el art. 21 regula bajo la rúbrica de “denuncias a fines procesales” un mecanismo de cooperación penal internacional, en virtud del cual un estado parte puede denunciar formalmente ante otro estado parte un determinado hecho delictivo, con la finalidad de que sea perseguido en este último. Como se indica en la memoria explicativa del convenio, este mecanismo de cooperación está pensado específicamente para los supuestos en que un estado parte sea competente para perseguir un delito pero no pueda llevar a efecto la persecución porque la persona imputada ha buscado refugio en el estado parte del que es nacional, y del que normalmente no podrá ser extraditado.

En estos casos la denuncia, cuyo objeto es dar lugar a la incoación del procedimiento penal ante los tribunales del estado requerido, debe ser transmitida mediante comunicación entre los Ministerios de Justicia de los estados parte, aunque cabe la posibilidad de recurrir a una vía de transmisión distinta al amparo del art. 15.6 Convenio AJMP 1959. Una vez transmitida la denuncia al estado requerido, lo normal es que dicha denuncia deba ser repetida o convalidada en este estado para dar lugar a la incoación de un nuevo procedimiento penal, y así, conforme al art. 21.2 del convenio, la parte requerida viene obligada a notificar a la parte requirente el curso dado a la denuncia y a remitir a esta última una copia de la resolución dictada en el procedimiento a que dio lugar la denuncia, si hubiera lugar a ello. Además, la memoria explicativa señala que el estado requirente debe prestar el auxilio judicial más amplio al estado requerido en el marco del procedimiento penal incoado como consecuencia de la denuncia objeto de transmisión. Las disposiciones del art. 16 Convenio AJMP 1959, relativas a la traducción de las peticiones de asistencia judicial internacional y de los documentos anexos, también resultan de aplicación a las denuncias objeto de transmisión (art. 21.3).

No cabe desconocer, de cualquier forma, que el mecanismo de transmisión de la denuncia podría plantear un problema de competencia extraterritorial en el supuesto de que el ordenamiento del estado requerido no atribuya a sus tribunales la competencia para conocer de infracciones cometidas fuera de su territorio, y en este sentido se hace constar en la memoria explicativa del convenio que el miembro irlandés del Comité de Expertos encargado de la redacción del mismo indicó que los supuestos de competencia extraterritorial de los tribunales irlandeses son excepcionales. La existencia de instrumentos internacionales para la transmisión de procesos penales mucho más elaborados que el mecanismo de la denuncia a fines procesales (entre ellos el Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos penales de 1972, que será objeto de estudio detallado en la tercera lección de este módulo) determina el carácter residual del art. 21 Convenio AJMP 1959.

2.3. Procedimiento para la asistencia judicial

El título V Convenio AJMP 1959 (arts. 14 a 20) contiene las normas sobre procedimiento de la asistencia judicial en materia penal, incluyendo las relativas a la forma, contenido e idioma de las solicitudes, y a las vías de transmisión de las mismas.

2.3.1. Forma y contenido de las solicitudes de asistencia judicial

Al determinar el contenido de las solicitudes de asistencia judicial en general el art. 14 Convenio AJMP 1959 parte de que dichas solicitudes revisten forma escrita. Entre las indicaciones que deben contener dichas solicitudes se incluye: a) la autoridad que formula la solicitud; b) el objeto y motivo de la misma; c) en lo posible, la identidad y nacionalidad de la persona de que se trate; y d) el nombre y dirección del destinatario, cuando proceda (por ejemplo, en las notificaciones y otros actos de comunicación procesal). En el caso de las comisiones rogatorias (a las que se refieren los arts. 3, 4 y 5 del propio convenio) se hace necesario además, mencionar el delito al que se refiere la inculpación y una exposición sumaria de los hechos por los que se sigue el procedimiento del que deriva la comisión rogatoria. Aunque el precepto no lo exige expresamente, la memoria explicativa del convenio indica que puede resultar útil incluir con carácter indicativo (y no limitativo) en la comisión rogatoria una

lista de preguntas a formular al testigo o perito que haya de ser interrogado por la autoridad judicial del estado requerido.

En lo que respecta al idioma de la solicitud de asistencia, la regla general reflejada en el art. 16.1 Convenio AJMP 1959 supone que no se exige la traducción de la solicitud ni de los documentos anexos a ésta a un idioma distinto de la lengua del estado requirente. Sin embargo, el punto 2 del mismo precepto establece una excepción a la regla general al prever que los estados parte en el convenio puedan efectuar una declaración en virtud de la cual se reserven la facultad de exigir que “las solicitudes y documentos anexos que se les cursen vayan acompañados de una traducción en su propio idioma o en uno cualquiera de los idiomas oficiales del Consejo de Europa, o en uno determinado de estos idiomas que se especifique”, lo que autorizaría a los restantes estados parte para aplicar la regla de la reciprocidad. Según la memoria explicativa del convenio, por el Comité de Expertos encargado de su redacción se consideró conveniente la excepción, porque –a diferencia de lo que sucede en materia de extradición- las solicitudes de asistencia judicial no serán ejecutadas, como regla general, por órganos centrales, sino por órganos descentralizados no acostumbrados a operar con un idioma distinto del propio. Dicha memoria también señala que en el caso de que el estado requirente no pudiera conseguir la traducción de la solicitud de asistencia y de los demás documentos al idioma del estado requerido, podría interesar de este último la gestión de dicha traducción, sin perjuicio de asumir los costes de la misma, lo que obligaría al estado requerido a acceder a la petición en la medida en que fuera posible.

Como se ha indicado ya, los idiomas oficiales del Consejo de Europa son el inglés y el francés, pero además el art. 16.2 del convenio permite que la reserva imponga la traducción de la solicitud de asistencia (y de los documentos anexos) a la lengua propia del estado requerido. El elevado número de reservas realizadas al amparo del art. 16.2 Convenio AJMP 1959 supone que la traducción de la solicitud de asistencia y de la documentación anexa aparezca como una exigencia generalizada, en contra del principio que recoge el art. 16.1 del propio convenio²¹. En cualquier caso, el art. 16.3 Convenio AJMP

21 Han efectuado reservas al amparo del citado precepto, Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bulgaria, Corea, Croacia, Chile, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Georgia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Federal de Alemania, Rumanía, Rusia, Suecia, Suiza,

1959 prevé la aplicación preferente de las disposiciones relativas a la traducción de las solicitudes y documentos anexos que figuren en los acuerdos en vigor o que se concierten con posterioridad entre dos o más estados parte.

El art. 17 Convenio AJMP 1959 establece la exención de todas las formalidades de legalización respecto de los documentos que se transmitan en aplicación del convenio, y el art. 20 prevé que la ejecución de las solicitudes de asistencia no dará lugar al reembolso de gastos de ninguna clase (a reserva de lo previsto en el art. 10.3 respecto de los anticipos a testigos y peritos), salvo los gastos ocasionados por la intervención de peritos en el territorio de la parte requerida o para el traslado de personas detenidas al amparo del art. 11 del propio convenio.

2.3.2. Vías de transmisión de las solicitudes de asistencia judicial

A las diversas vías de transmisión de las solicitudes de asistencia judicial internacional se refiere el art. 15 Convenio AJMP 1959. Este precepto sienta el régimen general de comunicación a través de autoridades centrales (Ministerio de Justicia de la parte requirente al Ministerio de Justicia de la parte requerida), particularmente en el caso de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de traslado temporal de detenidos al amparo del art. 11 del propio convenio (art. 15.1), aunque la memoria explicativa del convenio destaca que, al margen del contenido del precepto, siempre sería posible el recurso a las vías diplomáticas de transmisión si ello se considera necesario por alguna razón especial.

El punto 2 del precepto establece una excepción a la regla general en el caso de comisiones rogatorias, cuando existan razones de urgencia, ya que entonces es posible que la solicitud de auxilio se curse directamente por las autoridades judiciales del estado requirente a las autoridades judiciales del estado requerido, si bien la devolución de la comisión rogatoria cumplimentada se hará por la vía de las autoridades centrales (esto es, del Ministerio de Justicia del estado requerido al Ministerio de Justicia del estado requirente). Las solicitudes de asistencia que tengan por objeto la obtención de extractos o información referente a antecedentes penales necesarios en una causa pena (art. 13.1 Convenio AJMP 1959) pueden ser remitidas directamente por las autoridades judiciales requirentes a las autoridades competentes de la parte

Reino Unido y Ucrania. El contenido de las reservas puede consultarse en la página web citada en la nota 4 de este trabajo.

requerida, las cuales podrán remitir directamente sus respuestas. Se trata de una vía de transmisión directa que no es obligatoria, ya que, según se encarga de precisar la memoria explicativa del convenio, es posible que las autoridades judiciales requirentes se dirijan al Ministerio de Justicia del estado requerido, si desconocen, por ejemplo, cual es la autoridad competente para la gestión del registro de antecedentes penales. Sin embargo, las peticiones de información sobre antecedentes penales a las que se refiere el art. 13.2 del convenio (aquéllas no vinculadas a un procedimiento penal) están sujetas al régimen general de comunicación por medio de autoridades centrales (art. 15.3 del convenio).

Por último, se prevé la posibilidad del recurso a la vía directa de comunicación entre autoridades judiciales en el art. 15.4 Convenio AJMP 1959 en relación con las solicitudes de asistencia no comprendidas en los puntos 1 y 3 del propio precepto (notificación de documentos procesales y resoluciones judiciales, de acuerdo con la memoria explicativa del convenio) y las peticiones referidas a investigaciones preliminares al procesamiento, aunque en este caso también se trata de una vía opcional. En todos los supuestos en que es posible recurrir a la vía directa de transmisión de la solicitud de auxilio judicial, dicha transmisión puede efectuarse por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), de acuerdo con el art. 15.5 del convenio. Se trata de una previsión similar a la que se contiene en el art. 16 del Convenio Europeo de Extradición de 1957.

El art. 18 Convenio AJMP 1959 prevé que la autoridad receptora de una solicitud de auxilio judicial que carezca de competencia para darle curso remita la misma de oficio a la autoridad competente de su país. Además, en el supuesto de que la transmisión se haya producido por vía directa entre autoridades judiciales, deberá informar por la misma vía a las autoridades judiciales requirentes. Como se indica en la memoria explicativa del convenio, la información a la autoridad judicial requirente del curso dado a la petición de auxilio cuando la autoridad judicial receptora no es la competente para cumplimentarla solo tiene sentido respecto de las peticiones transmitidas por vía directa, porque en el caso de que la transmisión haya tenido lugar por medio de las autoridades centrales la autoridad judicial requirente no tiene un interés particular en identificar la autoridad judicial competente para cumplimentar la petición de auxilio judicial en el estado requerido.

El art. 15.6 Convenio AJMP 1959 autoriza a los estados parte a formular declaración indicando que todas o algunas de las solicitudes de asistencia

judicial deben cursarse por una vía distinta a la establecida en el propio precepto o requiriendo que, en el caso de comisiones rogatorias cursadas directamente entre autoridades judiciales al amparo del art. 15.2 del convenio, se envíe al mismo tiempo una copia de la comisión rogatoria a su Ministerio de Justicia. Según la memoria explicativa del convenio, este punto se introdujo en el precepto porque no todas las delegaciones de los estados que participaron en la redacción del convenio podían aceptar las vías de transmisión de las solicitudes de auxilio judicial previstas en la norma, y, en particular, la vía directa entre autoridades judiciales. Lo cierto es que un número importante de los estados parte en el Convenio AJMP 1959 (entre ellos España) han formulado declaraciones al amparo del art. 15.6 exigiendo que se remita simultáneamente a su Ministerio de Justicia una copia de la comisión rogatoria cursada directamente entre autoridades judiciales por razones de urgencia²². De forma paralela a lo previsto en relación con las traducciones, el art. 15.7 Convenio AJMP 1959 prevé la aplicación preferente de las disposiciones relativas a la transmisión directa de las peticiones de asistencia judicial entre autoridades judiciales recogidas en los acuerdos en vigor o que se concierten con posterioridad entre dos o más estados parte.

3. El primer protocolo adicional al convenio europeo de asistencia judicial en materia penal

El Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 (convenio nº 99 de la lista del Consejo de Europa), fue abierto a la firma de los estados parte en el convenio el 17 de marzo de 1978 y entró en vigor el día 12 de abril de 1982, tras haber alcanzado tres ratificaciones.

El protocolo está abierto a la firma de los estados miembros del Consejo

²² Además de España han formulado declaración al amparo del art. 15.6 Convenio AJMP 1959, Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bulgaria, Corea, Croacia, Chile, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Francia, Georgia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Reino Unido y Ucrania. Algunos de estos estados exigen la remisión simultánea de la petición de auxilio judicial a su Ministerio de Justicia cuando se utilice la vía directa de transmisión entre autoridades judiciales por razones de urgencia, mientras que otros han aprovechado la declaración para excluir o reducir las posibilidades de transmisión directa de las solicitudes de auxilio judicial o para identificar las autoridades centrales a las que deberán ser remitidas las peticiones de asistencia.

de Europa que hayan firmado el Convenio AJMP 1959 y queda sujeto a posterior ratificación, aceptación o aprobación, de manera que un estado miembro del Consejo de Europa no podrá ratificar, aceptar o aprobar el protocolo sin haber ratificado el Convenio AJMP 1959 simultánea o anteriormente (art. 5). Es posible, no obstante, que los estados miembros del Consejo de Europa que hayan firmado el Convenio AJMP 1959 sin llegar a ratificarlo firmen el protocolo antes de la ratificación del convenio. Los estados no miembros del Consejo de Europa que se hubiesen adherido al Convenio AJMP 1959 podrán adherirse al protocolo en cualquier momento posterior a su entrada en vigor. Hasta el momento presente el protocolo solo ha sido firmado y ratificado por estados miembros del Consejo de Europa, y además por Chile y Corea. El cuadro que sigue refleja las fechas de firma, de ratificación o adhesión y de entrada en vigor del Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 respecto de cada uno de los estados parte en el mismo.

Estados Miembros del Consejo de Europa

Estados	Firma	Ratificación	Entrada en vigor
Albania	19/5/1998	4/4/2000	3/7/2000
Andorra			
Armenia	8/11/2001	23/3/2004	21/6/2004
Austria	17/3/1978	2/5/1983	31/7/1983
Azerbaiyán	7/11/2001	4/7/2003	2/10/2003
Bélgica	11/7/1978	28/2/2002	29/5/2002
Bosnia Herzegovina			
Bulgaria	30/9/1993	17/6/1994	15/9/1994
Croacia	15/9/1999	15/9/1999	14/12/1999
Chipre	27/3/1996	24/2/2000	24/5/2000
República Checa	18/12/1995	19/11/1996	17/2/1997
Dinamarca	25/10/1982	7/3/1983	5/6/1983
Estonia	3/5/1996	28/4/1997	27/7/1997
Finlandia		30/1/1985 (adhesión)	30/4/1985
Francia	28/3/1990	1/2/1991	2/5/1991
Georgia	7/11/2001	22/5/2003	20/8/2003
República Federal de Alemania	8/11/1985	8/3/1991	6/6/1991

Grecia	18/6/1980	24/7/1981	12/4/1982
Hungría	19/11/1991	13/7/1993	11/10/1993
Islandia	27/9/1982	20/6/1984	18/9/1984
Irlanda	28/11/1996	28/11/1996	26/2/1997
Italia	30/10/1980	26/11/1985	24/2/1986
Letonia	30/10/1996	2/6/1997	31/8/1997
Liechtenstein			
Lituania	9/11/1994	17/4/1997	16/7/1997
Luxemburgo	9/12/1994	2/10/2000	31/12/2000
Malta	20/11/2000		
Moldavia	26/6/1998	27/6/2001	25/9/2001
Monaco			
Montenegro		23/6/2003 (adhesión)	6/6/2006
Países Bajos	13/7/1979	12/1/1982	12/4/1982
Noruega	11/12/1986	11/12/1986	11/3/1987
Polonia	9/5/1994	19/3/1996	17/6/1996
Portugal	12/8/1980	27/1/1995	27/4/1995
Rumanía	15/2/1996	17/3/1999	15/6/1999
Rusia	7/11/1996	10/12/1999	9/3/2000
San Marino			
Serbia		23/6/2003 (adhesión)	21/9/2003
Eslovaquia	14/2/1996	23/9/1996	22/12/1996
Eslovenia	4/3/1999	19/7/2001	17/10/2001
España	12/4/1985	13/6/1991	11/9/1991
Suecia	6/4/1979	13/6/1979	12/4/1982
Suiza	17/11/1981		
Antigua República Yugoslava de Macedonia	28/7/1999	28/7/1999	26/10/1999
Turquía	4/2/1986	29/3/1990	27/6/1990
Ucrania	29/5/1997	11/3/1998	9/6/1998
Reino Unido	21/6/1991	29/8/1991	27/11/1991

Estados no Miembros del Consejo de Europa

Estados	Firma	Ratificación	Entrada en vigor
Chile		30/5/2011 (adhesión)	28/8/2011
Corea		29/9/2011 (adhesión)	29/12/2011

Número total de firmas no seguidas de ratificación:	2
Número total de ratificaciones/adhesiones:	42

El Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 se estructura en un breve Preámbulo y cuatro Títulos, que comprenden un total de doce artículos. Los Títulos I a III complementan el ámbito objetivo y las disposiciones del convenio y el Título IV comprende las disposiciones finales del protocolo adicional, relativas a la firma, ratificación, adhesión y denuncia del mismo, declaraciones y reservas y ámbito territorial de aplicación respecto de los territorios cuyas relaciones internacionales asuma un estado parte. Según se señala en la memoria explicativa del protocolo (§§ 1 a 7), el origen de éste se encuentra en una reunión de los responsables de la implementación del Convenio AJMP 1959 en cada uno de los estados parte en el mismo, organizada por el Consejo de Europa en junio de 1970. En esta reunión se estudiaron los problemas prácticos derivados de la aplicación del convenio y se adoptaron una serie de conclusiones, incluyendo propuestas encaminadas a facilitar dicha aplicación en el futuro, las cuales fueron examinadas por el Comité Europeo para los Asuntos Penales (en concreto por el Subcomité nº XXXI de éste) del Consejo de Europa en su 23ª sesión plenaria.

El citado Subcomité XXXI fue el encargado de la redacción del protocolo, el cual -como se indica en el resumen oficial de su contenido- limita la posibilidad de denegar la asistencia judicial únicamente por el motivo de que la solicitud se refiera a una infracción que la parte requerida considere una infracción fiscal (Título I); extiende el auxilio judicial a la notificación de los documentos relativos a la ejecución de una condena, el cobro de una multa o el pago de gastos procesales, y a las medidas relativas a la suspensión del pronunciamiento de una condena o de su ejecución, a la libertad condicional, al aplazamiento del comienzo del cumplimiento de una condena o a la interrupción de su cumplimiento (Título II); y añade alguna norma puntual en relación con el intercambio de información sobre sentencias penales y medidas

posteriores objeto de inscripción en el correspondiente registro de antecedentes penales (Título III). Como el contenido del protocolo en estos puntos ha sido ya objeto de estudio, me remito a los correspondientes apartados de este trabajo (ap. 2.1.1; 2.2.1 y 2.2.3). Debe añadirse únicamente que el art. 8 del protocolo limita la posibilidad de reservas al contenido del instrumento²³ y que el art. 10 ha previsto un mecanismo para la resolución de las controversias en la aplicación del protocolo al establecer que el Comité Europeo para los Asuntos Penales se mantendrá informado del cumplimiento del protocolo y “facilitará cuando sea menester la solución amistosa de cualquier dificultad a que diera lugar el cumplimiento de dicho protocolo”.

4. El segundo protocolo adicional al convenio europeo de asistencia judicial en materia penal

El Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 (convenio nº 182 de la lista del Consejo de Europa), fue abierto a la firma de los estados parte en el convenio el 8 de noviembre de 2001 y entró en vigor el día 1 de febrero de 2004, tras haber alcanzado tres ratificaciones. Al igual que sucede en el caso del Primer Protocolo Adicional, este instrumento está abierto a la firma de los estados miembros del Consejo de Europa que hayan firmado el Convenio AJMP 1959 y queda sujeto a posterior ratificación, aceptación o aprobación, de manera que un estado miembro del Consejo de Europa no podrá ratificar, aceptar o aprobar el protocolo sin haber ratificado el Convenio AJMP 1959 simultánea o anteriormente (art. 30). También es este caso, los estados no miembros del Consejo de Europa que se hubiesen adherido al Convenio AJMP 1959 podrán adherirse al protocolo en cualquier momento posterior a su entrada en vigor (art. 31).

Hasta ahora el protocolo solo ha sido firmado y ratificado por cerca de la mitad de los estados miembros del Consejo de Europa y por Israel y Chile, siendo de destacar que algunos estados representativos (miembros a su vez de la Unión Europea) ni siquiera lo han suscrito (por ejemplo, España, Italia o Austria) o no han llegado a ratificarlo pese a haberlo firmado (República Federal de Alemania, Hungría y Finlandia, entre otros). El siguiente cuadro

²³ La posibilidad de reserva queda limitada a la no aceptación del Título I (o a la aceptación parcial en lo que respecta a determinadas infracciones fiscales o categorías de infracciones fiscales o a la no ejecución de las comisiones rogatorias relativas a registro o embargo de bienes en materia de infracciones fiscales), del Título II o del Título III.

recoge las fechas de firma, de ratificación o adhesión y de entrada en vigor del Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 respecto de cada uno de los estados parte en el mismo.

Estados Miembros del Consejo de Europa

Estados	Firma	Ratificación	Entrada en vigor
Albania	13/11/2001	20/6/2002	1/2/2004
Andorra			
Armenia	3/3/2009	8/12/2010	1/4/2011
Austria			
Azerbaiyán			
Bélgica	8/11/2001	9/3/2009	1/7/2009
Bosnia Herzegovina	17/5/2006	7/11/2007	1/3/2008
Bulgaria	8/11/2001	11/5/2004	1/9/2004
Croacia	9/6/2004	28/3/2007	1/7/2007
Chipre	8/11/2001		
República Checa	18/12/2003	1/3/2006	1/7/2006
Dinamarca	8/11/2001	15/1/2003	1/2/2004
Estonia	26/11/2002	9/9/2004	1/1/2005
Finlandia	9/10/2003		
Francia	8/11/2001	6/2/2012	1/6/2012
Georgia			
República Federal de Alemania	8/11/2001		
Grecia	8/11/2001		
Hungría	15/1/2003		
Islandia	8/11/2001		
Irlanda	8/11/2001	26/7/2011	1/11/2011
Italia			
Letonia	24/9/2003	30/3/2004	1/7/2004
Liechtenstein			
Lituania	9/10/2003	6/4/2004	1/8/2004
Luxemburgo	30/1/2008		
Malta	18/9/2002		
Moldavia			

Mónaco			
Montenegro	7/4/2005	20/10/2008	1/2/2009
Países Bajos	8/11/2001	20/12/2010	1/4/2011
Noruega	8/11/2001		
Polonia	11/9/2002	9/10/2003	1/2/2004
Portugal	8/11/2001	16/1/2007	1/5/2007
Rumanía	8/11/2001	29/11/2004	1/3/2005
Rusia			
San Marino			
Serbia	7/4/2005	26/4/2007	1/8/2007
Eslovaquia	12/5/2004	11/1/2005	1/5/2005
Eslovenia	7/4/2005		
España			
Suecia	8/11/2001		
Suiza	15/2/2002	4/10/2004	1/2/2005
Antigua República Yugoslava de Macedonia	8/11/2001	16/12/2008	1/4/2009
Turquía			
Ucrania	8/11/2001	14/9/2011	1/1/2012
Reino Unido	8/11/2001	30/6/2010	1/10/2010

Estados no Miembros del Consejo de Europa

Estados	Firma	Ratificación	Entrada en vigor
Israel		20/3/2006 (adhesión)	1/7/2006
Chile		30/5/2011 (adhesión)	1/9/2011

Número total de firmas no seguidas de ratificación:	11
Número total de ratificaciones/adhesiones:	26

El Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 comprende un breve Preámbulo y tres Títulos con un total de 35 artículos. Los Títulos I y II contienen preceptos que sustituyen o complementan las disposiciones del convenio, mientras que el Título III comprende las disposiciones relativas a la

firma, ratificación, adhesión, denuncia, reservas y ámbito territorial de aplicación del protocolo adicional. Según se señala en el resumen del contenido del protocolo (en consonancia con la memoria explicativa del mismo), éste pretende mejorar la capacidad de los estados para reaccionar frente a la delincuencia transfronteriza a la luz de la evolución política y social en Europa y del desarrollo tecnológico en el mundo, mejorando y complementando, tanto el Convenio AJMP 1959 como el Primer Protocolo Adicional a éste, mediante la ampliación de los supuestos en que cabe solicitar la asistencia mutua y la agilización y flexibilización de la prestación de dicha asistencia.

Tanto por su fecha como por su contenido (que, en gran medida, coincide literalmente con éste, según reconoce la memoria explicativa del protocolo en su § 9) el Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 es una consecuencia directa del Convenio AJMP 2000, hasta el punto de que la propia memoria explicativa del protocolo (§ 11) se remite a la memoria explicativa del Convenio AJMP 2000 para la interpretación de los preceptos del protocolo²⁴. Este hecho, unido a la circunstancia de que un buen número de los estados miembros de la Unión Europea no hayan llegado a firmarlo o ratificarlo, exime de un estudio detallado de sus disposiciones.

Debe destacarse, en cualquier caso, que el protocolo sustituye o complementa los artículos del Convenio AJMP 1959 relativos al ámbito de aplicación (art. 1), presencia de autoridades de la parte requirente (art. 4), traslado temporal de personas detenidas (art. 11), vías de comunicación (art. 15), gastos (art. 20) y autoridades judiciales (art. 24), introduciendo como novedades principales una ampliación de los supuestos de comunicación directa entre autoridades judiciales y de la aplicación del principio *forum regit actum*, que implica la observancia del procedimiento exigido por el derecho del estado requirente en el cumplimiento de las comisiones rogatorias cuando así se especifique en la solicitud de auxilio judicial, aunque dicho procedimiento no sea el acostumbrado en el estado requerido y siempre que no sea contrario a los principios fundamentales del ordenamiento de éste (art. 8 del protocolo).

²⁴ Como han señalado BUENO ARÚS, F./ DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 2003. pág. 245, esta situación implica un notable cambio metodológico, ya que hasta ahora se había venido produciendo una transferencia de instrumentos jurídicos en materia de cooperación penal desde el Consejo de Europa hacia la Unión Europea. Además, la circunstancia de que el Consejo de Europa responda a una estructura jurídica menos homogénea que la de la fuente inspiradora (la Unión Europea) entraña el riesgo de que el Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 sea un instrumento poco viable.

Además se recoge de manera expresa la posibilidad de cursar peticiones de auxilio judicial que tengan por objeto la adopción de medidas cautelares encaminadas al aseguramiento de fuentes de prueba, al mantenimiento de una situación existente o a la protección de intereses jurídicos en peligro (art. 24.1 del protocolo). Frente a la técnica utilizada en el Convenio AJMP 1959, el protocolo limita notablemente la facultad de que los estados parte formulen reservas al contenido del mismo, ya que su art. 33.2 solo permite la formulación de reservas respecto de todo o parte del contenido de los arts. 16 (notificación por correo), 17 (observaciones transfronterizas), 18 (entregas controladas), 19 (investigaciones encubiertas) y 20 (equipos conjuntos de investigación).

Finalmente en lo que respecta a las formas específicas de cooperación en materia penal, el protocolo contiene disposiciones que reproducen casi literalmente el texto del Convenio AJMP 2000 en materia de declaración por videoconferencia y conferencia telefónica (arts. 9 y 10 del protocolo), información espontánea (art. 11 del protocolo), entregas vigiladas (art. 18 del protocolo), investigaciones encubiertas (art. 19 del protocolo), equipos conjuntos de investigación (art. 20 del protocolo) o protección de datos de carácter personal (art. 26 del protocolo), aunque omite la regulación relativa a la asistencia para la intervención de las telecomunicaciones y la posibilidad genérica de que las autoridades judiciales requirente y requerida lleguen a un consenso sobre la forma de ejecución de la asistencia, la cual sí está contemplada respecto de ciertos supuestos concretos (declaración por videoconferencia y conferencia telefónica o equipos conjuntos de investigación, por ejemplo).

Bibliografía

- AAVV: El Tercer Pilar de la Unión Europea. La Cooperación en asuntos de Justicia e Interior. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid. 1997.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C. : Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006.
- BUENO ARÚS, F./ DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: Manual de Derecho Penal Internacional. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 2003.
- CARMONA RUANO, M.: Formas específicas de asistencia judicial (II), en Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.: Exhorto europeo de medios de prueba, en Diario La Ley, nº 6684, 2 de Abril 2007.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa, en Política Común de Justicia e Interior en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial nº XXIII. Consejo General del Poder Judicial. 1995.
- HÖPFEL, F.: Nuevas formas de cooperación en materia penal, en El Derecho Penal Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº VII. Consejo General del Poder Judicial. 2001.
- MURILLO GARCÍA-ATANCE, M.: La cooperación jurídica internacional, en Cuestiones Prácticas de Derecho Internacional y Cooperación Jurídica Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XI. Consejo General del Poder Judicial. 1994.
- PALOMO DEL ARCO, A.: Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- PALOMO DEL ARCO, A.: Cooperación judicial penal en Europa, en Sistemas Penales Europeos. Cuadernos de Derecho Judicial nº IV. Consejo General del Poder Judicial. 2002.
- PARRA GARCÍA, J.: El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- PÉREZ GIL, J.: El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?, en Diario La Ley, nº 6280, 11 de Marzo 2005.
- SALCEDO VELASCO, A.: Mecanismos procesales de cooperación judicial, en Política común de Justicia e Interior en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial nº XXIII. Consejo General del Poder Judicial. 1995.

Apéndice I. Documentación de Referencia

1. Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal e 1959

1.1.- A través de la página web del Consejo de Europa (<http://conventions.coe.int/Default.asp>) se puede acceder a toda la información básica sobre el Convenio AJMP 1959 (cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formatos Html y Word, resumen de su contenido y memoria explicativa) en los dos idiomas oficiales del Consejo de Europa (francés e inglés).

1.2.- INGLÉS: La información completa en inglés está disponible en la dirección siguiente:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=030&CM=8&DF=2/17/2009&CL=ENG>

1.3.- FRANCÉS: La información completa en francés está disponible en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=030&CM=8&DF=2/17/2009&CL=FRE>

1.4.- ALEMÁN: La página web del Consejo de Europa proporciona la siguiente información en alemán: cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, texto íntegro de la convención en formato Html y resumen de su contenido en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=030&CM=8&DF=2/17/2009&CL=GER>

La restante información sobre el Convenio AJMP 1959 que proporciona la referida dirección (lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formato Word y memoria explicativa) está disponible únicamente en idioma inglés.

1.5.- ITALIANO: La página web del Consejo de Europa proporciona la siguiente información en italiano: cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, texto íntegro de la convención en formato Html y resumen de su contenido en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=030&CM=8&DF=2/17/2009&CL=ITA>

La restante información sobre el Convenio AJMP 1959 que proporciona la referida dirección (lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formato Word y memoria explicativa) está disponible únicamente en idioma inglés.

1.6.- RUSO: La página web del Consejo de Europa proporciona la siguiente información en ruso: cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, texto

íntegro de la convención en formato Html y resumen de su contenido en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=030&CM=8&DF=2/17/2009&CL=RUS>

La restante información sobre el Convenio AJMP 1959 que proporciona la referida dirección (lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formato Word y memoria explicativa) está disponible únicamente en idioma inglés.

1.7.- ESPAÑOL: El texto íntegro del Convenio AJMP 1959 en español está disponible en la página web del prontuario: www.prontuario.org

Esta página web contiene una ficha con información en español sobre el Convenio AJMP 1959 que incluye: fecha de publicación y de entrada en vigor en España, fuente oficial del instrumento, la lista de estados parte en el mismo, observaciones sobre el convenio, los instrumentos posteriores de desarrollo, las normas relacionadas con el convenio, y su ámbito de aplicación. Esta página proporciona información en inglés sobre la memoria explicativa del convenio, el cuadro de firmas y ratificaciones y la lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte mediante enlaces con la página web del Consejo de Europa.

2. Primer protocolo adicional al convenio europeo de asistencia judicial en materia penal

2.1.- A través de la página web del Consejo de Europa (<http://conventions.coe.int/Default.asp>) se puede acceder a toda la información básica sobre el Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 (cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formatos Html y Word, resumen de su contenido y memoria explicativa) en los dos idiomas oficiales del Consejo de Europa (francés e inglés).

2.2.- INGLÉS: La información completa en inglés está disponible en la dirección siguiente:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=099&CM=8&DF=2/17/2009&CL=ENG>

2.3.- FRANCÉS: La información completa en francés está disponible en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=099&CM=8&DF=2/17/2009&CL=FRE>

2.4.- ALEMÁN: La página web del Consejo de Europa proporciona la siguiente información en alemán: cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor,

texto íntegro de la convención en formato Html y resumen de su contenido en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=099&CM=8&DF=2/17/2009&CL=GER>

La restante información sobre el Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 que proporciona la referida dirección (lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formato Word y memoria explicativa) está disponible únicamente en idioma inglés.

2.5.- ITALIANO: La página web del Consejo de Europa proporciona la siguiente información en italiano: cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor y resumen de su contenido en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=099&CM=8&DF=2/17/2009&CL=ITA>

La restante información sobre el Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 que proporciona la referida dirección (lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formatos Html Word y memoria explicativa) está disponible únicamente en idioma inglés.

2.6.- RUSO: La página web del Consejo de Europa proporciona la siguiente información en ruso: cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, texto íntegro de la convención en formato Html y resumen de su contenido en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=099&CM=8&DF=2/17/2009&CL=RUS>

La restante información sobre el Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 que proporciona la referida dirección (lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formato Word y memoria explicativa) está disponible únicamente en idioma inglés.

2.7.- ESPAÑOL: El texto íntegro del Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 en español está disponible en la página web del prontuario: www.prontuario.org

Esta página web contiene una ficha con información en español sobre el Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 que incluye: fecha de publicación y de entrada en vigor en España, fuente oficial del instrumento, la lista de estados parte en el mismo, observaciones sobre el convenio, los instrumentos posteriores de desarrollo, las normas relacionadas con el convenio, y su ámbito de aplicación. Esta página proporciona información en inglés sobre el cuadro de firmas y ratificaciones y la lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte mediante enlaces con la página web del Consejo de Europa.

3. Segundo protocolo adicional al convenio europeo de asistencia judicial en materia penal

3.1.- A través de la página web del Consejo de Europa (<http://conventions.coe.int/Default.asp>) se puede acceder a toda la información básica sobre el Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 (cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formatos Html y Word, resumen de su contenido y memoria explicativa) en los dos idiomas oficiales del Consejo de Europa (francés e inglés).

3.2.- INGLÉS: La información completa en inglés está disponible en la dirección siguiente:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=182&CM=8&DF=2/18/2009&CL=ENG>

3.3.- FRANCÉS: La información completa en francés está disponible en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=182&CM=8&DF=2/18/2009&CL=FRE>

3.4.- ALEMÁN: La página web del Consejo de Europa proporciona la siguiente información en alemán: cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, texto íntegro de la convención en formato Html y resumen de su contenido en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=182&CM=8&DF=2/18/2009&CL=GER>

La restante información sobre el Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 que proporciona la referida dirección (lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formato Word y memoria explicativa) está disponible únicamente en idioma inglés.

3.5.- ITALIANO: La página web del Consejo de Europa proporciona la siguiente información en italiano: cuadro de firmas y ratificaciones y fecha de entrada en vigor en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=182&CM=8&DF=2/18/2009&CL=ITA>

La restante información sobre el Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 que proporciona la referida dirección (lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formatos Html Word, resumen de su contenido y memoria explicativa) está disponible únicamente en idioma inglés.

3.6.- RUSO: La página web del Consejo de Europa proporciona la siguiente información en ruso: cuadro de firmas y ratificaciones, fecha de entrada en vigor, texto

íntegro de la convención en formato Html y resumen de su contenido en la siguiente dirección:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=182&CM=8&DF=2/18/2009&CL=RUS>

La restante información sobre el Segundo Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 que proporciona la referida dirección (lista de reservas, declaraciones y comunicaciones por los estados parte, texto íntegro de la convención en formato Word y memoria explicativa) está disponible únicamente en idioma inglés.

Apéndice II. Relativo al Sistema Español

1. Introducción

Como ya se ha señalado, el número de ratificaciones necesarias para que cada uno de los convenios elaborados en el marco del Consejo de Europa entre en vigor internacionalmente es bajo, pues generalmente basta la ratificación por tres estados para la vigencia internacional del instrumento. Este dato puede producir una apariencia engañosa, ya que los listados del Consejo de Europa reflejan un cuadro de instrumentos en vigor muy extenso, pero que, en algunos casos, vinculan a pocos estados. Es de destacar a este respecto que España, pese a su tardía incorporación a la organización, se sitúa entre los estados que han ratificado más convenios del Consejo de Europa, tal como se desprende de la información que proporciona la página web de la propia organización.

2. El convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959

La calificación del Convenio AJMP 1959 como instrumento fundamental de referencia en el ámbito europeo en esta materia se contiene expresamente en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 3/2001, de 28 de junio, sobre los actuales mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en materia penal, en la que se señala expresamente que “a pesar de las múltiples iniciativas que -sobre todo en el ámbito de la Unión Europea- se han desarrollado recientemente en materia de cooperación judicial internacional, el texto normativo básico y de obligada referencia en este campo sigue siendo el Convenio nº 30 del Consejo de Europa o Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, completado con el Protocolo Adicional al Convenio de 17 de marzo de 1978”. La propia instrucción destaca igualmente el carácter complementario de los textos convencionales posteriores respecto del Convenio AJMP 1959 al indicar que “las normas que sobre cooperación judicial contiene el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, o el reciente Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (...), expresamente se remiten a este Convenio del Consejo de Europa, cuyas disposiciones tratan de completar y de facilitar su aplicación”²⁵.

²⁵ La Instrucción nº 3/2001 de la Fiscalía General del Estado (págs. 1 a 3) resalta algunos de los aspectos de la regulación de los diversos mecanismos de cooperación judicial en materia penal que se contienen en el Convenio AJMP 1959, aunque no entra en una explicación detallada de cada uno de estos mecanismos y en los procedimientos establecidos en el convenio.

El prontuario de auxilio judicial internacional en materia penal, a cuya elaboración han contribuido conjuntamente el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial por medio del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) contiene una ficha con información sintética sobre el Convenio AJMP 1959 que incluye, entre otros aspectos, su fecha de publicación y de entrada en vigor en España, la fuente oficial del instrumento, la lista de estados parte en el mismo, observaciones sobre el convenio, los instrumentos posteriores de desarrollo, las normas relacionadas con el convenio, y su ámbito de aplicación. Esta herramienta de cooperación judicial internacional (que es objeto específico de otra lección de este curso virtual) también contiene formularios diversos para las solicitudes relativas a las actuaciones de asistencia judicial amparadas por el Convenio AJMP 1959 y enlaces con la página web del Consejo de Europa que proporciona información sobre los convenios y tratados elaborados en el marco de la organización, la cual ha sido ya mencionada en la nota a pie de página nº 4 del texto correspondiente al primer nivel de este tema²⁶.

En el caso de España el Convenio AJMP 1959 fue ratificado por medio de instrumento de 14 de julio de 1982 (publicado en el BOE de 17 de septiembre de 1982) y entró en vigor el día 16 de noviembre de 1982.

2.1. Ámbito de aplicación

2.1.1. Ámbito territorial y temporal

Como ya se ha señalado, al amparo del art. 25.5 Convenio AJMP 1959 el ámbito territorial de aplicación del convenio puede extenderse por acuerdo directo entre dos o más partes contratantes y en las condiciones que se estipulen en el acuerdo a cualquier otro territorio (distinto de los territorios ultramarinos enumerados en el art. 25 del propio convenio) “de cuyas relaciones internacionales esté encargada una de las partes”. En lo que respecta a España estos acuerdos se han producido en relación con los Territorios Franceses de Ultramar (Canje de Notas entre España y Francia de 3 de marzo de 1993), la Isla de Man (Canje de Notas entre España y el Reino Unido de 5 de febrero de 2001) y el Alguacilazgo de Guernesey (Bailiwick of Guernsey)²⁷, en este

²⁶ El prontuario de cooperación judicial internacional en materia penal está disponible en la siguiente dirección de internet: www.prontuario.org, a la que se puede acceder desde la página web del Consejo General del Poder Judicial

(<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>).

²⁷ Este alguacilazgo comprende las islas anglonormandas de Guernesey, Alderny y Sark y sus dependencias, los islotes de Herm, Jethou, Brecqhou, Burhou y Lihou.

último caso con efectos a partir del 20 de enero de 2003, al no haberse emitido nota de objeción alguna a la declaración del Reino Unido de 26 de septiembre de 2002.

2.1.2. Ámbito objetivo y subjetivo

Como ya se ha indicado, al momento de ratificación del Convenio AJMP 1959 y en aplicación de su art. 24, España hizo una declaración por la que se consideran autoridades judiciales, a los efectos del mismo: a) Los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria; b) Los miembros del Ministerio Fiscal; y c) Las autoridades judiciales militares. No obstante, recientemente España ha formulado una modificación de la declaración original en el sentido de incorporar a los secretarios judiciales al elenco de autoridades judiciales a los efectos del art. 24 Convenio AJMP 1959. La fecha de efectos de la modificación es el 10-6-2011, en la que fue registrada en la Secretaría General del Consejo de Europa, aunque la misma no fue publicada en el BOE hasta el día 12-12-2011.

El carácter facultativo o discrecional de la denegación de la asistencia judicial al amparo del art. 2.a) Convenio AJMP 1959 en relación con las solicitudes referidas a infracciones fiscales ha sido destacado en el Fundamento Jurídico 1º de la sentencia de la A.P. de Madrid (Sección 6ª) de 24-2-1998 (caso Roldán), relativo a unas comisiones rogatorias cursadas desde España a Suiza para la investigación de una compleja trama delictiva que incluía algún delito fiscal. La sentencia de la Sala 2ª del TS de 21-12-1999 que resolvió los recursos de casación interpuestos contra aquella sentencia indicó en su Fundamento Jurídico 48º que las peticiones de asistencia judicial cursadas en este caso estarían amparadas (en lo relativo a los delitos fiscales objeto de persecución penal) por el art. 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959, en el que serían parte tanto España como Suiza. No obstante esta sentencia del TS no tuvo en cuenta que Suiza no ha ratificado el mencionado protocolo, por lo que éste no ha llegado a entrar en vigor respecto de dicho estado ni sería de aplicación, en consecuencia, a las comisiones rogatorias remitidas desde España en el curso de la instrucción sumarial del caso.

2.2. Tipos de asistencia judicial

2.2.1. Comisiones rogatorias

En aplicación del principio general *locus regit actum* reflejado en el art. 3.1 Convenio AJMP 1959 la jurisprudencia española ha venido declarando la validez de las fuentes de prueba obtenidas por medio de una comisión rogatoria amparada por el convenio, aunque las formalidades observadas para la práctica de la diligencia correspondiente

no fueran las establecidas en la legislación española, sino en la del estado parte en el convenio en el que la comisión fue cumplimentada. Como señala en su Fundamento Jurídico 2º la sentencia de la Sala 2ª del TS de 10-1-2003, “la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial (...) no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas”, ya que no corresponde a la autoridad judicial española verificar la legalidad de la actuación de los funcionarios del estado requerido encargados de cumplimentar la comisión rogatoria, y en concreto el cumplimiento por las autoridades de dicho estado de la legalidad del mismo, ni someter la actuación de dichas autoridades al contraste de la legislación española²⁸.

Por su parte, la Instrucción nº 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, al analizar las consecuencias del principio general *locus regit actum*, pone de relieve que este principio “presenta el inconveniente, cuando desde España se solicita la práctica de una diligencia de prueba a otro país, de que la diligencia practicada conforme a las normas de dicho país pueda no ser utilizable en España por no reunir los necesarios requisitos de validez, o por no haberse observado todas las garantías exigibles para su plena incorporación al proceso” (págs. 2 y 3). Para soslayar este inconveniente la Fiscalía General del Estado propone que el órgano español que requiera la asistencia judicial haga algunas indicaciones al estado requerido sobre la manera en que se ha de llevar a cabo la correspondiente diligencia, en aquellas ocasiones en que ello resulte posible y conveniente (por ejemplo, petición expresa para que se reciba juramento -o promesa- al testigo al amparo del art. 3.2 Convenio AJMP 1959 en los supuestos de declaraciones testificales). La Fiscalía General del Estado también propone, en aquellos casos en los que resulte especialmente relevante asegurar la práctica de la diligencia en condiciones que permitan su posterior incorporación como prueba preconstituida y plenamente válida en el proceso, que se haga “uso de la facultad -prevista en el Convenio (art. 4)- de estar presentes las autoridades judiciales del Estado requirente y las partes procesales, durante la realización de la prueba en el extranjero, para de este modo garantizar la observancia de los requisitos de validez impuestos por nuestra propia legislación procesal”.

A mi juicio es evidente que, desde la perspectiva española, la utilización de la facultad de que la autoridad judicial requirente y las personas interesadas en la dili-

²⁸ Siguen esta doctrina, además de la citada, las SSTS de 19-1-1995, 9-12-1996, 3-3-2000, 8-3-2000, 18-5-2001, 21-5-2001, 30-5-2002, 25-9-2002 y 27-12-2006. No obstante, la propia jurisprudencia de la Sala 2ª del TS (sentencias de 29-11-1989, 3-4-1990 y 12-3-1992, p. ej.) ha negado la validez en España de las actuaciones realizadas por el estado requerido conforme a su derecho interno, pero con vulneración de las reglas, principios o normas esenciales del ordenamiento español, de forma que se provoque la nulidad de dichas actuaciones.

gencia (Ministerio Fiscal y partes personadas, en su caso) concurren a la práctica de la misma al amparo del art. 4 Convenio AJMP 1959 es particularmente conveniente en el caso de actuaciones probatorias que puedan ser incorporadas al proceso en calidad de prueba anticipada, ya que de esta manera se podría garantizar el cumplimiento de las exigencias del ordenamiento procesal penal español en relación con los principios de contradicción y defensa, y evitar la nulidad de la actuación probatoria²⁹.

Conforme al art. 77 del vigente Reglamento n° 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial el día 15 de septiembre de 2005 (BOE de 27 de septiembre de 2005), el desplazamiento de la comisión judicial al extranjero para concurrir a la ejecución de la comisión rogatoria está sujeta a la autorización de la Comisión Permanente del propio Consejo, previa justificación de su necesidad por medio de informe que se habrá de adjuntar a la solicitud de autorización del desplazamiento. Este precepto prevé que la solicitud dirigida a la Comisión Permanente deberá contener: certificación de la resolución judicial que acuerde la práctica de la diligencia; estado y localidad o localidades donde hayan de realizarse las actuaciones procesales acordadas; órgano judicial o autoridad del expresado país a quien corresponda llevar a cabo la diligencia de que se trate; tratado o convenio -si lo hubiere- en virtud del que se solicita la petición de cooperación internacional; y funcionario o funcionarios que acompañarán al Juez o Magistrado. El expediente es tramitado por el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial, encargado de elevar la correspondiente propuesta a la Comisión Permanente, la cual, a su vez, puede recabar informe del Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia, según el órgano jurisdiccional en el que el solicitante del desplazamiento preste sus servicios, antes de autorizar dicho desplazamiento. Se prevé, además que, una vez finalizada la actuación, el Juez o Magistrado eleve al Consejo General del Poder Judicial informe sobre las condiciones en que se ha desarrollado la misma, el cual en ningún caso podrá referirse al contenido del concreto proceso judicial en cuyo seno se decretó el desplazamiento. Dicho informe debe ser elaborado conforme al modelo que sea aprobado por la Comisión de Relaciones Internacionales y ha de ser remitido al Servicio de Relaciones Internacionales del propio Consejo³⁰.

29 En este sentido se expresa también, PÉREZ GIL, J.: El Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?, en *Diario La Ley*, n° 6280, 11-3-2005, pág. 5.

30 Puede consultarse a este respecto el detallado estudio del precedente de dicho precepto (art. 73 del Reglamento n° 5/1995) que se contiene en SALCEDO VELASCO, A.: Mecanismos procesales de cooperación judicial, en *Política común de Justicia e Interior en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial* n° XXIII, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 224 a 233.

2.2.2. Denuncias a fines procesales

Al respecto de las denuncias a fines procesales es de destacar que la Instrucción 2/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, relativa al fomento de la cooperación jurídica internacional, señala en su Disposición 7ª, párrafo final, que cuando se reciba en un órgano jurisdiccional español una denuncia a efectos procesales del art. 21 Convenio AJMP 1959 deberá evitarse otorgarle el tratamiento de comisión rogatoria, debiendo informarse al órgano remitente de la eventual apertura de diligencias previas u otro procedimiento de orden penal.

2.3. Procedimiento para la asistencia judicial

2.3.1. Forma y contenido de las solicitudes de asistencia judicial

En el caso de España, la reserva efectuada al amparo del art. 16.2 Convenio AJMP 1959 supone la exigencia de que las solicitudes de asistencia judicial y los documentos anexos vayan acompañados de una traducción al idioma castellano debidamente autenticada. Debe destacarse, no obstante, como señala la sentencia de la Sala 2ª del TS de 21-12-1999 (Fundamento Jurídico 46º), que la facultad de exigir la traducción al amparo de la reserva afecta a las relaciones interestatales y es perfectamente renunciable por el estado parte que hubiera efectuado dicha reserva, por lo que la circunstancia de que la comisión rogatoria hubiese sido remitida sin traducción no provoca indefensión a las partes del procedimiento penal en el marco del cual se cursó la comisión rogatoria.

2.3.2. Vías de transmisión de las solicitudes de asistencia judicial

Es de destacar que la vía diplomática o consular, a la que se refiere la memoria explicativa del Convenio AJMP 1959 como alternativa al régimen general de comunicación a través de autoridades centrales, es precisamente la prevista como ordinaria (a falta de especificación en contrario en un tratado internacional) en el art. 276 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española.

En relación con los supuestos en que es posible el recurso a la vía directa de comunicación entre autoridades judiciales al amparo del art. 15.4 Convenio AJMP 1959, algunos autores han sostenido que, en el caso de España, dicho precepto permite unas posibilidades muy amplias de comunicación directa, que no solo se extendería a las notificaciones en general (incluyendo las citaciones de comparecencia de testigos y peritos, a las que se refieren los arts. 7 y 10 del convenio), sino además a las solicitudes de auxilio judicial referidas a las diligencias sumariales de investigación previas al auto de procesamiento o de apertura del juicio oral, o cursadas en el marco de las

diligencias preliminares incoadas por el Ministerio Fiscal³¹. Esta tesis es discutible, en la medida en que podría contradecir el tenor del art. 15.1 Convenio AJMP 1959 en relación con el art. 3.1 in fine del mismo, que parecen imponer el régimen general de transmisión por medio de autoridades centrales a las comisiones rogatorias “que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos”. Sin embargo, la memoria explicativa del convenio señala que en el objeto del art. 15.4 se incluyen las peticiones de auxilio referidas a los actos de “investigación previa a la acusación formulada por el Ministerio Fiscal”, lo que podría avalar la referida tesis. Es claro, en cualquier caso, que las peticiones de auxilio judicial cursadas en el marco de las investigaciones preliminares de las que es responsable el Ministerio Fiscal sí tendrían encaje en el supuesto del art. 15.4 del convenio, porque no se trata de verdaderas actuaciones de instrucción judicial encuadrables en los arts. 15.1 y 3.1 de éste.

3. El primer protocolo adicional al convenio europeo de asistencia judicial en materia penal

El Primer Protocolo Adicional al Convenio AJMP 1959 fue ratificado por España por medio de instrumento de 27 de mayo de 1991 (publicado en el BOE de 2 de agosto de 1991) y entró en vigor respecto de nuestro país el 11 de septiembre de 1991.

³¹ En este sentido, PARRA GARCÍA, J.: El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII, Consejo General del Poder Judicial, 2003, págs. 120 y 121.

EL CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN

Emilio Gatti

1. Consideraciones generales

1.1. La extradición

Entre las instituciones de cooperación judicial internacional, la extradición es, sin duda alguna, la que mayor incidencia tiene sobre los derechos de la persona interesada.

Mediante este proceso, un Estado requiere de otro la entrega de una persona para poder someterla a un procedimiento penal o a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad en su propio territorio.

Se trata de un proceso de carácter accesorio respecto a un procedimiento penal promovido por el Estado requirente y que responde a la exigencia de asegurar la presencia del imputado en el proceso¹ o la ejecución de la pena ya impuesta.

El proceso de extradición constituye una forma de cooperación judicial entre Estados en materia penal porque, evidentemente, los órganos judiciales y de policía del Estado requirente no pueden ejercer poderes coercitivos con

¹ Como es bien sabido, en muchos ordenamientos no está permitido el proceso *in absentia* o en rebeldía, es decir, celebrado sin la presencia física del imputado ante el juez.

Por este motivo, pueden ser necesarias la detención del imputado y su presentación forzosa en la sala siempre que este no aporte suficientes garantías para no eludir la vista.

Si el imputado se encuentra fuera del territorio nacional del juez competente, será necesario llevar a cabo un procedimiento de extradición.

El procedimiento *in absentia*, su admisibilidad y sus límites son objeto de la recentísima Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de la Unión Europea:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:ES:PDF>

relación a personas que se encuentran en el territorio en el que se ejerce la soberanía del Estado requerido.

Toda aquella persona, nacional o no, que se encuentre en el territorio de un Estado tiene derecho a que se le apliquen las normas jurídicas del mismo.

Se trata de un tipo de «confianza»² en la soberanía del Estado de residencia y en la tutela que este puede garantizar con arreglo al principio de seguridad jurídica.

Al acordar la extradición de una persona que se encuentre en su territorio, el Estado requerido impone un límite a dicha confianza.

De lo anterior se desprende que los motivos por los que el estado requerido, de forma general o particular, acuerda o no la extradición hacen referencia a la propia esfera de su soberanía y a las relaciones con los otros Estados, en especial con el Estado requirente.

La cooperación internacional, también en materia judicial, siempre tiene un fundamento de carácter «político».

Por lo que respecta al límite de la confianza del individuo en la protección que le garantiza el ordenamiento jurídico del Estado requerido, la institución de la extradición, con la indicación de los casos y de los límites a su aplicación, debe estar contemplada por normas que tengan el mismo rango formal y valor sustancial que las que le garantizan tal protección.

El proceso, en cambio, se suele regular a través de normas situadas en un nivel inferior de la escala jerárquica de las fuentes.

Por lo tanto, el acuerdo de forma general y preventiva entre dos Estados respecto a la concesión recíproca de la extradición de personas imputadas o condenadas, en la medida en que afecta a sus correspondientes esferas de soberanía, tiene el mismo valor que una norma del nivel máximo.

En los ordenamientos con constitución formal tiene rango de norma constitucional³.

2 Sobre el concepto de «confianza» en el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión en relación, concretamente, con un procedimiento de extradición (aplicación de la Orden de Detención Europea), véase la sentencia de 18 de julio de 2005 del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) de la República Federal de Alemania (2 BvR 2236/04) en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2005/7/18>.

3 Los artículos 10 y 26 de la Constitución de la República Italiana, aprobada por decisión de la Asamblea Constituyente de 22 de diciembre de 1947, contienen la previsión de la institución de la extradición del extranjero y del nacional, respectivamente, y regulan sus límites de forma significativa.

El artículo 10, considerado uno de los «principios fundamentales», dispone en los dos primeros apartados que «el ordenamiento jurídico italiano es conforme a las

1.2 Los convenios bilaterales de extradición

La institución de la extradición ha sido objeto de múltiples convenios bilaterales desde el siglo XIX.

Las características principales de dichos convenios son las siguientes:

- la indicación nominal de los delitos para los que se permite la extradición y la necesidad de la doble incriminación;
- la prohibición de extradición del ciudadano del Estado requerido;
- la prohibición de extradición por delitos políticos y por delitos o penas extinguidos por prescripción;
- el principio de especialidad;
- la necesidad de adjuntar a la solicitud el título que justifique la detención, junto con una «prueba que, con arreglo a la ley del lugar en el que se haya encontrado al fugitivo, justificaría su arresto, si el delito se hubiese cometido allí» (art. 9 del convenio bilateral entre Italia y Gran Bretaña de 5 de febrero de 1873);
- la transmisión de la petición por vía diplomática, el interrogatorio del capturado por parte de un magistrado, la previsión de un plazo perentorio para la decisión sobre la solicitud de extradición.

Otros convenios prevén la extradición por cualquier delito sancionado con pena privativa de libertad no inferior a un mínimo, con exclusión de los delitos políticos, los militares, los previstos exclusivamente por las leyes en materia de prensa y con la prohibición de la extradición de los ciudadanos de los respectivos países.

Los acuerdos bilaterales de extradición relativos a personas específicas no son nuevos en el derecho internacional.

El sistema de los convenios bilaterales va introduciendo reglas parcial-

normas del derecho internacional generalmente reconocidas. La situación judicial del extranjero está regulada por la ley con arreglo a las normas y tratados internacionales», efectuando así una remisión también a los convenios internacionales en materia de extradición.

Los apartados sucesivos prevén los límites a la extradición, que consisten, por una parte, en el derecho de asilo que se reconoce a aquel extranjero «al que se le ha impedido en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas que garantiza la Constitución italiana» y, por la otra, en la prohibición de la extradición del extranjero por motivos políticos.

El artículo 26 permite la extradición del ciudadano «únicamente en los casos que se hayan previsto expresamente en los convenios internacionales» y la prohíbe expresamente para los delitos políticos.

mente distintas y no sólo se ve influido por las diferencias de los sistemas jurídicos que entran en contacto, sino también por los distintos momentos históricos en los que los Estados suscriben el acuerdo.

Para el intérprete, a la ventaja de la flexibilidad se le contrapone la falta de un marco unitario en el que hallar normas comunes para todos los casos.

2. El Convenio Europeo de Extradición

2.1. Los principios inspiradores del Consejo de Europa

El 5 de mayo de 1949, diez Estados europeos dieron vida al Consejo de Europa, organización internacional cuyo objetivo consiste en garantizar la salvaguarda de los ideales de libertad política y civil mediante el derecho y el desarrollo económico y social⁴.

Mediante su adhesión al Consejo de Europa, los Estados se comprometen a «aceptar el principio de la preeminencia del derecho y aquel en virtud del cual cualquier persona que se encuentre en su jurisdicción debe gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales»⁵.

El primer y principal documento redactado por el Consejo de Europa ha sido el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950⁶ y sus posteriores Protocolos Adicionales.

El Convenio, además de exponer los derechos y las libertades que las Altas Partes contratantes reconocen a cualquier persona sometida a su jurisdicción (art. 1), constituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con competencia para decidir sobre los recursos del Estado o de los individuos que denuncien una violación de los derechos reconocidos por el Convenio y los protocolos adicionales (art. 19 y sigs).

4 Según el art. 1 del Estatuto del Consejo de Europa, «La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para proteger y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social».

5 Así lo dispone el art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa. En la actualidad son cuarenta y siete los Estados miembros del Consejo de Europa.

6 El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales entró en vigor el 3 de septiembre de 1953; en Italia se ratificó por ley el 4 de agosto de 1955.

Entre los derechos que reconoce el Convenio a todas las personas, se incluye el de no ser privado de la propia libertad, derecho que puede tener un límite «por vía legal» únicamente en los casos indicados específica y taxativamente.

Entre ellos se incluye el caso «del arresto o de la detención legítima de una persona (...) contra la cual hay un procedimiento de expulsión o de extradición en curso» (art. 5 l. f).

La fuente normativa principal del Consejo de Europa prevé, por tanto, la institución de la extradición, regulada por normas con rango de ley, como uno de los límites admisibles al derecho a la libertad individual.

2.2. La génesis del Convenio Europeo de Extradición

En el marco de sus propias actividades, el Consejo de Europa adoptó el Convenio Europeo de Extradición, firmado en París el 13 de diciembre de 1957 y en vigor desde el 18 de abril de 1960⁷.

A día de hoy, este Convenio ha sido ratificado por cuarenta y siete Estados europeos, así como por Israel, la República de Sudáfrica y Corea⁸.

El 8 de diciembre de 1951⁹ la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa ya sometió al Comité de Ministros la recomendación n.º 16 sobre los «trabajos preparatorios necesarios para la celebración de un Convenio Europeo de Extradición».

A su vez, el Comité de Ministros, mediante su resolución n.º 4, recomendó a la Secretaría General la institución de un comité de expertos gubernamentales que se encargase de examinar la recomendación de la Asamblea Consultiva y, en especial, «la posibilidad de establecer en materia de extradición algunos principios aceptables por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, dejando por el momento sin resolver el problema sobre si dichos principios deben incluirse en un convenio multilateral o bien deben servir simplemente como base para convenios bilaterales».

7 El Convenio Europeo de Extradición se ratificó en Italia por ley el 30 de enero de 1963 y entró en vigor el 6 de agosto de 1963; en España se ratificó el 24 de julio de 1979 y entró en vigor el 7 de mayo de 1982.

8 El estado actual de las ratificaciones se puede consultar en la página web <http://conventions.coe.int/Treaty>.

9 A propósito de los trabajos preparatorios, consúltese el «Explanatory Report» anexo al Convenio Europeo de Extradición, que puede consultarse en la página web <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/024.htm>

Durante sus reuniones, celebradas en Estrasburgo entre el 5 y el 9 de octubre de 1953, el comité de expertos consiguió alcanzar un acuerdo sobre un número considerable de principios en materia de extradición y sugirió incluirlos en un instrumento apropiado.

Examinada una nueva recomendación de la Asamblea Consultiva, el Comité de Ministros, mediante su resolución n.º 24, encargó al comité de expertos la redacción de un proyecto de convenio multilateral de extradición y un proyecto de convenio bilateral para aquellos Estados que no hubiesen querido adherirse al primer instrumento.

Los trabajos del comité de expertos, con el apoyo de una representación de la Asamblea Consultiva, se llevaron a cabo en dos sesiones, entre enero de 1955 y febrero de 1956.

Finalmente, en septiembre de 1957 el Comité de Ministros decidió abrir a la firma de los Estados miembros el texto multilateral del Convenio Europeo de Extradición.

2.3. Continuación: la génesis del Convenio Europeo de Extradición

El comité de expertos debatió en primer lugar si era preferible un convenio multilateral o una serie de convenios bilaterales.

Los defensores de estos últimos apoyaron su mayor adaptabilidad a los distintos intereses de las partes, basados en motivos geográficos, políticos y jurídicos.

Otros se declararon a favor de un convenio multilateral que contuviese, además de las reglas de carácter procesal, únicamente principios ampliamente aceptados por los Estados miembros, es decir, un instrumento que proporcionase la base general de los acuerdos en la materia, dejando, en consecuencia, la tarea de regular los demás aspectos a los distintos convenios bilaterales.

Sin embargo, prevaleció la opinión de quienes preferían un convenio multilateral que contuviese reglas detalladas y comunes, que presentaba la ventaja de coordinar y, en cierta medida, estandarizar las reglas sobre extradición en los distintos países, conforme al tenor del art. 1 del Estatuto del Consejo de Europa.

El Convenio debía redactarse de tal forma que permitiese la adhesión sucesiva de aquellos Estados que no se hubiesen adherido desde el primer momento.

Durante los trabajos preparatorios salieron a la luz dos posturas de fondo distintas: unos consideraban como objetivo principal de la institución la represión de los delitos y, por tanto, solicitaban que se facilitase la extradición, mientras que otros pretendían introducir límites basados en motivos concretos de carácter humanitario.

Algunos expertos escandinavos propusieron una modificación del texto del art. 6 con el siguiente contenido: «se puede denegar la extradición si existe la posibilidad de que el arresto y la entrega provoquen consecuencias de excepcional gravedad para el interesado y, por lo tanto, hagan surgir preocupaciones de carácter humanitario relacionadas, especialmente, con la edad o el estado de salud de la persona».

El comité de expertos no aceptó esta enmienda, pero, en cualquier caso, decidió citar la propuesta en una nota al artículo en cuestión, también para dar a los Estados la posibilidad de formular una reserva específica al respecto¹⁰.

Las lenguas en las que se redactó el Convenio Europeo de Extradición son el inglés y el francés, lenguas oficiales del Consejo de Europa.

Posteriormente se han añadido tres protocolos adicionales¹¹ al Conve-

10 En cualquier caso, la excepcional gravedad de las consecuencias de la extradición se aborda en los artículos 3 y 11 del Convenio y en el artículo 3 del segundo Protocolo Adicional, a los que se volverá a acudir más adelante.

11 El primer Protocolo Adicional se firmó en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975 (firmado por España el 10 de junio de 1983) y entró en vigor el 20 de agosto de 1979 (para España, el 9 de junio de 1985). Actualmente está ratificado por treinta y nueve Estados, entre los que no se encuentra Italia.

Se encuentra en la siguiente página web <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/086.doc>.

El segundo Protocolo Adicional se firmó en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978 (firmado por Italia el 23 de abril de 1980 y por España el 10 de junio de 1983) y entró en vigor el 5 de junio de 1983 (para Italia el 23 de abril de 1985 y para España el 9 de junio de 1985). Actualmente está ratificado por cuarenta y dos Estados.

Se encuentra en la siguiente página web <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/098.htm>.

El tercer Protocolo Adicional se abrió a la firma en Estrasburgo el 10 de noviembre de 2010, y hasta la fecha solo ha sido ratificado por tres estados miembros del Consejo de Europa (entre los que no se encuentran ni España ni Italia), respecto de los que entrará en vigor el día 1 de mayo de 2012. Este Protocolo Adicional complementa el texto del Convenio en algunos aspectos para simplificar y acelerar el procedimiento de extradición en los casos en que la persona reclamada consiente la extradición. El texto inglés del Protocolo

nio que, en parte, han modificado y, en parte, integrado los pactos convencionales.

2.4. La adopción de reglas uniformes

El preámbulo del Convenio explica que los Estados firmantes consideran la adopción de reglas uniformes en esta materia un instrumento útil para establecer una unión más estrecha entre ellos.

Mediante el convenio, los Estados contratantes «se obligan» a la extradición recíproca, con arreglo a determinadas reglas y condiciones, de «los individuos perseguidos por un delito, buscados para la ejecución de una pena o medida de seguridad¹², por las autoridades judiciales de la Parte requirente» (art. 1).

En los casos previstos se trata, por lo tanto, de una «obligación» que no puede eludir ningún Estado.

A lo anterior se añade también, como veremos en breve, la «facultad» de acordar la extradición en casos en los que no sea obligatoria.

En los trabajos preparatorios se aclara que la norma del art. 1 está tomada del convenio bilateral de extradición entre Francia y la República Federal de Alemania de 23 de noviembre de 1951.

Se trata de una norma de carácter general con valor de canon interpretativo de todo el texto del convenio con la intención evidente de favorecer el proceso de extradición.

La locución del texto inglés «*competent authorities*» corresponde a la de «*autorités judiciaires*» del texto francés.

Se trata de una locución que hace referencia tanto a la judicatura como a la fiscalía, excluyendo, por lo tanto, a la autoridad policial.

2.5. La obligación de extraditar

A diferencia de numerosos convenios bilaterales, el europeo de 1957 no con-

está disponible en la siguiente página web:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Word/209.doc>

¹² El artículo 25 del Convenio especifica que la expresión «medidas de seguridad» se refiere a cualquier medida privativa de libertad que se hubiera impuesto como complemento o en substitución de una pena, mediante sentencia de un órgano jurisdiccional penal.

tiene una lista de delitos que permitan la extradición, sino que fundamenta la institución en la gravedad del delito imputado con arreglo a un umbral mínimo, deducible de la pena prevista por la ley o de la impuesta en concreto y de la circunstancia de que el hecho por el que se procede esté previsto como delito por la ley de los dos Estados interesados.

Dan lugar a extradición (apartado 1 del art. 2) los hechos delictivos castigados con una pena privativa de libertad o con una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de un año, o con una pena más severa.

En el caso de extradición posterior a una condena, esta debe tener por objeto una pena o medida de seguridad de cuatro meses de duración como mínimo.

En estos casos, siempre que se satisfaga también el requisito de la doble incriminación y salvo las excepciones que se mencionarán más adelante, el Estado requerido tiene la obligación de extraditar al imputado o condenado¹³.

En el caso de que la solicitud de extradición haga referencia a varios hechos, algunos de los cuales no satisfagan el requisito relativo a la gravedad de la pena prevista por la ley o de la que ya se ha impuesto, el Estado requerido tendrá la facultad (pero no la obligación) de acordar la extradición respecto de estos últimos.

Según el informe adjunto al Convenio, se trata de una extradición de carácter «accesorio» a la principal, que sin violar el principio de especialidad se puede acordar por motivos de carácter exclusivamente práctico fundados en la oportunidad del *simultaneus processus*, considerando también que en muchos Estados parte la pena acumulada a imponer por varios hechos conexos entre sí en ocasiones es inferior a la suma simple de las penas individuales por cada uno de los hechos.

El segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición prevé, en el artículo 1, la extensión de la extradición accesoria también respecto de los delitos sancionados únicamente con pena pecuniaria.

Los trabajos preparatorios subrayan la existencia en algunos sistemas penales, como el alemán, de infracciones contra el orden público castigadas con una sanción pecuniaria impuesta por una autoridad administrativa, contra cuya decisión se puede apelar ante un tribunal penal ordinario.

¹³ Para los delitos excluidos del ámbito de aplicación del Convenio, el último apartado del artículo 2 concede a cualquiera de los estados parte la facultad de aplicar la regla de la reciprocidad.

Se trata de infracciones que pueden provocar daños sociales considerables, como, por ejemplo, las violaciones en materia de protección medioambiental, respecto de las que parecía oportuno (*desirable*) permitir la posibilidad de la extradición accesoria.

2.6. La doble incriminación

Basar la extradición de un imputado o de un condenado en un límite cuantitativo mínimo de pena en lugar de en el *nomen juris* del delito imputado constituye uno de los instrumentos más significativos de estandarización de la institución con relación a algunos convenios bilaterales del siglo XIX¹⁴.

El hecho por el que se procede presenta una gravedad, deducida exclusivamente de la pena prevista legalmente o ya impuesta, que justifica la extradición.

Se añade a este requisito la necesidad de que el hecho por el que se solicita la entrega de la persona esté previsto como delito tanto por la ley del Estado requirente como por la del Estado requerido (requisito de la doble incriminación).

A estos efectos no resultan relevantes ni la identidad (*nomen juris*) del delito imputado ni la calificación jurídica del hecho, que pueden variar en los distintos sistemas¹⁵.

Sin embargo, es necesario que ambas legislaciones coincidan tanto en la descripción del hecho naturalístico como en la calificación del mismo como delito, sujeto, por lo tanto, a una sanción de tipo penal.

Se trata de comprobar la coincidencia de los elementos que constituyen el delito tanto en su aspecto objetivo, que se corresponde con la conducta del autor y el resultado de ésta, como en el subjetivo.

A título de ejemplo, la condición relativa a la doble incriminación no se verá satisfecha si para integrar la hipótesis de hecho prevista por las normas del Estado requirente es suficiente con el dolo genérico¹⁶ mientras que (solo

14 Véase, por ejemplo, el convenio entre Italia y Gran Bretaña para la extradición recíproca de delincuentes, firmado en Roma el 5 de febrero de 1873.

15 Como, por ejemplo, la distinción entre delitos y faltas en el sistema penal italiano o la distinción entre crímenes, delitos y faltas en el francés.

16 En el que la previsión y la voluntad se limitan a la conducta del actor y al resultado de la misma (en caso de homicidio solo hay previsión y voluntad en la conducta y el suceso).

aparentemente) la norma correspondiente del Estado requerido sanciona exclusivamente un hecho cometido con dolo específico¹⁷.

En este caso, la conducta del autor, guiada únicamente por el dolo genérico, no sería punible en el Estado requerido, y ello impediría la concesión de la extradición.

Tampoco concurriría la doble incriminación si la ley del Estado requirente prevé para un hecho una sanción penal privativa de libertad, mientras que la del Estado requerido lo considera una simple violación de carácter administrativo o civil.

La coincidencia de los elementos que constituyen el delito no se refiere a las condiciones de procedibilidad¹⁸, como la interposición de la querrela o la concurrencia de la autorización para proceder exigidas, en su caso, por la legislación del Estado requerido.

En caso de que haya varias solicitudes de extradición pendientes, procedentes de varios Estados requirentes, respecto de una misma persona, por el mismo delito o por otro hecho, la Parte requerida decidirá qué petición acoge, teniendo en cuenta a) la gravedad de los delitos imputados, b) todas las circunstancias relativas a los hechos, tales como el lugar y la fecha de los delitos, c) los plazos del proceso, como la fecha de cada solicitud de extradición, d) las circunstancias inherentes a la persona interesada, como su nacionalidad y e) la posibilidad de una posterior extradición a otro Estado (artículo 17).

2.7. Los límites de la extradición

El Convenio impone varios límites al principio general de extradición de quienes sean acusados de un delito de una determinada gravedad y previsto por la legislación de los dos Estados interesados. Dichos límites pueden basarse en la legislación del Estado requerido (artículo 2), en la naturaleza del delito imputado –se excluyen de la extradición, de hecho, los delitos políticos y los militares, y en un primer momento podían serlo los fiscales (artículos 3 a 5)–, en cualidades inherentes al autor –el Estado requerido puede denegar la entrega de sus propios ciudadanos (artículo 6)– o bien pueden venir determina-

17 En el que la previsión y la voluntad van más allá de la conducta del actor y de su resultado e incluyen un elemento adicional (en caso de robo, además de la apropiación del bien mueble ajeno hay previsión y voluntad en el ánimo de lucro).

18 Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Supremo italiano n.º 1850, de 12 de abril de 2000, sobre el imputado Gartz.

dos por la posibilidad de que la acción penal ejercida en el Estado requirente sea paralela a una acción análoga en el Estado requerido o de que el delito se haya extinguido (artículos 7 a 10), o de la circunstancia de que en el Estado requirente se pueda aplicar la pena capital, no prevista por la legislación del Estado requerido (art. 11).

Aún puede establecerse un límite más derivado de la constatación de que en el procedimiento a consecuencia del se ha impuesto una pena o medida de seguridad en el Estado requirente no se hayan respetado los «derechos mínimos de defensa» (artículo 3 del segundo Protocolo Adicional).

Sin embargo, entre los motivos que pueden fundamentar la denegación de la extradición no se incluye la ausencia de pruebas o de indicios graves de culpabilidad según la ley del Estado requerido, como, en cambio, sí lo disponen numerosos convenios bilaterales del siglo XIX.

El motivo de dicha exclusión se encuentra en la circunstancia de que la solicitud de extradición debe ir acompañada de un título adecuado para el Estado requirente (mandamiento de detención o sentencia de condena), que justifique el arresto de la persona interesada (art. 12).

2.8. Los límites previstos por la legislación del Estado requerido

El apartado 3 del art. 2 del Convenio permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación del Convenio aquellos delitos respecto de los que la legislación interna no autoriza la extradición, aunque se satisfagan los requisitos generales vinculados a la gravedad de la pena prevista por la ley y el de la doble incriminación.

En este caso, en el momento de depositar el instrumento de ratificación del Convenio, cada Estado debe notificar al secretario general del Consejo de Europa una lista de delitos por los cuales la extradición queda autorizada o bien excluida.

Se impone la misma obligación al Estado miembro en caso de modificación posterior de la lista de los delitos por los que su propia legislación permite o excluye la extradición.

En este caso, las demás Partes contratantes podrán continuar acogiendo a la regla de reciprocidad en relación con el Estado que ha excluido algunos delitos del ámbito de aplicación del Convenio.

2.9. Los delitos políticos

El Convenio excluye la extradición en el caso de delitos políticos y hechos conexos (apartado 1 del art. 3), así como cuando el Estado requerido tenga «razones fundadas» para considerar que la solicitud, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado en realidad con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de «raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas» o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones (apartado 2)¹⁹.

Se excluye explícitamente del conjunto de delitos políticos el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia (apartado 3).

Se puede considerar un delito como político cuando supone una ofensa para un interés político de un Estado o para un derecho político de uno de sus ciudadanos o bien cuando ha estado motivado por razones políticas²⁰.

Los primeros son considerados delitos «objetivamente» políticos, mientras que los segundos son delitos políticos desde el punto de vista subjetivo.

Como ejemplos de delitos objetivamente políticos se pueden citar los delitos contra la personalidad del Estado y cualquier ataque contra los derechos electorales de los ciudadanos, mientras que todos los delitos comunes resultan políticos si están motivados por este tipo de razones.

La razón por la cual los convenios internacionales excluyen la extradición por delitos políticos reside, por una parte, en su especial naturaleza, que los puede relacionar estrechamente con las ideas dominantes en un País en una fecha histórica y, por la otra, en la opinión extendida según la cual el delincuente político es menos peligroso que el común, precisamente porque le mueven motivos de carácter ideal.

El Convenio especifica que la concreción de la noción de delito político sea determinada por el Estado requerido, admitiendo, por lo tanto, que esta se vea influida por el sistema vigente en dicho País.

Sin embargo, el art. 1 del primer Protocolo Adicional del Convenio Euro-

19 La exigencia de excluir los delitos políticos de la extradición es relativamente reciente. La prohibición de extradición para este tipo de delitos la estableció por primera vez una ley inglesa de 1815 y, posteriormente, hicieron lo propio numerosos convenios bilaterales. Con relación al tema, véanse las alusiones históricas contenidas en Aloisi, Fini voz “*estradiçione*” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI. UTET, Turín.

20 A estos efectos, véase el apartado 3 del art. 8 del código penal italiano.

peo de Extradición ha excluido que se puedan considerar delitos políticos el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos contra la humanidad²¹.

El informe que explica este último instrumento aclara que estos delitos deben considerarse tan despreciables (*abominable*) que no se les puede garantizar ningún tipo de inmunidad.

La exclusión de estos delitos del concepto de delito político tiene valor exclusivamente en relación a la aplicación del art. 3 del Convenio y no puede extenderse a un contexto normativo distinto²².

El apartado segundo del artículo 3 del Convenio excluye la extradición en el caso de las solicitudes que puedan revelarse como un acto persecutorio y discriminatorio en perjuicio del imputado.

Concierne a todos los casos en los que el sujeto requerido pueda tener que enfrentarse, por cuestiones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, en el Estado requirente, a consecuencias de tipo discriminatorio distintas a las de los demás ciudadanos, circunstancias que una vez alegadas deben formar parte de la valoración del Estado requerido.

La voluntad de evitar cualquier riesgo de discriminación en perjuicio de los sujetos a extraditar aparece en la Recomendación n° 80 del Comité de Ministros²³ relativa a los procedimientos de extradición hacia Estados que no se hayan adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Comité de Ministros recomienda a los Estados Miembros que “no concedan la extradición cuando la solicitud de extradición proceda de un Estado que no sea parte en el Convenio europeo de Derechos Humanos y subsistan

21 «En la aplicación del artículo 3 del Convenio no se considerarán políticos los siguientes delitos: a) los crímenes contra la humanidad indicados en el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio adoptado el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; b) los delitos indicados en el artículo 50 del Convenio de Ginebra de 1949 para Aliviar la Suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, en el artículo 51 del Convenio de Ginebra de 1949 para Aliviar la Suerte que corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, en el artículo 130 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra y en el artículo 147 del Convenio de Ginebra de 1949 sobre la Protección de la Población Civil en Tiempos de Guerra; c) cualquier violación análoga de las leyes de la guerra vigentes en el momento de entrada en vigor del presente Protocolo, así como de los usos de la guerra existentes en el mismo momento que no estén incluidos en las normas de los Convenios de Ginebra citados.

22 En este sentido se manifiesta el párrafo 15 del informe explicativo.

23 Adoptada el 27 de junio de 1980 por el Comité de Ministros durante la 321ª reunión de los Delegados de los Ministros.

serios motivos como para considerar que la solicitud haya sido presentada con el fin de perseguir o sancionar al interesado por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corra el riesgo de verse agravada por cualquiera de dichas consideraciones”.

Se recomienda a los Estados Miembros que adopten todas las medidas provisionales necesarias, como por ejemplo, la solicitud de suspensión del procedimiento de extradición.

Para la noción de delito político y de actos de tipo discriminatorio en la jurisprudencia italiana, véase la parte II del presente informe.

2.10. Los delitos militares

El art. 4 del Convenio excluye de su ámbito de aplicación la extradición de las personas imputadas por un delito militar que no constituya al mismo tiempo un delito de derecho común.

Se trata de una previsión común a casi todos los convenios en materia de extradición²⁴ y se basa en motivos similares a los que justifican la exclusión de la extradición en el caso de un delito político.

A estos efectos se considera delito militar la violación de la ley penal militar cometida por un militar en servicio de armas y por quien pueda equipararse al mismo²⁵.

Se trata de tipos penales que pueden venir definidos por elementos materiales previstos exclusivamente por la legislación penal militar, en cuyo caso, se hace referencia a la noción de «delito exclusivamente militar», o bien por elementos materiales que íntegra o parcialmente define la legislación penal común.

²⁴ Véanse las observaciones de Aloisi, Fini sobre el término «*estradiçione*» en *No-vissimo Digesto Italiano*, vol. vi. UTET, Turín.

²⁵ Véanse, al respecto, los artículos 1 y 37 del código penal militar italiano.

Véase también el texto «British Army Discipline and Capital Punishment 1914», disponible en la página web <http://www.bbc.co.uk/dna/h2g2/A944363>, según el cual los delitos militares se relacionan con aquellos previstos por las leyes penales comunes: «la premisa fundamental del sistema en tiempos de paz es que si la hipótesis típica implica a militares, se trata de un delito militar, si están implicados civiles, se trata de un delito de tipo común. En cambio, durante el servicio activo, el juez militar juzga todos los hechos, incluido el delito que, de lo contrario, podría haber sido competencia del juez ordinario».

En este último caso, se trata de delitos tipificados, no solo por la legislación penal militar, sino también por la común, y como tales no pueden considerarse excluidos del ámbito de aplicación del Convenio.

2.11. Los delitos fiscales

El texto original del art. 5 del Convenio preveía la extradición de personas imputadas por un delito fiscal²⁶ únicamente si las Partes contratantes lo hubiesen decidido así para cada delito o categoría de delitos.

Los trabajos preparatorios aclaraban que en esta materia era necesario un acuerdo previo entre los Estados miembros y que, en el Convenio, había sido imposible llegar a la convergencia sobre una formulación vinculante a causa de las considerables diferencias entre las legislaciones de las distintas Partes, subrayándose, en cualquier caso, la necesidad de la doble incriminación del delito imputado y la circunstancia de que el texto finalmente adoptado está inspirado en el contenido del art. 6 del Convenio de extradición entre Francia y Alemania.

El art. 5 se modificó en el momento de la aprobación del segundo Protocolo Adicional del Convenio.

De hecho, el art. 2 de este instrumento prevé la obligación de conceder la extradición cuando se impute un delito «en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio» siempre que se respete la condición de la doble incriminación, incluso aunque la legislación de la parte requerida no imponga el mismo tipo de tasas o impuestos o no regule la materia de forma análoga a la legislación de la parte requirente.

El informe explicativo aclara que la formulación originaria respondía a la perplejidad inherente a la concesión de la extradición por un delito cometido, no en perjuicio de un individuo, sino de la Administración Financiera de otro Estado, porque no se consideraba que se incluyese entre los deberes de una organización estatal la protección de las finanzas de los demás estados.

En cambio, la nueva formulación del art. 5, definida como «más vinculante» (*more mandatory*), responde a los considerables cambios en la política penal de los Estados miembros que ahora prestan una atención específica a los delitos de tipo económico por los perjuicios tan considerables que provocan.

Además, se trata de una materia que requiere una cooperación interna-

²⁶ Literalmente, un delito «en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio».

cional más estrecha, por lo que, a efectos de extradición, ya no se considera justificable la distinción entre delitos comunes y delitos fiscales.

Con objeto de facilitar el trabajo del intérprete y a la vista de las diferencias existentes en esta materia entre las legislaciones de los Estados parte, el nuevo texto del Convenio hace referencia a los hechos «en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio», evitando la definición más general pero también más controvertida de «delitos fiscales», y precisa que el requisito de la doble incriminación se considerará satisfecho si a la norma del Estado requirente le corresponde, en la legislación del Estado requerido, una norma que prevea «un delito de la misma naturaleza».

Al respecto parece decisiva la coincidencia de los elementos constitutivos de los dos delitos, aunque las dos legislaciones no impongan los mismos impuestos o tasas.

2.12. La extradición del ciudadano y el principio *aut dedere aut judicare*

El art. 6 del Convenio concede a cualquier Parte Contratante la facultad de denegar la extradición de sus propios ciudadanos proporcionando con este objeto, mediante la correspondiente declaración que se adjuntará al instrumento de ratificación o de adhesión, su propia definición del requisito de la nacionalidad (apartado 2).

La cualidad de ciudadano relevante a estos efectos debe subsistir en el momento de la decisión sobre la solicitud de extradición.

En este caso, por otra parte, y a petición del Estado requirente, el Estado requerido deberá someter el asunto a sus propias autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente y mantener a la otra Parte debidamente informada del resultado del procedimiento (apartado 4).

Se trata de una norma que se ve influida por la confrontación entre la opinión tradicional, que prohíbe la extradición de los ciudadanos nacionales con arreglo a la confianza que estos pueden depositar en la protección que les ofrece el ordenamiento jurídico de su propio país, y la de naciones de formación más reciente, como los Estados Unidos de América, que permite la extradición de sus ciudadanos si está prevista por convenios internacionales²⁷.

Por lo tanto, en los trabajos preparatorios se alcanzó la fórmula de com-

²⁷ Véanse las observaciones de Aloisi, Fini sobre el término «*estradizione*» en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI. UTET, Turín.

promiso²⁸ reflejada posteriormente en el texto definitivo del artículo 6 y se aclaró que la extradición de un ciudadano del propio país podía someterse, por cualquiera de las Partes contratantes, a la condición de reciprocidad mediante una reserva expresa en virtud del apartado 3 del art. 26.

La facultad de denegar la extradición del ciudadano constituye el objeto de una decisión discrecional del órgano de gobierno del Estado requerido y, como tal, está excluida del control jurisdiccional²⁹.

La obligación de someter el caso a las Autoridades Judiciales competentes responde al principio tradicional *aut dedere aut judicare* propio de los convenios en la materia³⁰.

28 Según el Tribunal Supremo italiano (Sección I, sentencia de 3 de noviembre de 1986, imputado Richter) la condición de extraditable del ciudadano ha de considerarse la regla y no la excepción, porque “el fundamento moderno de la extradición consiste en el reconocimiento internacional del deber recíproco de los Estados de entregar a los imputados y condenados que se encuentren en su territorio, a aquel Estado que tenga el interés mayor en el castigo del culpable excepto en caso de prohibición expresa”. El artículo 6 del Convenio no prevé una prohibición expresa en este sentido sino la simple facultad del Estado requerido de denegar dicha extradición. Esta facultad es de competencia exclusiva del órgano de gobierno y no depende de una decisión de la autoridad judicial.

29 Véase al respecto la jurisprudencia italiana, Tribunal Supremo, sección 6, de 21 de febrero de 2001, n.º 8458, sobre el imputado Congiu.

30 «La regla *aut dedere aut judicare* (o juzgas o extraditas) según la cual el Estado en cuyo territorio se encuentra una persona presuntamente responsable de un crimen de derecho internacional tiene el deber ineludible de enjuiciarlo en su territorio por ese crimen o de extraditarlo a otro Estado que quiera ejercer su jurisdicción o transferirlo a un tribunal internacional para su enjuiciamiento» (Amnistía Internacional, «El deber de respetar las obligaciones de derecho internacional no puede ser eludido», disponible en la página web

<http://www.amnesty.org/es/library/info/EUR41/003/2005>).

Para los orígenes del principio *aut dedere aut judicare*, véase también de Amnistía Internacional «The duty of states to enact and enforce legislation» (disponible en la página web

<http://www.amnesty.org/en/library/info/IOR53/003/2001>):

«La frase contemporánea *aut dedere aut judicare* significa literalmente “o rendir (o entregar) o enjuiciar (o juzgar)». Sin embargo, normalmente se describe como una obligación de extraditar o procesar. La frase es una adaptación moderna del *aut dedere aut punire* (rendir o castigar) utilizado por Grocio en *De Jure Belli ac Pacis*, l. II, cap. XXI, párrs. IV-VI, y, antes que él, por Covarruvias (1512-1574). Se ideó para ser más coherente con el principio fundamental del derecho penal de la presunción de inocencia. La formulación contemporánea no refleja este principio completamente, ya que el deber de procesar

El Convenio prevé la única obligación a cargo del Estado requerido de «presentar» (*submit*) el asunto a las autoridades, quienes podrán decidir si ejercen, y de qué forma, la acción penal contra la persona con respecto a la cual no se acuerda la extradición.

Los trabajos preparatorios aclaran que, a este respecto, no se ha aceptado una formulación más vinculante que prevea explícitamente la obligación de proceder (*shall proceed*) contra la persona con respecto a la cual no se acordó la extradición.

Con objeto de permitir el ejercicio de la acción penal en el Estado en el que se encuentra la persona, el Convenio dispone que el Estado requirente transmita gratuitamente al requerido «los documentos, informaciones y los objetos relativos al delito», y que este último debe tener informado al requirente del curso dado a su solicitud³¹.

—como oposición al derecho a investigar— solo procede en el punto en el que los fiscales tienen suficientes pruebas admisibles. Sería mejor utilizar la frase *aut dedere aut prosequi* (extraditar o procesar), como la que utiliza un destacado comentarista, aunque esta frase tampoco incluya todos los matices del deber. Véase más generalmente Marc Henzelin, *Le Principe de l'Universalité en Droit Pénal International: Droit et Obligation pour les Etats de Poursuivre et Juger Selon le Principe de l'Universalité* (Basilea/Ginebra/Munich: Helbing & Lichtenhahn et Bruxelles: Bruylant 2000). El principio se refleja con más precisión en la obligación, en las disposiciones de los distintos tratados, como el artículo 7 del Convenio contra la Tortura, del estado en el que se encuentra el sospechoso, si no extradita a esa persona, de presentar el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Si la decisión de no procesar se tomase con arreglo a motivos inadmisibles que no fuesen coherentes con la independencia del fiscal o si los procedimientos jurídicos se llevasen a cabo con la intención de proteger al sospechoso de la responsabilidad penal, permanecería la obligación de extraditar. Lógicamente, si otro estado tuviese pruebas admisibles suficientes, y el estado requerido no, también subsistiría la obligación de extraditar.

La historia anterior en torno a estas frases y el fundamento en que se basan proviene, en parte, de distintas fuentes, como: M. Cherif Bassiouni y Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* 3-5 (Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers 1995); M. Cherif Bassiouni, «*The Sources and Content of International Criminal Law: A Theoretical Framework*», en M. Cherif Bassiouni, ed., *International Criminal Law* 3, 5 (Ardsley, Nueva York: Transnational Publishers, Inc. 2.^a ed. 1999); Henri Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'étude du droit pénal international: essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger* 183 (París: Sirey 1922); Henzelin, *supra*, 98 n.º 477».

³¹ El proceso penal iniciado por el Estado requerido (Suiza en este caso) contra un ciudadano de dicho Estado ha sido considerado (Tribunal de Treviso, resolución de 22 de

2.13. El tránsito del extraditando por el territorio de un tercer Estado

La naturaleza política o militar por el que se procede y la cualidad de ciudadano son relevantes también en lo que respecta al simple tránsito de la persona a extraditar por un Estado distinto al que ha presentado la solicitud y al de refugio.

En dicho caso, el art. 21 del Convenio impone una excepción al principio general por el que todos los Estados parte deben permitir el tránsito por sus territorios de las personas afectadas por un procedimiento de extradición.

Se trata de condiciones que, evidentemente, tienen que ser relevantes para la legislación del Estado de tránsito.

El último apartado de esta norma excluye también el tránsito a través de un territorio en el que pudiesen verse amenazadas la vida o la libertad de la persona extraditada a causa de su raza, religión, nacionalidad o de sus opiniones políticas.

2.14. La concurrencia de distintas jurisdicciones: el delito cometido en el territorio del Estado requerido

Los artículos 7 a 10 del Convenio prevén que el Estado requerido tenga la facultad de denegar la extradición por motivos inherentes a la concurrencia de su propia jurisdicción con la del Estado requirente.

El primer caso es el de un delito que, según la legislación del Estado requerido, se haya cometido total o parcialmente en su propio territorio o en un lugar asimilado a este.

Cada Estado dispone de criterios precisos para identificar su propio territorio y la conexión entre éste y los hechos que considera merecedores de una sanción penal³².

julio de 1987, imputado Tomarchio, en Justicia penal 1988, III, 124) llevado a cabo bajo “delegación jurisdiccional” del Estado requirente (Italia en este caso).

“Dicha delegación, al tener por objeto el hecho en su historicidad y no el perfil jurídico-penal que haya podido ser detectado por el Estado “delegante” hace desaparecer por el principio del *ne bis in idem* la jurisdicción italiana también en relación con aquellos delitos que no estén contemplados por el marco acusatorio del Estado delegado”. En el caso específico, el ordenamiento suizo no preveía el delito de asociación ilícita que, por el principio enunciado en la sentencia, ni tan siquiera ya podía ser perseguido ni en Italia.

32 Véanse, a título de ejemplo, los artículos 4 y 6 del Código Penal italiano.

El ejercicio de la jurisdicción sobre estos hechos representa un aspecto fundamental de su soberanía que justifica la facultad de denegar la extradición.

Por otra parte, hay casos en los que la legislación del Estado requirente prevé incluso la posibilidad de sancionar hechos que no tengan un vínculo significativo con el propio territorio nacional.

Al respecto destacan los criterios de conexión basados en la nacionalidad o en otras características personales del delincuente o de la víctima³³, en la necesidad de defender los intereses del Estado que procede³⁴, o incluso de perseguir a los ciudadanos propios que sean autores de un delito grave cometido en el extranjero³⁵.

Finalmente existe el principio de universalidad, o extraterritorialidad absoluta, por el que el Estado procede contra quien haya cometido en cualquier lugar un delito grave determinado.³⁶

En estos casos, el ejercicio de la acción penal está, a menudo, subordinado a la condición de la presencia de la persona acusada en el territorio del Estado que ejerce su jurisdicción³⁷, motivo que puede hacer necesaria la solicitud de extradición.

El segundo apartado del artículo 7 del Convenio prevé al respecto que,

33 Véase, a título de ejemplo, el artículo 7, número 4, y el artículo 10 del código penal italiano.

34 Véase el artículo 7, en los números 1, 2 y 3, que prevé la posibilidad de sancionar a quien haya cometido, en el extranjero, delitos graves contra la personalidad del Estado italiano o contra otros intereses fundamentales de este.

35 Véase el artículo 9 del código penal italiano.

36 «El principio de universalidad permite que un órgano jurisdiccional de cualquier estado enjuicie a una persona por un delito cometido en otro estado no vinculado al estado del fuero por la nacionalidad del sospechoso o de la víctima o por daños a sus propios intereses nacionales», Amnistía Internacional, «The duty of states to enact and enforce legislation», op. cit.

Es el caso de la ley dictada en Bélgica en 1993 y modificada en 1999 en materia de violaciones graves de las leyes humanitarias internacionales, que castiga los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio aunque sus autores o sus víctimas no tengan la nacionalidad belga, los hechos se hayan producido fuera del territorio del Reino de Bélgica y sin la necesidad de que el imputado se encuentre en Bélgica durante el proceso. Véase un comentario al respecto en «Belgium rules the world*: Universal Jurisdiction over Human Rights Atrocities», de Roemer Lemaître, en la página web <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/37n2/lemaitre.htm>.

37 Véanse los artículos 9 y 10 del Código Penal italiano.

cuando el Estado requirente ejerza la acción penal por un hecho cometido fuera de su propio territorio, la Parte requerida puede denegar la entrega en el caso de que su legislación no autorice la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de su territorio nacional.

Se trata, evidentemente, de un principio especular al de la doble incriminación, por lo que el requisito falta en la medida en la que la posibilidad de sancionar un hecho cometido fuera del territorio del Estado requirente no esté prevista también por la legislación del Estado requerido.

2.15. Continuación: la existencia de un procedimiento pendiente o ya resuelto en el Estado requerido o en un tercer Estado

La Parte requerida tiene la facultad de denegar la extradición cuando su propia Autoridad Judicial esté actualmente procediendo (artículo 8) o bien haya decidido no incoar o poner fin a un procedimiento ya abierto (segunda parte del apartado 1 del artículo 9) contra la misma persona y por el mismo hecho objeto de la solicitud de extradición.

Se trata de la aplicación del mismo principio de soberanía al que se refiere el art. 7 del Convenio, reforzado aquí por la existencia de un procedimiento pendiente o concluido sobre el mismo hecho y con relación a la misma persona.

El informe explicativo adjunto al Convenio aclara que la noción de procedimiento pendiente debe entenderse en sentido amplio, y que incluye, por tanto, también la simple citación a juicio, la detención y todos los procedimientos de carácter jurisdiccional.

La segunda parte del artículo 9 prevé la hipótesis de que en el procedimiento haya recaído una resolución no firme pero, en cualquier caso, susceptible de poner fin al mismo.

Es el caso de las resoluciones que ponen fin a la fase de investigación preliminar al decidir que no se dan las presupuestas necesarios para la celebración del juicio oral (auto de sobreseimiento, decreto de archivo).

Se trata de decisiones tomadas basándose en el estado de las actuaciones y que son susceptibles de modificación en caso de que se reúnan nuevos elementos probatorios.

Lo anterior es relevante también a efectos de extradición porque, frente a la presentación de nuevos elementos de prueba, el Estado requerido no podrá denegar la entrega del imputado, salvo que pretenda, a su vez, reabrir el

procedimiento y hacer, de esta forma, uso de la facultad prevista por el art. 8 del Convenio.

Si las hipótesis examinadas hasta ahora amparan la simple facultad para la Parte requerida de denegar la extradición, la prevista por la primera parte del primer apartado del art. 9 prohíbe expresamente la entrega.

Se trata del caso en el que la Autoridad Judicial del Estado requerido ya ha dictado una sentencia firme con relación a la misma persona y al mismo hecho que conforma el objeto de la solicitud de extradición (principio *ne bis in idem*).

Los trabajos preparatorios aclaran que por sentencia firme (*final judgment*) debe entenderse aquella sentencia judicial frente a la cual no sean admisibles los medios ordinarios de impugnación.

Por lo tanto, no es relevante a estos efectos la posibilidad prevista por el ordenamiento de conceder medios extraordinarios de impugnación³⁸.

El artículo 2 del primer Protocolo Adicional al Convenio ha añadido tres apartados al artículo 9 para regular el supuesto de que la persona a extraditar no hubiera sido sentenciada por resolución firme por el delito o los delitos objeto de la solicitud de extradición por la Autoridad Judicial del Estado requerido, ni por la del Estado requirente, sino por la de un tercer Estado también parte en el Convenio.

Con arreglo a dicha premisa, el Estado de refugio de la persona podrá denegar la extradición en las siguientes tres hipótesis:

a) si la sentencia firme ha sido absolutoria.

b) si la pena o la medida de seguridad impuesta se ha cumplido completamente o se ha declarado extinguida, totalmente o bien respecto de la parte no extinguida, por una decisión de indulto o de amnistía.

c) si a la condena no le ha seguido el cumplimiento de una pena.

Por otra parte, en estas tres hipótesis la extradición se puede conceder igualmente si el delito se ha cometido en perjuicio de una persona o una institución que tenga un estatus público en el Estado requirente, si la persona cuya extradición se solicita tiene un cargo público en dicho Estado, o, finalmente, si el delito se ha cometido, al menos parcialmente, en el territorio de la Parte requirente.

El último apartado prevé que las disposiciones precedentes no constitu-

³⁸ Tal y como sucede en el sistema procesal penal italiano con la institución de la revisión, regulada en los artículos 629 y siguientes del código procesal penal.

yen ningún obstáculo para la aplicación de normas nacionales más amplias sobre el principio *ne bis in idem* con relación a las sentencias extranjeras.

Se trata, evidentemente, de situaciones delicadas en las que las garantías que se deben reconocer a la persona objeto de la solicitud de extradición se comparan con los limitados poderes de los que dispone el Estado de refugio (C).

Este último puede conceder la extradición hacia el Estado requirente (A), pero no puede en ningún caso intervenir en el procedimiento jurisdiccional que se ha llevado a cabo en el territorio del tercer Estado contratante (B), ni extraditar hacia este al imputado sin una solicitud específica.

Existe, por tanto, la posibilidad de que la persona, una vez alejada del territorio del Estado que requiere la extradición y del territorio en el que es juzgada, pueda evitar ser sometida a cualquier tipo de sanción permaneciendo en un País adherido al Convenio de Extradición³⁹.

Del informe anexo al convenio se deduce que el principio *ne bis in idem* opera en los ordenamientos de todos los Estados parte.

Por otra parte, hasta las modificaciones introducidas mediante el Protocolo Adicional, este principio no encontraba una aplicación incontestable respecto de una persona procedente de otro Estado juzgada por motivos vinculados, ya fuese a la naturaleza estatal de la jurisdicción o a la circunstancia de que pareciese más fácil disponer de pruebas del delito en el territorio del Estado en el que dicho delito fue cometido; por lo que este último podía considerar no justificado que se le vinculase a la decisión tomada sobre aquel hecho por la Autoridad Judicial de otro País, que podría haber absuelto a la persona juzgada por falta de pruebas o haber impuesto una pena considerada demasiado leve.

Sin embargo, la Comisión Europea de Derechos Humanos había lamentado la ausencia en el convenio de una norma específica relativa a este supuesto.

La primera consecuencia fue la introducción en el Convenio Europeo de Extradición de la norma del artículo 9 del Convenio, que se convirtió en su apartado 1 después de la adopción del primer Protocolo Adicional.

³⁹ La mayor movilidad de las personas y la caída de muchas fronteras en el ámbito de la Unión Europea hacen pensar inmediatamente en la necesidad de instituciones nuevas y más modernas, como el reconocimiento mutuo de las sentencias extranjeras y la orden de detención europea.

En junio de 1969 el Comité de expertos recomendó la ampliación del principio *ne bis in idem* respecto de las sentencias dictadas por la Autoridad Judicial de terceros Estados distintos del requirente o del requerido de extradición, recomendación que dio lugar a las modificaciones introducidas por el primer Protocolo Adicional.

El texto adoptado es coherente con otros instrumentos convencionales adoptados en el ámbito del Consejo de Europa y, en concreto, con el Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales⁴⁰ y con el Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimientos en Materia Penal⁴¹.

El informe anexo al Protocolo Adicional explica que no se puede considerar firme una resolución que no ha sido dictada al término de un juicio oral o que no impide la reapertura de las investigaciones o del juicio, como la resolución de archivo basada en el estado de las actuaciones.

Sólo las sentencias dictadas por la Autoridad Judicial de uno de los Estados parte en el Convenio son adecuadas para fundar el efecto de la prohibición de un nuevo proceso (*ne bis in idem*), considerando el nivel de confianza (*confidence*) recíproca que existe entre dichos Estados.

No todas las sentencias absolutorias dictadas en el tercer Estado constituyen un obstáculo para la extradición, ya que esta, por un lado, puede haberse solicitado si hubieran aparecido nuevos hechos que puedan justificar la revisión de la resolución por parte del Estado requirente.

La existencia de nuevos hechos haría que el objeto de la solicitud de extradición fuese distinto al objeto de la resolución adoptada en el tercer Estado.

Por otra parte, no constituye un obstáculo a la solicitud de extradición

40 Este Convenio se firmó el 28 de mayo de 1970 (por Italia el 4 de febrero de 1971; por España el 30 de mayo de 1984) y entró en vigor el 26 de julio de 1974 (España lo ratificó el 2 de septiembre de 1994; Italia aún no lo ha ratificado); actualmente lo han ratificado veintidós países y lo han firmado sin haberlo aún ratificado otros seis Estados.

El texto está disponible en la siguiente página web:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=070&CM=8&DF=3/24/2008&CL=ENG>

41 Este Convenio se firmó el 15 de mayo de 1972 (por Italia el 26 de mayo de 2000; por España el 30 de mayo de 1984) y entró en vigor el 30 de marzo de 1978 (España lo ratificó el 11 de agosto de 1988; Italia aún no lo ha ratificado).

El texto está disponible en la siguiente página web:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=073&CM=8&DF=3/27/2008&CL=ENG>

una sentencia absolutoria basada exclusivamente en razones de carácter procesal.

2.16. La extinción del delito por prescripción o amnistía

El sistema del convenio excluye la extradición cuando el delito o la pena se hayan extinguido por prescripción (artículo 10) o por amnistía.

Se trata, evidentemente, de normas dictadas por el *favor rei*, porque en ambos casos la exclusión de la entrega es obligatoria y a ella se corresponde el derecho específico del interesado a no ser extraditado.

La prescripción constituye una causa de extinción del delito o de la pena y se produce al transcurrir un periodo de tiempo cuya duración depende de la naturaleza y gravedad del delito.

Algunos sistemas excluyen esta causa de extinción respecto de los delitos o las penas más graves⁴².

El sistema del convenio prohíbe la extradición si la prescripción del delito o de la pena se ha producido con arreglo a la legislación de la Parte requirente o de la Parte requerida.

Para permitir a la Parte requerida comprobar el cómputo del plazo de prescripción, la solicitud de extradición deberá acompañarse, entre otros, de las normas de la legislación del Estado requirente que hagan referencia específicamente a la prescripción del delito en cuestión (véase al respecto el comentario al artículo 12).

El artículo 4 del segundo Protocolo Adicional al Convenio prohíbe la extradición cuando el delito por el que se procede resulte extinguido por una amnistía concedida en el Estado requerido si dicho País tenía competencia para perseguir el delito con arreglo a su propia legislación penal⁴³.

Se trata, evidentemente, de la extensión de dos de las reglas que ya formaban parte del sistema del convenio: la que prevé la facultad de la Parte requerida de denegar la extradición si el hecho presenta una conexión con su ordenamiento jurídico que permite fundar su jurisdicción y la que prohíbe la extradición si el delito está extinguido para la Parte requerida.

Tanto en el caso de la prescripción como en el de la amnistía, se debe con-

42 Véase el art. 157 del código penal italiano, que excluye la prescripción de los delitos castigados con cadena perpetua.

43 Véase también al respecto la sentencia del Tribunal Supremo, sección 6, de 29 de septiembre de 1994, n.º 3744, sobre el imputado Feil Berndt.

siderar que la prohibición de extradición opera con independencia de la circunstancia de que la Autoridad Judicial del Estado requerido ya haya llevado a cabo una investigación autónoma sobre el delito objeto de la solicitud que haya culminado en una resolución de extinción de la responsabilidad penal por una de estas dos causas.

En otras palabras, estas dos causas obstativas pueden concurrir y hacerse valer únicamente durante el procedimiento de extradición.

Como se ha observado, en ambos casos el interesado puede beneficiarse del derecho a no ser extraditado, el cual deriva directamente de las normas del convenio.

En estos supuestos se protege la confianza que este deposita en el ordenamiento jurídico del Estado de refugio que, como consecuencia de la extinción del delito, lo protege de la pretensión punitiva de la Parte requirente.

2.17. La pena de muerte

La extinción del delito como causa que impide la extradición concierne al derecho penal sustantivo, al igual que la causa prevista por el art. 11 del Convenio, que permite denegar la entrega si el interesado pudiese enfrentarse a la pena capital.

El Convenio Europeo de Extradición no contiene una prohibición de entrega sino la facultad de denegarla a favor de la Parte requerida, en cuyo ordenamiento no esté prevista la pena capital o no se ejecute generalmente, si no recibe del Estado requirente las suficientes garantías de que la pena capital no será ejecutada.

Solo la Parte requerida es competente para decidir sobre la suficiencia de este tipo de garantías.

Según se señala en el informe explicativo, se trata de instrumentos que varían en los distintos ordenamientos interesados y que, a título de ejemplo, pueden consistir en un compromiso formal de no ejecutar la pena capital, en la recomendación dirigida al jefe del Estado requirente para que conmute la pena, en la simple declaración de intenciones respecto de una recomendación de este tipo o en el compromiso de restituir al interesado a la Parte requerida en caso de que tuviese que ser condenado a muerte.

La valoración sobre la existencia de este tipo de garantía tiene carácter jurisdiccional y corresponde, por regla general, a la autoridad judicial del Estado requerido.

De cualquier modo, como en los demás casos sigue existiendo un margen de maniobra política que depende de la autoridad de gobierno del propio Estado.

Esta norma, de alcance central pero de carácter accesorio, ha perdido mucha relevancia por la progresiva abolición de la pena capital en casi todos los Países miembros del Consejo de Europa.

De hecho, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) reconocía la legitimidad de la pena de muerte en los casos previstos por la ley y tras un proceso justo.

Posteriormente, el artículo 1 del sexto Protocolo Adicional a dicho Convenio, abierto a la firma en 1983,⁴⁴ abolió la pena de muerte en todos los Estados parte⁴⁵.

La única excepción vigente se refería a los hechos cometidos en tiempos de guerra o de inminente peligro de guerra (artículo 2), la cual, por otra parte, fue eliminada por el decimotercer protocolo del CEDH⁴⁶.

44 Este protocolo se firmó el 28 de abril de 1983 (por Italia el 21 de octubre de 1983; por España el 28 de abril de 1983) y entró en vigor el 01 de marzo de 1985 (en Italia el 1 de enero de 1989; en España el 1 de marzo de 1985). El texto está disponible en la página web: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=114&CM=8&DF=3/24/2008&CL=ENG>.

45 Los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa han firmado este protocolo. Por el momento solo falta la ratificación de la Federación Rusa. Véase la situación en la página web:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=114&CM=8&DF=3/24/2008&CL=ENG>.

El informe explicativo subraya que «la decisión marca la culminación de un largo camino hacia la abolición de la pena de muerte en los estados miembros del Consejo de Europa» y que en la segunda frase del artículo 1 («nadie será condenado a la pena capital ni ajusticiado») «pretende subrayar el hecho de que el derecho garantizado es un derecho subjetivo de la persona».

El informe explicativo está disponible en la página web:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/114.htm>.

46 El decimotercer protocolo (que puede consultarse en la página web

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=187&CM=8&DF=3/24/2008&CL=ENG>) fue abierto a la firma el 3 de mayo de 2002 (Italia y España lo firmaron ese mismo día) y entró en vigor el 1 de julio de 2003.

Hasta este momento lo han ratificado cuarenta y tres Países; lo han firmado pero todavía no lo han ratificado otros dos Estados (véase la lista de las ratificaciones en la página web:

2.18. El juicio en rebeldía

El artículo 3 del segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición prevé la facultad de la Parte requerida de denegar la extradición que tenga por objeto la ejecución de una pena o de una medida de seguridad, en el caso de que la condena se haya dictado tras un juicio en rebeldía (*judgement in absentia*) y si, según el parecer del Estado de refugio, el procedimiento que se hubiera seguido en el Estado requirente «no ha satisfecho los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito».

Se trata de una causa obstativa vinculada al derecho procesal y, en especial, al derecho de toda persona a un proceso justo, tal y como prevé el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Los trabajos preparatorios aclaran que por sentencia en rebeldía debe entenderse la dictada tras un juicio efectivo, excluyendo así los decretos penales (*ordonnances pénales*).

Para la definición de sentencia en rebeldía, los trabajos preparatorios citan lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 21 del Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales⁴⁷: se considera celebrado en rebeldía aquel procedimiento en cuyas audiencias no haya participado personalmente el imputado.

En este caso, la Parte requerida debe tener la posibilidad de comprobar

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=187&CM=8&DF=3/24/2008&CL=ENG>.

47 «Artículo 21.

1. Salvo disposición en contrario del presente Convenio, la ejecución de las sentencias en rebeldía y de las «ordonnances pénales» estará sometida a las mismas reglas que la de las demás sentencias.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, se considerará sentencia en rebeldía a efectos del presente Convenio cualquier resolución dictada por cualquier tribunal penal de un Estado Contratante como consecuencia de un procedimiento penal en cuya vista no haya comparecido el condenado personalmente.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25, en el apartado 2 del artículo 26 y en el artículo 29, se considerará dictada previa audiencia del acusado:

a) toda sentencia en rebeldía y toda «ordonnance pénale» que haya sido confirmada o dictada previa oposición del condenado en el Estado de condena;

b) toda sentencia en rebeldía dictada en apelación siempre y cuando el condenado haya apelado contra la sentencia dictada en primera instancia».

si se han respetado los derechos mínimos de defensa, como los que prevé, en especial, el tercer apartado del artículo 6 del CEDH⁴⁸ complementado por la Resolución (75) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa,⁴⁹ que recomienda a los Estados miembros la adopción de la regla mínima según la cual «nadie puede ser sometido a juicio sin que previamente se le haya hecho llegar una citación a tiempo y efectiva».

En el caso de que los derechos mínimos de defensa definidos de esta forma no se consideren suficientemente respetados, la Parte requerida puede denegar la extradición a menos que la Parte requirente dé una garantía, considerada suficiente según las condiciones ya examinadas, del derecho a la celebración de un nuevo procedimiento que respete íntegramente los derechos de defensa.

Se trata de una garantía que debe preservar no la mera posibilidad sino la efectividad de un nuevo juicio.

Si el Estado requirente proporciona dicho tipo de garantía, sobre el Estado requerido pesará la obligación de conceder la extradición.

En este punto, el interesado podrá aceptar la sentencia ya dictada en rebeldía en contra de él en el Estado requirente, la cual será ejecutada, o bien interesar la celebración de un nuevo juicio⁵⁰.

El segundo apartado del art. 3 prevé que la comunicación de la sentencia en rebeldía efectuada por el Estado requerido al interesado, en el ámbito del procedimiento de extradición, no se pueda considerar notificación válida a los efectos del procedimiento penal iniciado en el Estado requirente.

48 «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

49 Se adoptó el 21 de mayo de 1975 y se puede consultar en la página web:

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=661727&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

50 Para ver un ejemplo específico, consúltese la parte II, así como la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de la Unión Europea.

En otras palabras, la norma mantiene claramente separados los dos procedimientos, penal en el país requirente y de extradición.

Evidentemente, hay que buscar la razón en la finalidad de proteger al interesado contra eventuales caducidades de los términos, en particular de los de impugnación, que se pueden verificar en el ámbito del procedimiento penal del Estado de origen mientras él se encuentre incurso en el procedimiento de extradición en el Estado requerido.

En efecto, uno de los motivos principales para rechazar la extradición en caso de procedimiento celebrado *in absentia* consiste en la falta de prueba de que el imputado haya sido adecuadamente informado sobre la existencia de un procedimiento penal en su contra, que se esté llevando a cabo en el Estado requirente.

Este último puede superar el obstáculo facilitando garantías suficientes de que el interesado tendrá derecho a un nuevo procedimiento que tutele los derechos de la defensa.

Sin embargo, este derecho ha de ser activado mediante una solicitud específica (oposición) del interesado a falta de la cual el Estado requirente, una vez obtenida la extradición, ejecutará la sentencia dictada en rebeldía.

Es por lo tanto indispensable que se ponga legalmente en conocimiento del interesado la sentencia emitida en su contra en el marco del proceso *in absentia* y que disponga de un tiempo razonable para decidir si presentar oposición.

El conocimiento legal de la sentencia en rebeldía deberá obtenerse mediante notificación llevada a cabo *por separado* con respecto al procedimiento de extradición y siempre *tras* el término de la misma, de tal manera que el interesado tenga la posibilidad efectiva de presentar una oposición específica y solicitar un nuevo juicio.

2.19. El principio de especialidad

Una vez que se haya concedido la extradición y se haya ejecutado ésta mediante la entrega de la persona interesada a la Autoridad Judicial del Estado requirente, la actuación de la misma se ve limitada por el principio de especialidad previsto en el art. 14 del Convenio.

Según esta norma, de hecho, la persona extraditada por un delito no puede ser perseguida ni juzgada, ni mucho menos detenida, por un hecho anterior a la entrega y distinto de aquel por el que se ha concedido la extradición.

Solo se permiten excepciones a lo anterior en los casos específicamente previstos.

El primero se da cuando se presente una solicitud para la extensión de la extradición y se trate de un delito respecto del cual sea obligatoria la entrega con arreglo al Convenio.

La segunda excepción se produce cuando el interesado, aun habiendo tenido la posibilidad, no haya abandonado el territorio del Estado requirente dentro de un periodo de cuarenta y cinco días o haya regresado a dicho territorio después de haberlo abandonado.

Por otra parte, a la Parte requirente se le reconoce la facultad de tomar las medidas necesarias, incluido el recurso al procedimiento en rebeldía, para una posible expulsión del imputado de su territorio nacional o para la interrupción de la la prescripción con arreglo a su legislación.

La jurisprudencia italiana más reciente considera el principio de especialidad como una condición de procedibilidad cuya ausencia, por una parte, impide el ejercicio de la acción penal y, por otra, permite la realización de las actuaciones de investigación preliminar necesarias para garantizar las fuentes de prueba, así como la adopción de medidas restrictivas que, sin embargo, no podrán ser ejecutadas⁵¹.

Por lo que respecta a las dos excepciones del principio de especialidad, previstas por el artículo 14, se debe recordar que, por un lado, la extradición complementaria constituye, para la Parte requerida, una medida obligatoria si la solicitud tiene por objeto un delito para el que el Convenio prevé la obligación de extradición.

Por otro lado, el comportamiento del imputado consistente en su falta de abandono del territorio del Estado requirente en el plazo de cuarenta y cinco días después de su excarcelación definitiva o en su posterior regreso a dicho territorio debe reunir los requisitos de un comportamiento voluntario y concluyente⁵².

El informe explicativo aclara, de hecho, que la expresión «habiendo tenido la posibilidad» fue preferida a la originaria «habiendo sido excarcelado » porque su significado es más general y, por lo tanto, menos restrictivo.

51 La resolución de este tema por parte de la jurisprudencia italiana se examina en la parte II del presente informe.

52 Véase al respecto sentencia del Tribunal Supremo, sección 6, de 27 de junio de 1988, n.º 9609, sobre el imputado Araniti.

La persona en cuestión no solo debe haber tenido la libertad de abandonar el territorio del Estado requirente, es decir, haber sido excarcelada de forma «definitiva» por el delito respecto del que se concedió la extradición,⁵³ sino que también debe haber tenido la posibilidad concreta de hacerlo, posibilidad que no existiría, por ejemplo, en caso de enfermedad o de falta de medios económicos.

La comprobación correspondiente compete al juez de mérito, ante el que pende el procedimiento penal por el nuevo delito y ante quien el imputado alegue la ausencia de la condición de procedibilidad que deriva de la extradición complementaria concedida.

La prueba de la imposibilidad de alejarse del territorio del Estado requirente podrá ser facilitada por el imputado sin ningún límite legal.

2.20. La reextradición

El artículo 15 prevé una aplicación particular del principio de especialidad para los casos de reextradición a un tercer Estado.

Se trata de la hipótesis en la cual el Estado requirente haya obtenido la extradición del interesado y, una vez completado el procedimiento contra éste, pretenda extraditarlo a otro Estado Parte o a un tercer Estado.

En este caso, también el principio de especialidad prohíbe que la persona extraditada pueda ser sometida a un procedimiento penal o a la ejecución de una condena por un delito distinto al contemplado en la solicitud de extradición y cometido antes que este.

En este sentido se ha expresado también el Tribunal Supremo italiano,⁵⁴ que anuló la resolución por la que se le impuso una pena a un imputado extraditado a Italia por Suiza, por un delito respecto del que anteriormente Francia –Estado en el que el imputado se encontraba antes de ser extraditado por Suiza– había denegado la extradición a Italia.

53 Y no, por ejemplo, haber estado sometida por dicho delito a la medida cautelar de prohibición de salida del territorio nacional, con la consiguiente anotación de la medida correspondiente en el documento de identidad; véase al respecto sentencia del Tribunal Supremo, sección 1, de 12 de abril de 2005, n.º 21344, sobre el imputado Forcieri.

54 Véase sentencia del Tribunal Supremo, sección 1, de 6 de julio de 1995, n.º 4095, sobre el imputado Bertola.

2.21. La detención preventiva

Antes de que se transmita la solicitud de extradición y en caso de urgencia, el Estado requirente puede solicitar la detención preventiva del individuo reclamado (artículo 16).

La solicitud de detención preventiva y los documentos anexos se transmitirán por las vías más rápidas, incluyendo la vía postal o telegráfica y a través de Interpol.

Mediante dicha solicitud la parte requirente manifiesta la intención de presentar una solicitud formal de extradición, solicitud que debe ser recibida en plazos estrictos, comprendidos entre los dieciocho y cuarenta días desde la detención.

Si no se respetan dichos plazos la persona debe ser puesta en libertad, lo que no impide una posterior presentación de la solicitud de extradición ni una nueva detención preventiva⁵⁵.

Se considera que la excarcelación del interesado siempre es posible incluso antes de que venzan los plazos anteriormente citados en caso de que la Parte requerida adopte todas las medidas necesarias para evitar la fuga del interesado.

La Parte requirente debe ser informada de inmediato respecto a la concesión o no concesión de la detención preventiva.

El informe explicativo aclara que la Parte requirente es el único juez de urgencia, mientras que a la Parte requerida le corresponde decidir si concede la detención preventiva con arreglo a sus propias normas internas.

2.22. La solicitud de extradición y la entrega

Con arreglo al artículo 5 del segundo Protocolo Adicional, que ha modificado el artículo 12 del Convenio en este punto, el procedimiento de extradición prevé la transmisión de las actuaciones a través de los correspondientes Ministerios de Justicia (o del correspondiente Departamento gubernamental), sin que se excluya completamente la vía diplomática.

⁵⁵ La comprobación de la extinción de la detención del extraditando por el transcurso del plazo forma parte de las competencias del juez de mérito, quien debe, de hecho, establecer si y cuando le han llegado al Ministro de Justicia los documentos en que se funda la solicitud de extradición. Véase la sentencia del Tribunal Supremo italiano, Sección VI, del 4 de septiembre de 1968, imputado Faiola.

El texto original señalaba como ordinaria la transmisión por vía diplomática la cual, por la experiencia de los primeros años de aplicación de la norma, había originado retrasos que estaban en la base de la propuesta de modificación por el comité de expertos⁵⁶.

Las Partes contratantes tienen libertad, sin embargo, para acordar vías distintas de transmisión de las actuaciones.

La solicitud de extradición debe formularse por escrito. A la misma se adjuntarán los originales o copias auténticas de: a) la sentencia de condena o el mandamiento de detención emitidos por la Autoridad Judicial competente y a los que debe darse ejecución; b) una exposición de los hechos objeto de la solicitud de extradición con indicación del tiempo y del lugar de los mismos, su calificación legal; c) el texto de las normas aplicables, incluidas las relativas a la prescripción de los supuestos delitos, así como la filiación lo más precisa posible de la persona reclamada y cualquier otro dato que permita determinar su identidad y nacionalidad (artículo 12)⁵⁷.

La Parte requerida está facultada para solicitar la información complementaria necesaria, en el caso de que la información proporcionada por la Parte requirente resultara insuficiente para la decisión (artículo 13).

Agotado el procedimiento interno (al que se refiere el párrafo siguiente), la Parte requerida dará a conocer su decisión a la requirente a través de la misma vía seguida para la remisión de la solicitud (artículo 18).

Toda denegación debe ser adecuadamente motivada.

Si la decisión es positiva, el Estado requirente debe ser informado del lugar y la fecha de la entrega, así como de la duración de la detención de la persona reclamada a fines de la extradición.

Excepto en casos de fuerza mayor, si la Parte requirente no recibe a la persona extraditada, esta quedará a su disposición por un periodo entre quince y treinta días, después de los cuales deberá ser puesta en libertad.

En este caso, el Estado requerido podrá denegar la extradición por el mismo hecho.

⁵⁶ Véase al respecto el informe explicativo, párrafos 33 y 34.

⁵⁷ El procedimiento de exequátur llevado a cabo por el juez del Estado requerido sobre los documentos adjuntados a la solicitud de extradición debe limitarse a la existencia y regularidad formal de los mismos. La sentencia sobre la que se basa la solicitud de extradición ha de ser presentada en documento original o copia compulsada; la sentencia y los documentos adjuntos han de ser traducidos al idioma del Estado requerido para dar a las partes la posibilidad de examinarlos.

La entrega podrá aplazarse únicamente si el Estado requerido tiene la intención de someter a la persona reclamada a un proceso penal o a la ejecución de una pena por un hecho distinto (artículo 19).

Junto con la persona reclamada y a petición del Estado requirente, se entregarán también los objetos que puedan servir como piezas de convicción o que procedan del delito y se hayan encontrado en poder del interesado en el momento de la detención (artículo 20).

Los gastos ocasionados en el territorio de la Parte requerida correrán a cargo de esta; los demás, a cargo de la parte requirente (artículo 24).

2.23. El procedimiento interno

El procedimiento de extradición y el de detención preventiva están regulados exclusivamente por la ley de la Parte requerida (artículo 22) y los documentos deben estar redactados en la lengua de la misma o bien en la de la Parte requirente (artículo 23).

El informe explicativo aclara que el acuerdo subyacente al Convenio hace referencia al hecho de utilizar siempre la lengua o lenguas utilizadas en las relaciones diplomáticas entre las dos Partes.

2.24. Las reservas de cada Estado

En el momento de la firma del Convenio o del depósito del instrumento de ratificación o adhesión toda Parte contratante tiene la facultad de formular su reserva con respecto a una o varias disposiciones determinadas (artículo 26).

Se trata, evidentemente, de una manifestación de la soberanía del Estado que no acepta determinados límites en su territorio.

Durante los trabajos preparatorios surgió el problema sobre si se debía prever una fórmula que permitiese reservas relativas a cada disposición o bien identificar normas específicas que habrían permitido la aplicación de reservas por parte de los Estados.

Prevalció el primer planteamiento y la formulación adoptada concierne a la facultad de «formular una reserva sobre una o varias disposiciones determinadas del Convenio».

Por otra parte, el comité de expertos destacó la posibilidad de que dichas reservas se basaran únicamente en principios fundamentales del sistema judicial de uno de los Estados miembros.

Italia ha expresado dos reservas: la primera, referida a la ejecución de

las medidas de seguridad privativas de libertad declarando que no procede a la extradición a menos que la legislación de la Parte requirente no las prevea como consecuencia necesaria del delito; la segunda, rechazando de forma general la extradición por los delitos castigados con pena de muerte en el Estado requirente.

España ha expresado reservas con relación al artículo 1, excluyendo la extradición si en el Estado requirente la persona puede ser sometida a un tribunal de excepción o a una pena impuesta por un tribunal que tenga ese carácter; al artículo 10, excluyendo la extradición si se hubiera producido la extinción de la responsabilidad criminal por cualquier causa prevista en la legislación de la Parte requirente o de la requerida; al artículo 21.5, no permitiendo el tránsito si no es en las condiciones precisadas respecto a la extradición, y al artículo 23, requiriendo una traducción al español, francés o inglés de la solicitud de extradición y de los documentos anexos.

España ha adjuntado a su propia ratificación las declaraciones siguientes:

con arreglo al artículo 2.7 observará el principio de reciprocidad en lo que respecta a los delitos excluidos del ámbito de aplicación del convenio;

con relación al artículo 3, excluye que los delitos de terrorismo puedan considerarse delitos políticos;

con relación al artículo 6.1.b, considera como nacionales a las personas que ostenten esta condición con arreglo a las normas del título 1.º del libro 1.º del Código Civil español;

con relación al artículo 9, considera firme la resolución judicial que no sea susceptible de recurso ordinario alguno, por haberse agotado este tipo de recursos, por haber sido consentida la resolución por las partes o por la propia naturaleza de la misma;

con relación al artículo 11, excluye la extradición si el delito por el que se solicita puede ser castigado por la legislación del Estado requirente con pena de muerte, excepto si este último ofrece garantías, consideradas suficientes por la Parte requerida, de que no se impondrá la pena capital o de que si se impone no será ejecutada.

La adhesión al Convenio determina la abrogación de los acuerdos bilaterales precedentes entre los Estados parte.

No obstante lo anterior, las Partes contratantes tendrán la libertad de celebrar acuerdos bilaterales para completar las disposiciones o facilitar la aplicación de los principios del Convenio europeo (artículo 28).

Finalmente, se ha previsto (artículo 31) la posibilidad de denunciar el Convenio mediante una notificación al secretario general del Consejo de Europa.

2.25. Conclusiones

El Convenio europeo de extradición prevé un sistema para la entrega de las personas sometidas a un procedimiento penal o ya condenadas acomodado, tanto a las exigencias de la justicia, como al respeto de los derechos fundamentales de las personas interesadas.

Entre ellos se encuentra el derecho a la vida, a la integridad y al respeto a la persona, así como el derecho de defensa tal y como reconoce y garantiza el sistema instituido por medio del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por otra parte, la complejidad de los procedimientos nacionales y la necesidad del respeto del principio de doble incriminación han provocado a menudo retrasos en la entrega de las personas a extraditar, lo que ha llevado a los Países miembros de la Unión Europea y a todos los miembros del Consejo de Europa parte en el Convenio Europeo de Extradición a crear nuevos instrumentos basados, sobre todo, en el concepto de la confianza mutua y del reconocimiento mutuo de las decisiones penales, considerado el fundamento de la cooperación judicial.

Tras los intentos que se han llevado a cabo mediante los dos Convenios de 1995 y 1996 específicos sobre la extradición entre los Países de la Unión Europea, pero que nunca han entrado en vigor de forma efectiva, el Consejo Europeo que se celebró en Tampere en octubre de 1999 decidió proceder a la abolición del sistema tradicional de extradición y a su sustitución por la llamada orden europea de detención. Esta orden, instituida por una decisión marco de junio de 2002 que ya han implementado todos los Países miembros, consiste en una medida judicial que dispone el arresto de una persona y que es de por sí idónea para ser ejecutada en todos los Estados de la Unión.

Entre las particularidades de la nueva institución está el hecho de que la orden europea de detención puede emitirse únicamente respecto de delitos indicados taxativamente en la decisión marco «independientemente de la doble incriminación», aunque la legislación del Estado requerido no prevea el mismo tipo penal.

Desde el punto de vista procesal, la transmisión de la resolución se realiza directamente de una Autoridad judicial a la otra, que decide sobre la entrega mediante trámites más sencillos que los previstos en casos de extradición.

El Convenio Europeo de Extradición continúa todavía en vigor respecto de las relaciones distintas a las que median entre los Estados miembros de la Unión Europea y, en dichos límites continua desarrollando su función, como

se desprende de las decisiones jurisprudenciales que aún hoy se refieren al mismo.

Bibliografía

- La Convenzione europea di estradizione*, a cargo de Maria Riccarda Marchetti, Giuffrè Editore.
- Aloisi, Fini, voz «*estradizione*» en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. vi. UTET, Turín.
- Bundesverfassungsgericht, sentencia de 18 de julio de 2005 (2 BvR 2236/04). Se puede consultar en la página web: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2005/7/18>
- Los Convenios de extradición entre Italia y otros países se pueden consultar en la página web: http://www.giustizia.it/pol_internaz/atti/penale/paesi_materie/acc_bil_estrad
- Los trabajos preparatorios para el Convenio Europeo de Extradición se pueden consultar en la página web: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/024.htm>
- Los trabajos preparatorios para el primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición se pueden consultar en la página web: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/086.htm>
- Los trabajos preparatorios para el segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición se pueden consultar en la página web: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/098.htm>
- El Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo se puede consultar en la página web: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/090.doc>
- El texto «British Army Discipline and Capital Punishment 1914» se puede consultar en la página web: <http://www.bbc.co.uk/dna/h2g2/A944363>.
- Amnistía Internacional, «El deber de respetar las obligaciones de derecho internacional no puede ser eludido». Se puede consultar en la página web: <http://www.amnesty.org/es/library/info/EUR41/003/2005>
- Amnistía Internacional, «The duty of states to enact and enforce legislation». Se puede consultar en la página web: <http://www.amnesty.org/en/library/info/IOR53/003/2001> y en la bibliografía allí indicada.
- «Belgium rules the world: Universal Jurisdiction over Human Rights Atrocities», de Roemer Lemaître. Se puede consultar en la página web: <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/37n2/lemaitre.htm>
- El Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales se puede consultar en la página web: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=070&CM=8&DF=3/24/2008&CL=ENG>

- El Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimientos en Materia Penal se puede consultar en la página web: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=073&CM=8&DF=3/27/2008&CL=ENG>
- El sexto Protocolo Adicional del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se puede consultar en la página web: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=114&CM=8&DF=3/24/2008&CL=ENG>
- El decimotercer Protocolo Adicional del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se puede consultar en la página web: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=187&CM=8&DF=3/24/2008&CL=ENG>
- La Resolución (75)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa se puede consultar en la página web: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.aspx?id=661727&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>
- Bundesverfassungsgericht, sentencia de 3 de marzo de 2004 (2 BvR 26/04). Se puede consultar en la página web: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20040303_2bv002604.html.

Apéndice.- Relativo al Sistema Español

El convenio europeo de extradición

Consideraciones generales

En el caso de España la legislación interna regula la institución de la extradición en cuerpos legales diversos, según se trate de la extradición pasiva (esto es, aquella en la que España aparece como Estado requerido de extradición, que debe resolver sobre la entrega instada por el Estado requirente) o la extradición activa (en la que España es el Estado requirente que interesa la entrega de la persona reclamada de otro Estado). Mientras que la extradición activa se regula en la LECrim. (arts. 824 a 833, encuadrados en el Título V del Libro IV, intitulado “del procedimiento para la extradición”), la disciplina normativa de la extradición pasiva aparece recogida en el art. 13.3 de la Constitución Española (CE) y en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (en adelante, LEP).

El art. 13.3 CE dispone expresamente que “la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad” y añade que “quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”. La referencia a la concesión de la extradición en el precepto constitucional indica claramente que la modalidad de extradición regulada en el mismo es la pasiva. Respecto de ésta, las fuentes reguladoras son los tratados internacionales ratificados por España y la ley, que operan que normas habilitantes que autorizan la entrega de la persona reclamada. En este sentido se puede decir que el art. 13.3 CE consagra una cláusula de garantía que incorpora el principio *nulla traditio sine lege*, cuya vigencia en esta materia ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁸. La justificación de la garantía

58 En este sentido, SSTC 141/1998, de 29-6; 292/2005, de 10-11; y 328/2005, de 12-12; y AATC 274/1987, 499/1988 y 114/1991. Según ha declarado el TC la publicación de los tratados, incluyendo las normas y cláusulas establecidas en los mismos, en el BOE es condición previa para su aplicación en España, en virtud de lo dispuesto en el art. 96.1 CE. En consecuencia, en las sentencias citadas el TC ha sostenido que hasta la publicación en el BOE de la declaración de retirada de las reservas formuladas por Italia o Francia al 2º Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición no podrían ser aplicados en España los preceptos convencionales objeto de la reserva. En cualquier caso, debe tenerse presente que esta exigencia de publicación derivada del derecho interno podría dar lugar a responsabilidad internacional a cargo de España cuando la publicación en el BOE se produzca con posterioridad a la fecha de entrada en vigor prevista en el respectivo convenio internacional, al amparo de lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual atribuye preferencia a la normativa convencional sobre las legislaciones nacionales.

consagrada constitucionalmente obedece a razones relacionadas con el principio de seguridad jurídica. Se trata de que la extradición quede sometida a normas jurídicas y no simplemente a la voluntad de los Estados afectados; de que la decisión de entrega que corresponde adoptar a las autoridades del Estado requerido se subordine a la existencia de una norma adoptada por los legítimos representantes del mismo; y de que, en último término, se asegure a los destinatarios de la correspondiente norma un mayor grado de seguridad jurídica, en atención a la necesaria previsibilidad de las consecuencias derivadas de sus propios actos.

En el ordenamiento español resulta pacífica la prelación de fuentes en materia de extradición pasiva, que se basa en la primacía de la norma convencional sobre la norma interna y que aparece expresamente recogida en el art. 1 LEP, según el cual “las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente ley, excepto en los expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte”. En consecuencia, la fuente prevalente en materia de extradición pasiva la constituyen los tratados internacionales ratificados por España y publicados en el Boletín Oficial de Estado (arts. 96.1 CE y 1.5 C. Civil), aplicándose la LEP en defecto de los mismos o supletoriamente, pero sin contradecirlos. En este sentido se han pronunciado de manera expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las propias resoluciones de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional⁵⁹.

No obstante, el establecimiento del criterio de prelación entre los diversos tratados en materia de extradición pasiva entraña una dificultad mayor, ya que ha de estarse a lo dispuesto en el articulado de los correspondientes tratados. En términos generales puede señalarse que los tratados multilaterales en materia de extradición prevalecen sobre los tratados bilaterales, sin perjuicio de que mediante éstos se refuercen algunas disposiciones de los primeros. Así, el art. 28 del Convenio Europeo de Extradición declara expresamente que este Convenio abroga las disposiciones de los tratados bilaterales que regulan la materia de extradición entre dos Estados contratantes, y solo permite a éstos concluir entre ellos nuevos convenios bilaterales con el fin de completar las disposiciones del propio convenio o de facilitar la aplicación de sus principios. De otro lado, en las relaciones entre los diversos convenios internacionales de carácter multilateral en el ámbito europeo, el texto básico lo constituye el Convenio Europeo de Extradición del Consejo de Europa, el cual ha sido desarrollado mediante varios convenios celebrados en el marco de la Unión Europea⁶⁰.

59 Así, STC 11/1985, de 30-1; y autos de la Sala de lo Penal de la AN (sección 1ª) de 26-4-2002 y (sección 2ª) de 17-7-1998.

60 Estos convenios, que serán objeto de estudio en otros módulos de este curso, son el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea y el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Además, no cabe negar que el principio de reciprocidad tiene un importante papel en lo relativo a la concesión de la extradición pasiva, como se desprende del tenor del art. 13.3 CE. En este sentido el art. 1 párr. 2º LEP establece que “en todo caso la extradición solo se concederá atendiendo al principio de reciprocidad” y que “el Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad del Estado requirente”. Esta norma puede ser interpretada en el sentido de entender que, en los supuestos en que España no tenga un tratado (bilateral o multilateral) con el Estado requirente o en los que el tratado correspondiente no contemple el caso planteado, se podría conceder la extradición, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la LEP y que, además, el Estado requirente realice una promesa de reciprocidad de comportarse de la misma manera cuando la extradición fuese requerida por España. El contenido de los arts. 13.3 CE y 1 párr. 2º LEP también lleva a la conclusión de que el principio de reciprocidad se constituye en una condición de aplicación de las fuentes principales de la extradición pasiva (el tratado internacional y la ley), de suerte que ésta solo pueda concederse cuando, además de resultar procedente con arreglo a las normas convencionales y/o legales, el Estado requirente atienda en la práctica las solicitudes de extradición activa realizadas por las autoridades españolas.

La determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de la fase judicial del procedimiento de extradición pasiva se realiza por el art. 65.4 LOPJ, que atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el conocimiento y fallo de los procedimientos judiciales de extradición pasiva, cualquiera que fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención de la persona reclamada. Este precepto se ve complementado por el art. 88 de la propia LOPJ, que atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción la tramitación de estos expedientes en los términos previstos en la ley; y por el art. 12 LEP, que especifica la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción en la fase de instrucción del expediente, incluyendo la posibilidad de que el Juzgado Central de Instrucción acceda definitivamente a la solicitud de extradición, si el reclamado lo consiente y no existen obstáculos legales que se opongan a ello (art. 12.2 1ª frase LEP). La centralización de las competencias en materia de extradición pasiva conlleva innegables ventajas de orden jurídico (especialización de los magistrados, uniformidad de la jurisprudencia o evitación de conflictos de competencia, por ejemplo) y práctico (mayor facilidad de acceso a intérpretes u otros medios materiales, facilitación de relaciones con los órganos gubernativos o judiciales del Estado requirente, etc.).

En el caso de la extradición activa (esto es, aquella que se solicita por las autoridades españolas competentes con el fin de que el sujeto pasivo de la solicitud sea enjuiciado en un proceso penal seguido en España, o de que cumpla la pena o medida de seguridad impuesta en una sentencia de condena dictada en nuestro país) el sistema de fuentes es el determinado con carácter exclusivo por el art. 827 LECrim., toda vez que el art. 13.3 CE solo es aplicable a la extradición pasiva, como ya ha quedado

expuesto. De acuerdo con aquel precepto, la extradición activa procederá: 1º) En los casos que se determinen en los Tratados vigentes con la potencia en cuyo territorio se hallare el individuo reclamado; 2º) En defecto de Tratado, en los casos en que la extradición proceda según el derecho escrito o consuetudinario vigente en el territorio a cuya nación se pida la extradición; 3º) En defecto de los dos casos anteriores, cuando la extradición sea procedente según el principio de reciprocidad. En consecuencia, los tratados o convenios internacionales ratificados por España (entre ellos el Convenio Europeo de Extradición) constituyen también la fuente prevalente en materia de extradición activa. Estos tratados suelen regular los requisitos de la extradición de modo unitario, con independencia de la posición que adopte cada Estado parte respecto de una concreta petición de extradición (requirente o requerido). Esto supone que los requisitos de la extradición son normalmente objeto de tratamiento conjunto sin distinguir entre extradición activa y pasiva.

No obstante, en materia de procedimiento los convenios internacionales suelen no establecer disposiciones o remitirse expresamente a las legislaciones internas de los Estados parte, salvo en algunos aspectos puntuales y generalmente mediante cláusulas facultativas. Por ello, respecto de las cuestiones de procedimiento se deberá atender a lo que prevén las normas nacionales, lo que exige distinguir entre las actuaciones a realizar en el Estado requirente para solicitar la extradición (arts. 824 a 833 LECrim. en el caso de España), y las actuaciones a seguir en el Estado requerido para que éste decida sobre la concesión de la extradición solicitada, en cuyo caso se aplicarán las normas internas de dicho Estado.

En el caso de España se han suscrito tratados bilaterales de extradición (algunos de los cuales son también tratados de asistencia judicial mutua en materia penal) con un total de 36 Estados. La información relativa a estos tratados bilaterales está disponible en la página web del Prontuario de Auxilio Judicial Internacional (www.prontuario.org).

Desde la perspectiva del derecho interno español, la LEP (art. 2 pár. 1º conforme al cual “se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las leyes españolas y las de la parte requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en la legislación española”) responde -al igual que el Convenio Europeo de Extradición- a un sistema de *numerus apertus*. Este sistema limita o elimina algunos de los inconvenientes propios del sistema de listado por *nomen iuris* de delitos imputados, como los derivados de los cambios de calificación de los hechos después de realizada la entrega, o la rigidez del sistema, que no permitiría la concesión de la extradición respecto de las nuevas figuras delictivas que se fuesen tipificando.

El principio de doble incriminación, en los supuestos de extradición pasiva (en los que España es el Estado requerido), impone comprobar la tipicidad de los hechos, tanto conforme al derecho del Estado requirente, como conforme a la legislación española. La primera comprobación exige conocer el derecho extranjero, por lo que el art. 7.1c) LEP (de forma paralela al art. 12.2c) del Convenio Europeo de Extradición) impone que la solicitud formal de extradición vaya acompañada de una copia de los textos legales que resulten aplicables. No obstante, es posible que esos textos no sean suficientes, como puede suceder con el derecho de los Estados encuadrados en la tradición del *common law*, cuyo ordenamiento penal sustantivo no está íntegramente contenido en leyes en sentido formal (*statutes, Acts of Parliament*). En estos casos la jurisprudencia española considera que el requisito de la doble incriminación se cumple cuando el hecho resulta punible conforme a una norma en vigor (incluyendo los correspondientes precedentes jurisprudenciales) y, consecuentemente, viene exigiendo un informe jurídico sobre todo el derecho extranjero que resulte aplicable, tanto si es escrito como si no lo es⁶¹.

De otro lado, a los efectos de la calificación jurídica que deben realizar los órganos jurisdiccionales del Estado requerido conforme a su derecho interno, lo verdaderamente relevante es que la conducta delictiva sea subsumible en algún tipo penal de la legislación del Estado requerido, sin que sea necesaria la coincidencia terminológica o de *nomen iuris* de la figura delictiva, ni la identidad entre los tipos delictivos, aunque sí es necesario que concurren todos los elementos -tanto objetivos como subjetivos- de algún tipo español⁶². Un supuesto problemático se produce cuando los hechos delictivos por los que se solicita la extradición constituyen varios delitos autónomos en el derecho interno del estado requirente, mientras que en la legislación penal sustantiva española se configuran como un subtipo agravado de un único delito (por ejemplo, el delito de tráfico de estupefacientes agravado por haberse cometido por un grupo organizado -arts. 368 y 369.1. 2ª C. Penal- que constituye dos delitos distintos en la legislación sustantiva italiana y de otros Estados europeos: tráfico de drogas y asociación ilícita para la realización del tráfico de drogas). En estos casos la jurisprudencia española ha evolucionado desde una posición inicial que, al amparo del principio de doble incriminación, consideraba inviable la concesión de la extradición por el delito no tipificado por el ordenamiento español de forma independiente hasta una corriente más reciente (y consolidada) que considera suficiente, a los efectos de conceder la extradición, que los distintos hechos que fundamentan la petición de ex-

61 En este sentido, Autos de la Sala de lo Penal de la AN (Pleno) de 2-12-1994; y (sección 4ª) de 5-2-1999.

62 Por ejemplo, Autos de la Sala de lo Penal de la AN (sección 1ª) de 5-3-2003, 23-6-2003 y 26-7-2000; (sección 3ª) de 3-11-1998.

tradición estén tipificados en ambos ordenamientos, independientemente de que no exista identidad de tipos, y aunque en el derecho español dichos hechos integren un subtipo respecto del tipo básico de la figura delictiva correspondiente⁶³.

España no ha realizado ninguna declaración expresa al amparo del art. 2 apartado 3 del Convenio en el sentido de excluir del ámbito de aplicación del Convenio algunos delitos respecto de los que la legislación interna no autoriza la extradición, pero sí que ha formulado una declaración expresa, contenida en el instrumento de ratificación del Convenio depositado el día 7 de mayo de 1982, anunciando la aplicación de la regla de reciprocidad en relación con el Estado que haya excluido algunos delitos del ámbito de aplicación del Convenio en virtud de aquel artículo.

Ni el art. 3 del Convenio ni el art. 1 del Primer Protocolo Adicional al mismo mencionan expresamente los delitos de terrorismo entre aquellos que no pueden tener la consideración de delitos políticos a los efectos de quedar excluidos de la extradición al amparo del art. 3.1 del Convenio. Por esta razón, el Estado español, en el instrumento de ratificación, formuló una reserva al art. 3 del Convenio señalando que “a los efectos de la extradición (...) los actos de terrorismo no se considerarán delitos políticos”. Esta declaración de España está en plena consonancia con el art. 13.3 CE conforme al cual “quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”.

De otro lado, ha de destacarse que la regulación de la LEP guarda una correlación evidente con el contenido del art. 3 del Convenio y del art. 1 del Primer Protocolo Adicional en lo que respecta a los delitos que no son considerados políticos. Así, el art. 5.1º LEP reproduce la norma del art. 3.2 del Convenio, y el art. 4.1º LEP recoge, entre los delitos respecto de los que no se concederá la extradición, los mencionados en el art. 3.3 del Convenio y algunos de los enumerados en el art. 1 del Primer Protocolo Adicional. Las mayores diferencias entre el texto convencional y el de la norma de derecho interno se centran en la mención expresa de los delitos de terrorismo en el art. 4.1º LEP, y en la referencia a la exclusión de la extradición en los supuestos en que a la persona reclamada le hubiera sido reconocida la condición de asilada.

El art. 4.2º inciso inicial LEP también recoge el principio de exclusión de los delitos militares al imponer la denegación de la extradición “cuando se trata de delitos militares tipificados por la legislación española y sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales suscritos y ratificados por España”. Aunque el tenor de este precepto resulte más amplio que el del art. 4 del Convenio, que se refiere a los delitos estrictamente militares (“delitos militares que no constituyan delitos de naturaleza común”), parece que el fundamento del principio de exclusión de la extradición en

63 Son ejemplos de la primera línea jurisprudencial los Autos de la Sala de lo Penal de la AN de 21-5-1987 y 11-1-1988. La jurisprudencia que ha acabado por consolidarse aparece reflejada en los Autos de la AN de 3-12-1992, (Pleno) 21-6-1993, (Pleno) 10-11-1997 y (sección 1ª) de 26-7-2000 y 23-10-2003, entre otros.

estos casos debe llevar a una interpretación de la LEP en el sentido de limitar la exclusión de la extradición a las infracciones exclusivamente militares⁶⁴.

La LEP no regula de modo especial la extradición respecto de la delincuencia fiscal. Este silencio supone la no prohibición de la extradición por esta clase de delitos, y, en definitiva, el sometimiento de los delitos fiscales al régimen de extradición de los demás delitos. En consecuencia, deberá concederse la extradición siempre que concurren los requisitos generales, entre ellos, los de doble incriminación y mínimo punitivo.

Sin embargo, el art. 4.2º LEP prevé la exclusión de la extradición respecto de los delitos “solo perseguibles a instancia de parte, con excepción de los delitos de violación, estupro, rapto y abusos deshonestos”, y de los “cometidos a través de los medios de comunicación social en el ejercicio de la libertad de expresión”. La exclusión de esta última categoría ha sido criticada por algún sector de la doctrina al considerarla reiterativa (al resultar ya excluida en la propia LEP la extradición respecto de los delitos políticos, en los que podrían encuadrarse los cometidos a través de los medios de comunicación social) y confusa (en relación con los delitos de carácter común no amparados por la libertad de expresión, como los de calumnias o injurias)⁶⁵.

En el momento de la ratificación del Convenio, España formuló una declaración a los efectos del art. 6 del mismo, indicando que nuestro país considerará españoles a las personas que ostenten esta condición con arreglo al Título I del Libro I del C. Civil. De otro lado, el art. 3 LEP establece el principio general de no extradición de los ciudadanos españoles, aunque excepcionalmente autoriza la entrega de quienes hayan adquirido la nacionalidad española con el propósito fraudulento de imposibilitar la extradición. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, corresponde al Ministerio Fiscal la prueba del ánimo fraudulento en la adquisición de la nacionalidad⁶⁶. La LEP (art. 3.1) configura la decisión sobre la nacionalidad como una cuestión prejudicial civil no devolutiva.

De forma coherente con el art. 6.2 del Convenio y con el principio *aut dedere aut iudicare*, el art. 3.2 LEP establece un mecanismo enderezado a atenuar el riesgo de impunidad en los casos de denegación de la extradición de los nacionales españoles. En estos casos, si el Estado reclamante así lo pidiere, “el Gobierno español dará cuenta del hecho que motivó la demanda del Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado”; además, “si así se acordare, solicitará

64 En este sentido, BELLIDO PENADÉS, R.: “La extradición en derecho español”, Ed. Civitas. Madrid, 2001 pág. 67.

65 BELLIDO PENADÉS, R.: op. cit. pág. 70.

66 En este sentido, Autos de la Sala Penal de la AN (Pleno) de 9-5-1988; (sección 3ª) de 30-7-1996; (sección 2ª) de 4-6-1999; (sección 4ª) de 30-6-2000 y (sección 1ª) de 20-2-2004.

del Estado requirente que remita las actuaciones practicadas o copia de las mismas para continuar el procedimiento penal en España”.

La circunstancia de que España no haya formulado ninguna reserva al art. 6 del Convenio contrasta con el principio general de no extradición de los nacionales consagrado en el art. 3 LEP y plantea el problema de resolver sobre la viabilidad de la extradición de los ciudadanos españoles, cuando ésta hubiera sido solicitada al amparo del Convenio. Una posición doctrinal minoritaria (inicialmente acogida por la Sala Penal de la Audiencia Nacional) considera que el carácter facultativo del art. 6.1a) del Convenio y el carácter imperativo de la prohibición de extradición de los nacionales españoles ex art. 3.1 LEP impediría al tribunal español la entrega de un nacional. Sin embargo, la posición doctrinal mayoritaria concluye que el Convenio es de aplicación preferente a la LEP, por lo que no podrá denegarse la extradición de nacionales españoles si existe una absoluta garantía del principio de reciprocidad por parte del Estado reclamante. Esta tesis ha acabado por ser acogida por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y no ha sido considerada arbitraria o irrazonable por el Tribunal Constitucional⁶⁷.

En el ámbito interno español la facultad de que España deniegue la extradición por motivos inherentes a la concurrencia de su propia jurisdicción con la del Estado requirente aparece contemplada en el art. 3 LEP, en el que se consagra el principio de prevalencia de la propia competencia. El art. 3.1 LEP prevé que no se concederá la extradición, ni de españoles ni de extranjeros, “por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el ordenamiento nacional”. En consecuencia, al amparo de este precepto los tribunales españoles deberían denegar la extradición cuando extiendan su jurisdicción al conocimiento de los delitos por lo que se ha interesado la extradición, con apoyo en los arts. 21 y 23 LOPJ, y con arreglo a los criterios que se contienen en este último para atribuir a los tribunales españoles la jurisdicción para conocer, incluso, de delitos cometidos fuera del territorio español (territorialidad, nacionalidad, protección real y universalidad)⁶⁸. No obstante, el art. 3.3 LEP

67 SSTC 87/2000 de 27-3; 102/2000 de 10-4; y 181/2004, de 2-12, esta última dictada en relación con el Tratado bilateral entre España y Venezuela de 4-1-1989. La posición minoritaria aparece recogida en el Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 7-4-1989; mientras que la posición contraria a la prohibición de extradición de nacionales ha sido acogida en los Autos de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (Peno) de 19-10-1992; (sección 1^a) de 17-10-2001 y 8-1-2002, entre otros.

68 Debe tenerse presente, en este sentido, que la reforma de la LOPJ por medio de la LO 1/2009, de 3 noviembre 2009, ha venido a restringir el juego del principio de universalidad al exigir, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los delitos enumerados en el art. 23.4 LOPJ, “sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España” la acreditación de que “sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o

podría resultar contradictorio con el art. 3.1 LEP, en la medida en que aquel autoriza la denegación de la extradición “cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio del país que solicite la extradición” (...) “si la legislación española no autoriza la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de España”. La aparente contradicción entre ambos preceptos se ha intentado salvar por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional considerando que la prohibición de extradición del art. 3.1 LEP es de aplicación cuando, conforme al ordenamiento español, nuestros tribunales tengan una competencia exclusiva o preferente⁶⁹.

La denegación de la extradición al amparo del art. 3 LEP conduce a la aplicación del mecanismo previsto en el art. 3.2 LEP, al que ya se ha hecho referencia en el apartado 14 de este trabajo.

La facultad de denegar la extradición cuando la autoridad judicial de la parte requerida esté actualmente procediendo, al amparo del art. 8 del Convenio, se ve complementada en el ámbito interno por el art. 4.5 LEP. Este precepto dispone que se denegará la extradición cuando la persona reclamada esté siendo juzgada en España por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición. En cualquier caso, la regla opera en el caso de que los dos procesos penales pendientes (el seguido en el Estado requirente y el seguido en España) se refieran a los mismos hechos, ya que se refieren a hechos distintos será de aplicación el art. 19.2 LEP, que prevé una alternativa similar a la que recoge el art. 19 del Convenio: demorar la entrega de la persona reclamada hasta que deje extinguidas sus responsabilidades en España o efectuar una entrega temporal en las condiciones que se fijen de acuerdo con el Estado requirente.

El sistema de concesión condicionada de la extradición en los supuestos en que el hecho en que se basa la solicitud de extradición fuera castigado con la pena capital en el derecho del Estado requirente también está recogido en el art. 4.6º LEP, que prevé que no se conceda la extradición “cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes”. La regulación de la ley interna española supera la del Convenio, toda vez que también condiciona la concesión de la extradición a las garantías de que la persona reclamada no será sometida a penas que menoscaben su integridad corporal o impliquen tratos inhumanos o degradantes. No obstante, la circunstancia de que España, al formular su reserva respecto del art. 11 del Convenio, no se eximió de la obligación de extradi-

constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles”.

69 Por ejemplo, Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Pleno) de 10-11-1997; (sección 2ª) de 20-11-1997; (sección 3ª) de 16-7-2001 y (Pleno) de 15-1-2008.

tar en este segundo supuesto plantea el problema de la discordancia entre la norma convencional y la norma interna en este punto.

El art. 3 del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición tiene su equivalente en los arts. 2 párr. 3º y 4.7º LEP, de cuya interpretación conjunta se concluye que si la solicitud de extradición se funda en una sentencia dictada en ausencia del reclamado, por la que éste haya sido condenado a una pena que, conforme a la legislación española, no puede ser impuesta a quien no haya estado presente en el juicio oral, solo se concederá la extradición a condición de que el Estado requirente “ofrezca garantías suficientes de que el reclamado será sometido a nuevo juicio en el que deberá estar presente y debidamente defendido”. La regulación interna no es plenamente coherente con el contenido del art. 3 del Segundo Protocolo Adicional, en la medida en que aquélla condiciona la concesión de la extradición a que el Estado requirente ofrezca garantías suficientes de que el reclamado será sometido necesariamente a un nuevo juicio en el que deberá estar presente y debidamente defendido, mientras que este último precepto establece la obligación del Estado requerido de conceder la extradición, con tal de que el Estado requirente dé seguridades de que se ofrecerá a la persona reclamada el derecho a un nuevo juicio, sin que sea necesario su ejercicio.

En general, la doctrina y la jurisprudencia de la Audiencia Nacional han venido considerando que la garantía de sometimiento al reclamado a un nuevo juicio (que se menciona tanto en la norma convencional como en la norma interna) no exige necesariamente la reproducción del juicio de primera instancia, por lo que ha de entenderse cumplida cuando el extraditado puede valerse de un adecuado sistema de recursos, en el que se posibilite la realización de alegaciones o la práctica de medios probatorios⁷⁰.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que “es contrario a las exigencias del art. 24.2 CE, y que constituye una vulneración indirecta de este precepto, acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa”, toda vez que “de la no comparecencia voluntaria del acusado al acto del juicio no puede inferirse una renuncia voluntaria al derecho de autodefensa, porque la comparecencia en tales casos implica normalmente el ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de

70 En este sentido, BELLIDO PENADÉS, R.: op. cit. pág. 127; y Autos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Pleno) de 4-7-1991; (sección 1ª) de 16-5-2001; 13-12-2002; 2-10-2003; y 12-2-2004. En general, en estas resoluciones se reconoce que garantiza suficientemente la exigencia de la norma convencional e interna el denominado “recurso en el término” (*restituzione nel termino*) del art. 175 del Código de Procedimiento Penal italiano.

renuncia” (por ejemplo, SSTC 134/2000, de 16-5; 91/2000, de 30-3; 162/2000, de 12-6; 110/2002, de 6-5-2002; y 183/2004, de 2-11). En algunas de estas resoluciones se considera vulnerado el derecho de los recurrentes en amparo a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), por haberse declarado procedente la extradición a Italia para el cumplimiento de una condena por delito grave impuesta tras un juicio celebrado en ausencia, sin condicionar la autorización de la entrega a que, mediante un nuevo proceso, se dieran al reclamado las posibilidades de impugnación suficientes para salvaguardar sus derechos de defensa.

OTROS CONVENIOS

Andrés Palomo del Arco

Introducción y delimitación del tema

Indican los manuales al uso sobre derecho internacional, en descripción histórica, que tras la desolación de la segunda guerra mundial, diversos políticos europeos propugnaron, con la vista puesta en el modelo de EEUU de América, una Europa asociada; pero mientras franceses y belgas deseaban una Asamblea Parlamentaria dotada de amplios poderes, la propuesta británica se limitaba a la consideración de un Comité de Ministros con meras facultades de coordinación; y que como solución de transacción surgió el Consejo de Europa con instrumentalizado en el Estatuto de Londres de 5 de mayo de 1949, donde coexistían ambas instituciones, si bien la función de la Asamblea parlamentaria restaba como meramente consultiva, configurándose el Consejo como organización internacional de coordinación, que no de integración; como tras el paso de algunos años acaecería con las CCEE.

El Consejo de Europa, postula la defensa de los valores tendentes a la consecución de una democracia, pluralista y parlamentaria; y en el logro de estos postulados propicia desde su inicio, la celebración en su seno de convenios y tratados: desde la Convención sobre la salvaguarda sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, al año siguiente de su constitución, complementada con un instrumento garante de su eficacia como es el Tribunal Europeo, hasta llegar la presente siglo, con logros tan notables como la Convención sobre la Cibercriminalidad de noviembre de 2001; y es también en su seno donde surgen los textos convencionales sobre cooperación judicial de ámbito europeo, que atienden a regular los dos instrumentos básicos de cooperación: concretamente el Convenio de 1957 sobre extradición y el Convenio de 1959 sobre asistencia judicial penal.

Textos que además, integran la normativa básica actualmente aplicable,

incluso en la Unión europea; pues aunque la generación normativa ha sido constante, la implantación efectiva de las fuentes adoptadas adolece de un ritmo pausado, desigual y anárquico, pero sobre todo, los múltiples instrumentos que en el seno de la Unión, regulan esta materia, se han promulgado como material de aluvión, y no tanto por su profusión de indudable incremento, como por su coexistencia con estos tratados primigenios con origen en la Europa amplia del Consejo de Europa, que sin derogarlos, se superponen sobre ellos, con mera voluntad de perfeccionamiento para singulares apartados o sencillamente con dotarlos de mayor vinculación en el ámbito geográfico más restringido de la Unión europea.

Salvo el desarrollo de los instrumentos de reconocimiento mutuo, los instrumentos de cooperación judicial penal en la vieja Europa, sustancialmente se circunscribían a los nacidos en el seno del Consejo de Europa. Ciertamente es que desarrollados a veces con ligeros matices para los Estados Miembros de la Unión Europea y también con islas de mayor evolución en determinadas áreas geográfico-políticas, como el Benelux o los Países Nórdicos; pero la diversidad de materias afrontadas por el Consejo de Europa y la mayor extensión territorial de la vigencia de sus instrumentos, ocasionalmente transcontinentales, sigue exigiendo una especial atención a sus contenidos, siempre que se afronte la cooperación penal; pues integran el origen y explican la evolución de esta materia acaecida en otras instancias europeas, con mutua influencia en su desarrollo.

Son más de doscientos los convenios adoptados en el seno del Consejo de Europa; de los cuales presentamos como más significativos los ocho siguientes¹:

¹ La razón de la elección viene dada:

a) en una primera aproximación, por la propia catalogación como materia penal, que el propio Consejo de Europa, otorga en su listado a 31 instrumentos:

Nº	Título
024	Convenio europeo de extradición
030	Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal
051	Convenio europeo para la vigilancia de personas condenadas o liberadas bajo condición
052	Convenio europeo para la represión de infracciones viarias
070	Convenio europeo sobre el valor internacional de sentencias penales
071	Convenio europeo sobre la repatriación de menores
073	Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos penales

OTROS CONVENIOS

082	Convenio europeo sobre la imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra
086	Protocolo adicional al Convenio europeo de extradición
088	Convenio europeo sobre los efectos internacionales de la pérdida del derecho a conducir un vehículo de motor
090	Convenio europeo para la represión del terrorismo
097	Protocolo adicional al Convenio europeo en el ámbito de la información sobre el derecho extranjero
098	Segundo Protocolo adicional al Convenio europeo de extradición
099	Protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal
101	Convenio europeo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas de fuego por particulares
112	Convenio sobre el traslado de personas condenadas
116	Convenio europeo relativo a la indemnización de víctimas de infracciones violentas
119	Convenio europeo sur las infracciones que atentan contra bienes culturales
141	Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen
156	Acuerdo relativo al tráfico ilícito por mar, en aplicación del artículo 17 del Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas
167	Protocolo adicional al Convenio sobre traslado de personas condenadas
172	Convenio sobre la protección del medio ambiente por el derecho penal
173	Convenio penal sobre la corrupción
182	Segundo Protocolo adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal
185	Convenio sobre ciberdelincuencia
189	Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia, relativo a la incriminación de actos de naturaleza racista y xenófoba cometida por medio de sistemas informáticos
190	Protocolo que reforma el Convenio europeo para la represión del terrorismo
191	Protocolo adicional al Convenio penal sobre la corrupción
196	Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo
197	Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos
198	Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo

b) la segunda, al prescindir de los arquetipos atinentes a extradición y asistencia judicial penal con sus respectivos protocolos, que son objeto de atención diferenciada en lecciones precedentes; y

c) la tercera exclusión, es la referida a aquellos convenios cuyo objeto viene circunscrito a una materia delictiva muy concreta, a cuyo exclusivo fin se incorpora algún criterio de cooperación específico (represión de infracciones de seguridad vial, imprescriptibilidad de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, corrupción, represión del terrorismo o lucha contra la trata de seres humanos); de forma que restan en este capítulo residual, ocho convenios, de carácter general y especial trascendencia.

A) Referidos a la etapa de instrucción

a. Atinentes a los bienes, el aspecto material del delito:

1. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen de 1990.

2. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo de 2005.

b. Atinentes a la obtención de pruebas en formato electrónico:

3. Convenio sobre cibercriminalidad de 2001

c. Atinentes a la cesión de jurisdicción:

4. Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos penales de 1972

B) Referidos a la fase de ejecución:

5. Convenio europeo sobre el valor internacional de sentencias penales de 1972

6. Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1983 y Protocolo adicional de 1997

7. Convenio europeo para la vigilancia de personas condenadas o liberadas bajo condición de 1964

C) Instrumental a todos los anteriores:

8. Protocolo adicional al Convenio europeo en el ámbito de la información sobre el derecho extranjero.

1. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen

El Convenio de Asistencia judicial penal de 1959 del Consejo de Europa (STE 030), como ya les han explicado en temas precedentes, además de ser el instrumento original en este ámbito, en nuestros días continúa siendo el texto fundamental y primordial de la cooperación penal en la Europa amplia; ratificado en la actualidad² por 48 Estados, entre los que lógicamente se encuentran los veintisiete Estados Miembros de la UE³.

² Este texto se escribe en junio de 2010.

³ Impera una extraña aplicación de su ámbito territorial; sirva de ejemplo que mientras rige en los territorios de ultramar francés, encuentra grandes excepciones respecto a los territorios bajo soberanía de Reino Unido; que de forma muy paulatina ha extendido su aplicación a la Isla de Man y a la jurisdicción (“bailliage”) de Guernesey; restricciones que

Atiende fundamentalmente, nos dice su informe explicativo a la regulación de las comisiones rogatorias, en aras de recibir declaración a testigos y peritos; envío de documentos procesales y decisiones judiciales; citación de testigos, peritos o detenidos, así como la comunicación de los certificados de antecedentes penales. Mientras que la contemplación del ámbito real o material del delito era muy escasa, de forma que la alusión a las comisiones que tuvieran por objeto el seguimiento y localización de bienes y ulterior embargo, sólo era para permitir declaraciones que condicionasen o limitasen su cumplimiento; concretamente en su artículo cinco.

Posibilitaba que se condicionase el registro o embargo de bienes a la existencia de doble incriminación, además de que se tratara de perseguir una infracción que posibilitara la extradición y que la ejecución se acomodara al procedimiento interno y exigencias materiales del Estado requerido. Y los Estados hicieron uso abundante de dicha posibilidad, hasta el extremo, que varios de ellos, formularon acumulativamente todas las posibilidades de limitación ofrecidas, necesariamente reiterativas.

Sólo Francia, Grecia, Israel, Italia y Letonia optaron voluntariamente por no restringir la cooperación en solicitudes de embargo⁴, de forma que la posibilidad real de que prosperase una petición internacional de embargo era escasa; en especial por cuanto aunque no hubieren formulado reservas podían oponer falta de reciprocidad ante los Estados que las hubieran alegado. Pero además, aún en ausencia de reservas, el comportamiento reactivo a la cooperación era frecuente; y así en el informe de evaluación mutua realizado por el Unión Europea sobre Italia⁵, aunque con régimen diferenciado según que la finalidad ulterior sea el decomiso o el aseguramiento de pruebas, aún cuando no había formulado reservas, en la práctica, la doble incriminación y la adecuación a la legislación nacional también era exigida.

El Protocolo Adicional de 1978 al Convenio de 1959 (STC nº 99) se acuerda con la finalidad de suprimir la posibilidad de denegar la asistencia judicial en la investigación de infracciones fiscales; pero además de no haber sido ratificado por Andorra, Malta, Mónaco, San Marino, Suiza, Liechtenstein, Bosnia-Herzegovina e Israel, existen declaraciones y reservas relevantes por

dificultan con frecuencia el cumplimentar comisiones rogatorias por ejemplo en Gibraltar. Por contra, además de los Estados europeos rige en Israel.

4 Además Bosnia-Herzegovina, la ex República yugoslava de Macedonia y Serbia-Montenegro, no formularon declaración ni reserva alguna al firmar y ratificar el Convenio.

5 Doc. 7254/00 CRIMORG 52.

parte de Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, España, Georgia y Luxemburgo, en su mayoría tendentes precisamente a mantener la exigencia de la doble incriminación o al menos reservarse la posibilidad de denegarla cuando se solicitaran la práctica de embargos por razón de infracciones fiscales.

Para paliar tan angosto sistema de asistencia judicial cuando tuviera por objeto los elementos materiales del delito, se elaboró en el seno del Consejo de Europa, el Convenio relativo al *blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen*, hecho en Estrasburgo le 8 de noviembre de 1990 (STC nº 141), con la expresa vocación de *facilitar la cooperación judicial* en estas materias, en la conciencia de la diversidad de las legislaciones europeas al respecto e incluso de la carencia y defecto de una completa legislación al respecto.

Convenio tendente a lograr de manera eficaz asistencia judicial en la privación patrimonial ilícita, con diferentes instrumentos escalonados según los diferentes momentos procesales: el *seguimiento y embargo* como medidas tendentes bien a la incautación de pruebas o bien al aseguramiento cautelar de bienes susceptibles de ulterior decomiso o confiscación; el *comiso* mismo en el momento de la sentencia; y en su defecto, en segundo escalón como criminalización secundaria, la privación patrimonial de las ganancias provenientes del delito a través de la tipificación del *blanqueo* de capitales. No en vano, en determinados ordenamientos comparados, el delito de lavado de capitales, se sanciona como impedimento al comiso judicial, dentro de los delitos contra la administración de justicia; aunque también es cierto que es una figura delictiva que cada vez cobra mayor autonomía, al revelarse como uno de los instrumentos más eficaces contra la delincuencia organizada.

En definitiva, este Convenio de 1990, a partir del precedente del Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20-12-88 (Convenio de Viena), acepta su terminología y sistemática, pero no restringe su ámbito al narcotráfico, limitación que tantas disfunciones ha originado en la persecución del lavado de capitales, sino que se contempla en fórmula universal el delito precedente, aunque se permita a través de declaración expresa a las Partes, limitar su aplicación a determinadas categorías delictivas.

Convenio de gran trascendencia y que no lleva el apellido “europeo”, porque en el comité *ad hoc* encargado de su redacción, no sólo participaron representantes del viejo continente, sino que también se adhirieron al mismo expertos de Australia (que lo ratificaría en 1997) Canadá y Estados Unidos,

así como de diversos organismos, desde la propia Comunidad Europea a las Naciones Unidas, Interpol o la Asociación Internacional de Derecho Penal; importancia no sólo por facilitar la cooperación en este ámbito, sino por ser el instrumento jurídico, no una mera recomendación o compromiso de actuación, que inicia la contemplación autónoma del lavado de capitales; aunque ello no impide que desde consideraciones pragmáticas, actúe en definitiva como decomiso de las ganancias y productos del delito primigenio. En la actualidad, han ratificado este Convenio los 47 Estados del Consejo de Europa además de Australia, casi todos entre 1996 y 2004. Pero su trascendencia prácticamente no conoce límites, pues constituye estándar internacional en la materia, al integrar su observancia, la 35ª recomendación del GAFI, contemplada en el epígrafe de la cooperación internacional.

Esencialmente, el Convenio tiende a subsanar lagunas detectadas en el régimen anterior, pues en cuanto la asistencia internacional se basaba en principios jurídicos comunes, ante la diversidad legislativa de los diferentes Estados, tanto en su dimensión material como en el procedimiento de su consecución, devenía un ejercicio harto difícil, por lo que tiende a su superación a través de la aproximación de legislaciones, de forma que exige a los países miembros dos obligaciones en su ámbito interno:

a) regular el decomiso de los instrumentos y productos delictivos, o en su caso el valor correspondiente.; y

b) penalizar el lavado de los productos del crimen.

Pero insta también a regular a nivel nacional técnicas indagatorias especiales, que posibiliten el embargo de archivos bancarios, financieros o mercantiles de los bienes que ulteriormente hayan de ser decomisados; e incluso que faciliten la identificación y seguimiento del producto y la acumulación de pruebas al respecto, como órdenes de seguimiento, vigilancia, intervención de las telecomunicaciones, acceso a sistemas informáticos, o la orden de presentación de determinados documentos.

Respecto de la *cooperación internacional*, igualmente se había detectado que las comisiones rogatorias que tenían por objeto el seguimiento y embargo de bienes, no se cumplimentaban cuando la finalidad no era el aseguramiento de pruebas, sino el ulterior decomiso; por ello obliga a la instauración de una serie de medidas, que el propio resumen oficioso del Consejo de Europa resume así:

a) Instrumentos de asistencia para facilitar las investigaciones (ayuda

para obtener elementos de prueba, transmisión de información inclusive sin ser requeridos, adopción de técnicas de investigación común, no oponibilidad del secreto bancario, etc.)

b) Medidas cautelares (bloqueo de cuentas bancaria y embargo de bienes)

c) Doble vía para lograr el decomiso, bien ejecutando en un Estado la decisión tomada en otro Estado o bien abriendo el procedimiento tendente a lograr la resolución de decomiso en el Estado requerido a solicitud de otro Estado miembro.

Se pretende que la asistencia internacional, tenga “el mayor alcance posible para la identificación y localización de instrumentos, productos y otros bienes susceptibles de confiscación”, por lo que debería integrar cualquier medida dirigida a proporcionar y obtener pruebas sobre la existencia, localización o movimiento, naturaleza, situación jurídica o valor de estos bienes; de conformidad con la legislación del Estado requerido, pero en la medida en que no sea incompatible con dicha legislación, establece se ejecute de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud de asistencia; incluidas las medidas provisionales; y en su consecuencia restringe y tasa los motivos de denegación del auxilio judicial, con distingo según se trate de medida de investigación, medida cautelar o ejecución de decomiso (vd. artículo 18).

Aunque tal amplitud, indica expresamente el informe explicativo, no legitima las denominadas “expediciones de pesca”, es decir, las investigaciones generales, de forma que si el requirente carece de cualquier conocimiento sobre el lugar donde podrían encontrarse los bienes a embargar, la requerida no resulta obligada a realizar un seguimiento a ciegas o en todas y cada una de las entidades bancarias del país.

Entre las medidas de fomento de la ejecución de las comisiones que solicitan el decomiso de bienes, el Convenio, dispone que la Parte requerida dispone según su derecho interno de todos los bienes decomisados por ella; salvo en el caso de que mediara algún otro acuerdo con las demás Partes concernidas (art. 15), lo que se traduce en el aliento a la realización de pactos ad hoc, para compartir el producto o bienes decomisados. Reparto de beneficios, cuyo desarrollo es cada vez más generalizado, en los diversos instrumentos de cooperación.

La mayoría de los Estados miembros para la observancia de estas obliga-

ciones a que le comprometía la ratificación del Convenio, hubo de promulgar leyes internas adaptando sus Códigos materiales y sustantivos⁶.

Pero las numerosas reservas y declaraciones, sobre la regulación del decomiso de valor equivalente (artículo 2.2), pero sobre todo la limitación del listado o categoría de delitos principales o precedentes que permitían la tipificación de blanqueo, determinaba que no hubiera una cooperación fluida en este campo (artículo 6.4).

De ahí que la Unión europea, lógicamente limitada a su propio ámbito, además de de las innovaciones aportadas por Schengen⁷ desarrollara esta materia en varios instrumentos.

Aún así, la asistencia judicial que versaba sobre el aspecto patrimonial del delito, siguió siendo escasamente funcional, lo que motivó que se promulgara para el ámbito más reducido de la Unión europea, diversos instrumentos que conviene mencionar para una adecuada integración de la materia:

- Decisión marco 2001/500/JAI, de 26 de junio, *relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*⁸.

- Decisión Marco 2003/577/JAI de 22 de Julio, *relativa a la ejecución*

6 Ad exemplum: Francia, Ley 96-392, de 13 de mayo de 1996, relativa a la lucha contra el blanqueo y el tráfico de estupefacientes y a la cooperación internacional en materia de embargo y decomiso de productos del crimen; Bélgica: Ley de 20 de mayo de 1997 sobre la cooperación internacional en lo que concierne a la ejecución de embargos y decomisos; Luxemburgo, Ley de 24 de junio de 2001: aprobando el Convenio y modificando su normativa interna.

7 El artículo 51 del Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985; establece que sólo se podrá subordinar la concesión de comisiones rogatorias a efectos de registro y de embargo, a las siguientes condiciones:

a) Que el hecho que motive la comisión rogatoria sea sancionable según el Derecho de ambas Partes contratantes a una pena privativa de libertad o a una medida de seguridad que restrinja la libertad durante un período máximo de, al menos seis meses, (o sea sancionable con arreglo al Derecho de una de las dos Partes contratantes con una sanción equivalente y, según el Derecho de la otra Parte contratante, constituya una infracción de reglamentos perseguida por autoridades administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante una jurisdicción competente, en particular en materia penal).

b) Que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con el Derecho de la Parte contratante requerida.

8 Sustituye a la Acción común 98/699/JAI, de igual nombre, DO L 333 de 9.12.1998, p. 1.

en la unión europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, instrumento, basado en principio del reconocimiento mutuo.

- Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*.

- Decisión marco 2006/783/JAI de 6 de octubre, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*.

También debe citarse relacionado con esta materia, igualmente restringido al ámbito de los Estados Miembros de la Unión Europea que lo han ratificado el *Protocolo adicional* al Convenio de Asistencia Judicial⁹, firmado el 16 de octubre de 2001, que prohíbe la denegación de asistencia so pretexto del secreto bancario; y tiene por objeto la obtención de:

a) *Información* sobre si una persona física o jurídica sometida a investigación, es *titular* de una a más cuentas de cualquier tipo, en entidad bancaria situada en el territorio del Estado requerido; y facilitar todos los pormenores de las mismas.

b) *Informaciones sobre transacciones bancarias*, en un período determinado en la cuenta o cuentas que se especifiquen, incluidos los detalles de las cuentas emisoras o receptoras; y

c) *Solicitudes de control de las transacciones bancarias*; cuyo contenido se reglamenta de manera paralela a las previsiones realizadas en el Convenio 2000 para las entregas vigiladas.

2. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo

También desde el propio Consejo de Europa se procuró perfeccionar los mecanismos de asistencia previstos en el Convenio de 1990; y así, a finales de 2003, se consideró la conveniencia de elaborar un Protocolo adicional a este Convenio, que recogiera los avances manifestados en instrumentos y actividades aparecidos tanto de Naciones Unidas, Unión Europea, como en el GAFI o el propio Grupo Egmont; especialmente para incorporar disposiciones relevantes a la prevención del blanqueo (identificación y verificación de clientes, identificación de los titulares beneficiarios, informes sobre operaciones sos-

9 Referencia DOCE: C 326 (21/11/01).

pechosas, regulación de los centros de inteligencia financiera o la transparencia de las personas jurídicas) así como a la financiación del terrorismo.

Como el texto resultante conllevaba modificaciones sustanciales del Convenio de 1990, se concluyó que era preferible un instrumento autónomo; y así surge el Convenio relativo *al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo* (STC n° 198), abierto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Entró en vigor el 1 de mayo de 2008 y por su tácita vinculación con el Convenio de 1990, al que sirve de evolución, además de aperturar su firma a Estados no miembros, su aceptación resulta notable habiendo sido ratificado por Albania, Armenia, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Hungría, Letonia, exRepública yugoslava de Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, San Marino, Serbia y Ucrania; además de haber sido firmado por otros once Estados y la propia Unión europea.

Se admite como idea subyacente al texto íntegro del Convenio, la constatación de que la rapidez de acceso a las informaciones financieras o relativas a los activos poseídos por las organizaciones criminales (incluidos los grupos terroristas) es esencial en el éxito de las medidas tanto preventivas como represivas y a la postre la mejor manera de desestabilizar las actividades de estas organizaciones.

Aunque incorpora en consideración sistemática unitaria la financiación del terrorismo con especial hincapié en medidas preventivas y perfeccionamiento de determinados mecanismos de cooperación, mantiene la estructura del Convenio de 1990:

a) Medidas a adoptar a nivel nacional:

Generales: Atinentes a posibilitar medidas de confiscación; medidas de investigación; medidas cautelares; amplias facultades de embargo y decomiso; posibilidad de gestión de los bienes embargados; especiales facultades y técnicas de investigación; tipificación del blanqueo; responsabilidad de las personas jurídicas y posibilidad de tomar en consideración condenas anteriores.

Especiales: Creación de centros de inteligencia financiera con amplias facultades de acceso a informaciones financieras, administrativas; y la adopción de medidas de prevención de blanqueo, directamente inspiradas en las recomendaciones GAFI y las directivas europeas.

b) Medias de cooperación internacional:

Establece de modo general la obligación de asistencia lo más amplia posible en tareas de investigación (identificación y seguimiento con fines de decomiso, así como el aseguramiento de pruebas sobre su emplazamiento, movimientos, naturaleza, estatuto jurídico o valor de los instrumentos y productos del crimen) y en los procedimientos tendentes a su confiscación.

De modo especial: la asistencia a solicitudes de información sobre cuentas bancarias: titularidad, operaciones realizadas y seguimiento o control de las transacciones realizadas, con previsiones paralelas a las contenidas en el Protocolo adicional al Convenio 2000, entre Estados Miembros de la Unión Europea.

Se regula también la transmisión espontánea de información.

La asistencia la extiende a la obligación de acordar o ejecutar medidas preventivas con fines de decomiso.

Contempla una amplia asistencia para posibilitar el decomiso solicitado; la gestión de los bienes decomisados y destino de los mismos.

Contiene una descripción tasada de los motivos de denegación de la asistencia.

Potencia la cooperación entre los centros de inteligencia financiera, para que por razones de urgencia a solicitud de un centro extranjero adopten medidas preventivas en evitación de operaciones de blanqueo.

Merece destacar, la regulación de la parte adjetiva de la cooperación, es decir, el procedimiento establecido para la misma:

a) *Autoridad Central*.- Habrán de ser designada por cada Estado; y resultan encargadas de enviar las solicitudes formuladas, responder y ejecutarlas o bien transmitir las a las autoridades competentes para la ejecución.

b) *Vías*.- Las autoridades centrales comunican directamente entre ellas; aunque en caso de urgencia las solicitudes y las comunicaciones pueden ser enviadas directamente a las autoridades judiciales. Puede utilizarse de portador intermediario a INTERPOL.

c) *Notificaciones* a las personas concernidas por las medidas cautelares o la confiscación.- Se posibilita la notificación de documentos judiciales de forma amplia, con admisión de todas las vías reconocidas en los reglamentos comunitarios de cooperación civil y los instrumentos de la Conferencia de DIP de La Haya: vía postal, por funcionarios o, por las personas encargadas en el país de origen para realizar notificaciones; y por las autoridades consulares, funcionarios, o por otras personas encargadas en el país de destino para realizar notificaciones.

d) *Forma* de la solicitud.- Por escrito; si bien se admite cualquier medio electrónico susceptible de autenticación.

e) *Idioma.*- Salvo reserva, no será exigida traducción de la solicitud ni de los documentos anejos.

f) *Legalización de documentos.*- No resulta necesaria.

g) *Contenido de la solicitud.*- Autoridad de la que emana; objeto y motivo de la solicitud; asunto de que se trata con descripción de los hechos pertinentes a la solicitud (salvo si se trata de una notificación); si implica medidas coercitivas, la normativa de regulación interna y la que posibilita atender una solicitud inversa de igual contenido; si fuere necesario y en la medida de lo posible identificación y localización de la persona y bienes concernidos; e indicación de cualquier formalidad especial que se deseara.

Si tuviera por objeto la ejecución de una decisión judicial de decomiso, se precisa además copia autenticada de la resolución, certificado de que ha adquirido firmeza, información sobre la medida que se precisa y si resulta necesario adoptar medidas preventivas.

h) *Vicios de la solicitud.*- Son susceptibles de sanación, si bien la parte requerida puede fijar un plazo para ello.

i) *Concurrencia de solicitudes sobre los mismos bienes.*- Para determinar la preferencia se consultará a los Estados solicitantes, sin perjuicio de acordar medidas cautelares si fueren precisas.

j) *Información.*- De toda vicisitud que tanto en el Estado solicitante como en el requerido afecte a la solicitud: seguimiento, resultado, obstáculos, etc.

k) *Utilización restringida.*- Al procedimiento de donde dimana la solicitud si así lo solicita el Estado requerido. También puede solicitar, aunque no restrinja su utilización, que su uso sea *confidencial*.

m) *Gastos.*- A cargo del Estado requerido; salvo si fueren cuantiosos, en cuyo caso se concertarán ambos Estados para determinar la forma de ejecución y quien asume los gastos.

3. Convenio sobre ciberdelincuencia

El *Convenio sobre Cibercriminalidad* del Consejo de Europa (STE n° 185), datado en Budapest, el 23-11-2001, además de la parte sustantiva, donde se definen diversas conductas criminales, incorpora medidas o facultades de investigación, en el curso de procedimientos penales específicos ya aperturados; pero con voluntad universal cuando medie relación informática, ya sea por razón de persecución de los delitos previstos en el Convenio, de cualquier infracción penal cometida por medio de un sistema informático o para reco-

ger pruebas electrónicas respecto de cualquier delito investigado. De ahí, que sea el instrumento llamado a completar los convenios clásicos de cooperación judicial penal; pues la peculiaridad de los medios electrónicos o informáticos, así como las medidas tendentes a la obtención de datos de estos sistemas, requiere la previsión de instrumentos procesales específicos ante la lógica falta de previsión en normativas de varias décadas atrás.

Se encuentra en vigor desde el 1 de julio de 2004, firmado en la actualidad por 46 Estados, algunos no pertenecientes al Consejo de Europa como Japón, Canadá o Sudáfrica; si bien sólo ha sido ratificado por 32: Albania, Alemania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, España, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, ex República Yugoslava de Macedonia, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rumanía, Reino Unido, Suiza, Serbia, Ucrania; y entre los países no miembros del Consejo, Estados Unidos.

Los datos informáticos almacenados, no pueden ser obtenidos de la misma manera que los objetos tangibles; de ahí que sea necesario como realiza el Convenio contemplar esta singularidad, sin perjuicio de que las condiciones previas, como existencia de indicios concretos, resolución judicial motivada con ponderación de la proporcionalidad del derecho afectado, subsistan también para los datos informáticos.

Así, además de la intervención del ordenador completo, se atiende a la incautación de los elementos accesorios (CD, diskette, disco zip, etc.); y también la posibilidad de recoger solamente el soporte tangible donde se encuentren almacenados (disco duro, CD, diskette, etc.) como de solicitar copias en estos elementos (CD, discos portátiles, etc.) o extracción de los datos por otro medio como por ejemplo, si fuera posible solicitar su impresión en papel.

Igualmente es posible que los datos, dada la conectividad de los sistemas informáticos, se encuentren almacenados en un ordenador diverso respecto del objeto de mandamiento de registro; por ello debería preverse la posibilidad de emitir el mandamiento ampliando su objeto a los ordenadores que estuvieren enlazados cumpliendo esta función.

Lógicamente la expresión “registro”, debe entenderse también como leer, inspeccionar, examinar datos, búsqueda de datos e incluso examen de los datos; expresión que en cualquier caso se complementa con la de “acceder”, que responde más al medio informático. Además, el término “intervención” debe ser interpretado de forma amplia, tanto respecto de la incautación de

cualquier soporte físico, como para solicitar una copia; como la incautación y utilización de los programas necesarios para acceder a los datos que deben ser intervenidos; o la utilización de medios similares para secuestrar los datos intangibles; o incluso hacerlos inaccesibles, ya por codificación o por bloqueo (piénsese en un virus o en imágenes de pornografía infantil).

El Convenio, también regula la obligación del administrador del sistema o a cualquier persona que conozca como funciona o conozca las medidas adoptadas para proteger los datos (p.e.: contraseñas), de suministrar todas las informaciones razonablemente necesarias, para permitir el registro y la incautación acordada.

Pero además del registro e incautación de datos informáticos (art. 19), regula medidas procesales menos intrusivas, a la vez que instrumentales, como el mandamiento de conservación inmediata de datos informáticos almacenados (art.16); eventualmente de su ulterior revelación (art. 17); o el mandamientos de exhibición (art. 18), si existieren dificultades de colaboración voluntaria; además, como en todos los medios de transmisión de datos o mensajes, la interceptación de datos relativos al tráfico (art. 20) o relativos al contenido (art. 21), siempre en tiempo real (art. 20)¹⁰; a la vez que desarrolla

¹⁰ De manera más detallada, las medidas previstas o facultades que el Convenio de Budapest obre Ciberdelincuencia obliga a asegurar a las legislaciones internas, son las siguientes:

a) Conservación inmediata de datos informáticos almacenados (art. 16).

Especifica el informe explicativo que las medidas que permiten ordenar la conservación inmediata de datos de los artículos 16 y 17 se aplica a los datos ya recogidos y archivados por cualquier causa (por ejemplo, para ulterior facturación), por el proveedor de servicios. El archivo de datos es el proceso de almacenamiento, mientras que la conservación de datos es la actividad que garantiza su seguridad y su integridad. Las medidas de los artículos 16 y 17 sólo conciernen a la conservación de datos, no a su archivo.

El Convenio se refiere a la conservación de datos sin establecer obligación alguna de archivar, almacenar o coleccionar datos de un tipo u otro. Los arts. 16 y 17 se limitan a conferir a las autoridades encargadas de perseguir los ciberdelitos la facultad de requerir, en el marco de un procedimiento penal específico ya abierto, la conservación de aquellos datos que se encuentren previamente archivados, almacenados o coleccionados y que pudieran ser necesarios para la identificación de los autores o como fuente de prueba.

La posibilidad de imponer a los proveedores de servicios la obligación de almacenar o recoger con carácter general ciertos datos que pudieran ser necesarios ulteriormente a los efectos de una investigación penal, fue largamente debatida, durante las negociaciones del Convenio; pero dada la oposición los proveedores de servicios y la industria informática ,que objetaron los costos excesivos que tal obligación implicaría, así como la posible

colisión con el derecho a la intimidad y sobre protección de datos, determinó que en su redacción final, no se incluyera esta obligación.

Para la mayor parte de los países, la conservación de datos constituye una facultad procesal absolutamente novedosa en derecho interno; pero que se justifica por la gran volatilidad de los datos informáticos, así como la facilidad de su manipulación o borrado, de manera que la evolución legislativa, tanto comunitaria como interna de los diversos Estados miembros, ha implantado esta exigencia.

Obviamente uno de los medios para preservar la integridad de los datos consistiría en la “entrada y registro” de los locales e “intervención e incautación” del sistema informático del poseedor de datos; pero admite que informa explicativo, que si el guardián (custodio) de los datos es digno de confianza, como sería el caso de una empresa de buena reputación, la integridad de los datos puede ser garantizada de manera más rápida por un simple requerimiento de conservación de datos; con las ventajas de ser menos perturbadora para la marcha de la empresa que le registro, resulta válida para identificar a los autores de la actividad ilícita por los datos de comunicaciones anteriores y en ocasiones para obtener pruebas esenciales (p. ej.: la copia de correos electrónicos).

Ahora bien, el requerimiento de conservación de datos es una medida meramente provisional; los datos deben ser conservados por un período de tiempo que puede llegar a los 90 días prorrogables o si la petición es consecuencia de una solicitud de auxilio judicial internacional, al menos se la conservación se mantendrá durante 60 días (art. 29); pero durante este lapso de tiempo, los datos no son aún comunicados a las autoridades encargadas de la investigación; esta medida propia del inicio de las investigaciones no permite el acceso automático a estas autoridades de los datos cuya conservación se ha requerido; para que los datos puedan ser divulgados, es preciso una medida suplementaria: registro, incautación, autorización judicial de acceso a los datos o mandamiento de exhibición.

Cuando el requerimiento se refiera a datos almacenados, no es preciso que los mismos resten inaccesibles y que esos datos o sus copias no puedan ser utilizados por sus poseedores legítimos; siempre que no corra riesgo su conservación.

b) Conservación inmediata y revelación parcial de datos relativos al tráfico (art.17)

Respecto al requerimiento de conservar datos de tráfico, la peculiaridad estriba, que en este caso, el requerido no solo estará obligado a conservar dichos datos, sino también a revelar inmediatamente los datos requeridos; especialmente los que permitan la identificación de los demás proveedores de servicios que intervinieron en la comunicación y la vía por la que fue transmitida.

El texto permite que se regule en derecho interno la posibilidad de emitir un solo requerimiento de conservar, aún cuando hayan intervenido varios proveedores de servicios, de modo que requerido un proveedor tenga la obligación de notificar el requerimiento al proveedor siguiente en la cadena de transmisiones y así sucesivamente en todo el trazado seguido por el autor de la infracción.

c) Mandamiento de exhibición u obligación de informar (art. 18)

Supone una habilitación a las autoridades para obligar a una persona presente en el territorio de ese Estado a suministrar aquellos datos informáticos almacenados que se especifiquen siempre que los tenga en su posesión o bajo su control; o a un proveedor de servicios, que los ofrezca en su territorio a facilitar los datos de sus abonados.

Integra una medida menos restrictiva que el registro, que resulta de especial utilidad para terceros poseedores de datos, como los proveedores de servicios de Internet, con frecuencia dispuestos a colaborar voluntariamente, pero que prefieren disponer de una base jurídica para proporcionar esta ayuda, en descargo de cualquier clase de responsabilidad.

El Convenio recomienda diferenciar aquellos datos de los abonados conocidos por todo el mundo, que podrían ser solicitados por agentes de la fuerza pública; de aquellos en que cualquier derecho fundamental se vea involucrado, donde el mandamiento debe ser librado por la autoridad judicial.

d) Registro e incautación de datos informáticos (art. 19)

Aunque el informe explicativo alude a que todas las legislaciones regulan el “registro y embargo” de objetos tangibles, debe advertirse que efectivamente el registro en lugar cerrado es una diligencia ampliamente regulada en nuestro ordenamiento procesal, pero respecto a los efectos e instrumentos del delito solamente prevé su “recogida”.

Pero en cualquier caso, los datos informáticos almacenados, no pueden ser obtenidos de la misma manera que los objetos tangibles; de ahí que sea necesario como realiza el Convenio contemplar esta especificidad, si perjuicio de que las condiciones previas, como existencia de indicios concretos, resolución judicial motivada con ponderación de la proporcionalidad del derecho afectado, subsistan también para los datos informáticos.

Especialmente debería contemplarse, además de la intervención del ordenador completo, la de los elementos accesorios (CD, diskette, disco zip, etc.); y también la posibilidad de recoger solamente el soporte tangible donde se encuentren almacenados (disco duro, CD, diskette, etc.) como de solicitar copias en estos elementos (CD, discos portátiles, etc.) o extracción de los datos por otro medio como por ejemplo, si fuera posible solicitar su impresión en papel.

Igualmente es posible que los datos, dada la conectividad de los sistemas informáticos, se encuentren almacenados en un ordenador diverso respecto del objeto de mandamiento de registro; por ello debería preverse la posibilidad de emitir el mandamiento ampliando su objeto a los ordenadores que estuvieren enlazados cumpliendo esta función.

Lógicamente la expresión “registro”, debe entenderse también como leer, inspeccionar, examinar datos, búsqueda de datos e incluso examen de los datos; expresión que en cualquier caso se complementa con la de “acceder”, que responde más al medio informático.

Además el término “intervención” (saisie), debe ser interpretado de forma amplia, tanto respecto de la incautación de cualquier soporte físico, como para solicitar una copia; como la incautación y utilización de los programas necesarios para acceder a los datos que deben ser intervenidos; o la utilización de medios similares para secuestrar los datos intangibles; o incluso hacerlos inaccesibles, ya por codificación o por bloqueo (piénsese en un virus o en imágenes de pornografía infantil).

de manera amplia la cooperación judicial, para la persecución de estos delitos (transfronterizos casi por naturaleza) y la utilización de las anteriores medidas cautelares, a fin de conseguir las correspondientes pruebas de las infracciones¹¹; así como la instauración de una red 24/7 (también auspiciada por el

El Convenio, también regula la obligación del administrador del sistema o a cualquier persona que conozca cómo funciona o conozca las medidas adoptadas para proteger los datos (p.e.: contraseñas), de suministrar todas las informaciones razonablemente necesarias, para permitir el registro y la incautación acordada.

e) Interceptación de datos en tiempo real

Alerta la doctrina que a la vista del progresivo desdibujamiento de la distinción entre telecomunicaciones y tecnologías de la información, los poderes de interceptación deben proyectarse a ambos, así como a los sistemas intermedios.

La recogida de datos, se realiza sin que perturbe la comunicación o transmisión de los mismos; esta medida la más invasiva del derecho a la intimidad, es a su vez la que mayor analogías presente con la intervención clásica de las comunicaciones telefónicas.

Se prevé la realización directa por las autoridades, con o sin ayuda de los prestadores de servicios (en todo caso obligados a prestar su asistencia, incluso prestando los medios técnicos necesarios), o bien obligar a que sea directamente este prestador, en el marco de sus capacidades técnicas quien lo realice.

e') ...relativos al tráfico (art. 20)

Son definidos en el artículo 1, como aquellos datos relativos a una comunicación a través un sistema informático, producidos por este último en tanto que elemento de una cadena de comunicación, que indiquen el origen, el destino, el itinerario, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente.

El Convenio prevé esta medida para todas las infracciones del Convenio, a pesar de ser consciente, de que en muchos ordenamientos estos datos se encuentran tan protegidos como el contenido.

e'') ...relativos al contenido (art. 21)

No resultan definidos por el Convenio pero aluden lógicamente al mensaje o a la información transmitida por la comunicación.

Consciente el Convenio de que esta medida integra una grave invasión de la intimidad, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH y de la regulación interna de muchos países, autoriza a cada Estado-Parte, que determine y concrete sobre qué abanico o lista de delitos graves resulta posible su utilización.

Establece el Convenio la obligación de sigilo por parte de los prestadores de servicios, sobre la adopción de esta medida y lógicamente la prohibición de cualquier indicación de la misma al sujeto intervenido.

11 Además de que se prevén en este Convenio sobre el Cibercrimen medidas específicas de cooperación judicial internacional, donde se regula la manera de solicitar a otro Estado la adopción de estas medidas; la singularidad respecto de las previstas en derecho interno la integran las dos medidas del artículo 32, posibles sin autorización

GAFI), para que la asistencia sea efectiva en esta materia, en cuya virtud cada Parte designa un punto de contacto ininterrumpido, operativo 24 horas sobre 24, siete días sobre siete que facilite con su rápida intervención una serie de medidas como consejos técnicos, conservación de datos, recogida de pruebas electrónicas, aportación de informaciones de carácter jurídico y la localización de sospechosos.

4. Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos penales

Este instrumento previsto también para la fase de instrucción, anterior en todo caso al enjuiciamiento, constituye el supuesto de máxima cooperación, pues implica la íntegra cesión de jurisdicción. El texto básico es el Convenio europeo *sobre transmisión de Procedimientos en Materia Penal (nº 73)*, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972; en cuya virtud, todo Estado contratante puede pedir a otro Estado contratante que instruya en su lugar un procedimiento contra una persona sospechosa, en atención a los determinados lazos, relación o situación que mantiene con este Estado, o por tener mayores facilidades en su tramitación¹².

Tan amplia asistencia determinó que se tardara seis años en conseguir tres ratificaciones, que era la condición para entrar en vigor; si bien lo han ratificado 25 países¹³: Albania, Armenia, Austria, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, República Checa, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, exRepública Yugoslava de Macedonia, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Rusia, Rumanía, Serbia, Suecia, Turquía y Ucrania.

de la otra Parte: el acceso transfronterizo a los datos almacenados accesibles al público (fuente abierta), cualquiera que sea la localización geográfica de estos datos; y acceder o recibir por medio de un sistema informático situado en su territorio, datos almacenados situados en otro Estado, si la Parte obtiene el consentimiento legal y voluntario de la persona legalmente autorizada a divulgar estos datos por medio de este sistema informático.

¹² También del período de la CPE, data el Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la transmisión de los procedimientos represivos, hecho en Roma el 6 de noviembre de 1990, que a pesar de que respecto de los países que fueren Parte del Convenio Europeo de asistencia penal del 59 o de este Convenio europeo de 1972, o del Tratado Benelux sobre esta materia de 1974, sólo se aplicará en la medida que completen o faciliten sus disposiciones, sólo ha sido ratificado por Francia y Portugal.

¹³ Además existen 10 países firmantes que no lo han ratificado.

La finalidad explícita del Convenio era evitar conflictos de jurisdicción, al constatar que los países miembros además del criterio de territorialidad, establecen con mayor o menor amplitud otros criterios de atribución (real, personal, universal, etc.) lo que generaba disfunciones cuando la infracción contenía un elemento de extranjería; e incluso en ocasiones el propio criterio de territorialidad puede prestarse a conflictividad en cuanto a la determinación del lugar de la infracción.

Pero se advierte claramente en el informe explicativo del Convenio, la verdadera naturaleza de los instrumentos aquí previstos; la transmisión de las actuaciones judiciales, se regula como una forma de cooperación internacional en materia penal, es decir, una forma de ayuda mutua; en cuya consecuencia el empleo de este procedimiento sólo es posible cuando un Estado inicia diligencias por la solicitud de otro que es competente para perseguir la infracción. Supone pues, que el Estado demandante tiene competencia para ejercer las actuaciones judiciales.

Requisitos a los que se subordina la transmisión de procedimientos:

- En primer lugar rige la exigencia de la doble incriminación (art. 7)
- Pero también que se haga en interés de una adecuada administración de justicia; que se entiende cumplimentado (art. 8):
 - a) Si el sospechoso tiene su residencia habitual en el Estado requerido.
 - b) Si el sospechoso es nacional del Estado requerido o si este último Estado es su Estado de origen.
 - c) Si el sospechoso está cumpliendo o va a cumplir en el Estado requerido una sanción que implique la privación de libertad.
 - d) Si contra el sospechoso se ha instruido ya en el Estado requerido un procedimiento por la misma infracción o por otras infracciones.
 - e) Si considera que la transmisión está justificada para facilitar el descubrimiento de la verdad y en particular si los elementos de prueba más importantes se hayan en el Estado requerido.
 - f) Si considera que la ejecución en el Estado requerido de una posible condena es probable que mejore las posibilidades de readaptación social del condenado.
 - g) Si considera que no puede garantizarse la comparecencia del sospechoso en la audiencia que habría de celebrarse en el Estado requirente en tanto que pueda garantizarse esa comparecencia en la audiencia en el Estado requerido.
 - h) Si considera que no está en condiciones de ejecutar por sí mismo una

posible condena, incluso recurriendo a la extradición, en tanto que el Estado requerido está en condiciones de hacerlo.

Extensión o atribución de competencia originaria.- En aras de evitar problemas de competencia o rechazo de la solicitud de auxilio por esta causa; y de observar el requisito del juez predeterminado por la ley, a los efectos del Convenio se establece que todo Estado contratante tendrá competencia para perseguir con arreglo a su propia legislación penal cualquier infracción a la que sea aplicable la legislación penal de otro Estado contratante. Si bien el ejercicio de esta competencia se condiciona a la solicitud de instrucción del estado inicialmente competente.

Efectos de la solicitud de instrucción sobre la competencia del Estado requirente.- Una vez que haya presentado la solicitud de instrucción de procedimiento, no podrá perseguir al sospechoso por el mismo hecho que haya motivado dicha solicitud, ni ejecutar contra él una decisión que fuera adoptada anteriormente por ese hecho. No obstante, hasta que se reciba la decisión del Estado requerido, conservará su derecho a continuar la instrucción pero no a someter el caso ante un órgano judicial para que dicte sentencia o eventualmente ante la autoridad administrativa para que adopte una decisión (art. 21).

Comunicación entre autoridades.- Se efectuarán por escrito; ya entre los Ministerios de Justicia respectivos o bien, en virtud de acuerdos especiales, directamente entre las autoridades que fueren designadas. Estos extremos de procedimiento, se regulan de manera análoga al resto de los Convenios europeos, en los artículos 13 a 20.

Valor jurídico en el Estado requerido de lo ya actuado en el Estado requirente, una vez que ha aceptado la transmisión del procedimiento.- De manera expresa se le reconoce la misma validez que hubiera tenido ese acto efectuado por las autoridades de este Estado, sin que esta asimilación pueda tener como efecto conferir a dicho acto una fuerza probatoria superior a la que tiene en el Estado requirente (art. 26.1).

Problemas que plantea la prescripción:

a) *Plazo de prescripción en el Estado requirente.*- La solicitud de transmisión no garantiza que sea aceptada por el estado requerido; y además este requiere un tiempo para emitir su respuesta; por ello se establece que la solicitud de instrucción de procedimiento, tendrá por efecto prorrogar por seis meses en el Estado requirente el plazo de prescripción de la acción pública (art. 22).

b) *La prescripción de la acción pública en el Estado requerido.*- Debe distinguirse si este Estado es ya competente en virtud de su propia ley o si al

contrario su competencia deriva exclusivamente de este Convenio. En este último caso como sucede para el Estado requerido el plazo de prescripción se prorroga por seis meses (art. 23).

c) Interrupción de la prescripción.- Tiene efecto recíproco; es decir todo acto que interrumpa la prescripción válidamente efectuado en el Estado requirente, surtirá los mismos efectos en el Estado requerido y viceversa (art. 26.2).

Denuncia previa.- Cuando la persecución se condiciona a la denuncia de determinadas personas resulta obvio que si dicha exigencia se contiene en la legislación del Estado requirente, no puede solicitarse la transmisión si este requisito no se ha cumplimentado; si se exige en los dos Estados requirente y requerido, tampoco habrá problema alguno, pues la denuncia realizada en el Estado requirente tiene validez para el Estado requerido (art. 24.1); el problema surge si sólo es exigida la denuncia en el Estado requerido, entonces este Estado podrá instruir el procedimiento aunque no se presente la correspondiente querrela o denuncia, si la persona legitimada para formularla no se opone a ella en un plazo de un mes tras la notificación en la cual, la autoridad competente le informe de dicho derecho.

También atiende este Convenio a regular el supuesto de la existencia de *pluralidad de procedimientos represivos*, agrupando las modalidades de concurrencia, en aras de un mejor enjuiciamiento (arts. 30 a 32).

Así mismo prevé la posibilidad de que tras el anuncio de una transmisión, aunque la competencia del Estado requerido se base exclusivamente en el Convenio, acordar la *prisión provisional* del sospechoso si existen motivos para creer que va a huir o pueda hacer desaparecer pruebas y lo permite la legislación del Estado requerido. Si ha sido detenida por esta sola circunstancia será puesta en libertad si el Estado requerido no hubiera recibido la solicitud de instrucción de procedimiento en el plazo de dieciocho días a partir de la fecha de detención; que en ningún caso podrá exceder de cuarenta días.

5. Transmisión de ejecución de sentencias penales

El instrumento clave en esta modalidad de auxilio judicial lo integra el Convenio europeo (n. 70) sobre el *Valor Internacional de las Sentencias penales*, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, en cuya virtud todo Estado Parte tiene competencia para proceder a la ejecución de una sanción impuesta por otro Estado Parte, si este Estado se lo solicita una vez que la sanción tenga

carácter definitivo e íntegro igualmente los hechos que la motivan, infracción conforme a la legislación del Estado requerido¹⁴. Su finalidad expresa es favorecer la readaptación social de las personas condenadas.

Entró en vigor con la tercera ratificación, el 26 de julio de 1974; y son 22 los países que la han ratificado o adherido a la misma: Albania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Georgia, Islandia, Letonia, Lituania, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Turquía y Ucrania.

La concepción fundamental que sirve de base, de conformidad con el informe explicativo de la Convención, es la asimilación de una sentencia extranjera (de cualquier Estado Parte) a las que emanan de cualesquiera Tribunales nacionales. Concepción que se aplica a tres diversas cuestiones: a) la ejecución de la sentencia; b) el efecto del principio *ne bis in idem*; y c) la toma en consideración de sentencias extranjeras en los llamados efectos indirectos.

La ejecución de sentencias extranjeras europeas ocupa la mayor parte del articulado del convenio (arts. 2 a 52); donde las *condiciones* que establece para tal ejecución, se pueden resumir en las siguientes:

1) con carácter absoluto, aunque no se contenga de modo expreso en el texto, que la sentencia hay sido pronunciada en absoluta conformidad con los derechos y libertades reconocidas en el Convenio europeo de 1950,

2) los hechos que han motivado la condena, deben ser también punibles de conformidad con la legislación del Estado requerido (art. 4.1),

3) la sentencia debe ser ejecutoria en el Estado donde se ha dictado

4) la solicitud debe ser válidamente presentada por el Estado de la sentencia, pero además obedecer a criterios de razonabilidad que sólo se entienden cumplimentados si concurre alguna de las condiciones siguientes (art. 5):

a) si el condenado tiene su residencia habitual en el otro Estado;

b) si la ejecución de la sanción en el otro Estado pudiese mejorar las posibilidades de rehabilitación social del condenado;

14 También existe, de la época de la CPE el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de las condenas penales extranjeras, hecho en Bruselas el 13 de noviembre de 1991, que en su relación con este CEVISP de 1970, sólo operaría subsidiariamente en la medida que complete o facilite las disposiciones que contiene; pero de los quince miembros, sólo han cumplimentado los trámites precisos para su entrada en vigor Alemania, España y los Países Bajos; y entre los nuevos EEMM, Letonia. Desde mayo de 2005, de conformidad con su artículo 21.3 se aplica provisionalmente entre los Países Bajos (incluidas las Antillas holandesas y Aruba; Letonia y Alemania).

c) si se trata de una sanción privativa de libertad que pudiera ejecutarse en el otro Estado como consecuencia de otra sanción privativa de libertad que el condenado sufra o deba sufrir en dicho Estado;

d) si el otro Estado es el Estado de origen del condenado y ya se ha declarado dispuesto a encargarse de la ejecución;

e) si estima que no está en condiciones de ejecutar el mismo la sanción, aunque recurra la extradición, y que el otro Estado sí lo está

Los posibles *motivos de rechazo a la solicitud de ejecución* se encuentran tasados (artículo 6):

a) si la ejecución fuese contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado requerido;

b) si la infracción penada reviste un carácter político o se trata de una infracción puramente militar, para el Estado requerido;

c) si existen razones serias para creer que la condena ha sido provocada o agravada por razones de raza, religión, nacionalidad u opinión política;

d) si la ejecución es contraria a los compromisos internacionales del Estado requerido;

e) si el hecho está siendo objeto de actuaciones en el Estado requerido o si éste decide entablar actuaciones respecto del mismo;

f) si las autoridades competentes del Estado requerido han resuelto no entablar procedimiento alguno o poner fin al ya entablado por el mismo hecho;

g) si el hecho se hubiere cometido fuera del territorio del Estado requirente;

h) si el Estado requerido no está en condiciones de ejecutar la sanción;

i) si la solicitud está fundada en la letra e) del artículo 5 y no se cumple ninguna de las demás condiciones previstas en dicho artículo;

j) si el Estado requerido estima que el Estado requirente está en condiciones de ejecutar él mismo la sanción;

k) si, por razón de su edad en el momento de cometer el hecho, el condenado no pudiese ser procesado en el Estado requerido;

l) si la sanción ya ha prescrito con arreglo a ley del Estado requerido;

m) en la medida en que la sentencia imponga una inhabilitación.

También obstaculiza la ejecución la aplicación del principio *ne bis in idem*, regulado en la Convención (art. 7).

Respecto de *los efectos de la transmisión de la ejecución*, que se inician desde la presentación de la solicitud (art. 11, con la excepción de las inhabi-

litaciones -art. 51-) se prevén expresamente el efecto recíproco entre los Estados concernidos de los actos que interrumpen o suspenden la prescripción (art. 8); el principio de especialidad por el hecho que motiva la transmisión salvo consentimiento del Estado transmitente o el regreso voluntario o no abandono del territorio del país requerido por parte del condenado (art. 9); la aplicación a la ejecución del régimen legal del Estado requerido (restando sólo al requirente la decisión sobre los eventuales recursos de revisión de la condena), si bien cada uno de los Estados podrá otorgar medidas de gracia (art. 10).

Las *solicitudes* deberán presentarse por *escrito* acompañadas de toda la documentación necesaria, incluida la certificación del carácter ejecutorio de la sanción, *dirigidas* a y por los respectivos Ministerios de Justicia, salvo que expresamente se acuerde la remisión directa entre autoridades; permitiéndose en caso de urgencia enviar las solicitudes y comunicaciones a través de INTERPOL (arts. 15 y 16); y no podrá exigirse *traducción* de las solicitudes y documentos anejos salvo declaración expresa de reservarse este derecho (art. 19), quedando en todo caso exentos de legalización (art. 20).

Especial problemática presentan las *sentencias en rebeldía*, cuando además la regulación sobre la materia resulta tan diferente en los diversos países europeos; resulta obvio que la ejecución directa de estas sentencias no resulta posible, pero su exclusión absoluta determinaría la pérdida en gran parte de la eficacia del Convenio; ante ello se opta por incluir en la ámbito de aplicación del Convenio la ejecución de las sentencias en rebeldía, pero estableciendo un sistema particular común, en virtud del cual los Estados garanticen al así condenado un examen contradictorio antes de cualquier ejecución de sentencia, que se efectuará a elección del condenado en el Estado requirente o en el Estado requerido (arts. 23 a 30).

En su consecuencia, una vez notificado al condenado la solicitud de la transmisión de la ejecución y de la posibilidad de interponer el recurso previsto en el Convenio las posibilidades subsiguientes son tres:

a) El condenado no formula dicho recurso: en este caso, la sentencia puede ser ejecutada como si fuera contradictoria.

b) El condenado formula el recurso ante el Tribunal del Estado requirente: en este caso, se le cita a la audiencia; si comparece - o se hace representar - y si la oposición se juzga admisible, el asunto se enjuicia de nuevo. Si no compareciera o si la oposición es estimada inadmisibile, la sentencia en rebeldía se considera contradictoria.

c) El condenado lo somete su recurso ante el juez del Estado requerido (también resulta competente si se formula oposición sin realizar elección): En este caso, si no comparece, la oposición se declara no acontecida y la sentencia en rebeldía se considera contradictoria. Al igual que si la oposición se estima inadmisibles. Si comparece y su oposición se entiende admisible, se juzga el asunto de nuevo como si se trataba de un hecho cometido en el Estado requerido.

Un sistema análogo de oposición se ha incluido para las denominadas *ordenances pénales*, las cuales suponen un procedimiento simplificado para la imposición de penas menores, a menudo de carácter simplemente administrativo; con frecuencia el resultado de un procedimiento monitorio penal, si bien se permite formular la correspondiente declaración para reservarse el derecho ejecutar tanto las sentencias en rebeldía como estas “ordenances pénales”.

Tras la previsión de medidas provisionales o cautelares, regula el Convenio la resolución acerca de la solicitud de ejecución por parte del Estado requerido; que si la estima procedente, le subsigue el proceso de *exequatur*, siempre atribuido a un tribunal, si bien para la ejecución de multas y confiscaciones puede ser encomendado a una autoridad administrativa, siempre que su resolución pueda ser objeto de recurso judicial (arts 37 y 38). Antes de dictar su resolución el tribunal concederá al condenado la posibilidad de exponer su punto de vista (art. 39); resolución contra la que existe la posibilidad de recurso.

Si la condena a ejecutar fuere *privativa de libertad* el tribunal del Estado requerido sustituirá la sanción privativa de libertad impuesta en el Estado requirente por una sanción prevista en su propia ley para la misma infracción; que si bien no podrá agravar la situación del condenado, sí podrá ser de naturaleza o duración distinta de la impuesta en el Estado requirente; y aunque esta última sanción fuese inferior al mínimo que la ley del Estado requerido permite imponer, el tribunal no quedará vinculado por dicho mínimo y aplicará una sanción correspondiente a la impuesta en el Estado requirente (art. 44.1 y .2). En todo caso al condenado, se le abonará los períodos de detención y prisión provisional sufridos, en uno u otro Estado.

Si la solicitud de ejecución atañe a una *multa* o una *confiscación* de una cantidad de dinero, el tribunal (o en su caso la autoridad administrativa en los términos antedichos) convertirá el importe en unidades monetarias del Estado requerido, aplicando el tipo de cambio vigente en el momento en que

se dicte la resolución; si bien dicha cantidad no podrá exceder, del máximo fijado por la ley de dicho Estado para la misma infracción. Existe obligación por parte del Estado requerido de respetar todas las facilidades de pago referentes tanto al momento como al escalonamiento de los plazos concedidas por el Estado requirente (art. 45).

Respecto al destino del producto de las multas y confiscaciones se ingresará en el tesoro del Estado requerido sin perjuicio de los derechos de terceros; y los objetos confiscados que presenten un interés particular podrán entregarse al Estado requirente si éste lo solicita (art. 46).

Se autoriza en caso de imposibilidad de la ejecución de la multa, salvo limitación establecida en la solicitud de ejecución, la imposición por el tribunal del Estado requerido de una *sanción sustitutoria privativa de libertad* en la medida en que las leyes de ambos Estados la prevean para tales casos (art. 48).

Respecto de las condenas privativas de libertad o cuantía de multa, que excedan del máximo previsto en la ley del Estado requirente o cuando respecto a la multa o la confiscación dicha sanción no esté prevista por la ley del Estado requerido para la misma infracción, se posibilita su imposición al Estado requerido, siempre que su ley permita la imposición de sanciones más graves.

Respecto de la *inhabilitación* impuesta en el Estado requirente sólo podrá surtir efecto en el Estado requerido si la ley de este último Estado permite imponer la inhabilitación por esa infracción; se faculta al tribunal que entienda de la causa apreciar la oportunidad de ejecutar la inhabilitación en el territorio de su propio Estado (art. 49). Si ordena la ejecución de la inhabilitación, determinará su duración dentro de los límites establecidos por su propia ley, pero igualmente sin poder exceder de los establecidos en la condena impuesta en el Estado requirente; aunque podrá limitar la inhabilitación a una parte de los derechos cuya privación o suspensión se haya impuesto (art. 50). Además aquí se faculta al Estado requerido para reponer al condenado en los derechos de que se le hubiera privado en virtud de una de estas resoluciones de conversión (art. 51).

Efectos internacionales de las sentencias penales europeas

a) *Ne bis in idem*.- Se trata de proyectar este principio al ámbito internacional, derivado de la confianza entre los países miembros del Consejo de Europa; por ello, sin perjuicio de regulaciones internas más amplias, se establece que la persona sobre la cual haya recaído una sentencia penal europea

no podrá ser procesada, condenada ni sometida al cumplimiento de una sanción por el mismo hecho en otro Estado Contratante:

a') cuando haya sido absuelta;

b') cuando la sanción impuesta:

i) se haya cumplido en su totalidad o esté en curso de ejecución, o

ii) haya sido objeto de un indulto o amnistía que se refiera a la totalidad de la sanción o a la parte no cumplida de la misma, o

iii) no pueda ya ejecutarse por razón de la prescripción;

c') cuando el tribunal haya declarado culpable al autor de la infracción sin imponerle una sanción.

Si bien se permite excepcionar esta aplicación si la infracción se hubiere cometido en su territorio o se hubiere cometido contra una persona, institución o bien que tenga carácter público en dicho Estado, o si la persona sobre la cual haya recaído la sentencia tuviera ella misma un carácter público en dicho Estado. En todo caso si se entablaran nuevas actuaciones penales contra una persona que haya sido condenada por el mismo hecho en otro Estado Contratante, se le abonará para el cumplimiento de la sanción que pueda imponérsele cualquier período de privación de libertad que haya sufrido en cumplimiento de la condena impuesta¹⁵.

15 En esta materia, la prohibición de ne bis in idem, también existe un peculiar desarrollo dentro de la Unión europea, aunque a través de la aplicación relativamente sorpresiva, de un instrumento conocido por otros fines, cuales son la supresión gradual de las fronteras interiores y una correlativa intensificación de la cooperación judicial y policial: el Convenido de Aplicación de los Acuerdos del Schengen, cuyo artículo 54 establece que una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra parte contratante siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la parte contratante donde haya tenido lugar la condena; norma que ha sido objeto de extensiva aplicación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: casos acumulados Gözütok y Brügge, C-187/01 y C-385/01, Miraglia C-469-03, Van Esbroeck C-436/04, Gasparini C-467/04; Van Estraten C-150/05; Kretzinger C-288/05; Kraaijenbrink C-367/05; Bourquain C-247/07; Turansky C-491/07.

Además de los arts. 54 y ss. CAAS, que se han manifestado con tan especial relevancia práctica; así como la previsión de su observancia plasmada en particulares instrumentos de reconocimiento mutuo (orden de detención, embargo y aseguramiento de pruebas, sanciones pecuniarias), deben destacarse los trabajos preparatorios del Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos Penales, de 23.12.2005 {COM(2005) 696 final}; además de la iniciativa República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio ne bis in idem (DO C 100, de 26.04.2003, pp. 24-27)

b) *Apreciación en otras sentencias.*- Alude a los efectos *indirectos*, diversos de la ejecución de la existencia de previas sentencias penales europeas, previstos en la ley nacional para las propias sentencias: determinación de la pena, apreciación de reincidencia; o bien a efectos *suplementarios*, para que las medidas relativas a las inhabilitaciones (generalmente accesorias) tengan efectividad¹⁶.

Este instrumento, si bien, ha sido escasamente ratificado, tuvo la virtud esencial de proyectar la cooperación judicial, sobre un ámbito inédito hasta entonces, cual era la ejecución de sentencias penales. En la actualidad, en el ámbito más restringido de la Unión Europea, diversos instrumentos en el ámbito reforzado del reconocimiento mutuo, regulan sectorialmente diversos institutos de esta fase de ejecución:

- Decisión Marco 2005/214/JAI de 24 de febrero, *relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.*

- Decisión marco 2006/783/JAI de 6 de octubre, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.*

- Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre, *relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u tras medias privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.*

6. Convenio sobre traslado de personas condenadas

Este instrumento de auxilio en la cooperación judicial penal tiene inicialmente por objeto el traslado de extranjeros hacia su país de origen para el cumplimiento de una condena *privativa de libertad*, a través de un procedimiento simple y rápido; en miras de favorecer su reinserción social; además de consideraciones humanitarias ante las dificultades de comunicación, barreras lingüísticas y ausencia de contacto con la familia.

El instrumento jurídico esencial de su regulación el ámbito europeo es el

¹⁶ Igualmente, para el ámbito de la Unión europea, estos efectos indirectos de las anteriores condenas, son contemplados por uno de los ejes de actuación del Libro Blanco relativo al intercambio de información sobre las condenas penales y sus efectos en la Unión Europea, que han dado lugar a la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

Convenio sobre traslado de personas condenadas (nº 112), hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983; y a su nacimiento no es ajena la insuficiencia y escasa repercusión de del CEVISP de 1970. Además deben tenerse en cuenta las matizaciones realizadas por el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (arts. 67 a 69, bajo la equívoca rúbrica capitular de transmisión de la ejecución de sentencias penales) y por el Protocolo Adicional de 18 de diciembre de 1997; y finalmente el Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987.

A ellos debe agregarse, la previsión del artículo 5.3 de la Decisión marco de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI): *cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea a efectos de en-tablar una acción penal fuere nacional del Estado miembro de ejecución o residiere en él, la entrega podrá supeditarse a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor.*

Además del ya citado instrumento de reconocimiento mutuo, la Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre, *relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u tras medias privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.*

El Convenio europeo de traslado de personas condenadas, es aplicada con una cierta asiduidad entre los Estados parte, habiendo sido ratificada (o prestado adhesión) por varios países ajenos al Consejo de Europa; así en la actualidad es de aplicación en Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la ex República yugoslava de Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países-Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Rusia, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania¹⁷, además de Australia, Bahamas, Bolivia, Canadá, Chile, Corea, Cos-

¹⁷ En definitiva, todos los EEMM del Consejo de Europa, con la excepción de Mónaco.

ta Rica, Ecuador, Estados-Unidos, Honduras, Israel, Japón, Mauricio, México, Panamá, Tonga, Trinidad y Tobago, y Venezuela.

Las diferencias en la concepción de este Convenio en relación con el CE-VISP de 1970, radican fundamentalmente según su informe explicativo oficioso:

a) En la previsión de un procedimiento simplificado que aligera notablemente el periodo de traslado.

b) El traslado puede ser solicitado tanto por el Estado donde la *condena* se ha pronunciado, como por el Estado de la nacionalidad del condenado (Estado de la *ejecución*).

c) El traslado se condiciona al consentimiento del condenado.

d) Este convenio se limita a proporcionar el procedimiento de traslado; pero no implica ninguna obligación para los Estados contratantes de acceder al traslado; circunstancia que determina que no se regulen las causas de denegación, ni la obligación de motivarlas.

Las *condiciones* que establece para el traslado son:

a) El condenado deberá ser nacional del Estado de cumplimiento;

b) La sentencia deberá ser firme;

c) La duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses el día de la recepción de la petición o indeterminada (excepcionalmente puede convenirse un límite inferior);

d) El condenado, o su representante, cuando por razón de su edad o de su estado físico mental uno de los dos Estados así lo estimare necesario, deberá consentir el traslado;

e) Los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena deberán constituir una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de cumplimiento o la constituirán si se cometieran en su territorio; y

f) El Estado de condena y el Estado de cumplimiento deberán estar de acuerdo en ese traslado.

Las *peticiones y respuestas* se formularán por escrito y la vía prevista es la de los respectivos Ministerios de Justicia. No se exige *certificación* de los documentos remitidos, salvo de la sentencia de condena y de las disposiciones legales aplicadas.

En la práctica al no existir un *procedimiento* reglamentado, es habitual que se siga por analogía, el establecido para la extradición en su fase gubernativa.

Una vez que el Estado de ejecución o cumplimiento tome a su cargo al

condenado, la consecuencia inmediata es la *suspensión del cumplimiento de la condena en el Estado de condena*; y en su consecuencia no podrá hacer que se cumpla la condena cuando el Estado de cumplimiento considere el cumplimiento de la condena como terminado. El *cumplimiento se regirá exclusivamente por la ley del Estado de ejecución*. No obstante cada Parte podrá conceder *el indulto, la amnistía o la conmutación* de la pena de conformidad con su Constitución o sus demás normas jurídicas; pero sólo el Estado de condena tendrá el derecho a decidir acerca de cualquier *recurso de revisión* presentado contra la sentencia.

Por su parte, las autoridades del Estado de cumplimiento tienen una doble alternativa:

a) la *prosecución* del cumplimiento de la pena inmediatamente o sobre la base de una resolución judicial o administrativa, en cuyo caso quedará vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal como resulten de la condena; salvo supuesto de incompatibilidad, que determinará una adaptación no agravatoria; o

b) la *conversión* de la condena, mediante un procedimiento judicial o administrativo, en una decisión de dicho Estado, que sustituya así la sanción impuesta en el Estado de condena por una sanción prevista por la legislación del Estado de cumplimiento para la misma infracción; en cuyo caso, la autoridad que realice la conversión:

- quedará vinculada por la constatación de los hechos fijados explícita o implícitamente en la sentencia dictada en el Estado de condena;

- no podrá convertir una sanción privativa de libertad en una sanción pecuniaria;

- deducirá íntegramente el período de privación de libertad cumplido por el condenado; y

- no agravará la situación penal del condenado y no quedará vinculada por la sanción mínima eventualmente prevista por la legislación del Estado de cumplimiento para la o las infracciones cometidas.

El *Protocolo adicional (STE nº 167) hecho en Estrasburgo el 18 de diciembre de 1997* atiende a la regulación de supuestos no contemplados en el Convenio:

a) Personas *evadidas* del Estado de condena que antes de cumplir la condena, en aras de sustraerse a la misma, se refugian en el territorio del Estado de su nacionalidad; supuesto en que se permite al Estado de condena solicitar

al de la nacionalidad hacerse cargo de la ejecución; transferencia de la ejecución que no precisa en este caso el consentimiento de la persona condenada.

b) Personas condenadas *afectadas de una medida de expulsión*, por ser integrante de la condena o simplemente consecuencia administrativa de la misma; en cuyo supuesto a solicitud del Estado de condena, el Estado de la nacionalidad, sin necesidad del consentimiento del condenado, pero oída su opinión, puede dar su acuerdo a la transferencia de la ejecución.

Ha sido ratificado por Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, la exRepública Yugoslava de Macedonia, Malta, Moldavia, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Rumanía, Rusia, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza y Ucrania.

El *Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen*, con expresa voluntad de completar este Convenio de 1983 (art. 67), ya ofrecía para las personas evadidas desde el Estado de condena al territorio del estado de su nacionalidad, la solución que regula ahora el Protocolo adicional de transferencia no condicionada al consentimiento del evadido (Arts. 68 y 69)¹⁸.

Por su parte el *Acuerdo relativo a la aplicación de este Convenio entre los EEMM de las CCEE de 1987*, tiene por objeto:

a) dar a los nacionales de otro Estado miembro cuyo traslado parezca ser apropiado y en beneficio del interesado, el mismo trato que a sus propios nacionales, teniendo en cuenta su residencia habitual y regular en su territorio;

18 Artículo 68.- 1. La Parte contratante en cuyo territorio se haya impuesto una pena privativa de libertad o una medida de seguridad que restrinja la libertad mediante una sentencia con fuerza de cosa juzgada contra un nacional de otra Parte contratante que, al huir a su país, se haya sustraído a la ejecución de dicha pena o medida de seguridad, podrá solicitar a esta última Parte contratante, si la persona evadida se encuentra en su territorio, que asuma la ejecución de la pena o de la medida de seguridad

2. A la espera de los documentos que apoyen la solicitud de reanudación de la pena o de la medida de seguridad o de la parte de la pena que quede por cumplir y de la decisión que se tome sobre dicha solicitud, la Parte contratante requerida podrá, a petición de la Parte contratante requirente someter a la persona condenada a detención preventiva o adoptar otras medidas para garantizar su permanencia en el territorio de la Parte contratante requerida.

Artículo 69.- La transmisión de la ejecución en virtud del artículo 68 no estará subordinada al consentimiento de la persona contra la que se haya impuesto la pena o la medida de seguridad. Serán aplicables por analogía las demás disposiciones del Convenio del Consejo de Europa de 21 de marzo de 1983 sobre el traslado de personas condenadas.

b) evitar que las declaraciones hechas al amparo del Convenio sobre traslado surtan efecto con respecto a los Estados miembros partes en el presente Acuerdo.

Para entrar en vigor precisa la ratificación de todos los signatarios; pero han comunicado su aplicación provisional entre los EEMM que admitan por declaración esta eventualidad: Bélgica, Dinamarca, España, Italia y Luxemburgo. Sólo Irlanda entre los países que han comunicado haber ultimado su procedimiento para entrar en vigor en su ordenamiento, no incluye declaración de aplicación provisional.

La novedad que instaura la Decisión Marco 2008/909/JAI, antes citada para los países de la Unión Europea, viene dada por su mayor vinculación, por cuanto ni el Convenio ni el Protocolo establecen una obligación básica de hacerse cargo de los condenados con vistas a la ejecución de una condena. Y como criterio general, no sólo en los supuestos excepcionales del Protocolo, ya no prevalece el consentimiento del condenado para la transmisión de la sentencia a otro Estado miembro.

7. Vigilancia de personas condenadas bajo condición o en libertad condicional

Estamos ante un supuesto de cooperación judicial penal que permite para una mejor readaptación del condenado y facilitar su vida social y familiar, abandonar el territorio del Estado donde ha sido sentenciado y condenado, pero se encuentra condicionalmente en libertad, bajo el compromiso de una vigilancia adecuada por las autoridades del Estado de residencia habitual.

El texto internacional que rige este instrumento es el Convenio europeo *para la vigilancia de las personas condenadas bajo condición o en libertad condicional*, hecho en Estrasburgo el 30 de noviembre de 1964 (STE nº 51).

España no es signataria; y hasta la fecha son parte: Albania, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, República Checa, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Italia, Luxemburgo, Montenegro, ex República yugoeslava de Macedonia, Países Bajos, Portugal, Serbia, Suecia y Ucrania.

El Convenio permite que sobre el territorio de un Estado parte, la puesta en ejecución de medidas condicionales: suspensión del pronunciamiento de la pena, remisión condicional, “probation”, liberación anticipada o medidas análogas, simultáneas o posteriores a la condena, impuestas por otro Estado contratante. Posibilita que personas extranjeras o residentes en el extranjero, puedan beneficiarse de tales instituciones, evitando su cumplimiento en me-

dio cerrado sin alternativa alguna, una vez que la vigilancia de la ejecución de la medida en el país de residencia del condenado resulta asegurada.

Las decisiones que acuerden las medidas condicionales han de ser *ejecutorias*; y los hechos que motivan su imposición debe ser reprimida por la legislación de ambos Estados (*doble incriminación*).

Existe una *triple modalidad de asistencia*:

a) asegurar únicamente la *vigilancia*; es decir controlar la observación de las condiciones; pero restando a favor del Estado de condena o requirente la facultad y competencia para decidir si han sido cumplidas o por el contrario corresponde la ejecución de la pena suspendida;

b) asegurar la *vigilancia y proceder eventualmente a la ejecución*; de modo que otorga la posibilidad tras la revocación de la medida condicional de invitar al Estado de residencia para que ejecute la pena suspendida; ejecución que habría de realizarse conforme a la legislación del Estado requerido; lo que le permite un mínimo margen de adaptación de la pena a ejecutar a su legislación nacional;

c) *declinar la competencia a favor del Estado de residencia* para transferirle la ejecución, de la que debe encargarse entonces como si hubiese sido pronunciada en su propio territorio; procedimiento recomendable cuando se piensa que el condenado no regresará al Estado de condena.

La vigilancia, la ejecución o la entera transferencia, no tendrá lugar (*causas absolutas de denegación de la solicitud*):

- si considera el Estado requerido que ello conlleva un atentado a su soberanía, su seguridad, a los principios fundamentales de su orden jurídico o a otros intereses esenciales

- si los hechos que motivan la solicitud han sido juzgados definitivamente en el Estado requerido

- si considera que tales hechos integran una infracción política o puramente militar

- si ha operado prescripción de conformidad con la legislación del Estado requirente o la del requerido

- si el autor se ha beneficiado con una medida de gracia en cualquiera de los dos Estados.

Mientras que puede ser rechazada (*causas relativas*):

- si por los mismos hechos las autoridades del Estado requerido han decidido no iniciar procedimiento penal o han puesto fin al iniciado

- si esos mismos hechos son objeto de diligencias instruidas en el Estado requerido

- si la condena que motiva la solicitud ha sido pronunciada en rebeldía

- en la medida que se estime que la condena es incompatible con los principios que inspiran el derecho penal del Estado requerido; principalmente si en razón de la edad el autor no hubiere podido ser condenado en el Estado requerido.

Como es constante en este tipo de convenios, *la vía de transmisión* de solicitudes y respuestas es a través de los Ministerios de Justicia respectivos (en caso de urgencia por intermediación de Interpol); salvo reserva no se exige traducción de la solicitud y de los documentos anejos; documentos que están exentos de cualquier formalidad de legalización.

En el ámbito más restringido de la Unión Europea, se ha profundizado la cooperación en esta materia a través de la Decisión Marco 2008/947/JAI de 27 de noviembre, *relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas*

8. Protocolo adicional al convenio europeo en el ámbito de la información sobre derecho extranjero

En la jurisdicción civil, no resulta infrecuente que la norma de conflicto, interna o convencional, determine que la ley material aplicable es la de otro Estado, en cuyo caso los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

En la actualidad existen medios informáticos que en ocasiones facilitan la tarea del conocimiento de las leyes de otro Estado; y el funcionamiento de las Redes Judiciales de Cooperación, también pueden ser un instrumento esencial para este fin, aun cuando siempre subsistirán problemas de localización de los textos y normas legales aplicables.

Pero incluso cuando se disponga del texto de la ley extranjera, todavía subsistirán otros problemas, como puede ser el de la vigencia de la norma, cambios legislativos, derogaciones tácitas, eficacia en integración sistemática en su ordenamiento, normativa sobre derecho transitorio aplicable en aquel Estado, etc. E incluso habrá que conocer la jurisprudencia para determinar el margen de aplicación de la norma.

Cuando la cuestión sea trascendente, ya serán las mismas partes en el

proceso las que se encargarán de ilustrar al Tribunal de la norma aplicable y sus interpretaciones, incluso por medio de los “dictámenes periciales en derecho”.

En el ámbito penal, el problema también subsiste, aunque mitigado, pues los tribunales no aplican derecho extranjero, pero resulta con frecuencia necesario conocerlo, por ejemplo, para saber si es viable la solicitud que se pretende, si rige el principio de doble incriminación saber si la conducta perseguida es típica también en el otro país; o si está sancionada con un mínimo de pena para ser atendida (caso de la extradición).

Para facilitar estas operaciones y conocer la normativa legal aplicable sobre una determinada materia en otro Estado, también existen convenios de cooperación que posibilitan esta tarea. Concretamente en sede del Consejo de Europa, encontramos el *Convenio europeo en el ámbito de información del derecho extranjero (nº 62), hecho en Londres el 7 de junio de 1968*. Está ratificado por 43 Estados del Consejo de Europa y también por Bielorrusia, México y Costa Rica. Su ámbito, aunque susceptible de ampliación, resulta limitado al derecho civil, mercantil y organización judicial.

Establece que cualquier Autoridad Judicial, en el curso de un procedimiento ya iniciado, podrá requerir a la Autoridad Central de otro Estado para que le informe del derecho aplicable en ese Estado respecto a una institución jurídica determinada.

Cuenta con un *Protocolo adicional (nº 97)*, firmado en Estrasburgo el 15 de marzo de 1978, que extiende el ámbito del Convenio nº 62 al derecho penal y al procedimiento penal, con inclusión de la actividad del Ministerio Fiscal y de la ejecución de medidas penales. Abarca también la posibilidad de que se solicite la información, aunque el procedimiento no se haya iniciado si la consulta tiene por finalidad la ponderación del inicio de una investigación concreta. Se encuentra ratificado por 37 Estados del Consejo, además de Bielorrusia y México.

En la integración del Protocolo en el Convenio del que forma parte, se concluye el siguiente contenido: *a) Autoridades centrales.*- Cada Estado debe designar uno o varios órganos encargados de la recepción de las solicitudes y de darles curso; así como un órgano encargado de la transmisión de estas solicitudes.

b) Solicitantes.- Tribunales y autoridades judiciales competentes en materia de persecución de delitos o para ejecución de sentencias definitivas.

c) Contenido de la solicitud.- Autoridad judicial de la que emana; natura-

leza del asunto de que se trata; determinación de los extremos sobre los que precisa la información; concreción del sistema judicial que se trate si existieran varios en el Estado requerido; resumen de los hechos para mejor comprensión de la información solicitada.

d) Respuesta.- La información podrá ser evacuada por el órgano de recepción directamente o bien remitirla a otro órgano estatal u oficial que la formule; excepcionalmente podrá ser encargada la respuesta a un organismo privado o a un profesional cualificado (si devengare gastos se pedirá conformidad al solicitante).

El contenido de la respuesta deberá ser objetivo e imparcial y eventualmente se acompañara de textos legales, reglamentarios y decisiones jurisprudenciales; incluso de comentarios doctrinales y notas explicativas.

Las informaciones contenidas en la respuesta no vincularán a la autoridad judicial que realizó la solicitud.

e) Vías.- La autoridad judicial puede enviar la solicitud directamente al órgano de recepción del país requerido. En cuyo caso la respuesta también puede serle enviada directamente a la autoridad judicial solicitante.

f) Obligatoriedad.- La respuesta debe ser formulada de forma obligatoria tan pronto como sea posible, salvo que los intereses del Estado requerido se vena afectados por el litigio del que emanan, o sea atentatorio a su soberanía o a su seguridad. Si mediara retraso deberá informarse del plazo de demora previsto.

g) Idioma.- El del Estado requerido; que contestará en su propia lengua.

h) Gastos.- No se devengarán, salvo si evacua a respuesta un organismo privado o un profesional cualificado con asentimiento del requirente.

Apéndice I. Documentación de Referencia

ENLACES WEB		
CONVENIO	STE	ENLACE WEB*
Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen de 1990	141	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=141&CM=8&DF=05/03/2012&CL=FRE
Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo de 2005	198	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=198&CM=8&DF=05/03/2012&CL=FRE
Convenio sobre cibercriminalidad de 2001	185	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=05/03/2012&CL=FRE
Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos penales de 1972	73	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=073&CM=8&DF=05/03/2012&CL=FRE
Convenio europeo sobre el valor internacional de sentencias penales de 1972	70	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=070&CM=8&DF=05/03/2012&CL=FRE
Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1983	112	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=112&CM=8&DF=05/03/2012&CL=FRE
Protocolo adicional al Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1883, de 1997	167	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=167&CM=8&DF=05/03/2012&CL=FRE
Convenio europeo para la vigilancia de personas condenadas o liberadas bajo condición de 1964	51	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=051&CM=8&DF=05/03/2012&CL=FRE
Protocolo adicional al Convenio europeo en el ámbito de la información sobre el derecho extranjero de 1978	97	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=097&CM=8&DF=05/03/2012&CL=FRE

* Enlace en francés al texto, informe explicativo, estado de firmas y ratificaciones y declaraciones y reservas. Si se desea en inglés, basta clicar sobre “English” en la pestaña que aparece en la pantalla.

Con cada vínculo se accederá a una página web donde encontrará a su vez vínculos a:

- El estado actualizado de firmas y ratificaciones
- Lista de declaraciones, reservas y otras comunicaciones

- Texto integral del convenio en formato Html
- Texto integral del convenio en formato Word
- Un resumen del convenio
- Un informe explicativo del convenio

Apéndice II. Relativo al Sistema Español

1. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen de 1990

El instrumento de ratificación español es de 30.07.1990 (BOE 10.11.1997): aunque España, al contrario del ejemplo comparado y de exigencias lógico normativas, se limitó a publicar el Instrumento de ratificación, sin adaptación legislativa interna y dejando sin cumplimentar extremos esenciales regulados en el Convenio; que tampoco resolvió con la ulterior publicación del Código Penal de 1995; aunque la Ley Orgánica 15/2003, subsanó la principal laguna, al introducir el decomiso de valor equivalente, cuando los bienes que hubiese que decomisar no se localizaran o hubieren salido del patrimonio del condenado.

En el momento de la ratificación, España realizó las siguientes declaraciones:

- *En relación con el artículo 23:*

“Se designa como Autoridad Central para enviar y contestar las solicitudes efectuadas en virtud de este Convenio, así como para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución, a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia”. Luego ratificada por misiva de 9 de marzo de 1999, donde señala la dirección de esa Autoridad Central: *Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, San Bernardo, 45, 28071 Madrid.*

- *En relación con el artículo 25.3:*

“Se reserva la facultad de exigir que las solicitudes y piezas anexas sean acompañadas de una traducción en una de las lenguas oficiales del Consejo de Europa”.

- *En relación con el artículo 32.2:*

“Se declara que las informaciones o elementos de prueba facilitados en virtud del presente capítulo no podrán, sin consentimiento previo, ser utilizados o transmitidos por las autoridades de la Parte requirente para fines de investigación o procedimientos distintos de los previstos en la solicitud”.

Con posterioridad, el 5 de marzo de 2008, realizó la siguiente declaración, *en relación con el artículo 38:*

“En el caso en que el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen se extendiera por el Reino Unido a Gibraltar, el Reino de España desea formular la declaración siguiente:

1.- Gibraltar es un territorio no autónomo del que el Reino Unido es responsable para las relaciones exteriores y que está sometido aun proceso de descolonización de acuerdo con las decisiones y resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas.

2.- Las autoridades de Gibraltar tienen un carácter local y ellas ejercen competencias exclusivamente internas que tienen su origen y su fundamento en la distribución y la atribución de competencias efectuadas por el Reino Unido, en conformidad con su legislación interna, en su condición de Estado soberano, del cual depende el territorio no autónomo mencionado.

En consecuencia, la eventual participación de las autoridades gibraltarianas en la aplicación del presente Convenio se comprenderá realizada exclusivamente en el marco de competencias internas de Gibraltar, y no podrá ser considerado que produce un cambio en relación con lo que ha sido establecido en los párrafos precedentes”.

2. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo de 2005

Es un convenio relativamente reciente; pero integra un instrumento evolucionado respecto del anterior de 1990, con la adición fundamental de: a) las técnicas de información y seguimiento de movimientos bancarios, en fórmula muy similar a la contemplada en el Protocolo 2001, al Convenio de Asistencia en materia penal entre Estados Miembros de la Unión Europea del 2000, que España ha ratificado; y b) las recomendaciones GAFI, sobre la financiación del terrorismo, tema prioritario para España.

España lo ha ratificado por Instrumento de 28 de diciembre de 2009 (BOE de 26-06-2010), con entrada en vigor para España el 1 de julio de 2010

3. Convenio sobre ciberdelincuencia de 2001

Es ratificado por España el 20 de mayo de 2010 (BOE 17.09.2010), con la única declaración de salvaguarda que habitualmente se contiene para todos los instrumentos internacionales, en el caso de que fuere extendido por el Reino Unido a Gibraltar.

Resultaba obvia su necesidad, pues estamos ante un instrumento primordial en el ámbito de la cooperación judicial penal; pues con frecuencia, en las transacciones internacionales, habituales en la delincuencia organizada económica (subsiguiente a tráfico ilícito, trata, corrupción, etc.) el único medio de acreditar su existencia es a través del seguimiento de su trazabilidad informática, lo que permitirá conforme a las previsiones de su normativa, la incautación o embargo del dato informático para ser utilizado ulteriormente como prueba, pero también, en ocasiones ese dato informá-

tico, será el título de determinados activos, o al menos indicará su ubicación, lo que permitirá asimismo su consecuente embargo con fines de decomiso.

Los criterios jurisprudenciales ampliamente reiterados por nuestro Tribunal Supremo para las intervenciones telefónicas, en la provisionalidad con que complementan nuestra legislación, serán los que deban aplicarse en virtud de la “genérica” expresión de comunicaciones del artículo 579 LECrim, en conjunción con los artículos 582 y 583 LECrim para la obtención de estas pruebas electrónicas o informáticas; a pesar de la ambigüedad de su redacción, al prever intervención y observación, aunque obviamente, tras la advertencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sería deseable una regulación expresa y detallada donde se contemplaran las medidas previstas en el Convenio.

En definitiva debería instarse para España, amén de una sistemática regulación de la intervención de telecomunicaciones, la regulación que prevea la posibilidad de mandamientos (judiciales), ya para autorizar el registro de ordenadores si se encontraran en el sitio registrado o para acceder al contenido de aquellos sistemas informáticos controlados o disponibles desde el ordenador inicial. A su vez también debería preverse la existencia de un mandamiento único para evitar la posible, morosa y sucesiva necesidad de mandamientos sucesivos con un mismo fin: 1) un primer mandato para lograr unos datos de tráfico concretos; 2) un segundo mandato (a veces plural, en especial si median diversos prestadores de servicios, para conocer todos los datos en el trazado completo de la comunicación); 3) un tercer mandato para lograr la identificación del abonado concreto; y 4) un cuarto mandato para acceder al contenido de la información o a la incautación y examen de un ordenador o sistema informático concreto. Lógicamente con las exigencias de exclusividad jurisdiccional, con motivación expresa del criterio de proporcionalidad, siempre dentro de un proceso penal abierto y con la finalidad descubrir el autor o la existencia de una actividad delictiva concreta.

La tarea de investigación, resulta facilitada por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*; que se impone a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, o que exploten una red pública de comunicaciones electrónicas; y ello precisamente a los fines de detección, investigación y enjuiciamiento de un delito contemplado en el Código Penal o las leyes penales especiales. El listado de datos que quedan sujetos a la obligación de conservación en el marco de las comunicaciones por telefonía fija, móvil o Internet, que en ningún caso revelarán el contenido de la comunicación, son los necesarios para identificar el origen y destino de la comunicación, su hora, fecha y duración, el tipo de servicio utilizado y el equipo de comunicación de los usuarios utilizado. En aplicación de las previsiones contenidas en la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, quedan incluidas también en el ámbito de aplicación de la Ley las denominadas llamadas telefónicas infructuosas. Igualmente se incluye la obli-

gación de conservar los elementos que sean suficientes para identificar el momento de activación de los teléfonos que funcionen bajo la modalidad de prepago. Con carácter general el plazo de conservación de estos datos será de doce meses desde que la comunicación se hubiera establecido (si bien reglamentariamente se podrá reducir a seis meses o ampliar a dos años, como permite la Directiva 2006/24/CE). Contempla un régimen sancionador administrativo, además de prever que los incumplimientos de la obligación de puesta a disposición de los agentes facultados, en la medida en que las solicitudes estarán siempre amparadas por orden judicial, constituirían la correspondiente infracción penal.

4. Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos penales de 1972

El instrumento de ratificación español es de 24 de junio de 1988 (BOE 10.11.88).

España efectuó dos *declaraciones* al ratificar el Convenio; la facultad de exigir que los documentos le sean remitidos acompañados de una traducción al español; y el derecho de rehusar una solicitud de prosecución en los casos que considere que la infracción tiene carácter puramente religioso, a rechazar una solicitud de instrucción de procedimiento por un hecho que resulte en su legislación de la competencia exclusiva de una autoridad administrativa y a no aplicar las previsiones sobre pluralidad de procedimientos represivos por un hecho cuya sanción, según su propia legislación o la del otro Estado, sea competencia exclusiva de una autoridad administrativa.

Dado el escaso número de Estados que han ratificado este Convenio, con frecuencia, de forma indirecta se utiliza para idéntico fin, la vía de la *denuncia a efectos de iniciar un procedimiento* en otro Estado, prevista en el artículo 21 del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal.

5. Convenio europeo sobre el valor internacional de sentencias penales de 1972

El Instrumento de ratificación español es de 2 de septiembre de 1994 (BOE 30.03.96).

España efectuó tres reservas y una declaración:

1.ª reserva:

«En aplicación del párrafo 2.º del artículo 19, España se reserva la facultad de exigir que las peticiones de ejecución y los documentos anejos vengan acompañados por una traducción en español.»

2.ª reserva:

«En aplicación del párrafo 4.º del artículo 44, España se reserva el derecho a ejecutar una sanción privativa de libertad de la misma naturaleza que la de la imputada en el Estado requirente, incluso cuando la duración de ésta exceda del máximo

previsto por su ley para una sanción de esta naturaleza. Sin embargo, dicha norma solamente será aplicada en los casos en que la ley española permita imponer por el mismo delito una sanción que tenga al menos la misma duración que la de la impuesta en el Estado requirente pero que sea de naturaleza más severa. La sanción aplicada podrá cumplirse, si su duración y su finalidad así lo exigieran, en un establecimiento penitenciario destinado al cumplimiento de sanciones de otra naturaleza.»

3.ª reserva:

«En aplicación del artículo 61, párrafo 1.º, España se reserva el derecho de:

a) denegar la ejecución si estimare que la condena se refiere a una infracción de orden fiscal o religiosa;

b) denegar la ejecución de una sanción dictada por razón de un acto que, con arreglo a su ley, hubiere sido competencia exclusiva de una autoridad administrativa;

c) denegar la ejecución de una sentencia penal europea dictada por las autoridades del Estado requirente en una fecha en que la acción penal correspondiente a la infracción que se hubiere sancionado en dicho Estado hubiere quedado excluida en virtud de prescripción con arreglo a su propia ley;

d) denegar la ejecución de sentencias dictadas en rebeldía;

e) denegar la aplicación de las disposiciones del artículo 8 en los casos en que hubiere una competencia originaria y solamente reconocer, en dichos casos, la equivalencia de los actos realizados en el Estado requirente que tengan como efecto interrumpir o suspender la prescripción.»

Declaración:

«En aplicación del artículo 63, España declara que el Convenio se refiere a las penas impuestas por sentencias de los Tribunales del orden penal y de los Jueces de instrucción y a las medidas de seguridad impuestas en virtud de sentencia o por auto de sobreseimiento en aplicación del artículo 8.1 del Código Penal.»

Aunque como sabemos, en la actualidad, la posibilidad de acordar mediadas de seguridad en el auto de sobreseimiento, resulta proscrita conforme a la doctrina constitucional, al no haber mediado un debate contradictorio.

Por último, conocemos que existe, de la época de la CPE el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas *sobre la ejecución de las condenas penales extranjeras*, hecho en Bruselas el 13 de noviembre de 1991, que en su relación con este CEVISP de 1970, sólo operaría subsidiariamente en la medida que complete o facilite las disposiciones que contiene; pero de los quince miembros, sólo han cumplimentado los trámites precisos para su entrada en vigor Alemania, España y los Países Bajos; y entre los nuevos EEMM, Letonia. Desde mayo de 2005, de conformidad con su artículo 21.3 se aplica provisionalmente entre los Países Bajos (incluidas las Antillas holandesas y Aruba; Letonia y Alemania). España declaró de conformidad con el artículo 8.3, que cuando sea Estado de ejecución aplicará el sistema de prosecución previsto en el párrafo 1.a de dicho artículo, y cuando sea Estado de condena admitirá

que el Estado de ejecución aplique cualquiera de los procedimientos previstos en los párrafos 1.a y b de este artículo.

6. Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1983 y protocolo adicional de 1997

Ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE 10.6.85).

Es aplicado con cierta asiduidad; y así por lo que respecta a España entre 1996 y el 2000 fueron 403 los españoles condenados en el extranjero que pasaron a cumplir su condena en España (respecto a los condenados en España que pidieron cumplir en el extranjero, sólo entre 1999 y 2000 se alcanzó la cifra de 405); aún así a finales de 2001, 1259 españoles cumplían condena privativa de libertad en el extranjero, cantidad que en 2007 ascendió a 1547 (aunque se mantiene constante el porcentaje que es debido a delitos de tráfico de drogas, aproximadamente el 75%). En cómputo total ya por Convenios multilaterales o bilaterales, expedientes de españoles condenados en el extranjero, que deseaban cumplir su condena en España, la AN tramitó 116 expedientes en 1999, 155 en 2000, 116 en 2001, 152 en 2002, 157 en 2003, 180 en 2004, 147 en 2005 y 52 en 2006:

Incluso cuenta este Convenio con bibliografía en español: MANZANARES SAMANIEGO, *El Convenio del consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas* en Comentarios a la legislación penal, T VIII: El extranjero y la legislación penal Española, Cobo del Rosal (dir) y Bajo Fernández (coord), Madrid, 1988; y más reciente MAPELLI CAFFARENA / GONZÁLEZ CANO, *El traslado de personas condenadas entre países*, Madrid, 2001.

Al ratificar, España formuló las siguientes declaraciones:

- *al artículo 3.3*: “España indica que excluye la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 9.1b en sus relaciones con las otras partes”.

Es decir, en la alternativa facultada a las autoridades del Estado de cumplimiento entre: a) la *prosecución* del cumplimiento de la pena inmediatamente; o b) la *conversión* de la condena, mediante un procedimiento judicial o administrativo, en una decisión de dicho Estado, que sustituya así la sanción impuesta en el Estado de condena, España ha formulado declaración indicando la exclusión de este último procedimiento de conversión en sus relaciones con las otras Partes. Aludía obviamente a su actividad como Estado requerido; sin embargo alguna resolución de Audiencia Provincial que condicionó el traslado a que no se aplicara el procedimiento de conversión, motivó que se matizara la declaración indicando que excluía el procedimiento de conversión, cuando fuere Estado de cumplimiento o ejecución (BOE 17 de marzo de 1994).

- *al artículo 3.4*: “En lo que concierne al presente convenio, España considerara como nacionales las personas que gocen de esta calidad en virtud de las normas del título I del libro I del Código Civil español”.

- *al artículo 16.7*: “A los efectos del artículo 16.7, España exige que se le notifique cualquier tránsito de un condenado en vuelo sobre su territorio”.

- *al artículo 17.3*: “España requiere que las demandas de traslado y los documentos que las fundamentan sean acompañados de una traducción en lengua española”.

El 9 de junio de 1987, señaló como Autoridad Central, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, c/ San Bernardo, 47, 28015 MADRID.

En la práctica al no existir un *procedimiento* reglamentado, se sigue por analogía, el establecido para la extradición en su fase gubernativa¹⁹:

a) Tras la solicitud del interesado, habitualmente a la Autoridad de condena, se remite a los Ministerios de Justicia de uno y otro Estado.

b) El Ministerio de Justicia del Estado de condena, tras comprobar la existencia y vigencia del Convenio existente con el Estado a donde se solicita el traslado, deberá solicitar del Tribunal sentenciador, la sentencia condenatoria, su declaración de firmeza, la liquidación de condena y muy especialmente, testimonio del consentimiento del interesado, expresada ante la autoridad judicial. Una vez traducida toda esta documentación, es remitida al Estado de cumplimiento.

c) El Estado de cumplimiento por su parte deberá remitir, declaración de que el condenado es nacional de dicho Estado; reseña de la normativa de la que resulte que los hechos objeto de condena integran infracción penal también en el Estado de cumplimiento y una declaración donde manifieste qué opción procedimental entre la prosecución o la conversión, va a aplicar.

d) Compilada toda la documentación procedente de uno y otro Estado, el Ministerio de Justicia español elevará al Consejo de Ministros propuesta de Acuerdo autorizando el traslado. Si el Consejo de Ministros autoriza el traslado, tal Acuerdo será comunicado al Ministerio de Justicia del Estado de cumplimiento, al Tribunal sentenciador, a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y a la Dirección General de Policía (Servicio de INTERPOL). Si se tratase de españoles condenados en el extranjero, la notificación del Tribunal sentenciador será sustituida por la notificación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, competente para hacerse cargo

¹⁹ Cifr. FBuenoARÚS con la colaboración de JALARCÓN BRAVO, El procedimiento de traslado y los Convenios firmados por España; conferencia impartida el 1 de marzo de 2001, cuando el primero era Director General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional y el segundo Subdirector General de Cooperación Jurídica Internacional, en las jornadas organizadas por la Fundación Ramón Rubial-Espanoles en el Mundo y la Universidad Carlos III de Madrid, cuyo texto en las fases descritas apenas he resumido; puede consultarse en la página web <http://www.espamundo.org/JORNADAS/Ponencia%20Bueno%20Arus.htm>, visitada el día 14 de mayo de 2006

de la ejecución de la condena de acuerdo con el artículo 65.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

e) El traslado y entrega será llevada a cabo por el Servicio de INTERPOL, previo acuerdo con el Servicio de INTERPOL del otro Estado. Al tiempo se entregará un certificado emitido por la administración penitenciaria, del tiempo de condena cumplida y el abonado en su caso por cualquier motivo.

España no ha firmado el *Protocolo adicional (STE nº 167) hecho en Estrasburgo el 18 de diciembre de 1997*; aunque en la actualidad, 30 Estados, ya lo han ratificado y 4 más meramente lo han firmado.

7. Convenio europeo para la vigilancia de personas condenadas o liberadas bajo condición de 1964

Convenio escasamente aceptado (19 ratificaciones y 5 firmas más), pese a su utilidad, no ha sido firmado por España; aunque la Decisión marco adoptada sobre esta materia en noviembre de 2008, paliará próximamente, al menos de modo parcial esta carencia.

8. Protocolo adicional al convenio europeo en el ámbito de la información sobre el derecho extranjero

El instrumento de ratificación de España es de 14 de junio de 1982 (BOE 24.06.1982)

Las declaraciones efectuadas, han sido para designar Autoridad central, la misma que ya hemos reiterado en relación con convenios anteriores y la referida a Gibraltar, también expuesta anteriormente.

ESPACIO SCHENGEN

Raquel Castillejo Manzanares

1. Las medidas de investigación de hechos delictivos: la cooperación policial

El artículo 13 del Acta Única convertido en el artículo 8^a del Tratado de Roma, establece que las fronteras entre los países miembros de la Comunidad Europea deben desaparecer en la fecha de 1 de enero de 1993, creándose la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

Ante semejante declaración, los Estados miembros de la Comunidad mostraron gran temor a la desaparición de controles que impedían la libre circulación de las personas, convencidos de que la desaparición de las fronteras incrementaría las actividades criminales y el flujo de entrada de inmigrantes ilegales de terceros países. Ello hizo que sólo algunos Estados miembros de las Comunidades Europeas firmaran el primer Acuerdo de Schengen de 1985, el que se vería desarrollado posteriormente por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990.

Schengen se articula sobre el principio de traslado de los controles de unas fronteras interiores a las fronteras exteriores y en la adopción de una serie de “medidas compensatorias”, como conjunto de medidas que permiten el desmantelamiento de los controles en las fronteras interiores, y que están destinadas a avalar que la seguridad del territorio común no esté menos garantizada de lo que actualmente está en cada uno de los Estados concernidos.

Por estos motivos el Convenio contempla las condiciones relativas a cruce de fronteras interiores y exteriores; visados, circulación de extranjeros, asilo y permisos de residencia; cooperación policial y judicial, extradición, estupefacientes y armas de fuego; transporte y circulación de mercancías, etc. Asimismo contiene las bases para la creación de un sistema informático que facilite la impermeabilización de las fronteras exteriores a la vez que un inter-

cambio de informaciones judiciales, policiales y administrativas que mejoren la cooperación en estas materias.

1.1. La asistencia policial

La cuestión relativa al refuerzo de los controles de las fronteras exteriores resultaba ciertamente problemática, por ello nos centraremos en el marco de los Instrumentos de Schengen, en el estudio relativo a la justicia penal, incluida la fase preprocesal.

Por consiguiente, partimos de la comisión de un hecho delictivo con repercusiones en varios Estados de la Europa Schengen, porque sea preciso investigar en otro país los hechos; porque sea necesario detener y entregar al inculpado al Estado donde el delito se cometió; porque deban practicarse en el extranjero determinadas diligencias procesales; porque se pretenda el cumplimiento de la pena en otro Estado.

En este marco, el que la aplicación del Acuerdo de Schengen pudiera suponer una disminución en la seguridad de los controles existentes en las fronteras comunes, hizo preciso establecer determinados mecanismos de cooperación policial, contemplados en los artículos 39 a 53 del Convenio.

Pues bien, la primera medida de cooperación policial que el Convenio de Schengen contiene es la de asistencia policial, que se extiende tanto a la prevención de delitos, en cuyo caso cabe también prestarla de propia iniciativa de las autoridades extranjeras, según dispone el artículo 46.1 del Convenio; como a la investigación de hechos delictivos –art. 39 Convenio-. La actividad de asistencia en este último marco parece poder entenderse en un sentido amplio, comprensiva de cualquier tipo de medidas, gestiones, diligencias o actuaciones que en el ámbito propio del quehacer policial se puedan requerir de estos servicios y se deban realizar en el territorio de ese otro Estado. Y que definitivamente, se articulan en tres tipos de medidas concretas: la asistencia entre los servicios nacionales de policía; el ejercicio transfronterizo de la técnica policial, y el establecimiento de medios materiales para el ejercicio de la acción policial, aunque esencialmente el artículo 39.2 se refiere a informaciones.

A pesar de la amplitud con la que se concibe la asistencia policial, encuentra dos limitaciones, a saber, la reserva judicial y la aplicación de medidas coactivas. Así bien, en primer lugar, se excluyen de este mecanismo las medidas o diligencias que hayan de ser solicitadas precisamente por una

autoridad judicial, es decir, las peticiones de cooperación internacional reservadas a la autoridad judicial, en cuyo caso serán de aplicación los preceptos del capítulo II, rubricado “Asistencia judicial en materia penal”.

Desde otro punto de vista y suponiendo la regularidad de lo solicitado, esto es, aunque en el Estado requirente no esté reservado a la autoridad judicial, tampoco debe estarlo en el Estado requerido en orden a su cumplimiento. De modo tal que, las autoridades encargadas del cumplimiento de la solicitud efectuarán un segundo control, tendente a no dar cumplimiento por sí a la solicitud si su cumplimiento está reservada a la autoridad judicial. En todo caso, el que la solicitud no pueda ser cumplimentada por los agentes policiales, no significa sin más su desestimación. Pues, conforme al último inciso del artículo 39 del Convenio, si la autoridad de policía requerida no es competente para ejecutar la solicitud, podrá transmitirla a la autoridad que si lo sea, que en buena lógica será la autoridad judicial.

La segunda limitación viene referida a que no puede utilizarse este mecanismo cuando para cumplimentar la solicitud de asistencia la policía tuviera que aplicar medidas coactivas.

El Convenio respeta la legislación nacional, sin que a la policía le sea dado excederse de los límites de actuación y de las competencias que sus propias normas le imponen. Pero al propio tiempo, restringe las actuaciones policiales a instancia directa de los servicios extranjeros a los solos supuestos en que no haya que utilizar coacción, y tal disposición debe entenderse aplicable aún cuando la legislación nacional le permitiera de propia autoridad el empleo de la coacción.

1.2. La vigilancia transfronteriza

El artículo 40 del Convenio¹ regula una forma de cooperación pasiva entre los

¹ Artículo 40 “Los agentes de una de las Partes contratantes que, en el marco de una investigación judicial, estén vigilando a una persona que presuntamente haya participado en un hecho delictivo que pueda dar lugar a extradición estarán autorizados a proseguir tal vigilancia en el territorio de otra Parte contratantes cuando ésta haya autorizado la vigilancia transfronteriza a raíz de una solicitud de asistencia judicial presentada previamente. En la autorización se podrán imponer condiciones. Previa solicitud, la vigilancia se encomendará a los agentes de la Parte contratante en cuyo territorio se realice. La solicitud de asistencia judicial mencionada en el párrafo primero deberá dirigirse a una autoridad designada por cada una de las Partes contratantes y competente para conceder o transmitir la autorización solicitada”.

Estados de Schengen en la investigación de hechos delictivos, consistente en permitir que se realicen dentro de su territorio actividades de vigilancia por parte de agentes extranjeros, aunque también puede solicitarse que se encomiende la observación a agentes del Estado donde tiene lugar.

En este sentido, el derecho de vigilancia o de observación consiste en la posibilidad, sujeta a la autorización del Estado en el cual se lleva a cabo, de continuar en el marco de una investigación judicial la vigilancia de una persona sospechosa de haber participado en un hecho delictivo, susceptible de dar lugar a la extradición, sin que los agentes de vigilancia puedan interpelar ni detener a la persona observada.

Según la dicción del artículo, la medida de vigilancia transfronteriza se contempla “dentro de un proceso penal abierto”, en el seno de una “investigación judicial” y se centra exclusivamente en la persona que hubiera participado en un hecho delictivo, y sólo en ella; por tanto, se trata en realidad de “asistencia judicial”, o cooperación recabada por una autoridad judicial, de donde mal se puede entender su ubicación en el capítulo de la cooperación policial.

Si la vigilancia transfronteriza, en situación de normalidad, se adopta dentro de un proceso penal, sin duda alguna deberá ser ordenada por la autoridad judicial que lo esté instruyendo, como responsable de la investigación de los hechos delictivos.

Esta petición de asistencia judicial precisa de un requisito de índole temporal, que la petición sea previa a la vigilancia; y otro material, canalizar la petición a través de las autoridades designadas por cada Estado para su transmisión y cumplimiento. En el Convenio se designa para todos los Estados a una autoridad policial como la “autoridad competente para conceder o transmitir la autorización solicitada”. Lo que quiere decir que, partiendo de la base del previo mandamiento judicial, tanto la transmisión al extranjero de la solicitud como la autorización para que la medida se produzca en España compete a las autoridades policiales y no a una autoridad judicial.

Por otro lado, será preciso además que para que la vigilancia transfronteriza se pueda llevar a cabo, los delitos por los que se ordene superen el mínimo punitivo previsto en el Convenio Europeo de Extradición, esto es, penas privativas de libertad de un año por lo menos, sin olvidar que Francia lo tiene elevado a una duración máxima de dos años como mínimo.

Una vez autorizada la vigilancia transfronteriza por el Estado visitado, la actuación por los agentes visitantes deberá someterse a una serie de condi-

ciones, tales como el sometimiento al Derecho del Estado donde se realiza; la obediencia a las órdenes de las autoridades locales; la permanente identificación y justificación de la autorización; la prohibición de utilizar el arma de servicio, salvo en caso de legítima defensa; la prohibición de entrada en los domicilios y en los lugares que no estén abiertos al público; la prohibición de interrogar o de detener a la persona vigilada; y la presentación de un informe a las autoridades donde se han realizado la vigilancia, así como la debida colaboración con ellas en la investigación que resulte de la operación en que participaron.

En cuanto al efecto del seguimiento transfronterizo pueden darse tres posibilidades: la primera consiste en que, cumplidos los requisitos de los apartados 2 y 3 del artículo 40 del Convenio, como la medida de observación transfronteriza no se configura con límites ni espaciales ni temporales, la vigilancia no dé ulteriores resultados, o no proporcione nuevos elementos, como la obtención de datos o informaciones sobre las actividades del vigilado en el extranjero, que se podrán aportar como prueba documental o testifical en el proceso penal, no desemboque, por sí misma, en ninguna otra actuación. Una segunda posibilidad consiste en que, como consecuencia del seguimiento transfronterizo, los datos adquiridos por los seguidores, aconsejen al juez del país de procedencia a ordenar la detención, para lo cual será preciso obtener previamente una solicitud de detención provisional –art. 16 del Convenio Europeo de Extradición- o una descripción en el SIS –art. 64 del Convenio-. En tal caso, el inmediato libramiento de la orden internacional de detención determinaría la apertura de un procedimiento de extradición pasiva, y el reclamado debería ser inmediatamente detenido por la Policía y puesto a disposición del Juez. Una tercera posibilidad es la eventualidad de la perpetración de un delito en el país de seguimiento por parte de la persona vigilada, al tratar de evitar la vigilancia; o en el momento de ser capturado como consecuencia de la ejecución de una solicitud de detención preventiva librada por el Juez del país de procedencia.

1.3. La persecución en caliente

La llamada “persecución en caliente” (*hot pursuit*) representa otra forma de cooperación pasiva, en virtud de la cual un Estado tolera que dentro de su territorio se desarrollen actividades de seguimiento de una persona, darle al-

cance y proceder a su retención por parte de agentes extranjeros, dirigidas a la represión penal que ha de aplicarse fuera de sus fronteras –art. 41 del Convenio–².

La persecución transfronteriza, se enmarca casi exclusivamente en el ámbito de cooperación policial, pues por su naturaleza no exige la existencia de una comisión rogatoria penal previa, como en el supuesto anteriormente examinado. Ello es así, porque el dispositivo está pensado para el caso de delitos flagrantes, cuya persecución no se haya interrumpido o para el caso de evasión de detenidos o condenados.

Así bien, destaca en primer lugar de esta media que sólo procede cuando se “continúe” la persecución de una persona hallada en “delito flagrante”. El Convenio se refiere a una actuación estrictamente policial pero preordenada o dirigida a un proceso penal que habrá de iniciarse normalmente en el país donde el delito se cometió, en donde se sorprendió al delincuente y se inició la persecución, a este proceso habrá de incorporar necesariamente el oportuno atestado con las incidencias que se hubieren producido.

En segundo lugar, sólo cabe en caso de delitos graves o muy graves. Para determinar cuáles sean estos delitos, el Convenio brinda a los Estados dos posibilidades, o bien se admite la persecución por toda infracción que pueda dar lugar a extradición; o bien por hechos que constituyan delito de los que aparecen enunciados en un listado: Asesinato, homicidio, violación, incendio provocado, falsificación de moneda, robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación, extorsión, secuestro y toma de rehenes, tráfico de seres humanos, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, infracciones de las disposiciones legales en materia de armas y explosivos, destrucción con explosivos, transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos.

2 Según el artículo 41 del Convenio “Los agentes de una de las Partes contratantes que, en su país estén siguiendo a una persona hallada en flagrante delito de comisión de una de las infracciones mencionadas en el apartado 4, o de la participación en una de dichas infracciones estarán autorizados a proseguir la persecución sin autorización previa en el territorio de otra Parte contratante cuando las autoridades competentes de la otra Parte Contratante, debido a la especial urgencia, no hayan podido ser advertidas previamente de la entrada en el territorio por uno de los medios de comunicación mencionados en el artículo 44, o cuando dichas autoridades no hayan podido personarse en el lugar con tiempo suficiente para reanudar la persecución. Se aplicarán las mismas normas cuando la persona perseguida se hubiese evadido mientras estaba bajo detención provisional o cumpliendo una pena privativa de libertad”.

En tercer lugar, es precisa previa autorización del lugar donde los delinquentes y perseguidores se adentran; sin embargo nada se concreta respecto de las autoridades competentes para conceder la autorización.

Cabría integrar el supuesto con dos interpretaciones diferentes. En primer término se puede considerar que, dada la naturaleza de la medida, las autoridades que deben conceder la autorización serían los mandos policiales más próximos al punto en que se cruza la frontera, lo que deja la cuestión en una absoluta indefinición, teniendo en cuenta que tanto el Cuerpo Nacional de Policía, como la Guardia Civil o la Administración de Aduanas tienen estructura y funcionarios en las zonas fronterizas. En segundo término puede sostenerse que, por analogía con la medida de vigilancia del artículo 40, la autorización a la que alude el artículo 41.1 del Convenio se ha de conceder por las mismas autoridades definidas para aquélla. Cabría una tercera interpretación según la cual dichas autoridades pueden ser las judiciales, directamente o a través de los servicios policiales, toda vez que la función de dicha comunicación, entre otras, es permitir a esta autoridad decretar el cese inmediato de la persecución o en proceder a aprehender al perseguido, lo que, especialmente lo segundo entra claramente en las funciones no sólo policiales, sino especialmente en las del fiscal y las de los jueces.

De todos modos, consciente de que el supuesto de hecho de la medida no consentiría recabarla en la mayoría de los casos, el Convenio dispone que podrá proseguirse la persecución “sin la autorización previa” cuando no se haya podido advertir con antelación a las autoridades o cuando éstas no se hubieran podido personar en el lugar fronterizo por donde penetre el delincuente perseguido. En tales casos, a más tardar en el momento en que se cruce la frontera, se habrá de recurrir a las autoridades competentes del Estado donde continúe la persecución –art. 41.1–. Éstas no tienen porqué ser las autoridades centrales, habida cuenta de la diferente situación; así como, sobre todas las cosas, porque no habla el Convenio de “autorizar”, sino de “recurrir a”; por tanto, debería comunicarse a las unidades policiales de los Cuerpos a que se refiere el Acuerdo de Adhesión de España, que estén situadas en las cercanías de la frontera.

Por otra parte, y a diferencia de la vigilancia transfronteriza, que no conoce límites espaciales o temporales para su ejecución, sin perjuicio de que haya de cesar a instancia del Estado que la autoriza, lo que también ocurre en la media que ahora se analiza, la persecución “en caliente” puede tener que sujetarse a unos “límites” muy estrictos en el espacio y en el tiempo.

El Convenio permite a los Estados, mediante declaraciones unilaterales –que naturalmente se han formulado equivalentes para los limítrofes–, optar bien por no establecer límites de espacio ni de tiempo, bien por establecer una zona o un periodo de tiempo desde el cruce de la frontera para realizar la persecución –art. 41.3–.

Así pues en la Declaración Unilateral realizada por el Gobierno de España con el de la República de Francia sobre la definición de las modalidades de persecución transfronteriza queda puntualizado que los agentes perseguidores no podrán interrogar a la persona perseguida ni penetrar en los respectivos territorios en una distancia que supere los diez kilómetros de frontera.

De igual forma en la declaración unilateral con la República de Portugal se fija la imposibilidad de interrogar a la persona perseguida y se alarga la distancia hasta cincuenta kilómetros de la frontera o durante un máximo de dos horas, y en ambos casos la persecución se limita a las personas que han cometido una de las infracciones a que hace referencia la letra a) del aptdo. 4 del artículo 41.

En otro orden de ideas, es preciso referirse a las “condiciones” en que la medida puede realizarse; porque la persecución de un delincuente in fraganti, que estaba cometiendo o acababa de cometer un delito, se justifica naturalmente para conseguir su detención. Como no pudo lograrse en el país donde el delito se cometió porque el delincuente ha logrado pasar al territorio de otro Estado ya que en la línea fronteriza han desaparecido los controles que hubieran podido impedir la huida, se instruye la persecución transfronteriza. La cuestión a resolver es hasta donde llegan las facultades de los agentes perseguidores y cuáles son sus deberes una vez ha penetrado en otro país.

El artículo 41.5 del Convenio impone a los agentes que intervienen el sometimiento al Derecho del Estado donde se realiza y la obediencia a las órdenes de las autoridades locales; la fácil identificación, en la persona del agente o en el vehículo que se utilice; la prohibición de utilizar el arma de servicio, salvo en caso de legítima defensa, o la prohibición de entrada en los domicilios y en los lugares que no estén abiertos al público, que son garantías comunes con la vigilancia transfronteriza. Además se ordena la presentación de los agentes perseguidores a las autoridades locales para dar cuenta de su misión y deberán permanecer a disposición de las mismas hasta que se aclaren las circunstancias; finalmente, el Estado en donde se inició la persecución viene obligado a prestar ayuda en las investigaciones que pudieran abrirse en el otro Estado como consecuencia de esta acción.

Sobre las garantías de la actuación de los agentes extranjeros es preciso todavía analizar qué actividades pueden éstos realizar con la persona del perseguido. La cuestión resulta extraordinariamente confusa en el Convenio, tanto por la redacción misma y la inteligencia de los apartados 2 y 5f) del art. 41, como por la traducción al castellano. En efecto, según el artículo 41.2 “la persecución se realizará con arreglo a una de las siguientes modalidades...:

a) Los agentes que realicen la persecución no tendrán derecho a interrogar.

b) Si no se formulara ninguna solicitud de interrupción de la persecución y las autoridades locales competentes no pudieran intervenir con la rapidez suficiente, los agentes que realicen la persecución podrán retener a la persona perseguida hasta que los agentes de la Parte contratante en cuyo territorio tenga lugar la persecución, a los que deberá informarse sin demora, puedan determinar su identidad o proceder a su detención”.

La modalidad por la que ha optado España es la primera, esto es, los agentes que realicen la persecución no tendrán derecho a interrogar, según las dos Declaraciones Unilaterales respecto de Francia y de Portugal.

El precepto citado, apunta el contenido negativo de las facultades de los agentes, las positivas se hallan contenidas en el artículo 41.5.f), según el cual podrán los agentes, con el fin de conducir a la persona perseguida ante las autoridades locales competentes, someterla a un registro de seguridad; utilizar esposas durante el traslado; así como requisar los objetos que estén en posesión de la persona perseguida.

Este es el final de la actuación de los agentes extranjeros perseguidores en la media de persecución “en caliente”; pero lograda la captura del delincuente in fraganti será preciso saber qué destino le depara el Convenio de Aplicación.

Desde luego no se ha producido transferencia alguna de soberanía, de modo que los captores no pueden llevarse consigo al perseguido; éste debe ser entregado a las autoridades locales, quienes procederán a reseñar su identidad y, lógicamente, a su detención. Dicha detención, que se produce por hechos cometidos en el extranjero, permitirá el interrogatorio del detenido, con los derechos que le confieren los artículos 17.3 CE y 118 y 520 LECR.

1.4. Entregas vigiladas

El Convenio regula una tercera medida de investigación de hechos delictivos contenida en el artículo 73: las entregas vigiladas para la represión del tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Por tal medida ha de entenderse, según el artículo 263 bis 2 LECr, “la

técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines”.

Para la entrega vigilada en el ámbito Schengen, en operaciones que normalmente se montan por y desde el punto de destino de las drogas, se exige la previa autorización del Estado de donde parten, del Estado al que deben entrar desde el extranjero y, eventualmente, de aquél por donde deben circular las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas.

Esta autorización, significa en todo caso que las autoridades judiciales, policiales o el Ministerio Público del Estado de tránsito, se abstienen de intervenir. Lo que hace que tal mecanismo de cooperación internacional, suscite menos disfunciones en aquellos sistemas jurídicos regidos por el principio de oportunidad, que en los que se rigen por el principio de legalidad.

En relación con las operaciones de entregas vigiladas, infiltración de agentes de policía y demás medios de investigación, es necesario resaltar la limitación que las resoluciones del Tribunal Supremo han impuesto a las fuerzas de seguridad, en el sentido de que su investigación deben tener tan sólo la finalidad de descubrir el delito ya cometido o el que se esté cometiendo, sin que pueda extenderse a provocar o inducir la conducta delictiva de personas inicialmente ajenas a dicha actividad.

Así se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1992, al declarar “la irresponsabilidad por hechos aparentemente punibles, pero en realidad cursados por agente provocador de los mismos, sea este agente un particular o un miembro policial. Y ello por entender que la susodicha actividad provocadora, al inducir a error al sujeto activo de la supuesta infracción, menoscaba su libre iniciativa y con ello la voluntariedad de la acción proclamada dogmáticamente en el artículo 1º del CP, o bien por entender, con criterio acaso más técnico, que la errónea actuación del sedicente culpable, constituiría un supuesto de tentativa inidónea, de delito putativo,

entendido en amplio sentido, o, en fin, de delito aparente, pero en todo caso impune, dado que la imposibilidad de realización es inicial y preconstituida, estando descargado desde el principio al fin el peligro para el bien jurídico protegido. No obstante la validez y vigencia de expuesta doctrina, ha tiempo que también esta Sala ha extraído y exceptuado de tales consideraciones aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir el ya cometido, importante matización especialmente aplicable a los delitos de tracto sucesivo, cual acontece con los de tráfico de estupefacientes. La fuerza policial, consciente de la existencia de una activa y plural conducta delictiva, al ponerse en fingido contacto con conocidos presuntos agentes, no busca propiamente provocar la comisión del delito correspondiente contra la salud pública, sino poner al descubierto los canales por los que venía fluyendo el tráfico con anterioridad a fin de cegarlos en lo posible, única forma de luchar con alguna eficacia contra esa forma de delincuencia de nuestro tiempo”.

2. Las medidas de agilización de los procesos penales

El Convenio de Schengen, pese a la variedad de áreas en él reguladas, sólo dedica 22 artículos a la asistencia judicial, pues dada la técnica que emplea, trata única y exclusivamente de aportar ciertos complementos, tendentes a una aplicación selectiva entre Estados Schengen, a los Convenios del Consejo de Europa ya existentes (más los tratados Benelux).

No obstante, el Convenio de Schengen ha producido en esta materia una importante ampliación objetiva. Aunque en esta labor de ampliación más que innovar recoge precedentes ya establecidos y vigentes en anteriores Convenios y otros aún no plenamente eficaces por falta de ratificación, ya creados.

Las cuestiones más novedosas que introduce el Convenio Schengen en este marco se centran en las siguientes áreas:

2.1. Ámbito de asistencia

Se amplía el ámbito de asistencia, pues ésta puede prestarse en:

- Procedimientos de indemnización por actuaciones de instrucción o condena injustificadas.
- Procedimientos de gracia.

- Acciones civiles derivadas de ilícitos penales.
- Notificaciones relativas a pago de multas.
- Ejecución de penas y medidas relativas a condena y libertad condicional, o suspensión de la ejecución –art. 49 del Convenio de Schengen–.

Este ámbito es deudor del contenido general del Convenio Europeo acerca del valor internacional de las sentencias represivas, Convenio núm. 70 firmado el 30 de mayo de 1984 que tiende al logro de la ejecución extraterritorial de condenas judiciales, si bien limita en este precepto su eficacia al aspecto instrumental de las notificaciones.

Importante es la introducción de la posibilidad de asistencia por infracciones a la legislación en materia de impuestos sobre consumos específicos, IVA y Aduanas, en principio excluido del Convenio Europeo de asistencia judicial –art. 50 del Convenio–³.

2.2. Infracciones reglamentarias

Un nuevo campo se refiere a un tipo de procedimientos desconocidos en el derecho español, las infracciones a reglamentos en el derecho español, de la que emana una decisión que pueda dar lugar a un recurso ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal –art. 49.a) del Convenio–; produciéndose así una reconversión que permite la asistencia judicial.

Se trata de una institución típica de derecho alemán (*Ordnungswidrigkeiten*) y del holandés⁴, desconocida, como hemos dicho, en nuestro derecho.

Tal término ha sido traducido al español como “reglamento de orden”, introduciendo un neologismo, ya que pareció difícil encontrar otra expresión que indicase esta categoría especial de reglamentos sancionadores.

Son decisiones administrativas sancionadoras que se convierten en decisiones judiciales a través de un recurso ante una instancia de naturaleza judicial.

³ Esta ampliación del objeto de la cooperación ya tenía antecedentes en el Convenio Europeo de Transmisión de procedimientos, y en el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de ayuda mutua judicial en materia penal, firmado, no ratificado, el 12 de abril de 1985, donde se preveía que las partes contratantes no se denegarían la ayuda judicial mutua por el solo hecho de que el requerimiento se refiera a una infracción considerada por una parte como infracción fiscal.

⁴ Tal figura aparece también en el Convenio sobre ejecución de sentencias penales extranjeras, que ha sido firmado por España el 13 de noviembre de 1991, con ocasión de la Reunión de Ministros de Justicia comunitarios.

Entre estas infracciones están las relativas a los tiempos de conducción y descanso en materia de circulación, que pueden ser objeto de denuncia ex art. 21 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal.

A veces se reciben en España denuncias por infracciones cometidas por transportistas españoles en el extranjero, a las que no se puede dar curso, por no constituir delito en España, ni ser actos sancionables en vía administrativa por no existir competencia extraterritorial en materia de sanciones administrativas⁵.

2.3. Notificación de documentos por correo

Se reconoce la posibilidad de notificar documentos por correo –art. 52.1 del Convenio–, incluso sin traducción –art. 52.2 del Convenio–.

Se trata de un intento de agilización de la cooperación, al punto de eliminar ésta, pues las autoridades judiciales de la parte requerida ni siquiera intervienen ni tienen noticia, ni ellas ni el Ministerio de Justicia, de que el Estado requirente, hace uso de esta vía, de forma que sólo impropiaamente puede hablarse de auxilio judicial⁶.

No obstante se prevé la propia y estricta cooperación judicial para este trámite, conforme al art. 52c.5, cuando las autoridades de la parte requirente, desconozcan la dirección del destinatario, o cuando exijan la notificación personal.

Es extensible este tipo de notificación al envío de documentos generados en un procedimiento administrativo, y no sólo judicial, siempre que éste, conforme al art. 52.4, obedezca a un hecho sancionable para ambas partes como infracción de reglamentos perseguida por autoridad administrativa, si contra la resolución de ésta cabe recurso a la vía jurisdiccional, en especial penal.

2.4. Comisiones rogatorias directas

Se regula el curso de comisiones rogatorias directamente entre autoridades

⁵ Vid. DE MIGUEL ZARAGOZA, *El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa*, en “Política común de Justicia e Interior en Europa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, (CGPJ), Madrid, 1995, pág. 34.

⁶ SALCEDO VELASCO, *Mecanismos procesales de cooperación judicial*, en “Política Común de Justicia e Interior en Europa”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1995, págs. 193 y ss.

judiciales. Ello no es sino resultado de que una de las dimensiones de la creación del espacio comunitario y dentro de él, de un espacio judicial, está en la articulación de relaciones judiciales directas⁷.

De tal forma que, en el marco del Convenio de Schengen, la transmisión directa entre autoridades judiciales –art. 53– es la regla general. Además no se condiciona tal posibilidad a la existencia de urgencia alguna sino que se constituye en el mecanismo ordinario. Así pues, sólo es obligatorio el cauce del Ministerio de Justicia, en el ámbito de Schengen, respecto de dos supuestos: las peticiones de traslado temporal y tránsito de personas privadas de libertad o con libertad restringida, y el intercambio de datos referidos a penados.

2.5. Comisiones rogatorias para registro o embargo de bienes

Finalmente se produce una modificación importante en relación a las comisiones rogatorias que tengan por objeto un registro o embargo de bienes. Así es por mor del artículo 51 del Convenio, según el cual:

“Las Partes sólo podrán subordinar la concesión de comisiones rogatorias a efectos de registro y embargo a las siguientes condiciones:

Que el hecho que haya dado lugar a la comisión rogatoria sea sancionable según el derecho de ambas Partes contratantes a una pena privativa de libertad o a una medida de seguridad que restrinja la libertad durante un período máximo al menos de 6 meses o sea sancionable con arreglo al derecho de una de las dos Partes contratantes con una sanción equivalente y según el derecho de la otra Parte contratante constituye una infracción de reglamentos perseguida por autoridades administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante una jurisdicción competente, en particular en materia penal.

Que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con el derecho de la Parte contratante requerida”.

En consecuencia, de acuerdo con dicho artículo se debe cumplimentar

⁷ Esta idea no es nueva puesto que, por una parte, este sistema de comunicación directa era ya alentado como prioritario en determinados ámbitos desde la Recomendación N°R(82)1 adoptada por el comité de Ministros de 15 de enero de 1982, en su 342ª reunión para tratar de la cooperación internacional en materia de persecución y represión del terrorismo.

tales comisiones rogatorias si el hecho es punible en España con una pena superior a 6 meses, aunque en el otro Estado constituya una infracción a un “reglamento de orden”.

3. Las comisiones rogatorias

Nos centraremos a continuación en una de las medidas más importantes de asistencia judicial en material penal, las Comisiones rogatorias.

En Derecho interno, la comisión rogatoria es una petición que una autoridad dirige a otra para que ésta ejecute determinados actos.

En Derecho Internacional, la comisión rogatoria tiene el mismo objetivo; la única diferencia reside en el hecho de que las autoridades correspondientes son de países diferentes. Esto es, recibidas por las Autoridades Judiciales españolas se tramitan y resuelven de la misma forma que las solicitudes de cooperación judicial entre órganos nacionales. No se exigen requisitos adicionales que no sean los contemplados en los Tratados y Convenios en que España es parte.

La solicitud puede dirigirse directamente de la Autoridad solicitante a la Autoridad requerida, sin necesidad de traslados o reproducciones intermedias.

Una comisión rogatoria puede referirse a cualquier acto de información o de instrucción.

La solicitud de Comisiones rogatorias en España con países del grupo Schengen pueden dirigirse directamente a la autoridad judicial española requerida por la autoridad judicial recurrente, quien deberá remitir copia al Ministerio de Justicia español.

También puede dirigirse a través de las Oficinas Centrales Nacionales de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), que es el método más frecuente. Se utiliza una copia de la comisión rogatoria previa autorización preventiva de la autoridad judicial, sin perjuicio de que el original sea enviado por la vía diplomática.

De otro lado, las partes han de informar a la interesada de las resoluciones penales y otras medidas posteriores que puedan afectar a sus nacionales y que sean objeto de inscripción en el Registro de antecedentes penales.

En este contexto, si se cursara una denuncia por una parte contratante con el fin de iniciar un proceso ante los Tribunales de otra parte, ésta se tra-

mitará mediante comunicación de los respectivos Ministerios de Justicia, y el requerido informará al requirente del curso dado a la denuncia remitiéndole, en su caso, copia de las resoluciones que se dicte.

La dirección, teléfono y fax de cualquier autoridad judicial española puede ser facilitada por la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, y puede igualmente orientar al solicitante acerca de cuál sea la autoridad competente para recibir y tramitar la solicitud.

España ha reservado en el Convenio de 1959 la facultad de exigir la traducción autenticada la español de la solicitud y de la documentación que le acompañe. Aunque ello no suponga que la solicitud pueda ser denegada por falta de traducción, es conveniente que se acompañe ésta para evitar dilaciones, especialmente cuando la solicitud se remita de forma directa a autoridades judiciales de poblaciones pequeñas donde no existan traductores de algunos de los idiomas. Todo ello sin perjuicio del artículo 52 del Convenio de Schengen.

4. El principio “*ne bis in idem*”

El principio “*ne bis in idem*” tiene su base en el reconocimiento general de que nadie puede ser condenado más de una vez por el mismo delito.

4.1. El Convenio Europeo de Extradición

Aunque como ya sabemos ha quedado este Convenio sustituido por la Decisión Marco sobre la orden de protección, sin perjuicio de su aplicación en las relaciones entre Estados miembros y los Terceros Estados, conviene hacer un recordatorio del mismo, a fin de clarificar cual fue el paso que se dio con Schengen.

Así, con base en este principio se prevé que no se concederá la extradición cuando la persona reclamada hubiere sido definitivamente sentenciada por las autoridades de la Parte requerida por el hecho o los hechos que motivan la demanda de extradición y dejan al criterio de la Parte requerida la posibilidad de denegarla cuando hubieran decidido no entablar persecución o poner fin a los procedimientos pendientes por el mismo o mismos hechos.

De alguna manera la firma del Protocolo Adicional al Convenio Europeo (Estrasburgo, 15 de octubre de 1975) vino a recoger el contenido de las reser-

vas hechas por los Estados al citado Convenio, al determinar en el Título II que el artículo 9 del Convenio quedaría complementado con lo establecido en el mismo, a saber la no concesión de la extradición de aquella persona sobre la que haya recaído sentencia firme en tercer Estado (si fuere parte contratante del Convenio) por los mismos hechos cuando:

a. La sentencia sea absolutoria.

b. La pena privativa de libertad se haya cumplido íntegramente o haya recibido gracia o amnistía por todo o sobre la parte no cumplida.

c. Si el Tribunal, pese a declarar culpable al autor, no hubiera impuesto pena.

La extradición, no obstante lo anterior, se hallaba permitida cuando el delito objeto de la sentencia se hubiere cometido contra persona, institución o bien de carácter público en el estado requirente, o la persona requerida tuviera ese carácter o si el delito en su totalidad o en parte se hubiere cometido en el Estado requirente o territorio asimilado. Deja, finalmente, a las leyes nacionales la posibilidad de aplicación de las disposiciones más amplias que sobre este principio tengan inherentes a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.

4.2. El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen

El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen dedica el Capítulo III del Título III, artículos 54 a 58 a la aplicación de este principio.

El principio se define así en su artículo 54

“Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos⁸ por una Parte

8 Se entiende en las conclusiones del Abogado General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 5 de diciembre de 2006 (Asunto C-288/05) que la frase “los mismos hechos” se refiere a “la identidad de hechos materiales, entendidos como un conjunto de circunstancias concretas que están indisolublemente ligadas en el tiempo, en el espacio y por su objeto. La determinación de si los hechos en el proceso principal están ligados de esa forma incumbe al tribunal nacional competente. No obstante, cuando un acusado pretendía desde un principio transportar mercancías de contrabando desde un lugar de entrada hasta su destino final en la Comunidad en una operación única, todos los cruces sucesivos de fronteras interiores en el curso de tal operación pueden, en principio, considerarse como hechos indisolublemente ligados a tal efecto”. Vid. En el mismo sentido sentencias Van Esbroeck (TJCE 2006, 70); Van Straaten (TJCE 2006, 279); Van Esbroeck (TJCE 2006, 70); Gasparini y otros (TJCE 2006, 277).

contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte Contratante donde haya tenido lugar la condena”.

Este artículo, así como los cuatro restantes, donde se contempla la situación de litispendencia o la petición de informaciones por el Estado que inicia el segundo proceso, son reproducción literal del Convenio sobre el valor internacional del principio *ne bis in idem*.

No contempla la hipótesis de que en el primer Estado se haya dictado sentencia absolutoria, con lo que se refleja la situación existente inicialmente en el Convenio Europeo de Extradición, hasta la adopción del Protocolo Adicional de 1975, donde ya se recoge esta hipótesis, así como la aplicación del principio aunque la sentencia se hubiese dictado en un tercer Estado⁹.

Dado que el art. 58 permite la aplicación de normas nacionales más extensas, no existen problemas en España, ya que la LOPJ –art. 23.2 c)– garantiza generosamente el principio, al decir que la persecución en España sólo puede hacerse cuando “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o en este último caso que no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiese cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

La Ley de Extradición Pasiva de 1985, reconoce también el principio –art. 4- cuando España es Estado requerido, y aquí se haya juzgado o se vaya a juzgar al mismo hecho¹⁰.

9 En la Decisión Marco sobre la orden de detención europea se regula que se impide la entrega del sujeto reclamado cuando hubiere sido definitivamente juzgado en el país de ejecución sea cual fuera la resolución, absolutoria o condenatoria, siempre que en este último supuesto la sanción haya sido ejecutada, o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del derecho del Estado miembro de condena –art. 3.2-.

10 Pero además se prevén varios supuestos distintos que facultan a la autoridad judicial del Estado de ejecución a no realizar la entrega de la persona buscada: Cuando los mismos hechos objeto de la orden de detención europea hayan ocasionado que la autoridad judicial del Estado de ejecución decidiera no incoar acción penal –art. 4.3-. Cuando los mismos hechos objeto de la orden de detención europea hayan ocasionado que la autoridad judicial del Estado de ejecución decidiera dar por concluida la acción penal ya ejercitada, esto es, poner fin a los procedimientos pendientes por el mismo hecho, mediante resolución distinta a la sentencia condenatoria –art. 4.3-. Cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro una resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de acciones penales, esto es, cualquier resolución que no siendo de condena produzca los efectos de cosa juzgada –art. 4.3-. Cuando la autoridad judicial

Además, el Convenio de Schengen complementa lo ya indicado respecto al Convenio de Extradición y su Protocolo, permitiendo que si una Parte abriera nuevas diligencias contra la persona definitivamente juzgada por otra Parte, por los mismos hechos, de la sanción impuesta habrá de deducirse el tiempo de privación de libertad que haya sufrido, pudiendo, en todo caso, la Parte que promueva la acusación solicitar de la otra donde ya fue dictada la resolución judicial las informaciones necesarias sobre la resolución adoptada a fin de tenerlo en cuenta en el procedimiento entablado.

Permite también a las Partes hacer declaraciones en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación a fin de manifestar su no vinculación a este principio por alguno de los tres supuestos incluidos, es decir, cuando total o parcialmente los hechos se hubieren cometido en su territorio, salvo en los supuestos en que parte del delito se hubiera cometido en el territorio de la Parte donde se dictó sentencia; cuando la sentencia extranjera está basada en hechos cometidos por funcionario que haya violado las obligaciones de su cargo y cuando constituyan infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses esenciales¹¹.

5. La transmisión de la ejecución de sentencias penales

Bajo esta rúbrica tan general en realidad no se regula al ejecución de todo tipo de sentencias penales, sino las de condena a penas de prisión. Por ello la base habilitante no es el Convenio Europeo sobre el Valor Internacional de

de ejecución conozca, a través de la información de que disponga, que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ya ejecutada, esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud de las leyes del Estado de condena –art. 4.5-. En definitiva, el principio *non bis in idem* tal y como viene previsto en la Decisión marco, parece amparar no sólo la hipótesis de sentencia condenatoria, sino incluso aquellas en las que se hubiere dictado sentencia absolutoria. Distinguiendo tan sólo, su tratamiento de denegación obligatoria o facultativa, en virtud de si la resolución condenatoria la ha dictado un Estado miembro o un tercer Estado, en el primer supuesto la denegación de la ejecución es obligatoria, mientras en el segundo facultativa. Es curioso que la fórmula de la Ley de Extradición Pasiva tiene en cuenta el texto inicial del Convenio Europeo y no su Protocolo adicional, cuya ratificación fue contemporánea.

¹¹ V. GARCÍA BARROSO, *El procedimiento de extradición II*, Madrid, 1996, págs. 360 a 362.

Sentencias Penales¹², sino el Convenio de 21 de marzo de 1983 sobre el Traslado de Personas Condenadas –art. 67 del Convenio de Schengen–.

A este respecto establece el art. 68 del Convenio de Schengen que “la Parte contratante en cuyo territorio se haya impuesto una pena privativa de libertad o una medida de seguridad que restrinja la libertad mediante una sentencia con fuerza de cosa juzgada contra un nacional de otra Parte contratante que, al huir a su país, se haya sustraído a la ejecución de dicha pena o medida de seguridad, podrá solicitar a esta última Parte contratante, si la persona evadida se encuentra en su territorio, que asuma la ejecución de la pena o medida de seguridad”.

Pues bien, la estructura del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de Personas Condenadas reposa en el supuesto de que una persona condenada, puede ser trasladada al Estado del que es nacional, siempre que medie el consentimiento del Estado de condena, del Estado de ejecución y del condenado, y por supuesto que exista doble incriminación.

El Estado de ejecución podrá aplicar un sistema de prosecución del cumplimiento o de reconversión en una sentencia propia, respetando los hechos probados y sin que pueda agravar la condena.

No existe un derecho del condenado al traslado, sino solo el derecho a solicitarlo y las decisiones de los Estados son soberanas y discrecionales, sin que en caso de denegación deban expresarse los motivos, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la extradición, donde existen obligaciones internacionales regladas.

Una vez trasladado se aplica la legislación del Estado de cumplimiento. No obstante, la concesión de la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena han de hacerse de consuno por ambos Estados. En cambio, el recurso de revisión es competencia del Estado de condena.

El Estado de cumplimiento puede optar por uno de estos métodos: o bien reconvierte la sentencia extranjera en una sentencia propia, a través de una

12 La firma por parte de dieciséis miembros del Consejo de Europa del Convenio Europeo sobre validez internacional de las Sentencias Penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, ratificado por Austria, Chipre, Dinamarca, España (ratificado el 2 de septiembre de 1994, entrada en vigor el 3 de diciembre de 1994), Islandia, Noruega, Países Bajos, Suecia y Turquía, abre una nueva vía en la lucha internacional contra la delincuencia que, como señala el preámbulo del Convenio “cada vez tiene mayor carácter internacional, exige el empleo de medios modernos y eficaces a escala internacional”.

decisión judicial o administrativa; o bien prosigue el cumplimiento de la pena impuesta en el extranjero, sistema por el que ha optado nuestro país.

En España la competencia para la ejecución es de la Audiencia Nacional –art. 65.3 LOPJ-. Para la hipótesis inversa, es decir, traslado desde España, existe una laguna en la LOPJ, por lo que la práctica seguida por el Ministerio de Justicia aviene consistiendo en informar al Tribunal sentenciador de la existencia de la petición, y si transcurrido un plazo razonable no hay informe o no hay informe negativo, el Consejo de ministros toma la decisión.

En el marco de la Cooperación Política Europea se adoptó el Acuerdo sobre traslado de personas condenas, ratificado ya por España el 27 de abril de 1992, habiendo realizado una declaración de aplicación anticipada el 20 de octubre de 1993. Este Convenio CPE también aplica de manera selectiva el Convenio matriz del Consejo de Europa pero alterando su elemento subjetivo. El acuerdo permite que el condenado puede optar por cumplir su condena no sólo en el Estado del que es nacional, sino en cualquier otro Estado comunitario.

Sobre este esquema el sistema Schengen introduce tres nuevos elementos.

a. Cuando se trate de ejecutar una condena sobre un nacional de otra parte contratante que se hubiese refugiado en su país, el Estado de condena, en lugar de pedir la extradición, que sería denegada por razón de nacionalidad, puede pedir directamente que se ejecute la condena. Se trata de una variante del principio *aut dedere, aut iudicare*, puesto que ya no se trata de juzgar, sino de ejecutar. Se salva así una laguna del Convenio Europeo de Extradición.

b. La parte requerida podrá acordar la detención preventiva. Así dice el art. 68.2 del Convenio de Schengen que “a la espera de los documentos que apoyen la solicitud de reanudación de la pena o de la medida de seguridad, o de la parte de la pena que quede pro cumplir y de la decisión que se tome sobre dicha solicitud, la parte contratante requerida podrá, a petición de la parte contratante requirente someter a la persona condenada a detención preventiva o adoptar otras medidas para garantizar su permanencia en el territorio de la Parte contratante requerida”.

Sin este precepto existirían dificultades para acordarla puesto que se trata de hechos cometidos fuera del territorio del Estado de ejecución y no ha existido ni va a existir petición de extradición.

c. Como consecuencia de lo anterior, en el supuesto de que el Estado de condena pida que se ejecute la dicha condena a la Parte contratante en que se

hubiese refugiado el condenado, se prescindirá del consentimiento del condenado, como es regla general, puesto que la falta de consentimiento supondría a impunidad, ya que tampoco sería extraditado.

6. El sistema de información Schengen

6.1. Utilización del Sistema de Información Schengen

En el cumplimiento de las funciones de instrucción para la persecución y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y otros en el ámbito de la criminalidad organizada, y dada la proyección internacional y la globalidad de la criminalidad, se requieren instrumentos jurídicos de contacto y de cooperación internacional o transfronteriza. Tales instrumentos son fundamentalmente las Comisiones Rogatorias Internacionales y las Extradiciones, sustituidas en el ámbito de la Unión Europea por la Orden de detención. A su vez, estos instrumentos jurídicos no podrían operar debidamente si no fuera por el concurso de varias instituciones, fundamentalmente INTERPOL, EUROPOL, el Servicio de Información Schengen y las oficinas SIRENE, los Ministerios de Justicia como órganos centrales, las representaciones diplomáticas y consulares y, últimamente la Red Judicial Europea a través de los puntos de contacto y los Magistrados de Enlace.

No obstante todos estos sistemas no son todavía suficientes, pues se revelan lentos; de hecho las comisiones rogatorias, aunque se tramiten por la vía urgente de INTERPOL tardan meses, con lo que la utilidad policial es muy escasa y las peticiones de información a EUROPOL están limitadas a los países de la Unión Europea y también se aportan con cierto retraso. Sin embargo, frente a ellos, supuso un importante avance el Sistema de Información Schengen, compartido entre los Estados que suscribieron el Tratado de Schengen, que permite el acceso inmediato a los datos sobre personas reclamadas o sujetas a un señalamiento policial, así como a vehículos y documentos sustraídos.

Pues bien, en la actualidad, ya sea en el marco de una petición de extradición o de entrega por emisión de una orden de detención, a través del SIS se podrá comunicar al Estado de ejecución del mandamiento toda la información prevista en el artículo 95 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, o del artículo 8.1 de la Decisión Marco sobre la Orden europea de

detención y entrega, que resulta más completa que la anterior. No obstante, hasta el momento en que el SIS tenga suficiente capacidad para transmitir toda la información que figura en la Decisión marco, se deberá entender que la descripción SIS equivale de forma provisional a una Orden de detención europea, hasta que la autoridad judicial de ejecución reciba el formulario original previsto como Orden de detención europea, en buena y debida forma.

Según el artículo 93 el Sistema de Información Schengen tiene por objeto *“con arreglo a lo dispuesto en el presente Convenio, preservar el orden y la seguridad públicas, incluida la seguridad del Estado y la aplicación de las disposiciones del presente Convenio sobre la circulación de personas por los territorios de las Partes Contratantes, con ayuda de la información transmitida por dicho sistema”*.

De dicho artículo se deduce que el Sistema de Información de Schengen es la red informática de intercambio de señas de personas y de objetos para el uso de autoridades de cada Estado parte, competentes para los controles de policía y de aduanas en las fronteras exteriores e interiores de los países. De hecho, su razón de ser es la facilitar el ejercicio de la cuarta libertad de circulación (las otras tres son la libre circulación de mercancías, de servicios y de capital) deseada por los fundadores de la Comunidad Europea, esta es, la libre circulación de las personas, objetivo reactivado por el Tratado de Roma modificado por el Acta única y por el Tratado sur de la Unión Europea.

Así el SIS está destinado a desempeñar una función capital en la compensación de los déficits de seguridad que pueden generarse con ocasión de la supresión de los controles en las fronteras interiores, al permitir que las autoridades designadas por las Partes puedan acceder, gracias a un procedimiento automatizado, a datos sobre personas y objetivos registrados, ya con ocasión de los controles en la frontera exterior del Estado, ya con ocasión de los realizados en el interior del territorio, así como a los efectos de la expedición de visados, de permisos de residencia o de la administración de los extranjeros en el marco de la aplicación del Convenio.

En relación a las personas, los datos a introducir son de carácter identificador físico y jurídico –art. 94 del Convenio-¹³.

13 Por lo que se refiere a las personas, los elementos integrados son los siguientes: a) el nombre y los apellidos; en su caso, los alias registrados por separado; b) los rasgos físicos particulares, objetos e inalterables; c) la primera letra del segundo nombre; d) la fecha y el lugar de nacimiento; e) el sexo; f) la nacionalidad; g) la indicación de que las personas de que se trate están armadas; h) la indicación de que las personas de que se

El grueso de la información se refiere a los extranjeros “no admisibles”, cuando su presencia en el territorio Schengen sea una amenaza para el orden público o la seguridad nacional.

Precisamente la recogida y el uso de datos de carácter personal para su ulterior informatización y uso por los servicios policiales, constituye uno de los principales problemas con que han tenido que enfrentarse las legislaciones a nivel de protección de los datos de carácter personal. Y ello porque se encuentran enfrentadas actualmente dos realidades:

- De una parte, las posibilidades que las nuevas tecnologías de la información ofrecen en cuanto a inferencia de conductas previsibles, o a la obtención de informaciones a partir del tratamiento de otras y, por tanto, para la eficacia de la función policial, son considerables.

- Y de otra, si se extreman las garantías de protección de la obtención y tratamiento de los datos personales, se corre el riesgo de frustrar investigaciones que van a redundar en beneficio de la comunidad, dentro de su contexto de criminalidad creciente, en especial en materia de terrorismo, tráfico de drogas...¹⁴

Consciente de esta situación, el Consejo de Europa encomendó a expertos de casi todos los países comunitarios la elaboración de una Recomendación de aplicación del Convenio del Consejo de Europa núm. 108, de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas en lo referente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Fruto de dicha iniciativa es la Recomendación R (87) 15, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987; referente obligado en materia de pro-

trate son violentas; i) el motivo de la inscripción y j) la conducta que debe observarse –art. 94.3 del Convenio de Aplicación-. En cuanto a los objetos: a) los vehículos de motor de una cilindrada superior a 50 cc. Que hayan sido robados, sustraídos u ocultados fraudulentamente; b) los remolques y caravanas de un peso en vacío superior a 750 kg que hayan sido robados, sustraídas u ocultadas fraudulentamente; d) los documentos vírgenes que hayan sido robados, sustraídos u ocultados fraudulentamente; e) los documentos de identidad expedidos (pasaportes, documentos de identidad, permisos de conducción) que hayan sido robados, sustraídos u ocultados fraudulentamente; f) los billetes de banco (billetes registrados) –art. 100.3 del Convenio de Aplicación-.

14 Vid sobre la problemática que presenta la informatización de datos personales COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, *La protection des dones informatiques dans le cadre des accords de Schengen*, en NASCIMBENE, *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995, págs. 161 y ss.

tección de datos policiales informatizados. El artículo 117 del Convenio hace mención de dicha Recomendación como norma imperativa.

El Convenio número 108 de 1981 está firmado por todos los Estados del área de Schengen y, más en general, por todos los Países comunitarios.

En cuanto a la Recomendación que nace de dicho Convenio, en ella se prevé la institución de una autoridad de control independiente de la Policía.

El Convenio de Schengen ofrece puntos de cierta duda en relación a los datos insertos en el Sistema de Información Schengen. Preocupan esencialmente los artículos 96 y 99.

a) Según el artículo 96, los datos concernientes a los extranjeros señalados a los fines de la no admisión pueden ser integrados con señalizaciones decididas por las autoridades administrativas o jurisdiccionales nacionales en el respeto de las normas nacionales de procedimiento.

Tales decisiones pueden ser fundadas por la “amenaza que la presencia del extranjero en su territorio representa para el orden público, la seguridad pública o la defensa nacional”. Esto es verificable, en particular, según la disposición, en los casos “de un extranjero que esté condenado por una infracción susceptible de una pena privativa de al menos un año” o “de un extranjero respecto al cual existan razones serias para creer que había cometido delitos punibles graves... o en relación al cual existan indicaciones de delitos que se proponga cometer similares a los hechos en el territorio de una de las partes contratantes”.

La citada disposición resulta contrastable con el artículo 6 de la Convención de 1981, según la cual los datos relativos a la condena penal no pueden ser elaborados automáticamente.

El artículo 96 podría, no obstante, entenderse justificado a la luz de las excepciones previstas en el artículo 9 del Convenio de 1981, que regula la posibilidad de derogar los artículos 5, 6 y 8 para la protección de la seguridad del Estado o la represión de los delitos, más sólo en la “medida necesaria en una sociedad democrática”.

b) Preocupación análoga suscita el artículo 99, pues en el ámbito de la vigilancia discreta y del control específico, se podrán efectuar inscripciones de datos que se refieran bien a la mera identificación del sujeto, a los itinerarios y los destinos de viaje, las personas que acompañan al sujeto o los ocupantes del vehículo, los objetos transportados y las circunstancias en las cuales hayan sido encontrados el sujeto o el vehículo.

Dichas inscripciones sólo podrán ser realizadas:

a) Si existen los indicios concretos que hacen presumir que la persona tenía intención de cometer o cometiera hechos punibles numerosos o muy graves o

b) Cuando la apreciación global del interesado, en particular sobre la base de hechos punibles cometidos hasta aquel momento, permita suponer que seguirá cometiendo en el futuro hechos delictivos extremadamente graves.

Además, el punto 3, autoriza a que las inscripciones se efectúen, de conformidad al derecho nacional, cuando indicios concretos permitan suponer que las informaciones son necesarias para prevenir una amenaza grave para la seguridad interna y externa del Estado. Es evidente que de similares informaciones se pueden deducir, en el caso concreto, los “datos sensibles” mencionados en el artículo 6 del Convenio del Consejo de Europa.

Por último, cabe referirse a como es el mismo Convenio de Schengen el que contiene con carácter general una serie de principios protectores de los datos de carácter personal, entre los que hay que considera el que establece la utilización de los datos solamente para los fines señalados en él, la obligación de las Partes transmisoras de velar por la exactitud de los datos, el principio de responsabilidad por transmisión de datos incorrectos y la obligación de registrar la transmisión y recepción en el fichero de donde procedan y en el que se integren los datos transmitidos –art. 126.3 a), b), c) d) y e)-. Así como exige que la información se haga a petición de un Estado parte contratante y únicamente tendrá lugar entre las autoridades cuya designación haya sido comunicada al Comité ejecutivo por cada Estado –art. 101.4 Convenio-.

Estas garantías se recogen también de una manera más detallada a propósito del SIS, destacando:

a) En primer término, el principio de responsabilidad de los datos de acuerdo con el cual la Parte que ha proporcionado la información es responsable de la exactitud, de la actualidad y de la licitud de la integración de los datos en el sistema.

b) En segundo lugar, la utilización de los datos resulta limitada a los fines enunciados por cada una de las descripciones, haciéndose depender las excepciones a este principio de la obtención de la autorización previa de la Parte informadora y de que sirvan para prevenir una amenaza grave inminente para el orden y la seguridad públicos, por razones graves de seguridad del Estado o con vistas a la prevención de un hecho delictivo grave.

c) También se establecen límites al periodo de tiempo que se pueden conservar los datos integrados en el SIS que sólo se extiende al que sea necesario

para los fines para los que se hayan proporcionado, estableciendo el Convenio unos plazos máximos, sin perjuicio de los plazos más cortos previstos en los distintos Derechos nacionales, así como las autoridades competentes que estén autorizadas a consultar los datos.

Estos principios protectores se apoyan en un esquema organizativo en el que se prevé la creación de unas autoridades de control en el doble plano común y nacional, encargadas de comprobar la verificación correcta de las disposiciones del Convenio, y que el examen y el uso de los datos integrados en el SIS no atenten contra los derechos de la persona que se trate.

A este respecto, se contempla:

a) El derecho de toda persona a acceder a los datos que se refieran a ella y estén integrados en el SIS, aunque este derecho pueda verse limitado por la ejecución de la tarea legal consignada a la descripción o la necesidad de proteger los derechos y libertades de terceros, y deba ejercerse respetando el Derecho de la Parte contratante ante el que se haya alegado.

b) El derecho a presentar acciones ante un órgano jurisdiccional o autoridad competente a efectos de rectificación, supresión, información o indemnización de una descripción se deja al ámbito de las legislaciones nacionales, que debe, a su vez, ajustarse al nivel de protección establecido en la Convención de 1981 y, en su caso, en la Recomendación de 1987.

Asimismo, se contempla en el Convenio la condición de que la transmisión de datos de carácter personal, no podrá realizarse hasta que cada Estado miembro no adopte una disposición nacional que contenga las garantías y niveles de protección de datos que se recogen en el Convenio del Consejo de Europa de 1981 y Recomendación R (87) mencionados.

6.2. Organización del sistema de información Schengen

El Sistema está dirigido, en el ámbito internacional, por el Comité Ejecutivo (integrado por Ministros y Secretarios de Estado), del que depende el Grupo Central (compuesto por Altos Funcionarios), y de éste un conjunto de grupos de trabajo, en su mayoría técnicos, que son los encargados de materializar las instrucciones dictadas por los anteriormente citados.

En el ámbito nacional, existen dos grupos de trabajo, dirigidos por la Secretaría de Estado de Interior: el Interministerial, compuesto por la Dirección General de Asuntos Consulares, el Servicio de Vigilancia Aduanera, la Secre-

taría de Estado de Justicia, y la Guardia Civil y Policía; y el Ministerial, del que forman parte la Policía y la Guardia Civil.

La configuración física del sistema informático está constituida por:

Una parte nacional, el N.SIS¹⁵, en cada una de las Partes Contratantes. Cada una de las partes está obligada a mantener por cuenta propia y a sus propios riesgos la parte nacional que le corresponde del SIS (NSIS), de acuerdo con el “principio de la propiedad de informaciones”. Lo que quiere decir que cada Estado miembro decide la inscripción de una persona y determina la categoría de las informaciones recogidas, estando solamente la Parte informadora autorizada a modificar, rectificar o suprimir los datos que haya suministrado –arts. 92.2 y 106.1 del Convenio–.

Una unidad de apoyo técnico, el C.SIS¹⁶, situado en Estrasburgo, que recoge y distribuye la información que generan los sistemas nacionales, enlazados con él mediante líneas de transmisión de datos. Estos se encargan de dar servicio a las Instituciones de su país implicadas en el sistema.

Un medio de interrelación entre los Estados Miembros, el SIRENE¹⁷.

15 Es el elemento nacional del SIS. Existe uno en cada país Schengen, está unido al C.SIS mediante una línea de transmisión de datos, y se encarga de recoger y enviar al C.SIS la información generada en el país, siendo el receptor de la distribuida por aquel. Para ello cuenta con la Base de datos Schengen. En el caso de España reside en el Gabinete de Coordinación de la Secretaría de Estado de Interior y gestiona el sistema nacional, constituido por los OE.SIS (elemento institucional creada en España por operatividad informática. Existe uno en cada una de las Instituciones implicadas en el Proyecto. Está unido mediante una línea de transmisión de datos al ordenador institucional de las instituciones usuarias, garantizando la coherencia y consistencia de las bases de los Organismos Nacionales. La situación es bastante confusa y costosa en España, pues se cifraron los costes de instalación, en 1991 en 6.000 millones, más nuestra aportación al mantenimiento de la “unidad de apoyo técnico” de Estrasburgo, que son el 11,05%, sobre un total de 24.600.000 ECU.

16 Es el órgano central del SIS. Será en 1992 cuando debuta la realización efectiva del C.SIS; siendo en 1993 cuando se realiza el test de integración, junto al del N.SIS. Es un sistema de comunicación X-400. Está constituido por un conjunto de equipos físicos y lógicos. Recibe la información generada por cada uno de los países Schengen y la distribuye a los demás por medio del N.SIS después de validarla convenientemente. Garantiza, igualmente, la consistencia de la información residente en los sistemas nacionales. La responsabilidad del C.SIS está asumida por la República Francesa. Sin embargo su creación y mantenimiento está asegurado por cuenta común de todas las partes contratantes.

17 SIRENE es una oficina que existe en cada uno de los países Schengen. Su función principal es gestionar los expedientes correspondientes a las personas buscadas para extradición, validar los remitidos por otros países, y establecer los contactos precisos con

Las oficinas SIRENE (*Supplementary Information Request at the National Entry*) de que ha de disponer cada parte contratante tienen por finalidad poner a disposición de las demás partes un punto de contacto único y permanentemente durante las veinticuatro horas del día. El sistema utilizado para realizar el intercambio de información permite a las oficinas SIRENE cerciorarse de que el motivo de la descripción y la actuación requerida encajan en los Derechos nacionales de cada una de las Partes afectadas. Además son las responsables de la exactitud, de la actualidad y de la licitud de las informaciones introducidas en el SIS por sus propios países.

Las bases jurídicas, los casos de intervención, los procedimientos al respecto y los principios generales de organización de SIRENE se hallan definidos para todas las partes contratantes en el “Manual SIRENE”.

Aunque pudiera parecer que el cometido de las oficinas SIRENE podrían entrar en conflicto con los de otras organizaciones internacionales como la Organización Internacional de Policía Criminal (O.I.P.C.-Interpol), sin embargo, ni el sistema informático S.I.S ni la oficina SIRENE están orientados a sustituir o imitar a INTERPOL, y aunque determinadas misiones pueden superponerse, los principios de acción y cooperación entre las Partes contratantes difieren sensiblemente de los que rigen INTERPOL, existiendo recomendaciones para organizar un intercambio de información a nivel nacional e internacional entre ambas Organizaciones¹⁸.

6.3. Áreas en que deben introducirse datos

Existen áreas en las que se debe introducir datos (descripción), pero que pueden reducirse, si ajuicio de la Parte informadora, la escasa importancia del caso lo justifica –art. 54 del Convenio-.

Las áreas son las siguientes:

el resto de las oficinas SIRENE de los Estados miembros. En el ámbito español, el sistema nacional (N.SIS + SIRENE) reside en el Gabinete de Coordinación, y desde él se enlaza con los sistemas informáticos de la Dirección General de la Policía, Dirección General de la Guardia Civil, Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Exteriores y Servicio de Vigilancia Aduanera del Ministerio de Economía y Hacienda.

18 SIRENE constituye la cara humana del SIS, es decir, que la constituye un conjunto de funcionarios de múltiples orígenes –policías de aduanas, gendarmes, magistrados- y una estructura material permanente.

6.3.1. Peticiones de detención a efectos de extradición –art. 95.1 del Convenio-

Según el art. 16 del Convenio Europeo de Extradición la “descripción” en el SIS, equivale a una orden de detención¹⁹. Aunque para que una descripción sea aceptada por el SIS de las partes destinatarias debe reunir un mínimo de datos, a saber: la autoridad que pide la detención, la existencia de una orden de detención o de un documento que tenga la misma fuerza o de una sentencia ejecutoria; el carácter y la calificación legal de la infracción; la descripción de las circunstancias en que se cometió la infracción, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación de la persona mencionada y, en la medida de lo posible, las consecuencias de la infracción –art. 95.2 del Convenio de Schengen–.

La nueva regulación contenida en el artículo 95.2 del Convenio dice:

“Con carácter previo a la descripción, la parte contratante informadora comprobará si la detención está autorizada en virtud del Derecho nacional de las Partes contratantes requeridas. Si la parte contratante informadora albergase dudas, deberá consultar a las demás Partes contratantes interesadas”.

Con dicho texto se ha venido a complicar, inexplicablemente, el mecanismo actualmente existente, pues para decretar la detención preventiva en la extradición activa, basta la calificación del hecho en el Estado requirente. Por el contrario, en el sistema Schengen, se subordina la “descripción” a que el hecho permita la detención en el Estado o Estados requeridos, según su legislación interna. Normalmente, tal dato no lo tendrá el órgano judicial requirente español, por lo que previamente a la introducción del dato en la descripción, deberá obtenerse tal información, normalmente a través del Ministerio de Justicia.

El Estado requerido puede neutralizar dicha “descripción”, por razones jurídicas o de oportunidad, mediante una “indicación” con una duración de 24 horas y en casos de excepcional complejidad de una semana. Si definitivamente la descripción se cancela, se convierte en una indicación, al solo efecto de comunicar el lugar de residencia.

¹⁹ El art. 64 del Convenio de Schengen estipula que “una información inscrita en el Sistema de Información Schengen, efectuada con arreglo al artículo 95, surtirá el mismo efecto que una solicitud de arresto provisional con arreglo al artículo 16 del Convenio Europeo de Extradición de 13 de septiembre de 1957, o al artículo 15 del Tratado de Benelux de extradición y cooperación judicial en materia penal de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974.

6.3.2. Petición de detención a efectos de una Orden europea de detención y entrega

En efecto, también los Estados miembros podrán decidir, en cualquier circunstancia, introducir una descripción de la persona buscada en el SIS.

A través del SIS se ha de comunicar al Estado de ejecución de la Orden europea de detención y entrega toda la información prevista en el art. 8.1 de la Decisión marco sobre la Orden europea de detención y entrega, esto es, la identidad y nacionalidad de la persona reclamada; el nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial emisora; la indicación de la existencia de una sentencia ejecutiva, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en el ámbito de aplicación de los artículos 1 y 2, si hay una sentencia firme o cualquier otra resolución judicial ejecutiva de las expresamente previstas en la Decisión marco; la naturaleza y la tipificación legal del delito, en particular con respecto al artículo 2; una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada; la pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de penas previstas que establece la ley en la legislación para esos hechos; si es posible, otras consecuencias del delito. Toda esta información resulta más completa que la dispuesta en el artículo 95 CAAS, en cuanto se añade la mención de cuál sea la pena impuesta o la escala de penas prevista que establece la ley en la legislación para esos hechos.

No obstante, hasta el momento en que el SIS tenga suficiente capacidad para transmitir toda la información que figura en la Decisión marco, se deberá entender que la descripción SIS equivale de forma provisional a una Orden de detención europea, hasta que la autoridad judicial de ejecución reciba el formulario original previsto como Orden de detención europea, en buena y debida forma.

6.3.3. Otros datos

Cabe destacar, por un lado los datos relativos a personas desaparecidas o a las que por razones de amenazas, se debe prestar una especial protección –art. 97 del Convenio-. La finalidad de la introducción del dato es para la localización y en su caso, prohibición de continuar viaje.

Aparte de la actuación policial, la decisión de paralización es judicial si se

siguen diligencias.

Por otro lado, los datos relativos a personas que deben comparecer ante los Tribunales de la Parte informadora –art. 98 del Convenio-. Se trata de personas citadas como testigos, acusados o por notificación de sentencias penales y al sólo efecto de comunicar el lugar de residencia o de domicilio.

Se trata de una modalidad de auxilio judicial internacional y se rige por el Convenio Europeo núm. 20²⁰.

Además también se pueden incluir datos relativos a extranjeros no admisibles y a personas o a vehículos a efectos de “vigilancia discreta” o a “control específico”, “cuando existan indicios reales que hagan presumir que la persona de que se trata piensa cometer o comete hechos delictivos numerosos y sumamente graves” o “cuando la apreciación global del interesado, en particular sobre la base de los hechos delictivos cometidos hasta entonces, permita suponer que cometerá también en el futuro hechos delictivos sumamente graves” o cuando “es necesaria para la prevención de una amenaza grave que procede del interesado o de otras amenazas graves para la seguridad interior o exterior del Estado” –art. 99-.

Según el art. 99.4 del Convenio de Schengen la “vigilancia discreta” supone que los agentes de un Estado Schengen pueden recoger y transmitir información a otro Estado Schengen, con ocasión de los controles en frontera y en el interior del país respecto al modo en que la persona descrita o el vehículo descrito hayan sido encontrados, al lugar, el momento o el motivo de la verificación; al itinerario y destino del viaje; a las personas que acompañan al interesado o los ocupantes, al vehículo utilizado, a los objetos transportados, y por último, sobre las circunstancias en las que se hayan encontrado la persona o el vehículo. Por su parte el “control específico” supone, según lo dispuesto en el art. 99.5, en que “las personas, vehículos y objetos podrán ser registrados con arreglo al Derecho nacional... Si el control específico no estuviera autorizado con arreglo a la ley de una parte contratante, se convertirá automáticamente, para dicha parte contratante, en vigilancia discreta”.

²⁰ Según entiende DE MIGUEL ZARAGOZA, *La cooperación judicial en los Pactos de Schengen*, BIMJ, Suplemento al número 1676, 1993, pág. 19, no se trata de incluir en el SIS a todas las personas citadas ante los Tribunales, sino sólo a los que lo estén en aquellos procesos en los que exista un elemento de internacionalidad. No estamos de acuerdo, pues nada dice el artículo que indique tal aseveración, tanto sólo que se hallen en el marco de un proceso penal.

Pero además las disposiciones del Convenio permiten que las decisiones puedan basarse en “el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido prorrogada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las normativas nacionales relativas a la entrada o a la residencia de los extranjeros” –art. 96.3–.

Por último, datos relativos a objetos –art. 100 del Convenio–. Se trata de datos relativos a objetos buscados para decomisarlos o como pruebas en un objeto procesal.

6.4. Capacidad del Sistema de Información Schengen

La capacidad del servicio del SIS, en su formato actual, queda limitada a 18 Estados participantes, no habiéndose concebido para dar servicio al progresivo número de Estados que se han ido incorporando hasta el día de hoy. Por ello, y a fin de aprovechar los últimos progresos en el ámbito de las tecnologías de la información y permitir la introducción de nuevas utilidades, es necesario desarrollar un nuevo Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), como ya se reconoce en la Decisión SCH/Com-ex (97) 24 del Comité Ejecutivo, de 7 de octubre de 1997 (3). Consecuencia de dicha Decisión es el Reglamento CE nº 2424/2001 del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, sobre el desarrollo del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOCE nº L 328 de 13/12/2001). La base legislativa consta de dos partes: el Reglamento 2424/2001 basado en el artículo 66 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y la Decisión anteriormente citada basada en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 30, en las letras a) y b) del artículo 31 y en la letra c) del apartado 2 del artículo 34 del Tratado de la Unión Europea.

La razón de ello es que, como se establece en el artículo 92 del Convenio de Schengen de 1990, el Sistema de Información de Schengen permitirá que las autoridades designadas por los Estados miembros, mediante un procedimiento de consulta automatizado, dispongan de descripciones de personas y de objetos al efectuar controles en la frontera así como comprobaciones y otros controles de policía y de aduanas realizados dentro del país de conformidad con el Derecho nacional, así como a efectos del procedimiento de

expedición de visados, de expedición de permisos de residencia y de la administración de extranjeros en el marco de aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen relativas a la circulación de personas.

Toda la descripción e información se publicará a través de la autoridad nacional central que ostente la responsabilidad a tal efecto, esto es, las oficinas SIRENE.

La Comisión publicó, el 18 de diciembre de 2001, una Comunicación (COM(2001)720) en la que se examinan las posibilidades de realización y de desarrollo del SIS II: Una vez concluidos los estudios y los debates que se llevaron a cabo en relación con la arquitectura y las funciones del futuro sistema, la Comisión presentó tres propuestas de instrumentos legislativos en 2005. El 20 de diciembre de 2006 se adoptaron dos de los instrumentos, el Reglamento (CE) núm. 1987/2006 relativo a los aspectos del primer pilar del establecimiento, funcionamiento y utilización del SIS II, y el Reglamento (CE) núm. 1986/2006, relativo al acceso al SIS II por los servicios competentes para la expedición de los certificados de matriculación de vehículos. El tercer instrumento, la Decisión 2007/533/JAI del Consejo relativa a los aspectos del tercer pilar del establecimiento, funcionamiento y utilización del SIS II, fue aprobado el 12 de junio de 2007.

El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de diciembre de 2006 dio su aprobación al proyecto SISone4all, siendo éste una solución temporal que permitió a nueve países miembros que se incorporaron a la UE en 2004 conectar con la versión actual del sistema SIS, con algunas adaptaciones técnicas.

Después de que los Estados miembros solicitaran más tiempo para probar el sistema y adoptar una estrategia menos arriesgada para la migración del antiguo sistema al nuevo, la Comisión presentó propuestas de un reglamento y una decisión que definían las tareas y responsabilidades de las distintas partes implicadas en la preparación de la migración al SIS II, dando como resultado el Reglamento (CE) núm. 1104/2008 del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) y la Decisión núm. 2008/839/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II).

7. Conclusiones

En el seno de la Unión Europea la idea está clara, instaurar una nueva libertad de las personas, de ir y venir libremente sin controles, sin que pueda dejar de completarse con la necesidad de que la apertura de fronteras no deba hacerse ni a costa de una menor seguridad de los Estados y las personas, ni de una relajación de los flujos migratorios, lo que hace necesario encontrar los medios adecuados que permitan conjugar un principio de libre circulación de las personas y un principio de seguridad, pero no sólo en el marco de la cooperación intergubernamental, sino en el más amplio de la Comunidad Europea.

Esta idea se intensificó, si cabe, aún más, pues asistimos con una crudeza indescriptible a un espectáculo aterrador, a una de las mas grandes amenazas para el Estado de Derecho, así como de los ciudadanos que la disfrutaban, el terrorismo; recordemos como el 11 de septiembre de 2001, el país más poderos del planeta fue objeto de un ataque terrorista sin precedentes.

Cada vez más, los delitos se producen por redes que operan a escala internacional, que tienen su base en varios países y que aprovechan las lagunas legales derivadas de los límites demográficos de las investigaciones, disfrutando a veces de una gran ayuda logística y financiera.

En el estricto marco de la Unión Europea, las drogas, la delincuencia organizada, el fraude internacional, la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños son problemas que afectan a todos los Estados miembros de la misma. Estas lacras no tienen fronteras. Sin embargo, la Unión aspira a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia y no un espacio para tráficos de todo tipo. Los ciudadanos de la Unión Europea desean poder gozar plenamente de la libertad de circulación que permite el desarrollo de la Unión y al mismo tiempo, verse protegidos de las amenazas contra su seguridad personal.

Así pues, dado que no hay fronteras en la Unión Europea y que se garantiza el derecho a la libre circulación de las personas, deben adoptarse nuevas medidas para luchar contra la delincuencia y el terrorismo como forma específica de aquélla. Se ha de reaccionar mediante el diseño de un marco jurídico supranacional que garantice una respuesta legal uniforme y homogénea de todos los Estados, el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación policial y judicial, y el perfeccionamiento de los medios de investigación y de los instrumentos punitivos necesarios para combatir tan graves comportamiento

criminales. En esta idea se aprueba en 1997 el Plan de Acción de la Unión Europea para Combatir el Crimen Organizado, que contiene una lista de recomendaciones políticas y legislativas a los Estados de la Unión con la idea de avanzar en la creación de la ya citada “área de libertad, seguridad y justicia”, mediante la acción preventiva y represiva de la delincuencia organizada y la punibilidad de la participación en organizaciones criminales. Además, introduce la jurisdicción “extraterritorial”, con la posibilidad de perseguir en cualquier Estado miembro, los ilícitos relacionados con la participación en una organización criminal, que tengan lugar en el territorio de la unión sin tener en cuenta la base o el lugar desde donde actúe la organización.

Por ello, hoy más que nunca la Unión Europea se ha fijado en el Tratado de la Unión Europea el objetivo de ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Las actuales propuestas a este objetivo se reducen esencialmente a dos, la lucha organizada contra el terrorismo y la sustitución de la extradición por una orden de detención europea; ambos constituyen un elemento fundamental a fin de que los Estados miembros de la Unión europea cuenten con una legislación penal efectiva para hacer frente al terrorismo, así como para adoptar medidas dirigidas a mejorar la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia.

Bibliografía

- ADAM, *La cooperazione nel campo Della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, Revista di Dirritto Europeo, núm. 2, 1994
- BONNEFOI, *Europe et sécurité interieure*, París, 1995.
- CRABIT, *Recherches sur la notion d'espace judiciaire européen*, Bordeaux, 1988.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, *El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa*, en “Política común de Justicia e Interior en Europa”, Cuadernos de Derecho Judicial, (CGPJ), Madrid, 1995, pág. 34.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, *La cooperación judicial en los Pactos de Schengen*, BIMJ, Suplemento al número 1676, 1993.
- ELSEN, *Les structures administraties de Schengen*, en Pauly “Les accords de Schengen: Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques? Actes du cooleque tenu à Luxembourg les 18 et 19 juin 1992”, The Neotherlands/Pays-Bas, 1993.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida*, en “La prueba en el proceso penal II (CDJ)”, Madrid, 1996.
- GARCÍA BARROSO, *El procedimiento de extradición II*, Madrid, 1996.
- HREBLAY, *La convention d'application*, en “La libre circulation des personnes: les accords de Schengen”, París, 1994.
- JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa Comunitaria*, Madrid, 1994.
- JULIEN-LAFERRIERE, *L'Europe de Schegen: de la disparition des frontières aux transferís des contrôles (commentaire de la lei n° 91-737 du 30 juillet 1991 autorisant l'adhésion de la France à la Convention d'application de l'accord de Schengen)*, Actualité législative DALloz, cuaderno 13, 1992.
- LIROLA DELGADO, *Libre Circulación de Personas y Unión Europea*, Madrid, 1994, págs. 213 a 215.
- LÓPEZ GARRIDO, *El derecho de asilo*, Madrid, 1991.
- NASCIMBENE, *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995.
- SALCEDO VELASCO, *Mecanismos procesales de cooperación judicial*, en “Política Común de Justicia e Interior en Europa”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1995.
- SEBASTIÁN MONTESINOS, *La extradición pasiva*, Granada, 1997.

Apéndice I. Para saber más

1. Introducción

El Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 fue el resultado de que a partir de 1984, la Comunidad Económica Europea va a desarrollarse en un clima mucho más favorable que el existente en los años anteriores. Este nuevo empuje se manifestará en diversos ámbitos. Por un lado, el Consejo Europeo de Fointanebleau, reunido los días 25 y 26 de junio de 1984, aprueba una declaración relativa a la supresión, en las fronteras interiores, de las formalidades policiales y aduaneras para la circulación de las personas y mercancías. Asimismo este Consejo decide la creación de un comité ad hoc, que será presidido por el Sr. Andonnino, sobre “la Europa de los Ciudadanos”, al que se encomienda el estudio de las medidas que han de adoptarse para reforzar la identidad y la imagen de la Comunidad, a fin de responder mejor a las expectativas de los pueblos. Los informes de este Comité, concluidos un año después, muestran los temas principales en torno a los cuales gira la construcción de la Europa de los Ciudadanos y en ellos aparece, como elemento fundamental de esa construcción, la libre circulación de personas y la desaparición de las fronteras internas.

Otro hecho importante tiene lugar ese mismo año: el acuerdo de Saarbrücken, celebrado entre Francia y la República Federal de Alemania el 13 de febrero de 1984, para la supresión de los controles de la frontera entre ambos países, lo que va a dar origen al proceso de Schengen. Con ello se intenta ampliar las experiencias positivas acumuladas en el marco Benelux y, generalizar luego ese modelo en el continente para contraponerlo, con garantías de éxito, al modelo británico de control exhaustivo en las fronteras. En efecto, los países del Benelux (Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo) mediante un acuerdo habían suprimido en 1960 sus fronteras y trasladado el control de las personas a las fronteras exteriores, formando un territorio único y poniendo en marcha una política de visado común, el visado turístico del Benelux.

El acuerdo de Saarbrücken, concluido entre el Presidente Mitterrand y el Canciller Kohl después de la cumbre de Rambouillet de junio de 1984, tuvo como pieza maestra aligerar los controles, pero no suprimirlos. En efecto, dicho acuerdo establecía: el principio del libre paso, es decir, la simple vigilancia visual por parte de las autoridades de policía y de aduanas de los vehículos que pasen, sin detenerse, a velocidad reducida; el principio del control por sondeo, a realizar en puntos precisos y sin interrumpir el paso de los otros vehículos; el principio del llamado disco verde, es decir, la fijación de un símbolo mediante el cual se presume que quienes lo colocan en los parabrisas de sus automóviles respetan las reglas de policía aduaneras, y el principio de los controles agrupados, es decir, la concentración en un solo punto de todos los controles.

Por el contrario, el de Schengen preveía, entre sus medidas a largo plazo, la

supresión de los controles en las fronteras comunes y su traslado a unas fronteras externas. Esto suponía una armonización previa de las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basaban los controles, es decir, la adopción de unas “medidas complementarias para salvaguardar la seguridad e impedir la inmigración ilegal de los nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas”.

Así, el Acuerdo pone énfasis en que puede ser firmado sin reserva de ratificación o de aprobación y se limita a enunciar, a lo largo de sus 33 artículos, un conjunto de medidas concretas que debían adoptarse a corto plazo (arts. 2 a 16), con carácter jurídico vinculante (vigilancia visual de vehículos, por sondeo, etc), y otras medidas a largo plazo (arts. 17 a 27), que sólo establecen declaraciones de intención, asumiendo las Partes, obligaciones de “buscar”, “iniciar discusiones”, “adoptar iniciativas comunes”, etc, en ciertos ámbitos, entre ellos la cooperación judicial; estas últimas, no son sino *desiderata* sin eficacia práctica, lo que naturalmente demandaba otro texto donde se concretaran las medidas precisas. Es decir, que el Acuerdo carecía de los instrumentos necesarios para hacer efectivas sus previsiones, que deberían haberse cumplido en su totalidad el 1 de enero de 1990 (art. 30); de aquí que pueda calificarse con acierto como “tratado marco”, o como una suerte de norma programa.

Ante tal estado de cosas, los cinco Estados signatarios del Acuerdo (Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo y Holanda) apreciaron la necesidad de aprobar un nuevo Instrumento que contuviera los mecanismos precisos para poner en práctica las medidas de supresión gradual de los controles fronterizos. Así se firmó el Convenio de Aplicación, con 142 artículos de entendimiento ciertamente difícil, y una gran complejidad en su estructura y en las materias que regula, al que se sumaron los restantes Estados.

En definitiva, desde el pasado 26 de marzo de 1995 funciona en Europa uno de los mecanismos de integración que más claramente permiten al ciudadano tener conciencia de encontrarse en un espacio único. Los acuerdos de Schengen son un instrumento específico fruto del pragmatismo y de la voluntad de varios Estados miembros de la Unión Europea de hacer realidad la libre circulación de personas.

La idea de la que deriva directamente la cooperación en el ámbito Schengen no es muy distinta de la que ha inspirado todo el proceso de integración comunitaria. Es claro que a través de una “realización concreta”, como es la supresión de controles a personas en las fronteras, se crea una “solidaridad de hecho”, un marco de cooperación en múltiples aspectos de lo que podría llamarse genéricamente la seguridad interior.

Las barreras artificiales que constituyen las fronteras suponían costes importantes y una pérdida de competitividad evidente para la economía comunitaria. Evitar estos costes innecesarios fue una de las razones que aceleraron la cooperación para

suprimir los controles también a las personas en las fronteras de los Estados miembros, siguiendo la lógica del mercado aplicada en otros sectores.

Así pues, el hecho de perseguir un objetivo comunitario y de ser los Estados Schengen, Estados de la Comunidad impide que las disposiciones del Convenio sean aplicables en la medida en que puedan ser incompatibles con el derecho comunitario.

En esta línea, el 2 de octubre de 1997, el Consejo Europeo firmó el Tratado de Amsterdam, que vendrá a sustituir al de Maastrich, a través del cual se pretende “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con las medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y lucha contra la delincuencia”. Con este objetivo, en la actualidad, todo el acervo Schengen puede integrarse en el marco de la Unión. De hecho, a partir de la entrada en vigor de Amsterdam todo el acervo será de inmediato aplicable entre los trece Estados Schengen bajo el marco jurídico-institucional de la Unión Europea.

Todo lo que supone la conformación de un espacio de libre circulación de personas, ya previsto en Schengen, pero que se acomodará a la infraestructura material y personal de la Unión Europea. Consecuentemente, Schengen pasa a quedar bajo el control de las instituciones de la Unión Europea. El Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas tendrán plena competencia en el ámbito de Schengen. El resultado es la aplicación de unas garantías más completas a favor de los ciudadanos, inexistentes en Schengen, dada su falta de una estructura institucional equivalente.

2. La apertura de fronteras internas

Durante años, en el ámbito regional europeo, diversos grupos y organismos habían ido trabajando en relación con el tema de la abolición de los controles de las personas en las fronteras intracomunitarias. Era un trabajo que estaba en la línea de los principios de libre circulación que fundamentan la Comunidad Económica Europea.

El artículo 8 A del Tratado de la Comunidad, introducido por medio del Acta Única Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 1987, define el mercado interior como “un área sin fronteras interiores en la que la libertad de movimientos de bienes, personas, servicios y capital está asegurada, de acuerdo con las previsiones de este Tratado”. Esto tendrá que ser conseguido “progresivamente... en un plazo de tiempo que expira el 31 de diciembre de 1992”.

El Acta Única Europea es la señal para que, dentro de la Comunidad Europea, se pongan a tope las máquinas y se logre la libre circulación de personas, sin fronteras interiores. Este es el apoyo jurídico que necesitaba la política de inmigración europea

para intentar armonizar lo que hasta ahora había sido un tanto confuso, y que se había estado discutiendo en diferentes foros sin ninguna coordinación entre sí.

Hay una idea básica que empieza a rondar por los despachos comunitarios, una fuerte vinculación entre la desaparición de controles en las fronteras internas de la Comunidad y el estrechamiento de esos controles en las fronteras externas. Dos objetivos que tienen que ser perseguidos simultáneamente como único método de que los sistemas de seguridad existentes se preserven.

Una de las áreas prioritarias, probablemente la más prioritaria dada la velocidad de los acontecimientos, en la que la Comunidad Europea tenía que ponerse de acuerdo era la del control de las demandas de asilo. Porque una vez que un Estado dejase a un demandante de asilo entrar en su territorio, ese Estado miembro de la Comunidad Europea tendría que permitir, y los demás aceptar, que pudiera viajar sin ningún problema a través de toda la Comunidad, atravesando sus fronteras internas, como consecuencia lógica de la desaparición de esas fronteras físicas.. Así toda la política europea se va a centrar en la restricción del derecho de asilo.

Actualmente hay un punto común en cualquiera de los países de la Europa Comunitaria, y no solamente en los integrantes del Sistema Schengen: el endurecimiento de las políticas internas en materia de asilo, esto es, la construcción de esa Europa de y para los ciudadanos, en la que la libre circulación de éstos era una de sus metas, ha llegado al recorte, a través de una caída de las fronteras interiores a cambio de un reforzamiento de las exteriores.

No obstante, y como respuesta a este nuevo sentir el Acta Única Europea, -firmada el 17 de febrero de 1986 en Luxemburgo y el 28 de febrero de 1986 en la Haya y que entró en vigor el 1 de julio de 1987-, como primera reforma a los tratados constitutivos de la Comunidad Europea, propone en su art. 13 la creación de un espacio sin fronteras interiores, donde la libre circulación de los capitales, mercancías, de las personas, los servicios, sea una realidad, y estipula un período transitorio que terminaría el primero de enero de 1993, “un área sin fronteras interiores en la que la libertad de movimientos de bienes, personas, servicios y capital estará asegurada, de acuerdo con las previsiones de este Tratado”.

Asimismo, una de las cuestiones que se planteó en la cumbre de Luxemburgo de junio de 1991 era la introducción en el Tratado de la Unión Europea de las competencias necesarias para la armonización de las políticas de asilo, inmigración y en general del status del ciudadano de terceros Estados.

El Tratado de la Unión Europea, por fin, recogió este planteamiento y, efectivamente, abrió la posibilidad de que en el futuro las cuestiones relativas al acceso, estancia, etc, de los extranjeros nacionales de terceros Estados fueran tratadas por la vía institucional siguiéndose el esquema tradicional de iniciativa de la Comisión, consulta al Parlamento Europeo y decisión del Consejo de Ministros, todo ello bajo la vigilancia del Tribunal de Luxemburgo.

No obstante, esta tarea fue por cooperación directa entre los Estados interesados, vía intergubernamental, al no estar contemplada originariamente en los Tratados comunitarios como competencias de las Comunidades europeas, aunque a partir del Tratado de Maastricht se puede llenar una parte de este vacío jurídico e institucional, dando ciertas competencias a la Unión Europea; es la cooperación intergubernamental la que ha venido dominando el campo de seguridad interior y policía.

En esta línea, son dos los organismos en los que se ha llegado a acuerdos efectivos, en los grupos de Schengen y TREVI.

Por lo que respecta a Schengen, es un acuerdo que se adopta a causa de las dificultades existentes para lograr puntos comunes en materias sensibles a la soberanía de los Estados en el seno de la Unión; son éstas las que impulsan a un grupo de Estados a hacer fuera de la Unión lo que no eran capaces de realizar dentro. Con lo que se provoca que para lograr un objetivo de la Comunidad se establezca un foro de trabajo ajeno a ella, completamente independiente, que permite que los Estados creen un sistema de cooperación operativa basada en la confianza mutua y en el que no se compromete su soberanía nacional.

De aquí, que Schengen nazca con un espíritu un tanto controvertido, por una parte supone un avance respecto a la Unión Europea la homologar a todas las personas que se encuentran en el interior del Territorio de los Estados parte del Acuerdo, ya sean nacionales o extranjeros; y por otra, si las establece con respecto a los nacionales comunitarios y los extranjeros a la hora de cruzar la frontera exterior y, dentro de los extranjeros, los que están sometidos a visado y los que no.

Así pues, es un Acuerdo que nace como resultado de que los esfuerzos realizados en el marco comunitario han sido inútiles. Jurídicamente es posible que el Tratado CE obligue al Reino Unido a suprimir los controles en fronteras; el caso es que no lo ha hecho ni ha sido condenado por el Tribunal de Justicia. Entre los miembros de la Unión se negocia desde hace tiempo un Convenio sobre el cruce de las fronteras exteriores que no reúne aún el consenso de los Estados miembros, después de fatigosas negociaciones. La única vía que ha dado frutos hasta ahora ha sido la de avanzar entre los Estados con la decidida voluntad política de hacerlo, en un grupo más reducido que el comunitario.

Así en 1985 se firma el primer Acuerdo de Schengen, tras el cual, en comunicado oficial, los Estados signatarios manifiestan que “la supresión del control de las personas en las fronteras comunes entre Estados... irá acompañada de una transferencia y armonización de los controles en las fronteras denominadas exteriores simultáneamente están previstas las medidas necesarias para mantener el nivel de seguridad indispensable y modernizar los medios de cooperación policial y judicial. Dicho dispositivo se completa con un conjunto de garantías en el ámbito del derecho de asilo y en el de la protección de la vida privada en relación al uso de ficheros, que constituyen un proceso significativo para la Europa de los ciudadanos”.

En este Acuerdo se preveía, entre sus medidas a largo plazo, la supresión de los controles en las fronteras comunes y su traslado a unas fronteras externas. Esto suponía una armonización previa de las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basaban los controles, es decir, la adopción de unas “medidas complementarias para salvaguardar la seguridad e impedir la inmigración ilegal de los nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas”.

Sin embargo, en un principio, el tema del asilo no estaba recogido en el orden del día de los trabajos preparatorios de Schengen. Pero en la reunión de diciembre de 1986 de los Ministros responsables de inmigración en los cinco países inicialmente firmantes, surgirá el término “asilo”. Los ministros encargaron a los expertos que trabajaban en las cuestiones dar prioridad al estudio de las repercusiones de la abolición gradual del control sobre personas en las fronteras comunes, en el ámbito del asilo. Se trataba de examinar las medidas que pudieran conducir a una política común que evitase el uso abusivo de las demandas de asilo. Tales medidas podían consistir en evitar las candidaturas múltiples en varios Estados de la Comunidad Europea; responsabilidad del Estado receptor del demandante; armonización de los procedimientos de admisión para obtener el estatuto de refugiado; intercambio de información sobre los demandantes de asilo.

Desde esta perspectiva, el objeto de la cooperación intergubernamental se ha centrado en dos cuestiones vitales: la eliminación del preocupante fenómeno de los refugiados en órbita, de un lado, y del no menos importante de las solicitudes múltiples, de otro. Por ello no es de extrañar que los resultados normativos de los citados foros de cooperación se plasmen en dos instrumentos convencionales cuyo objeto no es otro que garantizar que toda solicitud de asilo presentada ante un Estado miembro de la Unión Europea será examinada por uno de ellos ya sólo por uno de ellos, a saber, el convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, de 15 de junio de 1990, y el convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990.

Aunque ambos instrumentos forman parte de una concepción común en torno al asilo, la mera existencia de dos foros de cooperación y de dos Tratados potencialmente aplicables a una misma realidad plantea el inevitable problema de la prelación entre ambos, que no puede resolverse mediante el simple argumento de la reconducción de ambos al logro de un objetivo común.

Ello se resolvió mediante una decisión de 26 de abril de 1994, adoptada en el seno del Grupo Schengen, por su comité ejecutivo, por la que se reconoce la primacía del Convenio de Dublín sobre las disposiciones que en materia de asilo se contienen en el Convenio de Aplicación de Schengen. No obstante ambos instrumentos constituyen, sin duda, un paso decisivo en la incorporación del asilo al ámbito comunitario.

Actualmente, las políticas de inmigración y asilo se encuentran en el Tratado de Amsterdam comunitarizadas y, en consecuencia, recogidas en el Tratado de la Comunidad Europea, en un nuevo título sobre “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de las personas”.

En todo caso, según dispone el artículo 64 del Tratado de la Comunidad Europea, todo el Título IV del mismo “se entenderá sin perjuicio del ejercicio de responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguarda de la seguridad interior”.

3. Principios rectores del Convenio de Schengen

A través de lo que hemos venido exponiendo hasta ahora podemos colegir que el objetivo fundamental de instaurar una nueva libertad de las personas, de ir y venir libremente sin controles, se completa con la necesidad de que la apertura de fronteras no debe hacerse ni a costa de una menor seguridad de los Estados y las personas, ni de una relajación de los flujos migratorios, lo que hace necesario encontrar los medios adecuados que permitan conjugar un principio de libre circulación de las personas y un principio de seguridad.

Así, Schengen se articula sobre el principio de traslado de los controles de unas fronteras interiores a las fronteras exteriores y en la adopción de una serie de “medidas compensatorias”, como conjunto de medidas que permiten el desmantelamiento de los controles en las fronteras interiores, y que están destinadas a avalar que la seguridad del territorio común no esté menos garantizada de lo que actualmente está en cada uno de los Estados concernidos.

Por estos motivos el Convenio contempla las condiciones relativas a cruce de fronteras interiores y exteriores; visados, circulación de extranjeros, asilo y permisos de residencia; cooperación policial y judicial, extradición, estupefacientes y armas de fuego; transporte y circulación de mercancías, etc. Asimismo contiene las bases para la creación de un sistema informático que facilite la impermeabilización de las fronteras exteriores a la vez que un intercambio de informaciones judiciales, policiales y administrativas que mejoren la cooperación en estas materias.

Como vemos, el Convenio responde, pese a su aparente complejidad, a una única lógica, ser un banco de pruebas, un ensayo o una antesala de lo que deberá ser la libre circulación de las personas por un auténtico espacio sin controles fronterizos internos o intracomunitarios.

No obstante, el que el sistema resultante del Convenio de Schengen sea un ensayo de lo que debió ser, el 1 de enero de 1993, el régimen jurídico aplicable al espacio sin fronteras interiores -proclamado por el artículo 8 A del TCEE- no plantea dudas.

En efecto, fiel a la tesis de las competencias concurrentes, el Convenio de Aplicación establece, entre sus disposiciones, los siguientes principios esenciales:

Primero, su supeditación al ordenamiento jurídico comunitario; esto es, las normas de Schengen son normas secundarias o dependientes, normas de segundo grado, en la medida en que reconocen y respetan como de superior rango las emanadas de la Unión Europea -el art. 134 del Convenio de Aplicación previene que sus disposiciones sólo serán aplicables “en la medida en que sean compatibles con el Derecho comunitario”-.

Segundo, su provisionalidad, pues según sienta el artículo 142 del Convenio, “cuando se celebren convenios entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas con vistas a la realización de un espacio sin fronteras interiores, las Partes Contratantes acordarán las condiciones en las que las disposiciones del presente Convenio serán sustituidas o modificadas en función de las disposiciones correspondientes de dichos convenios”.

Y tercer principio, su supletoriedad, es decir, su vocación por cubrir el vacío jurídico resultante de la no consecución del objetivo comunitario. Esto es, el espacio de la Unión Europea y el espacio de Schengen no pueden ser entendido, sino por referencia al tronco común que es el derecho del Consejo de Europa, pues una buena parte del contenido de aquéllos consiste en proyectar los Convenios del Consejo sobre esas otras áreas, introduciendo ciertas variantes para facilitar su aplicación entre esos grupos de Estados más reducidos; siendo así que, se trata de normas complementadoras, ya que pretenden integrar o mejorar otros Instrumentos internacionales aprobados en el ámbito del Consejo de Europa, como el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal -art. 48-, el Convenio Europeo de Extradición -art. 59-, o el Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas -art. 67-.

Ya que, lejos de constituir un sistema cerrado, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen tiene vocación de extenderse hasta la totalidad de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, pues, tal y como dispone el artículo 140, “todo Estado miembro de las Comunidades Europeas podrá convertirse en Parte en el presente Convenio. La adhesión será objeto de un acuerdo entre dicho Estado y las Partes Contratantes. Dicho acuerdo será sometido a ratificación, aprobación o aceptación por parte del Estado que se adhiera y de cada una de las Partes Contratantes. Entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente al depósito del último instrumento de ratificación, de aprobación o de aceptación”.

Por otra parte, además de constituir un sistema jurídico, el Convenio de Aplicación crea lo que se ha venido llamando “espacio Schengen”, o sea, el espacio resultante de la suma de los territorios de los Estados que serán partes en el mismo. En realidad, este espacio no se halla definido como tal en sus disposiciones, pero resulta de la combinación lógica de algunos conceptos, sí concretados por el artículo primero,

a saber, las nociones de fronteras, tanto interiores, como exteriores, vuelo interior y Estado tercero.

A este propósito, permitir el desarrollo de una cooperación más estrecha entre dos o más Estados, en la medida que dicha cooperación no contravenga ni obstaculice la que se contempla en el título VI del Tratado, así como arbitrando los mecanismos para la sustitución de sus normas por Convenios comunitarios; el propio Tratado de Maastricht anuncia una reforma en sus disposiciones finales, fijando en la denominada “cláusula de 1996” el momento en que deberá prepararse la oportuna modificación.

Un poco retrasada, la Conferencia Intergubernamental comienza sus trabajos en Turín en marzo de 1996, para en el mes de octubre de 1997 concluirlos con la aprobación del Tratado de Amsterdam. Con este Tratado se inicia la labor de comunitarización de determinadas materias intergubernamentales, así se incorpora al articulado del Tratado de la Comunidad Europea algunas de las materias del tercer pilar (fronteras exteriores, visados, inmigración y asilo y cooperación judicial en materia civil). Además, se prevé que todo el acervo Schengen pueda integrarse en el marco de la Unión.

De esta forma, el artículo 29 TUE establece el mandato de una acción común en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal, mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas, y de armas, la corrupción y el fraude y la lucha contra el racismo y la xenofobia. Todo ello a través de tres instrumentos, una mayor cooperación policial, una mayor cooperación judicial y la aproximación de las normas penales.

Por otro lado, la iniciativa que en materia de cooperación policial y judicial en materia penal correspondía en exclusiva a los Estados, ahora se extiende a la Comisión -art. 34.2 TUE-; y el Parlamento debe ser consultado antes de adoptar cualquier medida -art. 39 TUE-. Además el Tribunal de Justicia “será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre interpretación de los convenios celebrados de conformidad con el presente título y sobre la interpretación de sus medidas de aplicación” -arat. 35.1 TUE-, aunque queda expresamente excluida la competencia del tribunal para “controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior -art. 35.5 TUE-, como tampoco la tiene sobre las medidas o decisiones que en materia de libre circulación de personas se adopten por razones de orden público y salvaguardia de la seguridad interior -art. 68.2 TCE-.

En la misma línea ya iniciada por el Tratado de Amsterdam, que los mecanismos de cooperación judicial no resultan ya los más adecuados en un espacio sin fronteras

como el espacio europeo, caracterizado por un elevado nivel de confianza y cooperación entre Estados que comparten una concepción exigente del Estado de Derecho, el tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, modifica el artículo 31 TUE, que queda redactado de la siguiente manera:

“La acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá, entre otras:

a) La facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros, también cuando así convenga, mediante Eurojust, en relación con las causas y la ejecución de sus resoluciones.

b) la facilitación de la extradición entre Estados miembros;

c) la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación:

d) la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;

e) la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas;

2. El Consejo fomentará la cooperación mediante Eurojust:

a) Capacitando a Eurojust para que contribuya a una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales de los Estados miembros encargadas de la persecución del delito;

b) Impulsando la colaboración de Eurojust en las investigaciones relativas a asuntos de delincuencia transfronteriza grave, especialmente en los casos de delincuencia organizada, teniendo en cuenta en particular los análisis de Europol;

c) Favoreciendo una estrecha cooperación de Eurojust con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición”.

Como se desprende de lo dispuesto en el artículo 31 TUE, una de las cuestiones que se estiman de relevancia a fin de promocionar una mejor cooperación policial y judicial es la labor de fomento por el Consejo de Eurojust, así como de la Red Judicial Europea. A este respecto, sin duda parece lógico que se trate de mecanismos aptos a tal fin, en cuanto, por un lado, Eurojust es una unidad, prevista en las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, compuesta por fiscales, jueces o funcionarios de policía con competencias equivalentes, asignados por cada Estado miembro, con la misión de contribuir a una adecuada coordinación entre las autoridades nacionales encargadas de la persecución del delito y colaborar en las investigaciones relativas a la delincuencia organizada, basándose en los análisis de la Oficina Europea de Policía. Asimismo ha de cooperar con la Red Judicial Europea con objeto de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias.

Por su parte, la finalidad de la Red Judicial Europea, es mejorar desde el punto

de vista jurídico y práctico la ayuda judicial mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea, en particular para luchar contra las formas de la delincuencia grave. Para ello se prevé que dicha Red se halle compuesta por los siguientes elementos -art. 2-.

- Las autoridades centrales de cada Estado miembro responsables de la cooperación judicial internacional.

- Uno o varios puntos de contacto en cada Estado miembro

- La Comisión designará un punto de contacto para los ámbitos que sean de su competencia.

Cabe que los Estados miembros asocien a la red judicial europea a los magistrados de enlace a que se refiere la Acción común 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 TUE, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea. De hecho, la creación de la Red Judicial Europea parece responder a la idea de que el intercambio de magistrados de enlace resulta insuficiente desde las necesidades de una acción efectiva en todo el territorio de la Unión. Y ello debido a que el envío de magistrados de enlace está supeditado a la voluntad del Gobierno de cada país, de manera que se dejaba abierta la posibilidad de que no existiese enlace judicial alguno.

4. Participación de nuevos Estados miembros en el espacio Schengen y relaciones con terceros Estados

Los nuevos Estados miembros de la Unión Europea, en virtud del protocolo anejo al Tratado de Amsterdam, han de aplicar la totalidad del acervo Schengen, aunque el espacio Schengen tan sólo acoge a nueve: Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovenia, Eslovaquia y la República Checa. De hecho, el Consejo el 7 de diciembre de 2007 adoptó una Decisión por la que se permitía la supresión de los controles en las fronteras de dichos Estados, llevándose a cabo la supresión efectiva de las fronteras terrestres y marítimas el 21 de diciembre del mismo año, y las aéreas el 30 de marzo de 2008. Por su parte Suiza lo hizo el 12 de diciembre de 2008. Sin embargo, Chipre manifestó su deseo de mantener los controles de sus fronteras.

Por lo que respecta a Rumanía y Bulgaria, la supresión de los controles tendrá lugar cuando ambos países cumplan las condiciones requeridas para la aplicación del acervo Schengen. Así bien, será el Consejo quien decida la supresión, una vez que el SIS sea operativo en dichos países y éstos hayan sido sometidos a una evaluación que demuestre el cumplimiento de las condiciones necesarias para aplicar medidas compensatorias que permitan eliminar los controles en las fronteras interiores.

También terceros países participan en la cooperación Schengen en la medida en

que están incluidos en el espacio constituido por la ausencia de controles en las fronteras interiores; aplican las disposiciones del Convenio de Aplicación, en particular las relativas al SIS, y todos los textos adoptados tomando como base dicho Convenio; y participando en la toma de decisiones sobre los textos pertinentes en el marco de Schengen.

Esta participación se lleva a cabo a través de comités mixtos, compuestos por representantes de los gobiernos de los Estados miembros de la UE, de la Comisión y de los gobiernos de terceros países. Así bien, los países asociados participan en los debates sobre el desarrollo del acervo Schengen, pero no en la votación.

Apéndice II. Documentación de Referencia

Protocolo de Adhesión de los Gobiernos del Reino de España y de la República Portuguesa al Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, tal como quedó enmendado por el Protocolo de Adhesión del Gobierno de la República Italiana, firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho en Bonn el 25 de junio de 1991. Aplicación Provisional (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1991). Instrumento de Ratificación (BOE núm. 62, de 13 de marzo de 1997).

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/acuerdos-y-convenios-1272/aplicacion-provisional-del-protocolo-de-adhesion-de-25-de-junio-de-1991-1415>

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/acuerdos-y-convenios-1272/instrumento-de-ratificacion-de-23-de-julio-de-1993-boe-1997-1418>

Protocolo de Adhesión del Gobierno de la República Helénica al Acuerdo de Schengen (BOE núm. 34, de 9 de febrero de 1993). Instrumentos de Ratificación del Protocolo y del Acuerdo de Adhesión al Convenio de Aplicación (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1997).

<http://www.boe.es/boe/dias/1993/02/09/pdfs/A03598-03599.pdf>

Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. Instrumento de ratificación de 23 de julio de 1993 (BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994. Corrección de erratas en BOE núm. 85, de 9 de abril). Modificado por el Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio y por el Reglamento (UE) nº 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo.

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/acuerdos-y-convenios-1272/instrumento-de-ratificacion-de-23-de-julio-de-1993-boe-1994-1335>

Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa relativo a los artículos 2 y 3 de Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, hecho en Bonn el 25 de junio de 1991 (BOE núm. 83, de 7 de abril de 1995).

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/acuerdos-y-convenios-1272/acuerdo-de-25-de-junio-de-1991-1421>

Protocolo relativo a las consecuencias de la entrada en vigor del Convenio de Dublín sobre ciertas disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado en Bonn el 26 de abril de 1994. Instrumento de Ratificación por parte de España de 24 de noviembre de 1995 (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1997).

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/acuerdos-y-convenios-1272/instrumento-de-ratificacion-de-26-de-abril-de-1994-1422>

Instrumento de Ratificación del Protocolo de Adhesión del Gobierno de la República Austríaca al Acuerdo de Schengen e Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión al Convenio de Aplicación (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1997).

<http://www.mir.es/derecho/im/im28495.htm>

<http://www.boe.es/boe/dias/1997/12/11/pdfs/A36255-36257.pdf>

Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas, de 1 de diciembre de 2000, relativa a la puesta en aplicación del acervo de Shengen en Dinamarca, Finlandia y Suecia, así como en Islandia y Noruega (DOCE núm. 309, de 9 de diciembre). BOE.es - Documento DOUE-L-2000-82395

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82395>

Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (Diario Oficial de la Unión Europea de 13 de abril de 2006), modificado por el Reglamento (CE) nº 296/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2008, por el Reglamento (CE) nº 81/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009, por el Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 y por el Reglamento (UE) nº 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010.

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/acuerdos-y-convenios-1272/reglamento-ce-no-562-2006-de-15-de-marzo-de-2006-1424>

Decisión del Consejo, de 1 de diciembre de 2000, relativa a la puesta en aplicación del acervo de Shengen en Dinamarca, Finlandia y Suecia, así como en Islandia y Noruega

(DOCE núm. 309, de 9 de diciembre).

<http://www.interior.gob.es/file/54/54869/54869.pdf>

Resolución de 21 de marzo de 1995, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la puesta en Aplicación del Convenio de Aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 (BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1995).

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/resoluciones-1328/resolucion-de-21-de-marzo-de-1995-de-la-secretaria-general-tecnica-del-ministerio-de-asuntos-exteriores-1430>

Resolución de 26 de mayo de 1998, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la puesta en aplicación del Convenio de aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1998).

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/resoluciones-1328/resolucion-de-26-de-mayo-de-1998-de-la-secretaria-general-tecnica-del-ministerio-de-asuntos-exteriores-1435>

Resolución de 16 de junio de 1998, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la puesta en aplicación para Austria del Convenio de aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 (BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998. Corrección de errores en BOE núm. 235, de 1 de octubre).

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/resoluciones-1328/resolucion-de-16-de-junio-de-1998-de-la-secretaria-general-tecnica-del-ministerio-de-asuntos-exteriores-boe-152-1436>

Resolución de 16 de junio de 1998, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la puesta en aplicación para la República Helénica del Convenio de Aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 (BOE núm. 155, de 30 de junio de 1998).

<http://www.interior.gob.es/normativa-89/resoluciones-1328/resolucion-de-16-de-junio-de-1998-de-la-secretaria-general-tecnica-del-ministerio-de-asuntos-exteriores-boe-155-1439>

Reglamento (CE) nº 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II).Diario Oficial L 381 de 28.12.2006]

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006R1987:ES:NOT>

Reglamento (CE) nº 1986/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al acceso al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) por los servicios de los Estados miembros competentes para la expedición de los certificados de matriculación de vehículos. [Diario Oficial L 381 de 28.12.2006].

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006R1986:ES:NOT>

Decisión 2007/533/JAI del Consejo, de 12 de junio de 2007, relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) 32007D0533 [Diario Oficial L 205 de 7.8.2007].

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32007D0533:ES:NOT>

Reglamento (CE) núm. 1104/2008 del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) 32008R1104

http://www.belt.es/legislacion/vigente/Seg_inf/Seg_inf/internac/220610-reglamento-migracion-SIS.pdf

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008R1104:ES:NOT>

Decisión núm. 2008/839/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008 sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+), sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) 32008D0839

<http://eur-lex.europa.eu/es/legis/latest/chap1940.htm>

Decisión de la Comisión 2009/720/CE, de 17 de septiembre de 2009, por la que se establece la fecha para la aplicación de la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (1 pilar) 32009D0720

<http://eur-lex.europa.eu/es/legis/latest/chap1940.htm>

Decisión de la Comisión 2009/724/JAI, de 17 de septiembre de 2009, por la que se establece la fecha para la aplicación de la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (3 pilar) 32009D0724

<http://eur-lex.europa.eu/es/legis/latest/chap1940.htm>

Apéndice III. Relativo al Sistema Español

Instrumento de ratificación del acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. (*BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994*), en su redacción dada por el Reglamento (UE) n° 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de marzo de 2010 (*Diario Oficial de la Unión Europea de 31 de marzo de 2010*).

Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa relativo a los artículos 2 y 3 del acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990. Hecho en Bonn el 25 de junio de 1991 (*BOE núm. 83, de 7 de abril de 1995*).

Instrumento de ratificación por parte de España del protocolo relativo a las consecuencias de la entrada en vigor del Convenio de Dublín sobre ciertas disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado en Bonn el 26 de abril de 1994 (*BOE núm. 163, de 9 de julio de 1997*).

Resolución de 26 de mayo de 1998, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos exteriores, sobre la puesta en aplicación del Convenio de Aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 (*BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1998*).

Resolución de 16 de junio de 1998, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la puesta en aplicación para Austria del Convenio de Aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 (*BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998*).

Resolución de 16 de junio de 1998, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la puesta en aplicación para Austria del Convenio de Aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 (*BOE núm. 155, de 30 de junio de 1998*).

EL CONVENIO DE 2000

María Poza Cisneros

1. Ámbito de aplicación

1.1. Ámbito subjetivo y temporal

El 29 de mayo de 2000, el Consejo de la Unión Europea aprobó un nuevo convenio en materia de asistencia judicial penal, en vigor desde el 23-8-05, tras haber alcanzado el número mínimo de ratificaciones necesarias, y actualmente vigente en la totalidad de los Estados miembros de la UE, a excepción de Grecia, Irlanda e Italia.

Estado de ratificación: Convenio de 29 de mayo de 2000

Party	Notification	Entry into force(*)	Decl/Res	Observations
Austria	04/04/2005	23/08/2005	D	
Belgium	25/05/2005	23/08/2005	D	
Bulgaria	08/11/2007	01/12/2007	D	Obs
Cyprus	03/11/2005	01/02/2006	D	Obs
Czech Republic	14/03/2006	12/06/2006	D	Obs
Germany	04/11/2005	02/02/2006	D	
Denmark	24/12/2002	23/08/2005	D	
Estonia	28/07/2004	23/08/2005	D	Obs
Spain	27/01/2003	23/08/2005	D	
France	10/05/2005	23/08/2005	D	
United Kingdom	22/09/2005	21/12/2005	D	
Greece				
Hungary	25/08/2005	23/11/2005	D	Obs

Italy				
Ireland				
Lithuania	28/05/2004	23/08/2005	D	Obs
Luxembourg	06/12/2010	06/03/2011	D	
Latvia	14/06/2004	23/08/2005	D	Obs
Malta	04/04/2008	03/07/2008	D	Obs
Netherlands	02/04/2004	23/08/2005	D	
Portugal	05/11/2001	23/08/2005	D	
Poland	28/07/2005	26/10/2005	D/R	Obs
Romania	08/11/2007	01/12/2007	D	Obs
Sweden	07/07/2005	05/10/2005	D	
Finland	27/02/2004	23/08/2005	D	
Slovenia	28/06/2005	26/09/2005	D	Obs
Slovakia	03/07/2006	01/10/2006	D	Obs

El convenio se integra, formando una unidad normativa, con un Protocolo, de 16 de octubre de 2001, dedicado, básicamente, a extender las normas de aquél a las investigaciones de cuentas bancarias y cuyas disposiciones, como aclara su Informe Explicativo, se anexan y forman parte integrante del Convenio 2000, de manera que las disposiciones de éste se aplican al Protocolo y viceversa. Actualmente y desde el 5-10-05, el Protocolo está vigente en los mismos Estados en que lo está el Convenio, a excepción de Estonia, que todavía no ha realizado la notificación al Consejo.

Estado de ratificación: Protocolo de 16 de octubre de 2001

Party	Notification	Entry into force(*)	Decl/Res	Observations
Austria	04/04/2005	05/10/2005	D	
Belgium	25/05/2005	05/10/2005	D	
Bulgaria	08/11/2007	01/12/2007		Obs
Cyprus	03/11/2005	01/02/2006		Obs
Czech Republic	14/03/2006	12/06/2006	D	Obs
Germany	04/11/2005	02/02/2006		
Denmark	01/03/2005	05/10/2005	D	
Estonia				
Spain	05/01/2005	05/10/2005	D	

EL CONVENIO DE 2000

France	10/05/2005	05/10/2005	D	
United Kingdom	15/03/2006	13/06/2006		
Greece				
Hungary	25/08/2005	23/11/2005		Obs
Italy				
Ireland				
Lithuania	28/05/2004	05/10/2005		Obs
Luxembourg	06/12/2010	06/03/2011		
Latvia	14/06/2004	05/10/2005	D	Obs
Malta	04/04/2008	03/07/2008		Obs
Netherlands	02/04/2004	05/10/2005	D	
Portugal	12/12/2006	12/03/2007		
Poland	28/07/2005	26/10/2005		Obs
Romania	08/11/2007	01/12/2007	D	Obs
Sweden	07/07/2005	05/10/2005	D	
Finland	21/02/2005	05/10/2005	D	
Slovenia	28/06/2005	05/10/2005		Obs
Slovakia	03/07/2006	01/10/2006		Obs

El Convenio entrará en vigor en Gibraltar en el momento de la ampliación a este territorio del Convenio del 59. Una vez ampliado a los territorios de la Isla de Man y Guernsey, con objeción de Irlanda, el Convenio del 59, el Reino Unido debe notificar por escrito al Presidente del Consejo el momento en que desee aplicar el Convenio 2000 a dichos territorios y el Consejo se pronunciará sobre la solicitud por unanimidad. Una vez que se extienda el Convenio del 59 a otras Islas Anglonormandas, deberá seguirse idéntico procedimiento para la aplicación a ellas del Convenio 2000.

El Convenio 2000 está vigente en todos los Estados de la UE, excepto: Grecia, Irlanda e Italia.

Como cualquier instrumento de Derecho Público internacional, de cooperación clásica intergubernamental y a diferencia de lo que sucede con el acervo Schengen, “comunitarizado” por Protocolo anejo al Tratado de Ámsterdam y con las Decisiones Marco, de obligada transposición, el Convenio está supedi-

tado a su adopción por los Estados, limitándose esta posibilidad a los miembros de la Unión Europea, a diferencia de determinados convenios celebrados en el marco del Consejo de Europa, como el Convenio de 1959, abierto a la firma de terceros Estados que no formen parte de la estructura del Consejo de Europa, más amplia de por sí que la Unión Europea¹. Por ello, el Convenio sólo entró en vigor en los sucesivos Estados que se fueron incorporando a la Unión, por adhesión, una vez que depositaron el correspondiente instrumento y transcurrieron noventa días desde dicho depósito. Por ello, también, como hemos visto, el Convenio no está en vigor en todos los Estados miembros de la UE. Por ello, finalmente, no es posible la firma del Convenio por terceros Estados, con la excepción del status especial que se reconoce a Islandia y Noruega, respecto de determinadas disposiciones del Convenio y su Protocolo, como Estados asociados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen (“Acuerdo de Asociación”), en cuanto el Convenio 2000 es complementario de éste.

A las limitaciones derivadas de su naturaleza jurídica, se suman, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, las expectativas generadas por la incorporación de la materia que regula, la cooperación judicial penal, al procedimiento legislativo ordinario, cuyos instrumentos normativos son los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes.

1.2. Ámbito objetivo

El Convenio 2000, entre otros motivos, por su carácter complementario de otros instrumentos, que se desarrolla en el siguiente epígrafe, no nace con vocación de regulación exhaustiva de la asistencia judicial entre los Estados miembros, puesto que partía ya de “*bases sólidas y de amplia y probada eficacia*”². Sus objetivos, siguiendo su Informe Explicativo, son:

Mejorar la asistencia judicial, haciéndola más rápida, flexible y eficaz, fomentando la transmisión directa de solicitudes, el uso del correo en notificaciones y traslado de documentos, o la aplicación de la ley del Estado requirente a la ejecución.

¹ Es el caso de Israel, que ratificó el Convenio del 59 el 27-9-67, Chile o Corea, que lo hicieron, respectivamente, el 30-5-2011 y 29-9-2011, respectivamente.

² Vid., en el Nivel 3, el Informe Explicativo del Convenio aprobado por el Consejo el 30-11-00, DO C 379, de 29-XII-2002, pág.7.

Modernizar la asistencia judicial, adaptándola a:

- La evolución política y social (eliminación de controles fronterizos, globalización). En esta línea, se regulan formas especiales de asistencia como las entregas vigiladas, los equipos conjuntos de investigación y las investigaciones encubiertas
- La evolución tecnológica, pretensión que se sitúa en la base de la amplia regulación de la intervención de las comunicaciones y de la audición por videoconferencia.

La estructura del Convenio es coherente con esta declaración de propósitos:

Título I: Disposiciones generales, relativas a las relaciones con otros convenios, precisiones sobre su ámbito de aplicación, envío y notificación de documentos procesales, transmisión de solicitudes de asistencia e intercambio espontáneo de información (arts. 1 a 7).

Título II: Solicitudes de determinadas formas específicas de asistencia judicial, como la restitución de objetos, el traslado temporal de detenidos con fines de investigación, las entregas vigiladas, los equipos conjuntos de investigación, las investigaciones encubiertas o la videoconferencia, como forma especial de audiencia de testigos y peritos (arts. 8 a 16).

Título III: Intervención de telecomunicaciones (arts. 17 a 22).

Título IV: Protección de datos de carácter personal (art. 23).

Disposiciones finales, relativas a declaraciones, reservas, aplicación territorial, entrada en vigor, adhesión de nuevos Estados miembros, entrada en vigor para Islandia y Noruega y designación del Secretario General del Consejo de la Unión Europea como depositario (arts. 24 a 30).

Precisamente por su carácter complementario y como se comprueba en una primera lectura de contenidos, cuestiones básicas en materia de asistencia judicial, como las declaraciones de imputados, testigos o peritos (al margen de la modalidad de audición por videoconferencia o por teléfono), el contenido mínimo o el idioma de las solicitudes de asistencia, no son objeto de regulación específica. Por este motivo, el Convenio no puede ser utilizado, por sí mismo, como única base en la que sustentar una solicitud de asistencia. Por otra parte, la mayor parte de las formas de asistencia específica que desarrolla el Convenio, se encontraban ya previstas en otros instrumentos o venían prestándose, con mayor o menor frecuencia y facilidad, al amparo de las declaraciones generales de “prestación de la asistencia judicial más amplia

posible”³ que suelen contener los tratados multilaterales o bilaterales en la materia.

En esencia, el Convenio se ocupa de la notificación y traslado de actos y documentos judiciales y de la asistencia judicial en sentido estricto (actos de investigación y obtención de pruebas). Queda al margen la entrega y traslado de sujetos procesales, salvo el traslado de detenidos con fines de investigación y respecto de otras modalidades de cooperación judicial que no regula tampoco expresamente, como las referidas a medidas cautelares reales o ejecución de sentencias, el Convenio sólo es aplicable, por ejemplo, en lo relativo a las vías de transmisión de las solicitudes, en cuanto complementario de otros instrumentos.

Así, lo será respecto de medidas cautelares reales, en cuanto son objeto de regulación en el Convenio del 59, en el que están sometidas a un generoso ámbito de reserva por los Estados, del que hicieron uso, entre otros, Alemania, España y Portugal. Los Estados podían reservarse la posibilidad de sujetar las solicitudes de registro y embargo de bienes a todas o algunas de las siguientes condiciones⁴:

- a) Doble incriminación.
- b) Carácter extraditable de la infracción en el Estado requerido.
- c) Ejecución compatible con el Derecho del Estado requerido.

En el ámbito Schengen, deberán tenerse en cuenta parecidas, aunque no idénticas, posibilidades de reserva, subordinando la asistencia a las condiciones de:

1º Mínimo punitivo de seis meses de privación de libertad en ambos Estados o sanción equivalente en uno de ellos, siempre que en el otro Estado constituya una infracción de reglamentos perseguida por autoridades administrativas cuya decisión sea recurrible ante una jurisdicción competente, en particular en materia penal.

2º Ejecución compatible con el Derecho del Estado requerido.

Por ello, en el ámbito de aplicación del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, será obligatorio cumplimentar las comisiones rogatorias para embargo, si el origen es un hecho punible que resulta conminado en el

3 Vid., en Nivel 3, el art. 1.1 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959.

4 A título de ejemplo, países como Alemania y Portugal exigen las condiciones a) y c); Polonia y España exigen las tres condiciones; Rumania se reservó las condiciones b) y c) y Hungría tan sólo la última de ellas.

Estado requerido, con una pena superior a seis meses, aunque en el Estado requirente integre una mera infracción de una Ordnungswidrigkeit (“reglamento de orden”, de naturaleza administrativa cuyo recurso es resuelto por un Juez Penal).

Sin embargo, en esta materia, existe ya un instrumento de reconocimiento mutuo, 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, que, concluido ya el plazo de transposición, representa un sistema legal uniforme (al menos, en el terreno de las intenciones) y un nivel superior de cooperación y que será objeto de tratamiento en el Tema 11.

Respecto de la fase de ejecución de sentencia, a pesar de que el Convenio 2000 nada dice sobre el tema y de que el Convenio del 59 excluía de su ámbito de aplicación las detenciones y la ejecución de condenas, en declaración reiterada por su Segundo Protocolo, lo cierto es que no existe un veto absoluto a la cooperación en esta fase, ni, por tanto, a la aplicación complementaria del Convenio 2000, salvo en lo referido a la ejecución efectiva de penas y medidas, admitiéndose, como señala el Protocolo Adicional de 1978 con relación a:

- a) La notificación de los documentos relativos a la ejecución de una condena, el cobro de una multa o el pago de gastos procesales.
- b) Las medidas alternativas a la suspensión del pronunciamiento de una condena o de su ejecución, a la libertad condicional, al aplazamiento del comienzo de cumplimiento de una condena o a la interrupción de su cumplimiento.
- c) Por su parte, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (art. 49), tras citar los anteriores, añade la posibilidad de aplicación a otros incidentes de la ejecución:
- d) Los procedimientos de indemnización por medidas de instrucción o condenas injustificadas.
- e) Los procedimientos de gracia.
- f) Las acciones civiles conexas a las penales, mientras la jurisdicción penal aún no se haya pronunciado definitivamente sobre la acción penal⁵.

5 La ejecución de responsabilidades civiles derivadas de delito se someten, en principio, al Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Reglamento 1496/2002, de 21 de agosto de 2002.

Como aparente ampliación del ámbito objetivo de otros tratados, el Convenio 2000 declara que se prestará igualmente asistencia judicial:

- En procedimientos incoados por autoridades administrativas por hechos que con arreglo al Derecho interno del Estado miembro requirente o del Estado miembro requerido o de ambos, sean punibles como infracciones de disposiciones legales, cuando la decisión de dichas autoridades pueda ser recurrida ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal⁶ (art. 3.1). Esta previsión se encontraba ya contenida, con escasas variaciones sustantivas, en el art. 49 a) del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, precepto que ahora deroga el Convenio 2000.
- En procedimientos penales y en los administrativos referidos en el punto anterior, relativos a hechos o infracciones por los que en el Estado miembro requirente pueda ser considerada responsable una persona jurídica, aunque el Estado requerido no contemple esta posibilidad.
- En procedimientos penales y en los administrativos referidos en el primer punto, relativos a infracciones fiscales, de conformidad con el art. 8 de su Protocolo.

El Convenio 2000 es también aplicable a:

- a) determinados procedimientos administrativos;
- b) procedimientos penales y administrativos seguidos contra personas jurídicas;
- c) Infracciones fiscales.

1.3. Relaciones de complementariedad con otros convenios

El Convenio tiene una expresa vocación complementaria de los instrumentos europeos anteriores en materia de cooperación y contiene escasas normas derogatorias. La relación que rige el Convenio 2000 y su Protocolo no es de complementariedad, sino de integración, como ya se ha indicado y, por ello, las precisiones de este apartado son aplicables a uno y otro, como un solo instrumento.

Los textos que menciona el art. 1 del Convenio como normas “complementadas” son los siguientes:

⁶ Como señala el Informe Explicativo, la inclusión de la expresión «en particular» al final de dicho apartado, aclara que no es necesario que el órgano jurisdiccional ante el que podría sustanciarse conozca exclusivamente de cuestiones penales.

- El Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y su Protocolo adicional de 17 de marzo de 1978.
- Las disposiciones sobre asistencia judicial en materia penal del Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.
- El capítulo 2 del Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 en el marco de las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Económica Benelux.

En caso de conflicto con estos convenios anteriores, prevalecerá el Convenio 2000, sin perjuicio de la aplicación de las normas más favorables de los convenios multilaterales o bilaterales celebrados entre los Estados miembros.

Dejando al margen, por su menor interés para los participantes en el curso, las relaciones con el Tratado del Benelux, es preciso detenerse en las que rigen el Convenio en estudio con el Convenio del 59 y con el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, así como con otros tratados, multilaterales o bilaterales, que pueden ofrecer mayores niveles de cooperación.

El Convenio 2000 se integra con su Protocolo y se complementa con el Convenio de 1959 y con el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990.

1.3.1. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959.

El Convenio de 1959, en relación con el Convenio 2000, no es derogado expresamente por éste, en ninguna de sus disposiciones y es complementado por él, lo que significa que:

Tiene vigencia supletoria en lo no previsto por el nuevo Convenio:

En cuestiones generales:

- Contenido mínimo de las solicitudes de asistencia (art. 14 del Convenio del 59):

a) Autoridad requirente, con todos los datos que faciliten su plena identificación y contacto.

b) Objeto o motivo de la solicitud.

c) Identidad, nacionalidad y, en su caso, dirección de la persona afectada por la solicitud.

d) Inculpación.

e) Resumen de hechos.

- Idioma de las solicitudes: El artículo 16 del Convenio del 59 no exige traducción de la solicitud ni de sus documentos anexos, pero se trata de una disposición sujeta a reserva, posibilidad de la que han hecho uso la mayoría de los Estados parte.

- Gastos de la ejecución (arts. 10 y 20).

En formas de asistencia que no son objeto de regulación expresa, como las declaraciones presenciales de acusados, peritos y testigos.

f) Es un referente de interpretación de las normas del Convenio 2000.

g) Es aplicable a las solicitudes de asistencia dirigidas a Estados para los que no rige el Convenio 2000: i) Estados miembros de la Unión Europea en los que no está en vigor el Convenio 2000; ii) Estados “europeos” no integrados en la Unión Europea; iii) Israel, Chile o Corea.

El carácter supletorio y la condición de elemento interpretativo son predicables tanto del propio Convenio del 59, como de su Protocolo Adicional de 1978 y del Segundo Protocolo al Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001, en vigor desde el 1-2-04. Consecuentemente, las reservas al Convenio del 59 y sus Protocolos, en todo aquello que no sea objeto de regulación expresa en el Convenio 2000, siguen vigentes para todos aquellos Estados que las hayan formulado y que sean parte en uno y otro convenio.

1.3.2. Convenio de 19 de junio de 1990 aplicación del Acuerdo de Schengen

El art. 1 c) del Convenio 2000 declara su carácter complementario respecto de “las disposiciones sobre asistencia judicial en materia penal” del Convenio de 19 de junio de 1990, sobre aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (CAAS). La referencia no ha de limitarse a los artículos 48 a 53 del citado Convenio de Aplicación, que conforman el Capítulo II, bajo el epígrafe “Asistencia judicial en materia penal”, sino a todas aquellas normas que materialmente afectan este tipo de asistencia.

Como ya ha quedado expuesto al examinar el ámbito objetivo de aplicación del Convenio 2000, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen introduce normas complementarias de instrumentos anteriores, como el Convenio del 59, que:

- Amplían el ámbito de asistencia a:

- a) Infracciones de “reglamentos de orden”.
 - b) Procedimientos de indemnización por condenas o medidas de instrucción injustificadas.
 - c) Procedimientos de gracia.
 - d) Acción civil derivada de ilícitos penales.
 - e) Notificaciones en materia de ejecución.
 - f) Alternativas a las penas privativas de libertad⁷.
- Facilitan la asistencia con fórmulas como:
- a) Posibilidad de notificaciones por correo.
 - b) Remisión directa de comisiones rogatorias entre autoridades judiciales⁸.
 - c) Limitación de las reservas de asistencia para registro o embargo de bienes.

Asimismo, el CAAS regula ampliamente, en su Capítulo III, la aplicación del principio de “non bis in ídem”, cuya interpretación por el Tribunal de Justicia ha generado una importante doctrina en la materia, e introduce normas específicas en materia de extradición y transmisión de ejecución de sentencias penales.

El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen fue, como se ha indicado, “comunitarizado”, por Protocolo anejo al Tratado de Ámsterdam, en cuanto a la selección de elementos realizada por el Consejo que identificó qué elementos del mismo integran el acervo comunitario que los distintos Estados que se han adherido con posterioridad o que lo hagan en un futuro deben incorporar a su legislación nacional.

Un caso especial es el representado por Reino Unido e Irlanda. De acuerdo con las previsiones contenidas en el Protocolo mencionado, el Consejo aprobó la demanda del Reino Unido de participar en determinados aspectos de la cooperación basada en Schengen (cooperación policial y judicial en materia penal, lucha contra el tráfico de estupefacientes y sistema de información (SIS)). Respecto de Irlanda, participa en todos los aspectos del acervo Schengen, excepto los correspondientes a controles, vigilancia y persecución transfronterizos. Por su parte, Islandia y Noruega se asociaron a la aplicación de Schengen desde el 19-12-96 y, en virtud de Acuerdo de 18-5-99, participan en la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos relativos al desarrollo del

⁷ Algunas de estas “ampliaciones” habían sido ya asumidas, no obstante, por el Protocolo Adicional al Convenio del 59 de 1978.

⁸ Fórmula sólo prevista en el Convenio del 59 para caso de urgencia (art. 15.2).

acervo de Schengen, aunque formalmente aquéllos son adoptados tan sólo por los Estados miembros. Dinamarca, aunque es signataria de Schengen, conserva un status especial, en cuanto podrá elegir en el marco de la UE aplicar o no toda nueva Decisión tomada sobre la base de su acervo, tanto en materia de cooperación penal como civil. Finalmente, existen acuerdos de asociación al Convenio de Schengen entre la UE y Suiza y Liechtenstein, que no son, ni, en tanto no se integren en la UE, no podrán ser firmantes del Convenio 2000 y respecto de los que, a diferencia de Islandia y Noruega, el Convenio no contiene previsión alguna.

Esta integración en el acervo comunitario exigía una clarificación de las relaciones entre ambos convenios, por lo que el art. 2.2 del Convenio 2000 incorpora una derogación expresa de determinadas disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, relativas a:

- Aplicación a determinados procedimientos administrativos (art. 49 a) CAAS), en cuanto es objeto de nueva redacción en el art. 3.1 del Convenio 2000.

- Notificación y traslado de documentos (art. 52 CAAS), objeto de nueva regulación, en especial en lo que a su carácter imperativo se refiere, en el art. 5 del Convenio 2000.

- Transmisión de solicitudes de asistencia judicial (art. 53 CAAS), ahora regulado en el art. 6 del Convenio 2000.

- Entregas vigiladas (art. 73 CAAS), objeto de más amplia regulación en el art. 12 del Convenio 2000.

1.3.3. Otros convenios

Además de las relaciones de complementariedad expresamente reguladas y como expresamente declara su art. 1.2, el Convenio no afectará a la aplicación de:

- Disposiciones más favorables de acuerdos bilaterales o multilaterales entre Estados miembros.

- Disposiciones relativas a la asistencia judicial en materia penal convenidas sobre la base de una legislación uniforme, como sucede en materia de embargo de bienes o de información sobre antecedentes penales.

- Un régimen especial que establezca la aplicación recíproca de medidas de asistencia judicial en sus respectivos territorios.

2. Auxilio judicial internacional en general

2.1. Ley aplicable a la ejecución

El art. 4 del Convenio prevé la aplicación de la Ley del Estado requirente por parte del Estado requerido, a solicitud de aquél, en cuanto a trámites y procedimientos, salvo disposición en contrario del Convenio y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido.

La previsión no es enteramente novedosa: se recogía ya en el Convenio del 59 la posibilidad de solicitar que se recibiera juramento a testigos o peritos y es frecuente en los convenios bilaterales más modernos.

Los requisitos para la aplicación de la regla *forum regit actum* son:

- Solicitud expresa del Estado requirente.
- Expresión de los trámites y procedimientos cuya observancia se solicita del Estado requerido, con posible solicitud de aclaraciones, si la información facilitada fuere insuficiente o confusa.
- Compatibilidad con lo dispuesto en el propio Convenio, por lo que no será aplicable el art. 4 cuando el - Convenio expresamente establezca que para la solicitud regirá el Derecho del Estado requerido.
- Compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho del Estado requerido. Se trata del requisito clave del que dependerá la extensión de las previsiones del art. 4. Al respecto pueden destacarse las siguientes precisiones:
 - a) Como aclara el Informe Explicativo, las declaraciones formuladas conforme al art. 5 del Convenio de 1959 (reservas respecto de las solicitudes de registro y embargo de bienes, a las que nos hemos referido en el epígrafe 1.2) no se ven afectadas por el art. 4 del Convenio 2000, aunque sí lo están por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.
 - b) Los términos “trámites y procedimientos” deben entenderse en sentido amplio, comprensivos, por ejemplo, de la posibilidad de asistencia de las partes o de las autoridades judiciales del Estado requirente, ya contemplada en el art. 4 del Convenio del 59 y en muchos convenios bilaterales.
 - c) Paralelamente, la autoridad requirente deberá realizar un esfuerzo de depuración, evitando solicitudes de observancia de trámites no esenciales a los fines de eficacia de la diligencia interesada en el Estado de origen.

- d) A su vez, en el juicio de compatibilidad la autoridad judicial de ejecución, deberá:
- i. observar el principio de proporcionalidad al que se refiere el propio Convenio en su Declaración previa;
 - ii. evitar la confusión entre incompatibilidad con principios fundamentales del Derecho y meras diferencias en la legislación ordinaria;
 - iii. procurar, a la espera de pronunciamientos sobre la materia del TJCE, la identificación de tales principios fundamentales con los que rigen el debido proceso, tomando como referencia el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al que se remite el art. 6 del Tratado de la Unión Europea;
 - iv. informar sin demora, a la autoridad del Estado requirente, en caso de que se aprecie definitivamente la incompatibilidad en concreto, en qué términos y con arreglo a qué procedimientos será posible la ejecución de la solicitud de asistencia (art. 4.3).

La autoridad requirente puede solicitar que la ejecución de la solicitud se ajuste: i) al principio *forum regit actum* y ii) a determinados plazos.

Como complemento a la previsión de aplicación de la ley del Estado requirente, aunque con un propósito más limitado, el art. 4 prevé la posibilidad de que aquél solicite, a la autoridad requerida, la observancia de los plazos procedimentales que le indique, explicando las razones de dichos plazos. En todo caso, el Estado miembro requerido se compromete a ejecutar cuanto antes la solicitud de asistencia, teniendo en cuenta “en la medida de lo posible”, los plazos que le fueren indicados.

Si se prevé que la solicitud no podrá cumplirse en el plazo señalado y las razones expresadas por la autoridad requirente indiquen específicamente que cualquier retraso supondrá un perjuicio grave para su procedimiento, la autoridad requerida indicará sin demora el tiempo que estime necesario para la ejecución de la solicitud y, por su parte y también sin demora, la autoridad requirente manifestará si la solicitud se mantiene pese a ello, pudiendo acordar ambas posteriormente el curso que se dará a la solicitud.

Las anteriores previsiones, contenidas en el art. 3 y 4 revelan: i) La vigencia del principio de “negociación entre autoridades” en el ámbito de aplicación del Convenio 2000; ii) La importancia de incluir, en las solicitudes

de asistencia, todos los datos de contacto de la autoridad requirente (dirección postal, electrónica, teléfono, fax); iii) La necesidad de observar la “buena práctica” de remisión de “cover note” o acuse de recibo por parte de la autoridad requirente, para facilitar la devolución de la parte correspondiente a ella de este impreso por la autoridad requerida; y iv) La conveniencia de utilizar los recursos ofrecidos por la Red Judicial Europea y sus respectivas estructuras nacionales de apoyo.

2.2. Notificación y traslado de documentos procesales

Siguiendo el precedente establecido en el CAAS (art. 52, derogado por el nuevo Convenio), pero ahora con una formulación imperativa y no meramente facultativa, el art. 5 del Convenio 2000 establece el recurso al correo como regla general, para comunicarse con los particulares que se hallen en el territorio de otro Estado miembro (aunque no residan en él), a efectos de comunicación de documentos procesales (incluidas citaciones y resoluciones judiciales) a ellos dirigidos.

La mediación de las autoridades competentes del Estado requerido se reserva para supuestos excepcionales como: i) aquéllos en que el domicilio de la persona a la que va dirigido un documento sea desconocido o incierto o; ii) cuando el Derecho Procesal del Estado recurrente exija una prueba de efectiva notificación distinta a la que proporciona el correo o; iii) cuando no ha resultado posible entregar el documento por correo o iv) por razones justificadas del Estado requirente para estimar que el envío por correo resultará ineficaz o inadecuado.

En estos casos excepcionales, regirán las vías de transmisión que se examinan en el siguiente epígrafe (art. 6). Para evitar el fracaso de la notificación o traslado por correo, la autoridad requirente deberá facilitar toda la información que pueda resultar pertinente para colaborar en la localización del destinatario.

En cuanto al idioma, sólo es preciso traducir el documento o, al menos, sus pasajes más importantes, a la lengua o a una de las lenguas del Estado miembro en cuyo territorio se halle el destinatario o la única que la autoridad remitente sabe que comprende aquél, si existen razones para pensar que dicho destinatario no comprende la lengua en que está redactado el documento.

La notificación y traslado de documentos, salvo casos excepcionales, ha de realizarse por correo, directamente al destinatario, con traducción de lo esencial a lengua que éste entienda.

En estos casos, no es preciso redactar una solicitud de asistencia judicial en forma, sino tan sólo acompañar el documento procesal de una nota que indique que el destinatario podrá pedir a la autoridad que haya expedido el documento o a otras autoridades de ese Estado miembro, información acerca de sus derechos y obligaciones en lo que respecta al documento, con iguales exigencias de traducción que las establecidas para el propio documento, contribuyendo, de este modo, a garantizar el derecho de defensa y a obtener tutela judicial efectiva. Aunque no se especifique, la nota deberá indicar las consecuencias del incumplimiento de lo previsto en el documento al que acompaña conforme a la legislación del Estado requirente, las circunstancias en que el destinatario puede estar asistido de Letrado, los derechos de indemnización por desplazamiento y estancia, etc.

El Convenio declara, finalmente, que son aplicables las previsiones del Convenio del 59 y del Tratado Benelux relativas a la prohibición de intimaciones en la citación de testigos y peritos, indemnizaciones e inmunidades a ellos aplicables.

2.3. Vías de transmisión

2.3.1. Norma general

Entre las numerosas novedades introducidas por el Convenio 2000, algunas ya aplicables en el régimen de urgencia del Convenio de 1959 y al amparo del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, a los que complementa, debe resaltarse la imposición de la comunicación directa entre las autoridades judiciales, como regla general en las solicitudes de asistencia judicial, incluidas las transmisiones de denuncia del art. 21 del Convenio del 59 y los intercambios espontáneos de información que regula el art. 7 del Convenio 2000.

La solicitud se transmitirá y responderá por escrito o cualquier otro medio que pueda dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado receptor establecer su autenticidad, esto es, fax, correo electrónico u otro

medio de telecomunicación, sin que nada impida la aceptación de solicitudes verbales, en especial en caso de urgencia y con confirmación inmediata por escrito⁹.

En la redacción de la solicitud, ante el silencio del Convenio, serán aplicables, como se ha indicado, las especificaciones del art. 14 del Convenio del 59, con los requisitos añadidos derivados del Convenio 2000, cuando proceda (solicitud de observancia de la ley del Estado requirente, señalamiento de plazos). Para asistir esta redacción, la RJE ha dispuesto la herramienta “Compendium Wizard”.

La referencia a “autoridades judiciales” remite a lo que se venía entendiendo por tales en los Convenios del 59 y Benelux, aunque es posible la comunicación directa entre una autoridad judicial o central de un Estado y una autoridad policial o aduanera que sea la competente en el otro Estado, en solicitudes relativas a entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación e investigaciones encubiertas, o entre una autoridad judicial o central de un Estado y una autoridad administrativa que sea la competente en el otro Estado, cuando se trate de cooperación relativa a procedimientos administrativos, si bien la posibilidad de comunicación directa “mixta” entre autoridad judicial o central y aduanera, policial o administrativa puede ser objeto de reserva, debiendo indicar el Estado correspondiente, en tal caso, qué autoridades serán competentes.

En caso de urgencia, la transmisión puede realizarse vía INTERPOL o de cualquier órgano competente según las disposiciones adoptadas en virtud del Tratado de la Unión Europea, como Europol.

Al objeto de localizar la autoridad judicial competente en el Estado requerido, debe consultarse el Atlas Judicial, por el momento sólo disponible en francés o inglés, en la página Web de la RJE.

La regla general para las solicitudes de asistencia es su transmisión directa entre las autoridades judiciales competentes.

2.3.2. Alternativas

La anterior regla general de comunicación directa no se opone a la facultad de envío de las solicitudes de asistencia o de su respuesta entre autoridades cen-

⁹ La sugerencia de aceptación de solicitudes orales procede del propio Informe Explicativo del Convenio.

trales o de autoridad judicial a autoridad central. Esta previsión se conservó para responder a la conveniencia, en determinadas circunstancias, de tramitación intervenida por autoridad central, por ejemplo en casos complejos o en los que estén implicadas distintas autoridades del Estado requerido¹⁰.

2.3.3. Excepciones

Junto a la regla general y alternativa facultativa expuestas en los epígrafes anteriores, el Convenio conserva excepciones en las que se impone la comunicación entre autoridades centrales o se reconoce el derecho de determinados Estados a formular reserva a la regla general de comunicación directa.

- Traslado temporal o tránsito de detenidos con fines de investigación: Las solicitudes con este objeto se cursarán a través de las autoridades centrales de los Estados miembros.

Comunicaciones relativas a información sobre condenas judiciales, no reguladas en el Convenio 2000, sino en el Convenio del 59 y en el Tratado Benelux: Las solicitudes con este objeto se cursarán a través de las autoridades centrales de los Estados miembros. La justificación, como en el caso anterior, se encuentra en el propio objeto de la asistencia, respecto del cual suelen tener competencia, en los distintos Estados, los Ministerios de Justicia. Como excepción a la excepción, se permite la comunicación directa entre autoridades competentes cuando el objeto sea la solicitud de copias de las condenas y medidas derivadas que afecten a lo nacionales de otra parte y que consten en los registros de antecedentes penales¹¹.

- Intervención de las telecomunicaciones: A estos efectos, se entiende por “autoridad competente” para cursar o ejecutar la solicitud con este objeto, la autoridad judicial o, cuando las autoridades judiciales no posean competencias en el ámbito que abarca la asistencia, una autoridad competente equivalente, que actúe como autoridad central y que deberá ser designada por el Estado en el momento de realizar la notificación al Secretario General del Consejo.

- El Convenio reconoce a Reino Unido e Irlanda la posibilidad de declarar que las solicitudes de asistencia o intercambios espontáneos de información

¹⁰ Casos en los que, igualmente, deberá valorarse la oportunidad de requerir la asistencia de los puntos de contacto de la RJE o de Eurojust.

¹¹ En esta materia, no obstante, debe consultarse el tema 9, en el apartado relativo a “Antecedentes penales”.

se remitirán a sus respectivas autoridades centrales, con necesaria limitación del alcance de esta declaración cuando entren en vigor para dichos Estados las disposiciones del CAAS. Cualquiera de los Estados miembros podrán aplicar el principio de reciprocidad en relación con las mencionadas declaraciones. El Reino Unido realizó la declaración prevista al efectuar la notificación correspondiente.

3. Formas específicas de asistencia judicial

3.1. Restitución de objetos

El Estado requerido, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, podrá poner, a disposición del Estado requirente, objetos obtenidos por medios ilícitos, para su restitución a su legítimo propietario. El Estado requerido no está obligado a dar curso a esta solicitud. De hecho, puede denegarla en los casos en que los bienes incautados pudieran servir de prueba en un procedimiento seguido ante las autoridades del Estado requerido y, desde luego, la disposición sólo será aplicable en el caso de que no exista duda alguna respecto a la identidad del legítimo propietario.

El Estado requerido puede renunciar a la devolución de objetos, antes o después de su entrega, si ello pudiera facilitar su devolución a su legítimo propietario. Si la renuncia fuere anterior a la entrega, el Estado requerido no hará valer derechos de garantía o cobro en virtud de disposiciones fiscales o aduaneras en relación con dichos objetos. No obstante, la renuncia se entenderá sin perjuicio del derecho del Estado requerido de reclamar derechos o tasas al legítimo propietario.

Por lo demás, la solicitud de entrega habrá de regirse por las normas generales aplicables a toda solicitud de asistencia.

3.2. Traslado temporal de detenidos con fines de investigación

El art. 9 del Convenio 2000 complementa el art. 11 del Convenio del 59, (que autorizaba el traslado de toda persona detenida en el Estado requerido y cuya comparecencia personal como testigo o para un careo haya sido solicitada por el Estado requirente), autorizando a los Estados miembros a establecer acuerdos de traslado temporal de una persona detenida a otro Estado miem-

bro, en conexión con una investigación seguida en aquél. El acuerdo deberá establecer el modo en que se realizará el traslado y el plazo de “devolución” de la persona trasladada.

Los Estados pueden requerir el consentimiento de la persona afectada, con carácter general o en determinadas circunstancias, debiendo declararlo así al efectuar la notificación al Consejo, especificando, en su caso dichas circunstancias. En tales casos, se facilitará al Estado requerido una declaración original o una copia de la persona en tal sentido¹².

El tiempo de detención en el Estado requerido se deducirá del período de privación de libertad impuesto o imponible en el Estado requirente.

El traslado de personas detenidas a fines de investigación es un supuesto distinto a la extradición y al traslado de personas condenadas en sentido propio.

3.3. Declaraciones de testigos o peritos por videoconferencia o conferencia telefónica

Una destacada novedad viene representada por la regulación de la videoconferencia, que proporcionará una cobertura normativa a esta modalidad que en la última década se ha ido incorporando a las legislaciones internas europeas. Al margen de usos concretos, como la protección de víctimas menores, es evidente la potencialidad de este medio para aplicar y abaratar la asistencia judicial nacional e internacional, sin merma sustancial de garantías y sin menoscabo, en particular, de principios procesales básicos, como la inmediatez.

El Convenio utiliza la cláusula abierta de autorizar este sistema “en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente” en el territorio del Estado requirente. La cláusula es objeto de aclaración en el Informe Explicativo del Consejo, según el cual “el concepto de “oportuno” podrá aplicarse en los casos en que el testigo sea especialmente joven, de edad avanzada o no goce de buena salud, mientras que el concepto de “posible” se aplicaría, por ejemplo, en los casos en que el testigo corra un grave riesgo si comparece en el Estado miembro requirente”. El Convenio exige comunicar al Estado requerido el motivo por el que no

¹² Son aplicables las previsiones del Convenio del 59 al traslado en tránsito, privación de libertad en el Estado requirente y en el Estado de tránsito como norma general, salvo consentimiento del Estado requerido y gastos del traslado (arts. 11. 2 y 3 y 20).

es oportuna o posible la comparecencia física del testigo o perito, aunque el Informe Explicativo reconoce al Estado requirente “*plena libertad para valorar cuáles son las circunstancias pertinentes*”.

El sistema es aplicable, en principio, sólo a testigos y peritos, aunque es posible la aplicación de esta modalidad, por acuerdo de los Estados miembros, a las declaraciones de acusados. En este caso, la decisión y el modo de ejecución se supeditarán a los términos del acuerdo, de conformidad con su Derecho interno y con los correspondientes instrumentos internacionales, incluido el CEDDHH. A diferencia de lo que sucede con testigos y peritos, es preciso contar con el consentimiento del acusado. Todo Estado miembro podrá declarar que no tiene intención de aplicar esta previsión, si bien puede retirar esta declaración en cualquier momento. Se oponen, por haber realizado declaración al respecto, a la audición de acusados por videoconferencia, países como Dinamarca, Francia, Países Bajos, Polonia y Reino Unido. Hungría exige constancia por escrito del consentimiento del acusado.

Es posible la audición por videoconferencia internacional de testigos, peritos y, excepcionalmente, acusados. Sólo los acusados han de consentir la utilización de este recurso.

En desarrollo del Convenio, el art. 11 de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, recomienda “*recurrir en la mayor medida posible, para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica*” previstas en el Convenio 2000.

El testigo o perito que no comparezca en la fecha, hora y lugar fijados para la videoconferencia podrá ser sancionado conforme a la legislación del Estado requerido, en los mismos términos que procederían en el caso en que la audición se hubiese verificado en un procedimiento nacional. La dispensa de prestar declaración deberá estar prevista en las legislaciones de uno y otro Estado. Las consecuencias de la negativa a declarar y el falso testimonio se regirán por la ley del Estado requerido y, si surgieran dificultades de este orden, el Estado requerido deberá comunicarlo al Estado requirente, al objeto de que adopte las medidas oportunas.

El sistema de audición por videoconferencia es posible aunque la legislación del Estado requerido no lo prevea, siempre que no sea contrario a los

principios fundamentales de su Derecho nacional. Incluso, si no dispone de los medios técnicos necesarios para establecer la conexión, tal carencia podrá ser suplida por el Estado requirente. En ocasiones, puede resultar útil contactar con la Embajada o recurrir a sistemas técnicos alternativos, como una webcam.

La práctica de la videoconferencia conforme a las disposiciones del Convenio ofrece las siguientes peculiaridades: i) La citación del interesado corresponde al Estado requerido; ii) La autoridad judicial del Estado requerido ha de estar presente durante la audición e identificar al declarante, velando, asimismo, por el respeto de sus derechos, en particular: Facilitando un intérprete si fuera necesario; Adoptando, de acuerdo con las autoridades requirentes, medidas de protección; Suspendiendo la audición cuando considere que se infringen los derechos fundamentales del Derecho interno, reanudándola, por ejemplo cuando se provea de Defensa técnica al declarante; y Levantando acta de la diligencia, que no incluirá el contenido mismo de la declaración, cuya documentación corresponde al Estado requirente, pero sí la referencia a la fecha y lugar de la audición, identidad del declarante, identidad y calidad de quienes hayan participado en la diligencia, prestación de juramento o promesa, en su caso y condiciones técnicas en que se ha desarrollado la audición.

En vista de los importantes costes que pueden originarse, el Estado miembro requirente deberá reembolsar al Estado miembro requerido los gastos ocasionados por la realización de la videoconferencia. No obstante, se deja a la discreción del Estado miembro requerido la posibilidad de renunciar total o parcialmente a dicho reembolso.

En casos de declaraciones “rutinarias”, como, por ejemplo, las que tengan por objeto el ofrecimiento de acciones civiles al perjudicado, puede recurrirse a la audición telefónica con intervención de autoridades judiciales en ambos Estados y con consentimiento expreso del testigo o perito, algo distinto al contacto telefónico directo con el particular sin intervención alguna de las autoridades judiciales del Estado en que se encuentra el perito o testigo, con frecuencia recurriendo a las sedes consulares .

El Segundo Protocolo Adicional al Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001, ha extendido algunas de las previsiones del Convenio 2000 al ámbito del Consejo de Europa (y de otros países a los que está abierta la firma del Protocolo), entre ellas, la audiencia por videoconferencia y teléfono.

3.4. Entregas vigiladas

El ámbito de aplicación de esta modalidad de investigación, regulada en el art. 12 del Convenio, es más amplio que el del artículo 73 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que trataba también de las entregas vigiladas, ya que no se limita a las entregas vigiladas en el caso de los delitos relacionados con el tráfico de drogas.

En el Convenio no se ha definido de manera específica la expresión “entrega vigilada”, que debe interpretarse de conformidad con las leyes y prácticas nacionales. Esta disposición será de aplicación, por ejemplo, si la expedición ilícita, previo consentimiento de los Estados miembros interesados, ha sido interceptada y autorizada a proseguir su curso con su contenido inicial intacto, sustraído o sustituido total o parcialmente.

Cada Estado miembro estará obligado a adoptar los medios para garantizar que, a petición de otro Estado miembro, pueda permitir que se realicen entregas vigiladas en su territorio en el marco de investigaciones penales respecto de hechos delictivos que puedan dar lugar a extradición. El concepto de lo que constituye un hecho delictivo de tal tipo en el ámbito de la Unión Europea, se abordó en el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 1996. Con arreglo al artículo 2 de dicho Convenio, darán lugar a la extradición aquellos hechos castigados por la ley del Estado miembro requirente con una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de doce meses por lo menos y por la ley del Estado miembro requerido con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de seis meses por lo menos.

La decisión relativa a la realización de entregas vigiladas en su territorio la tomará el Estado requerido. Las decisiones se tomarán teniendo en cuenta cada caso concreto y dentro del marco de las normas pertinentes del Estado miembro requerido.

Aunque las modalidades prácticas que deben adoptarse para llevar a cabo las entregas vigiladas requerirán una estrecha consulta y cooperación entre los órganos y autoridades competentes de los Estados miembros afectados, el apartado 3 establece claramente, como excepción al apartado 1 del artículo 4, que dichas entregas deberán realizarse de conformidad con los procedimientos vigentes en el Estado miembro requerido. Además, corresponde a las

autoridades competentes de dicho Estado miembro llevar a cabo cualquier actuación y dirigir el control de las operaciones que sean necesarias.

3.5. Equipos conjuntos de investigación

La experiencia ha mostrado que, cuando un Estado investiga hechos delictivos de carácter transfronterizo, en particular, los relacionados con la delincuencia organizada, la investigación puede beneficiarse de la participación de las fuerzas policiales y demás personal competente de otro Estado miembro en el que existan vínculos con los hechos delictivos de que se trate. El artículo 30 del Tratado de la Unión Europea reconoce de manera especial la importancia que tiene la cooperación operativa entre los servicios con funciones coercitivas. Uno de los obstáculos que surgieron en lo que se refiere a los equipos conjuntos fue la falta de un marco específico en el que dichos equipos pudieran crearse y ser operativos. Para hacer frente a este problema se decidió que el Convenio debería tratar de las materias pertinentes en este ámbito. En este sentido, fija las condiciones para crear los equipos conjuntos y determinar la manera en que deben llevar a cabo sus cometidos.

Para poder crear un equipo de este tipo, deberá existir un acuerdo entre las autoridades competentes de los Estados miembros interesados. No se ha fijado ningún límite para el número de Estados miembros que podrán participar. De conformidad con la Decisión Marco de 28-2-02, reformada por la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, Eurojust podrá solicitar de las autoridades competentes de los Estados miembros la creación de un equipo conjunto de investigación, al que podrán incorporarse los miembros nacionales de Eurojust correspondientes.

Basándose en el acuerdo antes indicado, se atribuirá al equipo de investigación una tarea concreta consistente en llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados miembros participantes. Por otra parte, los equipos conjuntos actuarán durante un período limitado que podrá ampliarse con el consentimiento de todas las Partes. Cuando se llegue a un acuerdo para crear un equipo, éste se establecerá normalmente en el Estado miembro en el que se supone que se llevará a cabo la parte principal de la investigación. Los Estados miembros deberán tener en cuenta asimismo la cuestión de los costes, incluidas las dietas de los miembros del equipo.

En el acuerdo adoptado se indicarán las personas que formarán cada equipo. Aunque es muy posible que la mayor parte de estas personas pro-

venga de las fuerzas policiales, en muchos casos incluirán a fiscales y jueces o incluso otras personas. Los jueces pueden intervenir en su condición de tales, ejerciendo funciones jurisdiccionales, en cuyo caso habrán de observarse las exigencias de predeterminación legal del juez o como asesores o expertos.

El Convenio permite la participación en las actividades del equipo, de personas que no sean representantes de sus autoridades competentes. La idea que guió a los redactores del Convenio fue que un equipo conjunto pueda recibir asistencia y conocimientos técnicos adicionales de personas competentes de otros Estados u organizaciones internacionales. En este contexto, debe señalarse que se hace una referencia específica a los funcionarios de organismos creados de conformidad con el Tratado de la Unión Europea. Podría tratarse de un órgano como Europol, de Eurojust¹³, o de OLAF, en calidad de “personas que no sean representantes de las autoridades competentes de los Estados miembros que hayan creado el equipo conjunto de investigación”. Las personas autorizadas a participar en un equipo de investigación en esta condición actuarán principalmente apoyando o asesorando a dicho equipo, pero no se les permitirá ejercer las funciones atribuidas a los miembros de un equipo o a los miembros destinados al mismo, ni utilizar la información a que se refiere el apartado 10 del art. 13, salvo que lo autorice el correspondiente acuerdo entre los Estados miembros interesados.

Los equipos conjuntos de investigación: i) Se crean por acuerdo de las autoridades competentes de dos o más Estados; ii) Pueden integrar jueces, fiscales, policías y otras personas; iii) Se constituyen para un objeto y tiempo determinados, y iv) Pueden actuar en el territorio de más de un Estado.

El equipo conjunto de investigación actuará bajo la dirección de un representante de la autoridad competente que participe en la investigación penal del Estado miembro en que actúe el equipo. Ello significa, en particular, que la dirección del equipo cambiará, para los fines específicos de que se trate, si su investigación se lleva a cabo en más de un Estado miembro. El jefe del equipo actuará teniendo en cuenta los requisitos impuestos por su legislación nacional. Además, el equipo deberá respetar plenamente la ley del Estado

13 La Decisión del Consejo de 28-2-02, por la que se crea Eurojust, prevé, en sus arts. 6 y 7, que este órgano, tanto a través de un miembro nacional como actuando colegiadamente, pueda solicitar la creación de un equipo o participar en él, como autoridad nacional competente o en nombre de Eurojust (art. 9 septies Decisión 2009/426/JAI).

miembro en que actúe. El jefe del equipo dará instrucciones ocasionalmente a los demás miembros del equipo, que las ejecutarán teniendo en cuenta las condiciones establecidas al constituirse el equipo en cuestión.

La actuación de los miembros del equipo puede responder a distintas modalidades:

- Presencia en medidas de investigación: Los miembros de un equipo conjunto que no actúen en su propio Estado miembro (miembros destinados al equipo) podrán estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el Estado miembro de actuación, sin que pueda invocarse frente a ellos, en principio, el secreto de la investigación. No obstante, por razones específicas y con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo, el jefe del equipo podrá decidir lo contrario. En este contexto no se ha definido lo que se entiende por “razones específicas”, pero podría entenderse que en ellas se trata de incluir, por ejemplo, las situaciones en que se toma declaración en casos que se refieran a delitos sexuales, especialmente cuando las víctimas sean niños. No obstante, las decisiones para excluir la presencia de miembros destinados al equipo no podrán basarse en el mero hecho de que el miembro sea una persona extranjera. En determinados casos podrán tomarse decisiones de esta índole por razones operativas.

- Realización de investigaciones: Se permite, a los miembros destinados, realizar investigaciones en el Estado miembro en que se actúe, de conformidad con la legislación de dicho Estado miembro. Ello se hará siguiendo las instrucciones del jefe del equipo y con la aprobación de las autoridades competentes del Estado miembro en que se actúe y del Estado miembro que haya enviado a dichas personas. Dicha aprobación deberá figurar en el acuerdo por el que se crea el equipo, pudiéndose conceder también en una fase posterior. Podrá aplicarse de forma general o limitarse a determinados casos o circunstancias.

- Solicitud de medidas a sus propias autoridades nacionales: Uno de los aspectos más innovadores se refiere a la posibilidad de que los miembros destinados soliciten a sus propias autoridades nacionales que adopten las medidas requeridas por el equipo. En dicho caso, no será necesario que el Estado miembro en que se actúe formule una solicitud de asistencia, y las medidas pertinentes serán examinadas en el Estado miembro de que se trate en las mismas condiciones que si la solicitud se hubiera hecho en el marco de una investigación nacional.

- Solicitud de ayuda a un Estado ajeno al equipo: Se prevé la situación en la que se requiera ayuda de un Estado miembro que no haya participado en la

creación de un equipo o de un tercer Estado. En este caso, la ayuda la solicitará el Estado miembro en que se actúe, de conformidad con las reglas que sean normalmente de aplicación.

El Convenio regula especialmente las reglas por las que se rige la información compartida por los miembros del equipo. El apartado 9 del art. 13 facilita la labor de los equipos al abrir la vía para que un miembro destinado comparta con su equipo conjunto de investigación la información de que disponga su Estado miembro, que a la vez sea pertinente para la investigación que esté realizando el equipo en cuestión. No obstante, ello sólo será posible cuando pueda realizarse con arreglo al Derecho nacional del Estado que haya enviado a dicho miembro y dentro de los límites de sus competencias.

Por otra parte el apartado 10 se refiere a las condiciones de utilización de la información obtenida legalmente por un miembro de un equipo conjunto o por un miembro destinado al mismo, cuando la información en cuestión no sea accesible de otra forma por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros afectados. Al redactarse este apartado, la Delegación irlandesa observó que, cuando la información se refiere a una declaración voluntaria hecha por un testigo únicamente a los efectos para los que se creó un equipo, podrá requerirse el consentimiento del testigo para utilizar dicha declaración a otros efectos, salvo que se cumplan los requisitos que figuran en la letra c), que se refiere a una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. Aunque el texto no ofrece orientaciones concretas sobre esta cuestión, sería conforme con el espíritu del artículo que las cuestiones antes apuntadas se sometan a la consulta de los Estados miembros que hayan constituido un equipo y que, si procede, se solicite el consentimiento del testigo.

Es preciso recordar que, de conformidad con el art. 13 de la Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, impone, a los Estados miembros, la obligación de garantizar que sus miembros nacionales sean informados de la creación de un equipo conjunto de investigación, (en virtud del Convenio 2000 o de la DM 20002/465/JAI), así como de los resultados del trabajo de aquél.

Las disposiciones del Convenio no afectarán a otras disposiciones o acuerdos existentes sobre la creación o el funcionamiento de equipos conjuntos de investigación. Entre estas disposiciones o acuerdos, cabe citar:

- La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, que quedará sin efec-

to cuando el Convenio sea ratificado por todos los Estados miembros (art. 5) y que ha venido a desarrollar esta modalidad de investigación, cuya utilización se entiende especialmente indicada, de conformidad con su art. 1: i) Cuando la investigación en un Estado miembro requiera investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten a otros Estados miembros; y ii) Cuando concurren investigaciones de varios Estados miembros sobre un mismo hecho.

- La Convención de ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, que contempla igualmente la posibilidad de crear equipos conjuntos de investigación.

En relación con la eficacia de esta modalidad de investigación, las conclusiones de la Tercera Reunión de Expertos Nacionales en Equipos Conjuntos de Investigación, celebrada en La Haya, en noviembre de 2007, sin perjuicio de calificar como un éxito su utilización, con 35 equipos constituidos en esa fecha, reconocía las limitaciones impuestas por la falta de ratificación del Convenio 2000 por determinados países y por la tardía y en ocasiones defectuosa implementación de la Decisión Marco de 2002. Existe una Red de Expertos de Equipos Conjuntos de Investigación, así como un Manual actualizado periódicamente.

Aunque una investigación encubierta relativa a una infracción penal pueda revestir diversas formas, el Convenio sólo se ocupa de las investigaciones en materia penal realizadas por agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa. Normalmente se los denomina “agentes encubiertos”. Dichos agentes deberían tener una formación específica, y puede recurrirse a ellos en particular para que se infiltren en una red delictiva con vistas a obtener información o a ayudar a identificar y detener a los miembros de esa red.

Podrá solicitarse ayuda para que un agente encubierto pueda actuar en el Estado miembro requerido o, por el contrario, para que dicho Estado miembro pueda enviar un agente al Estado miembro requirente. Además, se podría solicitar al Estado miembro requerido que destine a un agente para que realice una investigación encubierta en su propio territorio.

En términos flexibles, se establece claramente que el Estado miembro requirente y el Estado miembro requerido deberán llegar a un acuerdo para enviar a un agente encubierto para un determinado caso.

La decisión sobre una solicitud relativa a una investigación encubierta corresponderá a las autoridades competentes del Estado miembro requerido,

que deberá acordar con el Estado requirente la duración de la investigación y las condiciones concretas de la misma.

Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el Derecho nacional y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen, lo que constituye una excepción con respecto al apartado 1 del artículo 4.

4. Especial referencia a la intervención de telecomunicaciones

Con anterioridad a la vigencia del Convenio en estudio, la cooperación en materia de intervención de telecomunicaciones debía enmarcarse en instrumentos del Consejo de Europa, como el Convenio del 59, que no contenía disposición específica alguna al respecto y que fue “completado” por una Recomendación R(85)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que fijaba cinco normas particulares, no vinculantes, relativas a las comisiones rogatorias que tuvieran por objeto la intervención de telecomunicaciones. Muchos Estados, sin embargo, no reconocían en la cláusula general del art. 1 del Convenio base jurídica suficiente para prestar este tipo de asistencia.

Finalmente, el Convenio 2000 responde a la demanda, por mucho tiempo en espera de adecuada solución, de regulación de la intervención de las telecomunicaciones, optando, como sistema general, por la transmisión inmediata al Estado requirente, frente al habitual de grabación en el Estado requerido y ulterior transmisión de lo grabado.

El Convenio no define qué haya de entenderse por “telecomunicaciones”, propiciando, de este modo, una interpretación amplia del término que incluya, por ejemplo, Internet. El empleo de la expresión “intervención”, por el contrario, puede restringir, innecesariamente, el objeto de la asistencia, al quedar excluidas posibilidades como la localización o la mera identificación.

Las previsiones del Convenio son aplicables a las solicitudes, cursadas de conformidad con el Derecho interno del Estado requirente, a la autoridad competente del Estado requerido, relativas a:

- a) Intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones al Estado requirente, que constituye la regla general.
- b) Intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación al Estado requirente, que representa la excepción.

La regulación de la intervención de las comunicaciones constituye una de

las novedades fundamentales en materia de asistencia incorporadas al Convenio 2000: La regla general es la intervención con transmisión inmediata y no siempre es necesaria la asistencia judicial de las autoridades de otro Estado.

Por “autoridad competente”, a los efectos de esta diligencia, como se ha indicado en el epígrafe 2.3.3., se entiende, en el Convenio 2000, “autoridad judicial” o, cuando ésta no posea competencia en el ámbito a que dicha diligencia se refiera, a una autoridad equivalente, designada en declaración de cada Estado parte, que actúe en una investigación penal. Las discrepancias en este punto entre los Estados miembros son notables, especialmente en el caso del Reino Unido, en el que la autorización de las intervenciones corresponde al Ejecutivo.

El Convenio distingue entre la intervención de las telecomunicaciones:

- Con necesidad de asistencia técnica de otro Estado, en relación con la utilización de medios de telecomunicación por parte de la persona objeto de la intervención, siempre que dicha persona se encuentre (art. 18): a) En el propio Estado requirente, cuando sea necesaria dicha asistencia técnica del Estado requerido; b) En el Estado requerido, siempre que éste pueda intervenir las comunicaciones de dicha persona; c) En un tercer Estado miembro, en relación con las previsiones del art. 20.2 a), cuando el Estado requirente precise de la asistencia técnica del Estado requerido.

Las solicitudes incluirán referencia a: i) autoridad que formula la solicitud; ii) confirmación de que existe un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal; iii) información para identificar a la persona objeto de la intervención; iv) conducta delictiva que se investiga; v) duración deseada de la intervención; vi) si es posible, datos técnicos como el número pertinente de conexión a la red, a fin de garantizar que pueda ejecutarse la solicitud; vii) si la solicitud se refiere a persona que se encuentra en el territorio del Estado requerido, la solicitud debe incluir un “resumen de los hechos”. El Estado miembro requerido podrá exigir cualquier información adicional que le permita decidir si él mismo habría adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares; viii) copia del auto en que se acuerda la intervención.

a) Objetivo en el territorio del Estado requirente o en un tercer Estado, por ejemplo, si las autoridades españolas desean intervenir las telecomunicaciones de un objetivo situado en España, pero la estación terrestre no se encuentra en España, sino en Italia, por lo que no es técnicamente capaz de pro-

ceder por sí mismo a la intervención y necesita la asistencia de las autoridades italianas, en un supuesto ciertamente extraño a los mecanismos clásicos de cooperación y que se resuelve, también, de forma innovadora, prescindiendo de formalismos superfluos: El Estado miembro requerido se comprometerá a acceder a las solicitudes relativas a la intervención y transmisión inmediata al Estado requirente, si la persona a la que se refiere la intervención se encuentra en el propio Estado requirente o en un tercer Estado, cuando se le facilite la información indicada, (a excepción de la especificada para el caso de que la persona se encuentre en el territorio del Estado requerido), sin más formalidades.

b) Objetivo en el territorio del Estado requerido, cuya asistencia es necesaria también para proceder a la intervención, posibilidad que responde a los esquemas clásicos de la cooperación: El Estado miembro requerido se comprometerá a acceder a las solicitudes relativas a la intervención y transmisión inmediata al Estado requirente, si la persona a que se refiere la intervención se encuentra en el territorio del Estado requerido, cuando se facilite la información indicada, incluida la específica para este caso (resumen de hechos) y a condición de que él mismo hubiera adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares, pudiendo supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares. Es decir, cuando se refiere a persona que se encuentra en el territorio de ese Estado, la solicitud ha de incluir un “resumen de hechos” que permita un control de legalidad de la intervención conforme a la legislación del Estado requerido, que verificará la posibilidad de acordar, de acuerdo con su Derecho interno, una medida similar en un supuesto análogo. Si, por el contrario, la persona se encuentra en el territorio del Estado requirente o en un tercer Estado, no existe tal control, en la medida en que se confía que corresponde al propio Estado requirente, directamente o a través de la información que ha de remitir al tercer Estado.

Sí es posible, sin embargo, el control de legalidad por el Estado requerido cuanto, frente a lo que constituye, como se ha dicho, la norma general, se solicita la grabación y transmisión posterior y no la transmisión directa, en tiempo real. El Estado requerido no está obligado a aceptar esta solicitud a menos que la transmisión inmediata no fuere posible. Si no resultase posible la transmisión inmediata y se solicite la grabación y transmisión posterior, el Estado miembro requerido se comprometerá a acceder a dicha solicitud, cuando se facilite la información indicada, incluido el resumen de hechos y a

condición de que él mismo hubiere adoptado la medida en un caso nacional de similares características, pudiendo, también, supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares. Los Estados miembros pueden declarar que sólo asumirán este compromiso cuando no le sea posible ofrecer la transmisión inmediata y los demás Estados, en tal caso, podrán aplicar el principio de reciprocidad. El Estado requirente también podrá solicitar una transcripción de la grabación, solicitud que estudiará el Estado requerido con arreglo a su Derecho interno y a sus procedimientos nacionales.

- Intervención por medio de proveedores de servicios, cuyo acceso a los sistemas de telecomunicación debe estar garantizado y que no supone, en rigor, asistencia judicial por parte de las autoridades donde se ubica la “pasarela”. Se trata de un sistema de “intervención a distancia” que funciona gracias a un mecanismo de “telemando”. El artículo 19 del Convenio garantiza que los sistemas de telecomunicación que operan a través de una pasarela, si está en el territorio de un Estado, puedan hacerse directamente accesibles para la intervención legal por parte de otro Estado que pueda proceder a ella por mediación de un proveedor de servicios que se encuentre en su territorio, sin necesidad de intervención del Estado donde se encuentre la pasarela. El Convenio contempla la posibilidad de solicitar, no obstante, la intervención con los mismos requisitos que si se tratara de persona que se encuentra en el territorio de tal Estado miembro –letra B) apartado 2 del artículo 18 del Convenio-, por mediación de un proveedor de servicios designado que se encuentre en su territorio, sin la participación del Estado miembro en que se encuentre la pasarela.

- Intervención de telecomunicaciones sin asistencia técnica de otro Estado, por ejemplo, si se trata de intervención de telecomunicaciones por satélite y hay una estación terrestre sobre el territorio del Estado interesado en la intervención o si se trata de telecomunicaciones que utilicen redes nacionales de telefonía móvil “tradicional” (como las redes GSM) que permiten la intervención en el extranjero en las zonas fronterizas, porque su zona de cobertura puede no coincidir exactamente con las fronteras entre los Estados. En estos casos, no hay, propiamente, Estado requirente ni Estado requerido y esta peculiaridad provocó que, en las negociaciones previas a la firma del Convenio, Estados como el Reino Unido considerasen innecesaria la incorporación de esta modalidad a su texto, en cuanto discutían la procedencia de recabar el consentimiento del Estado donde se encuentra el objetivo.

Cuando la autoridad competente de un Estado miembro (el Estado que

realiza la intervención) autorice la intervención de telecomunicaciones y utilice la dirección de telecomunicaciones de la persona que figura en la orden de intervención en el territorio de otro Estado miembro (el Estado miembro notificado), cuya asistencia técnica no sea necesaria para llevar a cabo dicha intervención, el Estado miembro que realiza la intervención debe informar de ésta a ese Estado (notificado): i) Antes de realizarla, cuando ya esté informado, al ordenar la intervención, de que la persona objeto de la misma se encuentra en el territorio del Estado miembro notificado; ii) Inmediatamente después de tener conocimiento de que la persona se encuentra en el territorio del Estado miembro notificado, si esta información surge cuando la investigación ya está en curso.

La información que se debe notificar es la misma que se contempla para solicitar la intervención de las telecomunicaciones. Recibida la notificación, el Estado miembro notificado deberá, en un plazo de 96 horas: i) Permitir que se prosiga la intervención; ii) Exigir que no se lleve a cabo o que se ponga fin a la misma, si resulta contraria a su Derecho interno, si la solicitud se refiere a una infracción política o su ejecución perjudica su soberanía, seguridad, orden público u otro interés esencial del Estado. En este caso, deberá especificar el destino del material intervenido; iii) Pedir una prórroga de una duración máxima de ocho días al plazo inicial de 96 horas, justificándolo, con el fin de cumplir procedimientos internos de acuerdo con su Derecho nacional.

Durante el plazo de decisión, el Estado miembro que realice la intervención puede proseguirla, pero no utilizar el material intervenido, salvo acuerdo entre los Estados interesados o con el fin de adoptar medidas urgentes para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. El Estado miembro notificado podrá pedir “un resumen de hechos” o cualquier otra información que les permita establecer la conformidad de la intervención con su Derecho interno. Los costes en que hayan incurrido los operadores de telecomunicaciones o los proveedores del servicio para atender a las solicitudes, correrán a cargo del Estado requirente.

En definitiva, en este tipo de intervención, se cursa una simple información, acompañada de una relación de hechos, con la única finalidad de permitir a las autoridades del “Estado miembro notificado” un control jurídico de las intervenciones llevadas a cabo: en el plazo de 96 horas podrá o permitir la intervención o pedir que se ponga fin a ella si resulta contraria a su Derecho interno.

5. Referencia a la información de cuentas bancarias y control de transacciones en el Protocolo de 16 de octubre de 2001

Esta materia es objeto de regulación en el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Luxemburgo, el 16 de octubre de 2001. Se trataba de dar respuesta, a iniciativa francesa, a una deficiencia detectada en materia de cooperación, por cuanto las solicitudes genéricas de información bancaria respecto a un imputado, que suelen preceder a una petición de embargo, se denegaban con frecuencia, por entender que carecían de suficiente justificación.

Como se ha indicado en el epígrafe 1.1, el Protocolo se integra, formando una unidad normativa, con el Convenio. Ello supone, como aclara el Informe Explicativo, entre otras cosas, que las disposiciones del artículo 24 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en relación con la definición de la «autoridad judicial», el artículo 3 del mismo Convenio, relativo a la forma de ejecutar una solicitud, el artículo 4 del Convenio de 2000 relativo a los trámites y procedimientos para la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial y el artículo 6 del Convenio de 2000 que autoriza las solicitudes por medio de fax o correo electrónico en condiciones que permitan al Estado miembro receptor establecer la autenticidad y que contempla la transmisión directa de solicitudes entre autoridades judiciales, se aplican también a las medidas previstas en el Protocolo.

Como ocurre también en el caso del Convenio Europeo de Asistencia Judicial y el Convenio de 2000, las disposiciones del Protocolo son de aplicación general con una excepción importante: las disposiciones del artículo 1 se aplican únicamente a determinadas infracciones.

El Estado requirente podrá solicitar:

- Información acerca de si una persona física o jurídica, objeto de investigación penal, es titular o tiene bajo su control una o más cuentas, de cualquier tipo, en una entidad bancaria situada en el territorio del Estado requerido y, de ser así, todos los pormenores sobre las cuentas identificadas, incluso respecto a aquéllas para las cuales la persona sometida a investigación tenga poderes de representación. Durante las negociaciones se convino en que entre las cuentas bajo control de la persona objeto de la investigación se incluyen las cuentas de las que dicha persona sea el verdadero beneficiario económico, y ello se aplica con independencia de que tengan esas cuentas como titular

a una persona física, jurídica o a una entidad que actúe bajo la forma o por cuenta de fideicomisos o de cualquier otro instrumento de gestión de un patrimonio de asignación de cuyos constituyentes o beneficiarios se desconozca la identidad.

La asistencia se somete a limitaciones específicas, tales como mínimo punitivo (muy elevado¹⁴) y naturaleza de la infracción, según un sistema de listas de delitos, en particular las infracciones mencionadas en el Convenio Europol o las infracciones contempladas en los instrumentos relativos a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en la medida en que no estén contemplados en el Convenio Europol (art. 1.3).

La obligación de prestar asistencia se aplicará en la medida en que la información obre en poder del banco en que esté abierta la cuenta.

En la solicitud, la autoridad que la formule indicará los motivos por los que considera que la información solicitada puede ser pertinente para la investigación; en qué elementos basa su suposición de que la cuenta está abierta en bancos establecidos en el Estado requerido y, en la medida en que se conozcan, los bancos de que pueda tratarse. Esta disposición, como señala el Informe Explicativo, no contempla, sin embargo, que el Estado requerido pueda cuestionar si la información solicitada puede ser de valor sustantivo para los fines de la investigación.

Los Estados miembros podrán subordinar la ejecución de una solicitud de este tipo a las mismas condiciones que las que aplican a las solicitudes de registro y embargo. Esto les permitirá exigir la doble tipicidad (que concurrirá normalmente, dada la naturaleza grave a que se limita la aplicación de la norma) y la compatibilidad con su Derecho, con un criterio restrictivo que determina, por ejemplo, que un Estado miembro no puede rechazar una solicitud solamente por el hecho de que su Derecho nacional no establece la aportación de información sobre la existencia de cuentas bancarias en investigaciones penales, o porque sus posiciones nacionales sobre registro y embargo exigen normalmente un límite superior al fijado. Por otra parte, esta disposición permite un control judicial en el Estado requerido. Al no existir normas comunes a este respecto, el tipo de control puede ser diferente en cada Estado miembro

- Información acerca de transacciones bancarias realizadas en un período de-

14 En concreto sanción de pena privativa de libertad o medida de seguridad del mismo tipo de una duración máxima de, al menos, cuatro años, en el Estado requirente y de al menos dos años en el Estado requerido.

terminado en una o varias cuentas especificadas en la solicitud, incluidos los detalles de las cuentas emisoras o receptoras. Existe un vínculo entre este supuesto y el anterior, en el sentido de que el Estado requirente puede haber obtenido los detalles de la cuenta mediante la información sobre titularidad de cuentas y posteriormente –recurriendo al sistema de medidas complementarias– puede solicitar información sobre las operaciones bancarias que hayan tenido lugar en dicha cuenta. No obstante, la medida es autónoma y puede también requerirse respecto de una cuenta bancaria de la que las autoridades de investigación del Estado requirente hayan tenido conocimiento mediante cualesquiera otros medios o canales.

En la solicitud, la autoridad que la formule indicará los motivos por los que considera que la información solicitada puede ser pertinente para la investigación.

Los Estados miembros podrán subordinar la ejecución de una solicitud de este tipo a las mismas condiciones que las que aplican a las solicitudes de registro y embargo.

- Control de las transacciones bancarias, reguladas de modo similar a las entregas vigiladas. Se trata de una nueva medida que no figuraba en ninguno de los otros instrumentos anteriores relativos a la asistencia judicial en materia penal. Por ser este el caso, el artículo se ha redactado de una manera distinta y sólo obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo, pero deja a cada Estado miembro la decisión de si y en qué circunstancias puede otorgarse asistencia en un caso específico.

El Protocolo del Convenio 2000 permite obtener: i) Información sobre titularidad de cuentas bancarias; ii) Información sobre transacciones bancarias; y iii) Control de transacciones bancarias; iii) Solicitudes complementarias, en relación con una solicitud anterior, sometidas a un procedimiento simplificado, que no exige reiterar la información ya facilitada con la primera solicitud, siempre que ésta sea perfectamente identificada.

Los artículos 7 a 10 incluyen disposiciones que tienen por objeto limitar o controlar la aplicación de los motivos de denegación. Estas disposiciones se aplican a las solicitudes de asistencia judicial en materia penal en general, y no sólo a los casos cubiertos por los artículos 1 a 4 del Protocolo. Así: i) No se permite la invocación del secreto bancario para denegar la asistencia; ii) No podrá denegarse la asistencia por el simple hecho de que la solicitud se refie-

ra a infracciones que el Estado requerido considera una infracción fiscal, sin posibilidad de reserva; iii) No podrá reconocerse a ningún delito, a efectos de denegación de asistencia, la consideración de delito político, relacionado con un delito político o inspirado por motivos políticos, con posibilidad de reserva parcial que excluye los delitos de terrorismo.

Como garantías añadidas de eficacia, el Protocolo establece: i) La obligación, en determinadas situaciones, de un Estado miembro que rechaza una solicitud de asistencia judicial, de remitir la decisión motivada de rechazo al Consejo para su oportuna consideración y ulterior evaluación; ii) La posibilidad de comunicar a Eurojust la existencia de dificultades en la ejecución de la asistencia solicitada, a los efectos de encontrar una posible solución práctica.

Apéndice I. Para saber más

1. Ámbito de aplicación

1.1. Ámbito subjetivo y temporal

La afirmación de que el Convenio 2000 es un instrumento más de Derecho Público Internacional, sólo puede admitirse con matizaciones: a) el Convenio es uno de los instrumentos previstos en el art. 34.2 d) del Tratado de la Unión Europea, que permitía adoptar al Consejo, por unanimidad, a propuesta de cualquier Estado miembro o de la Comisión, entre otros, convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales; b) como instrumento del hoy extinto Tercer Pilar, exigía la consulta al Parlamento en su elaboración (art. 39 del Tratado); c) como convenio de la Unión, siguió la regla de entrada en vigor tras su adopción por la mitad de Estados miembros y c) está sometido la competencia del Tribunal de Justicia, en cuanto a la interpretación de sus disposiciones, a través de la cuestión prejudicial, así como en cuanto a la validez e interpretación de sus medidas de aplicación.

El artículo 29 del Convenio prevé la posible entrada en vigor, para Islandia y Noruega, de los artículos 3 (ámbito objetivo de la asistencia en el marco del Convenio), 5 (envío y notificación de documentos procesales), 6 (transmisión de solicitudes de asistencia judicial), 7 (intercambio espontáneo de información), 12 (entregas vigiladas) y 23 (protección de datos personales) y, en la medida pertinente a los efectos de los referidos artículos, las de los artículos 15 y 16 (responsabilidad penal y civil de funcionarios). Para ello, deberán transcurrir noventa días desde que el Consejo y la Comisión reciban la información prevista en el Acuerdo de Asociación, de 18-5-99, en vigor desde el 26-6-00, y relativa al cumplimiento de la totalidad de sus normas

constitucionales. Desde ese momento, el Convenio estará en vigor en las relaciones entre Islandia y/o Noruega y cualquier Estado miembro para el que el Convenio ya esté en vigor. Finalmente, se garantiza que las disposiciones citadas entrarán en vigor en Islandia y Noruega, a más tardar, en la fecha en que el Convenio entre en vigor para los quince Estados miembros que eran miembros de la Unión en el momento de la adopción por el Consejo del texto del Convenio (29-5-00), situación que todavía no se ha producido. Por su parte, el art. 16 del Protocolo establece una previsión análoga, pero referida, tan sólo, al artículo 8 del Protocolo (extensión de la asistencia a infracciones fiscales).

1.2. Ámbito objetivo

En la aplicación del Convenio del 59, habían planteado problemas infracciones como la «*Ordnungswidrigkeit*» alemana y sus equivalentes en otros ordenamientos, como el holandés, respecto de las cuales sólo se admitía la asistencia en fase judicial. El Convenio de 1959 excluía de su ámbito las infracciones fiscales, si bien en el Protocolo de 1978 las partes se comprometían a no denegar asistencia por esta causa, con limitaciones respecto de la práctica de embargos muy similares a las que incorpora el Protocolo del Convenio 2000, aunque expresadas con mayor claridad: “*en el caso de que una parte contratante se haya reservado la facultad de someter la ejecución de las comisiones rogatorias que tenga por finalidad un registro o embargo de bienes a la condición de que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible con arreglo a la ley de la parte requirente y de la parte requerida, dicha condición se tendrá por cumplida, en lo que respecta a las infracciones fiscales, si la infracción es punible con arreglo a la ley de la parte requirente y se corresponde a una infracción de la misma naturaleza con arreglo a la ley de la parte requerida*”. Por su parte, el Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen se refiere expresamente, en su art. 50, a la asistencia para infracciones en materia de impuestos sobre consumos específicos, que no podrá denegarse alegando que el país requerido no recauda impuestos sobre consumos específicos sobre las mercancías contempladas en la solicitud, señalando, no obstante, determinadas cuantías mínimas y extendiendo la cooperación tanto a la referida a hechos sancionados únicamente con multa por infracción de reglamentos perseguidos por las autoridades administrativas como a la solicitud proveniente de una autoridad judicial.

1.3. Relaciones de complementariedad con otros convenios

1.3.1. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959

A los efectos de entender la relación de complementariedad entre el Convenio 2000

y el Convenio de 1959, debe recordarse que éste es también aplicable a Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Georgia, Islandia, Antigua República de Yugoslavia de Macedonia, Liechtenstein, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Rusia, San Marino, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania, Israel, Corea y Suráfrica. Para obtener información actualizada sobre el estado de ratificación de este Convenio y de sus Protocolos, puede consultarse la página de Tratados del Consejo de Europa: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=12&CL=ENG>.

La página sólo está disponible en inglés, francés, alemán, italiano y ruso. Debe seleccionarse, en el listado que ofrece la página, el tratado de que se trate y, en la siguiente pantalla, elegir “Chart of signatures and ratifications” (si se consulta en inglés).

El Protocolo Adicional de 1978 ha sido ratificado por todos los Estados parte del Convenio de 1959, salvo Andorra, Bosnia-Herzegovina, Israel, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza.

Por su parte, el Segundo Protocolo al Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001, hasta ahora, ha sido ratificado Albania, Armenia Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Antigua República de Yugoslavia de Macedonia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Holanda, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Montenegro, Polonia, Portugal, Rumania, Serbia, Eslovaquia, Reino Unido, Suiza, Ucrania, Chile e Israel.

1.3.2. Convenio de 19 de junio de 1990 aplicación del Acuerdo de Schengen

Al objeto de conocer la doctrina del TEDDHH en materia de “bis in ídem”, pueden consultarse las Sentencias de 11-2-03, en los asuntos Hüseyin Gozütök y Klaus Brügge; 10-3-05, en el caso Miraglia; 9-3-06, en el asunto Van Esbroek; 28-8-06, en el caso Gasparini; 28-9-06, en el caso Van Straaten; 8-7-07, en el asunto Kretzinger; 18-7-07, en el asunto Kraaijenbrink. En el caso Zolotukhin, de 10-2-2009, se reitera la doctrina contenida en el último de los casos citados y se incide en el concepto de identidad fáctica, en contraposición al de identidad jurídica, fuera del ámbito de la cooperación penal, a efectos de interpretación del art. 4 del Protocolo 7.

En relación con las especialidades que la aplicación del acervo de Schengen presenta respecto de determinados países, deben tenerse en cuenta: i) Para Reino Unido e Irlanda, las Decisiones del Consejo de 29-5-00 y del Consejo JAI de 28-2-02, respectivamente (2000/365/EC y 2002/192/EC); ii) Para otros Estados, el Consejo adoptó, con fecha 1-12-00, una Decisión (2000/777/EC) relativa a la aplicación del acervo de Schengen en Dinamarca, Finlandia, Suecia, Islandia y Noruega (DO L 309 de 9-12-2000). En relación con la aplicación del Convenio 2000 a Islandia y Noruega, vid. epígrafe 1.1; iii) Dinamarca no participa en las medidas correspondientes al Títu-

lo IV del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, excepto para determinar cuáles serán los terceros países cuyos nacionales deberán hallarse en posesión de un visado para atravesar las fronteras exteriores de los Estados miembros, así como las relativas a la implantación de un visado uniforme. En cuanto al desarrollo del acervo de Schengen, cuando el Consejo adopte cualquier decisión al respecto, Dinamarca tendrá un plazo de seis meses para decidir sobre la incorporación o no de dicha decisión a su ordenamiento jurídico nacional; iv) Una vez completados los procedimientos constitucionales internos, la incorporación de Suiza estaba prevista para el 1-11-08. El Consejo aprobó, por Decisiones 2008/149/JAI y 2008/146/JAI (DOUE L de 27 de febrero de 2008), el Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen. En cuanto al desarrollo del acervo de Schengen que cae dentro del ámbito del título VI del Tratado de la Unión Europea, las disposiciones de la Decisión 1999/437/CE del Consejo, de 17 de mayo de 1999, relativa a determinadas normas de desarrollo del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del Acervo de Schengen, se aplican mutatis mutandis a las relaciones con Suiza, lo que determina que las previsiones de los artículos 29 del Convenio 2000 y 16 de su Protocolo lo serán también a Suiza; v) Respecto de Liechtenstein, la Unión firmó un Protocolo de fecha 28-2-2008.

1.3.3. Otros convenios

En el ámbito multilateral, pueden destacarse los siguientes convenios multilaterales, que, en cuanto contengan disposiciones más favorables, no se verán afectados por el Convenio 2000:

- Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, ratificado por 25 países europeos (pese a que se encuentra abierto a la firma de Estados que no sean miembros del Consejo de Europa), entre ellos, España y Rumania. No ha sido ratificado, por ejemplo, por Andorra, Alemania, Francia, Hungría o Portugal.
- Convenio sobre Cibercriminalidad, hecho en Budapest, el 23 de noviembre de 2001, que viene a complementar la regulación del Convenio 2000 en materia de intervención de telecomunicaciones con la específica relativa a las realizadas por medios electrónicos o informáticos y de obtención de datos de estos sistemas y al que se ha añadido su Protocolo Adicional de 28 de enero de 2003. Los 37 Estados que han ratificado hasta el momento el Convenio sobre Cibercriminalidad, son Albania, Alemania, Armenia, Austria, Azerbaijón, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Moldavia, Montenegro, Holanda, Noruega, Portugal, Rumania, Ser-

bia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suiza; Macedonia, Ucrania y Reino Unido. De entre los no europeos, debe destacarse su ratificación por Estados Unidos y Japón. En cuanto al Protocolo, de los citados, no lo han ratificado Austria, Azerbaijan, Bélgica, Bulgaria, Estonia, Georgia, Hungría, Islandia, Italia, Malta, Moldavia, Eslovaquia, España, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos, ni Japón.

- Convenio europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, que permite a todo Estado parte ejecutar, a solicitud de otro, una sanción impuesta por éste, con sujeción al principio de doble incriminación y cuya eficacia se ve limitada por el reducido número de ratificaciones. Entre los 22 países que lo han ratificado, en encuentran España y Rumania, aunque no Portugal, que, como otros seis Estados, firmó el Convenio pero, por el momento, no lo ha ratificado.

- Convenio sobre traslado de personas condenadas hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por la mayoría de los Estados europeos y por buen número de países ajenos al Consejo de Europa (Australia, Bahamas, Bolivia Canadá, Chile, Corea, Costa Rica, Ecuador Honduras, Israel, Japón, Mauricio, México, Panamá, Tonga, Trinidad y Tobago, Estados Unidos y Venezuela) al que, como se ha indicado, complementan los arts. 67 a 69 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (respecto de personas evadidas y afectadas por una medida de expulsión, cuestiones más tarde incorporadas al Protocolo Adicional al Convenio de Estrasburgo de 18 de diciembre 1997 y en las que no se exige el consentimiento del afectado) y el Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987.

- Convenio europeo relativo a la vigilancia de personas condenadas o liberadas bajo condición, hecho en Estrasburgo el 30 de noviembre de 1964, sólo ratificado por 19 países, todos ellos europeos, entre los que se cuentan Bélgica, Francia, Italia y Portugal, pero no, por ejemplo, Alemania o España.

- Junto a los anteriores, objeto de estudio en el Tema 6, en cuanto adoptados en el marco del Consejo de Europa, ya en el ámbito de la Unión Europea, debe citarse el Convenio sobre las decisiones de privación del derecho a conducir, hecho en Luxemburgo el 17 de junio de 1998, todavía no vigente.

Entre las disposiciones relativas a la asistencia judicial en materia penal convenidas sobre la base de una legislación uniforme, deben tenerse en cuenta: i) En materia de embargo de bienes, 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, objeto de estudio en el tema 11; ii) En materia de información sobre antecedentes penales, la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005, relativa a los intercambios de información entre los registros de antecedentes penales, derogada por la Decisión marco

2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, objeto de estudio en el tema 9; iii) En materia de ejecución de penas, las Decisiones Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias y 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, objeto de estudio en los temas 11 y 12.

2. Auxilio judicial internacional en general

- Ley aplicable a la ejecución

En este punto, señala NIETO MARTÍN, A. en *“Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho Penal”*, en *“El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica”*, Estudios de Derecho Judicial 61, Madrid, 2004, que *“el principio de forum regit actum y el principio de reconocimiento mutuo implican estrategias diversas en la cooperación judicial. Aplicada la lógica del reconocimiento mutuo a la asistencia judicial, el principio a seguir debiera ser el del Derecho del lugar. Quien solicita la ayuda debe confiar en que la regulación del país requerido es suficiente y satisface los estándares de protección de derechos fundamentales en la realización de actuaciones procesales de investigación. La exportación de su Derecho se fundamenta, al menos en parte, en un principio de desconfianza hacia el Estado requerido. No obstante, si la solución se mide en términos de eficacia de derechos fundamentales, el principio del forum resulta más adecuado e igualmente al ocasionar menos problemas procesales es más acorde con una “buena administración de justicia”. De un lado, permite al Estado requirente exportar sus mayores garantías en la obtención de material probatorio, pero a la vez posibilita que el Estado requerido mantenga su mayor nivel de garantías a partir de la cláusula de orden público”*.

- Notificación y traslado de documentos procesales

Siguen siendo aplicables determinadas normas del Convenio del 59, como la contenida en su art. 8, relativa a la prohibición de intimaciones al testigo o perito que no hubiere obedecido una citación de comparecencia, cuya entrega se haya solicitado no podrá ser objeto de ninguna sanción o medida coercitiva, aunque dicha citación contenga una intimación de sanciones, salvo que en fecha posterior entre voluntariamente en el territorio de la Parte requirente y sea citado de nuevo en debida forma.

Igualmente, en materia de indemnizaciones, rige el art. 9 del Convenio de 1959, según el cual, dichas indemnizaciones, así como los gastos de viaje y las dietas que hayan de abonarse al testigo o Perito por la Parte requirente, se calcularán a partir de su lugar de residencia, y en cuantía por lo menos igual a la que resulte de las escalas y reglamentos en vigor en el país donde haya de tener lugar el interrogatorio.

- Vías de transmisión

En materia de vías de transmisión, algunas de las novedades introducidas por el Convenio 2000 ya se encontraban previstas en los convenios a los que complementa. En concreto, el Convenio del 59 establece, de modo excepcional y complementario a la comunicación directa entre los Ministerios de Justicia de los Estados Miembros, por razones de urgencia, la comunicación directa entre las autoridades judiciales, remitiendo siempre un duplicado al Ministerio de Justicia para su curso ordinario. El acervo de Schengen establece, como norma, la comunicación directa entre las autoridades judiciales de los Estados partes, sin intervención alguna de las autoridades gubernativas o diplomáticas y prevé la transmisión de documentos relativos al procedimiento directamente por correo a las personas que se hallen en el territorio de la otra parte contratante, sin intervención de autoridad, gubernativa, diplomática o judicial, alguna.

Reino Unido ha designado dos (anteriormente tres, pero en fechas recientes se han unificado las correspondientes a Inglaterra/Gales e Irlanda del Norte) autoridades centrales a los efectos del art. 6: el Home Office (Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte) y el Crown Office (Escocia). En el caso de entregas vigiladas, investigaciones encubiertas y equipos de investigación, a las anteriores se suman las siguientes: Scottish Drugs Enforcement Agency (SDEA), para Escocia; Chief Officers of Police, para Inglaterra y Gales y el Chief Constable of the Police Service, para Irlanda del Norte.

3. Formas específicas de asistencia judicial

- Restitución de objetos

El apartado 2 del art. 6 del Convenio del 59 y el apartado 2 del art. 29 del Tratado Benelux contienen disposiciones relativas a la renuncia a la devolución de objetos que hayan sido entregados en ejecución de una comisión rogatoria y que, en principio, deberán ser devueltos lo antes posible por la Parte requirente a la Parte requerida. En el convenio del 59 exclusivamente se contemplaba la posibilidad de que el Estado requerido que hubiera entregado objetos en virtud de una comisión rogatoria, ante la obligación que tenía el Estado requirente de devolverlos lo antes posible, renunciase a dicha devolución, sin referirse a la devolución a particulares. El Segundo Protocolo del Convenio de 1959 acoge la redacción del Convenio 2000.

- Traslado temporal de detenidos con fines de investigación

El Convenio del 59, al que complementa el art. 9 del Convenio 2000, nos permite concluir que por “persona detenida con fines de investigación”, deberá entenderse aquella privada de libertad en el Estado requerido, cuya comparecencia personal como testigo o para un careo hubiere sido solicitada por la Parte requirente, donde se ha de realizar el interrogatorio, con la condición de devolver al detenido a su lugar

de origen en el plazo indicado por la Parte requerida y con sujeción a las disposiciones del artículo 12 en la medida que se sean aplicables. Estas limitaciones son las siguientes: i) Ningún testigo o perito, cualquiera que sea su nacionalidad, que, como consecuencia de una citación, comparezca ante las autoridades de la Parte requirente, podrá ser perseguido, detenido o sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual en el territorio de dicha Parte por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida; ii) Ninguna persona, cualquiera que sea su nacionalidad, que sea citada por las autoridades judiciales de la Parte requirente para responder de hechos por los cuales se le siga en la misma un procedimiento podrá ser perseguida, detenida o sometida a ninguna otra restricción de su libertad individual por hecho o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida y que no constasen en la citación; iii) La inmunidad cesará cuando el testigo, el Perito o la persona encausada hayan tenido la posibilidad de abandonar el territorio de la Parte requirente durante un plazo ininterrumpido de quince días, a partir del momento en que su presencia ya no sea requerida por las autoridades judiciales y, no obstante, permanezca en dicho territorio o regrese a él después de haberlo abandonado.

A salvo las posibilidades genéricas de denegación de asistencia previstas en el art. 2 del Convenio de 1959, el traslado temporal con fines de investigación puede implicar el tránsito del detenido por el territorio de un tercer estado, parte en este Convenio, cuando se formule una solicitud en este sentido, acompañada de todos los documentos necesarios y dirigida por el Ministerio de Justicia de la Parte requirente al Ministerio de Justicia de la Parte requerida de tránsito. Toda Parte Contratante podrá denegar el permiso para el tránsito de sus propios nacionales.

También conforme al art. 11, párrafo 3 del Convenio de 1959, aplicable por remisión expresa del art. 9 del Convenio 2000, la persona trasladada deberá permanecer en prisión preventiva en el territorio de la Parte requirente y, en su caso, en el territorio de la Parte requerida de tránsito, salvo que la Parte a la que se ha pedido dicho traslado solicite que sea puesta en libertad.

Por último, también por remisión expresa, como excepción a la regla general según la cual la ejecución de las solicitudes de asistencia no dará lugar al reembolso de gastos de ninguna clase, se abonarán los gastos ocasionados para el traslado de personas detenidas que se efectúe en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.

El Segundo Protocolo amplía la posibilidad de dicho traslado a cualquier fin de la instrucción, pero advierte de la exclusión de la comparecencia a los fines del juicio.

3.1. Declaraciones de testigos o peritos por videoconferencia o conferencia telefónica

El Convenio 2000, al admitir las declaraciones de acusados por videoconferencia, es más flexible que las Convenciones de la ONU contra la Delincuencia Organizada y contra la Corrupción.

De aplicación subjetiva potencial mucho más extensa, en cuanto son 147 los Estados signatarios, entre ellos Irlanda, Italia y Grecia, que no han suscrito el Convenio 2000, aunque limitada a la materia de delincuencia organizada, definida, en términos ciertamente amplios, el Convenio de Palermo (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, firmada en Palermo, suscrita por España (BOE 29.9.03), no prevé expresamente la audición por videoconferencia del acusado, aunque sí la de testigos o peritos, con especial referencia a su virtualidad como instrumento de protección de testigos en su artículo 24, con mayor motivo si se tratare de víctimas, objeto de mención expresa, sin aludir a la videoconferencia, en el art. 25.

Con redacción idéntica, la Convención de NU contra la corrupción hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, (BOE 19-7-06), que han ratificado 140 Estados, prevé también la declaración de testigos y peritos mediante videoconferencia.

Aunque anterior a los textos relacionados previamente y citado con frecuencia como precursor en la admisión de la declaración del acusado por videoconferencia, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE 27-5-2002), tras reafirmar el principio de que el acusado estará presente en el juicio, sólo se refiere, genéricamente, en su artículo 63, a la posibilidad de recurrir a “tecnologías de comunicación” para el caso concretísimo de permitir el seguimiento del juicio al acusado expulsado, como última, temporal y excepcional medida que se adoptará, por perturbar continuamente aquél su desarrollo. El mayor interés de esta previsión, ajena a la asistencia judicial, reside en la vinculación de la presencia virtual con la garantía de que el acusado “ausente” pueda dar instrucciones a su Defensa.

También las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, objeto de sucesivas reformas, incorporan numerosas referencias al uso de la videoconferencia. Con carácter general, la Regla 81 bis permite al Juez o a la Sala acordar, de oficio o a instancia de parte, en interés de la Justicia, que el juicio se lleve a cabo por videoconferencia. Previamente, se contienen referencias a la audiencia preliminar que, con consentimiento escrito del acusado y previa posibilidad de asesoramiento legal de su Defensa, admite la celebración con participación videoconferencia del acusado y/o su abogado y a las “declaraciones preconstituidas” (“depositions”) prestadas por este medio. Específicamente, en materia de asistencia judicial, la Regla 75 bis impone que, en caso de que otra autoridad judicial solicite la asistencia del Tribunal Internacional para oír a una persona acusada o condenada, presa a disposición de éste, la audiencia se realice mediante videoconferencia, bajo la dirección de la autoridad requirente y según las normas de su Derecho interno. España desarrolló su cooperación con el Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia por LO 15/1994, de 1 de junio, a

la que se sumaron la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda y la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional).

El Segundo Protocolo Adicional al Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001, ha extendido algunas de las previsiones del Convenio 2000 al ámbito del Consejo de Europa (y de otros países a los que está abierta la firma del Protocolo), entre ellas, la audiencia por videoconferencia y teléfono. Para consultar el estado de ratificación:

- EN:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=182&CM=8&DF=20/09/2010&CL=ENG>

- FR:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=182&CM=8&DF=20/09/2010&CL=FRE>

Aunque los términos del art. 9 de este Segundo Protocolo coinciden casi literalmente con los del art. 10 del Convenio 2000, pueden señalarse algunas diferencias de redacción. De entre ellas, merece ser destacada la mención diferenciada de acusado e imputado. No existe versión oficial en castellano, pero, en las versiones inglesa, francesa y alemana, se emplean los dos términos (“accused” y “suspect”, “personne poursuivie pénalment” y “suspect” y “Beschuldigter” y “Verdächtigenpersonne”), a diferencia de lo que sucede en el art. 10 del Convenio 2000. El Informe Explicativo considera esta diferencia como una aclaración, ante la disparidad terminológica en algunos sistemas, de que no se pretende excluir de esta posibilidad a los imputados. La mera existencia de esta aclaración y su justificación confirma que, en efecto, en algunos países se interpreta el art. 10 del Convenio 2000 en sentido restrictivo, excluyendo la declaración de imputados. Esta interpretación, a su vez, podría conllevar consecuencias muy dispares. Por un lado, la exclusión absoluta de la audiencia del imputado por videoconferencia, pese a admitirse para el acusado, excepción que, desde el punto de vista de los principios y garantías procesales, obviamente mucho menos comprometidos en el caso de audiencia en fases previas al juicio oral, no resulta razonable. Por otro lado, la exclusión podría interpretarse, en este caso con merma de garantías inadmisibles, como una sumisión de la declaración del imputado al régimen que el propio artículo 10 prevé para testigos y peritos. En definitiva, sin necesidad de esta aclaración, la mención del art. 10 debe extenderse al equivalente a “imputado” y no sólo al técnicamente “acusado”.

Siguiendo a VALBUENA GONZÁLEZ, la regulación legal de la utilización de la videoconferencia en el proceso penal en Italia “se encuentra, básicamente, en los arts. 146 bis y 147 bis de las «norme di attuazione, coordinamento e transitorie del Codice di Procedura Penale», conforme a la redacción dada por Decreto Ley 341/2000, que entró en vigor el 31 de diciembre de 2000. En dicha regulación se distingue, de una parte, la participación a distancia del imputado y, de otra, la intervención de sujetos

colaboradores sometidos a un programa o medida de protección; en ambos casos, dentro del juicio oral:

a) Participación del imputado en el juicio oral: Como se desprende de la redacción legal del art. 146 bis, el primer presupuesto para la celebración del juicio oral con la intervención del imputado a distancia es que el proceso se siga por uno de los delitos previstos en el art. 51. c 3 bis) del Codice Penale. Esta limitación no admite excepciones de ninguna clase; por tanto, los supuestos en los que se permite la participación a distancia del imputado en el juicio oral se encuentran tasados, en atención al delito enjuiciado. El art. 51. c 3 bis) hace referencia a cuatro tipos de procedimientos: 1) Procedimientos por delitos, en grado de consumación o tentativa, previstos en los arts. 416-bis y 630 del Código Penal; 2) Procedimientos por delitos cometidos prevaleándose de las condiciones previstas en el art. 416 bis del Código Penal o bien con el fin de facilitar la actividad de las asociaciones previstas en el mismo artículo; 3) Procedimientos por delitos previstos en el art. 74 del texto único aprobado por Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990, n.º 309; 4) Procedimientos por delitos previstos en el art. 291-quater del texto único aprobado por Decreto del Presidente de la República de 23 de enero de 1973, n.º 43. Así pues, el ámbito de aplicación de la videoconferencia en Italia para la intervención del imputado en el juicio oral se restringe exclusivamente a los procedimientos penales seguidos por: 1) delitos de asociación de tipo mafioso (art. 416-bis Código Penal) y secuestros de personas con fin de extorsión (art. 630 Código Penal), en grado de consumación o tentativa; 2) delitos cometidos prevaleándose de la actividad de una asociación de tipo mafioso o con el fin de facilitarla; 3) delitos de asociación con fines de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; 4) delitos de contrabando. El art. 146 bis en la parte en que limita la participación del imputado a distancia en el juicio oral a los supuestos antedichos fue objeto de una questione de legittimità costituzionale, promovida por el Tribunal de Milán, que fue declarada inadmisibile por la Corte Costituzionale mediante ordenanza n.º 88/2004. El Tribunal Constitucional italiano inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad, con sustento en anteriores resoluciones del Alto Tribunal (sentencia n.º 342/1999 y providencia n.º 234/2000), recordando que la utilización de la videoconferencia se encuentra limitada legalmente a los delitos que son «diretta espressione delle più gravi manifestazioni di criminalità di stampo mafioso». Un segundo presupuesto indispensable para la utilización del sistema de videoconferencia es que el imputado se encuentre en un establecimiento penitenciario, resultando indiferente que se halle privado de libertad como consecuencia de una medida cautelar (prisión provisional) o cumpliendo condena por otra causa. En presencia de sendos presupuestos -delito de tipo mafioso e imputado interno en centro penitenciario- el juez debe valorar si concurre cualquiera de las dos condiciones previstas para decretar la participación del acusado a distancia en el juicio oral: bien por graves razones de seguridad u orden público bien por la complejidad del juicio

oral que haga conveniente adoptar esta medida para evitar retrasos en su desarrollo. La exigencia de evitar retrasos en el desarrollo del juicio oral será evaluada también en relación con el hecho de que contra el mismo imputado se encuentren simultáneamente en curso distintos procesos ante diferentes sedes judiciales. Al margen de estas dos condiciones, la participación en el juicio oral será también a distancia cuando se proceda contra un detenido al cual le ha sido aplicada la medida prevista en el art. 41 bis del Reglamento Penitenciario. Tal medida comporta la suspensión por el Ministro de Justicia, a instancia del Ministro del Interior, de algunos o todos los derechos penitenciarios por tiempo determinado debido a graves motivos de seguridad u orden público con el fin de privar de contacto al detenido con organizaciones criminales, terroristas o subversivas. A juicio de DENTE GATOLA, esta hipótesis trata de evitar el denominado «turismo giudiziario» además de la posibilidad de que el detenido, volviendo a los lugares donde ha cometido los delitos, pueda mantener o restaurar el contacto con los ambientes criminales. Las condiciones técnicas de celebración de la videoconferencia o «collegamento audiovisivo» deben asegurar la contextual, efectiva y recíproca visión de las personas presentes en ambos lugares y la posibilidad de oír cuanto en ellos se diga. Si se celebra entre más de dos puntos porque los imputados se encuentren privados de libertad en diferentes centros, cada uno debe poder ver y oír a los otros. La resolución que dispone la intervención a distancia del imputado presenta, generalmente, la forma de auto motivado dictado con anterioridad al inicio del juicio oral y notificado a las partes al menos con una antelación de diez días al primero de señalamiento. Este plazo se prevé con el fin de conceder a la defensa un tiempo para organizarse y decidir si estará presente únicamente en la sala de vistas o también en el sitio remoto, ya por sí mismo o mediante un sustituto. Excepcionalmente, una vez abiertas las sesiones del juicio oral, la utilización de videoconferencia puede disponerse mediante simple providencia. Con la finalidad de garantizar al máximo la regularidad del interrogatorio, se prevé que un auxiliar habilitado para asistir al juez esté presente en el lugar donde se encuentre el imputado, donde comprobará su identidad dando fe de que no le son opuestos impedimentos o limitaciones al ejercicio de los derechos y de las facultades que le corresponden. No obstante, cuando no se procede al interrogatorio del imputado es posible que el auxiliar sea sustituido por un oficial de la policía judicial que no haya realizado previamente actividad de investigación o de protección en relación al acusado o con hechos a él referidos. En ambos casos, se levantará acta de lo acontecido. El legislador se ha preocupado también de garantizar la libertad del flujo de información entre el imputado y su defensor estableciendo, de una parte, que el abogado defensor o un sustituto puedan estar presentes en el lugar donde se encuentra el imputado y, de otra parte, que el abogado defensor o su sustituto cuando se encuentren en la sala de vistas puedan comunicarse reservadamente con el acusado mediante instrumentos técnicos idóneos. Finalmente, se prevé la posibilidad de que aún habiéndose acordado previamente la intervención a

distancia del imputado, éste deba concurrir en la sala de vistas para la práctica de alguna prueba. Así, se dispone que si durante el juicio oral deba procederse a un careo o reconocimiento del imputado o a otro acto que implique la observación de su persona, el juez, cuando lo considere indispensable, oídas las partes, dispondrá la presencia del imputado en la sala de audiencias por el tiempo necesario para la celebración del acto.

b) Intervención en el juicio oral de sujetos protegidos: Como ya anticipábamos, el régimen legal de la videoconferencia en el proceso penal en Italia se completa con la disposición prevista en el art. 147 bis de las «norme de attuazione, coordinamento e transitorie del Codice di Procedura Penale», que prevé el interrogatorio a distancia de las personas que colaboran con la justicia bajo algún programa o medida de protección. Con la finalidad de evitar el riesgo que entraña su presencia en la sala de vistas, se ha previsto que la persona sometida a un programa de protección preste su declaración en el juicio oral mediante videoconferencia, bajo dos modalidades: una de admisión facultativa para el juez y otra de admisión obligatoria. Constituye, por ejemplo, una hipótesis de admisión facultativa el hecho de que exista dificultad de asegurar la comparecencia de la persona sometida a interrogatorio. En este caso, si el juez considera oportuno recurrir al testimonio a distancia lo puede acordar así, previa audiencia de las partes. Por el contrario, las hipótesis de admisión obligatoria son tres, a saber: 1) cuando la persona admitida en un programa de protección es interrogada en el ámbito de un proceso por alguno de los delitos indicados en el art. 51. c 3 bis del Código Penal, ya referidos al hilo del examen del art. 146 bis; 2) cuando al protegido se le ha facilitado una nueva identidad; en este supuesto, se deben tomar además las medidas adecuadas para evitar la visión del rostro del declarante; 3) cuando en el ámbito de un proceso por alguno de los delitos indicados en el art. 51. c 3 bis del Código Penal, debe ser interrogado un imputado por delito conexo, y se ha declarado la separación de ambos procedimientos. De todo lo expuesto pueden finalmente extraerse algunas conclusiones respecto a la intervención a distancia de sujetos en el proceso penal italiano. Así, en relación con los imputados se restringe considerablemente su ámbito de aplicación puesto que, en primer lugar, se contempla para la intervención en el juicio oral excluyendo su uso durante las diligencias sumariales; en segundo lugar, se limita con carácter tasado al enjuiciamiento de determinados tipos delictivos relacionados con la actuación de organizaciones criminales y, en tercer lugar, sólo se prevé si el imputado se encuentra privado de libertad en un establecimiento penitenciario ya como sujeto pasivo de una medida cautelar personal ya como reo por otra causa. En relación con sujetos diferentes al imputado, su intervención mediante videoconferencia sufre también notables restricciones, puesto que se encuentra limitada a personas admitidas en algún programa o medida de protección que prestan su declaración en el juicio oral de procesos por delitos relacionados con la actividad de organizaciones criminales”.

Por otra parte, debe ser destacada la previsión expresa de delitos contra la Ad-

ministración de Justicia cometidos con ocasión de la asistencia judicial internacional por videoconferencia, castigados en los mismos términos, conforme a la ley italiana, que si hubieran sido cometidos en el territorio del Estado italiano.

Siguiendo al mismo autor, “el régimen legal de la intervención a distancia de sujetos dentro del proceso penal en Francia se encuentra en el art. 706-71 del Code de Procédure Pénale, introducido por Ley de 15 de noviembre de 2001. Del citado precepto llama la atención, de partida, que el legislador galo omite cualquier referencia expresa al término «visioconférence» -traducción al idioma francés de la palabra videoconferencia- prefiriendo aludir genéricamente a medios de telecomunicación que garanticen la confidencialidad de la transmisión, con lo que está admitiendo otros sistemas alternativos. También parece diferenciar entre el uso de medios de telecomunicación -por ejemplo, teléfono- reservado para la realización de diligencias en fase de instrucción, y el empleo de medios de telecomunicación audiovisual -v. gr. , videoconferencia- aplicable ya ante los órganos de enjuiciamiento para la audición de testigos, partes civiles y peritos, así como a los fines de prorrogar la detención judicial. En ambos supuestos, su empleo se somete a un simple criterio de necesidad. Así cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, pueden utilizarse en el sumario para el interrogatorio de una persona o careo entre varias que se encuentren situadas en diferentes puntos. Asimismo, sirven para la audición por el juez de instrucción de la persona detenida, a los fines de la audiencia prevista para la adopción o prolongación de la prisión provisional o del interrogatorio del acusado ante el Tribunal de police. Finalmente, se ha previsto que puedan utilizarse inclusive para facilitar la asistencia de un intérprete en el curso de una audición, interrogatorio o careo. Así pues, el ámbito de aplicación de los medios de comunicación en el proceso penal francés resulta extensivo a un buen número de diligencias; no obstante, su utilización se restringe sensiblemente para la intervención del imputado en el juicio oral, prevista exclusivamente en el enjuiciamiento de las infracciones menos graves -denominadas «contraventions»- cuyo conocimiento corresponde al Tribunal de police. Para el enjuiciamiento del resto de infracciones no se dispone que el acusado pueda ser interrogado sirviéndose de medios audiovisuales de telecomunicación, razón por la que debemos presumir que su presencia en la sala de vistas resulta obligatoria. Finalmente, dos son las garantías expresamente contempladas en orden a la validez de las diligencias practicadas mediante videoconferencia, referidas respectivamente a la documentación de las actuaciones y al derecho de defensa. Así, por un lado, se prevé la necesidad de levantar acta de las operaciones que han sido efectuadas en cada uno de los puntos; previsión que obliga a la presencia de tantos oficiales habilitados para dar fe judicial como puntos existan en cada actuación desde los que se produce la transmisión de imágenes y sonido. Además, se faculta a realizar una grabación audiovisual o sonora de lo acontecido. De otro lado, se permite la asistencia al detenido a través de abogado tanto «in situ» como a distancia, es decir, éste puede encontrarse ante el órgano com-

petente o ante el interesado. En el primer caso, para garantizar el derecho del detenido a entrevistarse con su abogado con anterioridad a prestar declaración ante el juez, se faculta a letrado y cliente a realizar dicha entrevista por medio de videoconferencia, pero en este caso de manera confidencial”.

En Inglaterra y Gales, la *Youth and Criminal Evidence Act* de 1999 regula en su Segunda Parte, Sección Primera, relativa a medidas especiales en caso de testigos vulnerables o sometidos a intimidación, en su art. 24 la prueba por videoconferencia (*live link*), que puede ser acordada de oficio o a instancia de parte, tanto en la *Crown Court* como en una *Magistrates' Court*, en relación con testigos, que, ausentes de la Sala o de cualquier otro lugar en que haya de desarrollarse la actuación procesal, pueden ser vistos y oídos por el Juez y/o los miembros del Jurado, el acusado o los demás acusados, en su caso, los profesionales que les representan y el intérprete u otra persona designada para asistir al acusado y, a su vez, ver y oír a través de este mecanismo. La *Police and Justice Act*, de 2006, reforma la Ley de 1999 citada, para permitir la videoconferencia en relación con acusados, sólo a petición de éstos, con condiciones distintas para menores y mayores de 18 años. En el caso de mayores de 18 años, las condiciones en que puede ser acordada esta modalidad de declaración, en interés de la Justicia, se reducen a los de incapacidad por enfermedad mental u otra discapacidad mental o social significativa, que impidan al acusado participar efectivamente en el proceso, declarando oralmente como testigo (lo que es posible en el Derecho anglosajón), cuando el uso de esta técnica permita una participación más efectiva en el proceso como testigo, mejorando la calidad de su declaración o de otra forma. La decisión judicial que autoriza esta modalidad puede ser dejada sin efecto de oficio o a instancia de parte y, en todo caso, ha de ser pública y motivada. La medida puede ser también acordada en fase de apelación, respecto de apelante privado de libertad con derecho a estar presente en el procedimiento de apelación o al que se le ha autorizado a estarlo.

En Escocia, la *Prisoners and Criminal Proceedings Act* de 1993 y la *Criminal Procedure Act* de 1995, regulan la prueba practicada en el extranjero a través de videoconferencia, tanto en el ámbito de la *High Court* como de la *Sheriff Court*, excluyendo la declaración del acusado, cuando el testigo se encuentra fuera del Reino Unido, se ha solicitado como consecuencia de una comisión rogatoria y así lo acuerda el Tribunal. Por otra parte, las previsiones de aplicación en el ámbito interno de esta técnica fue ampliada a casos distintos de menores a través de la reforma de la *Criminal Procedure Act* de 1995 por la *Vulnerable Witnesses Act* de 2004. Actualmente, existen equipos de videoconferencia en todas las sedes de las High Courts y en numerosos edificios judiciales en los que tienen sede las más importantes Sheriffs' Courts.

En el año 2003, la Ley de cooperación penal internacional ha adaptado la legislación británica a las previsiones del Convenio 2000, incorporando la audiencia de testigos por videoconferencia y por conferencia telefónica. Se prevé la sanción por

desacato o falso testimonio en las mismas condiciones en que sería aplicable si el testigo se encontrase físicamente presente ante el Tribunal británico, en casos en que el Reino Unido actúe como Estado requirente. Las peticiones se remiten al Ministro de Asuntos Exteriores (*Secretary of State*) y, en Escocia, al *Lord Advocate*, que designarán el tribunal ante el que tendrá lugar la declaración.

3.2. Entregas vigiladas

Ya en el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecho en Viena, el 20 de diciembre de 1988, se establecía: “1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas. 2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas. 3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan”.

También con un ámbito restringido al tráfico de drogas, el art. 73 del Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990, del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, preveía: “*De conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. 2. La decisión de recurrir a entregas vigiladas se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte contratante de que se trate. 3. Cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizado a intervenir*”.

El art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York, el 15 de noviembre de 2000, prevé idéntica diligencia: “1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades compe-

tentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada. 2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas. 3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados. 4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente”.

En la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York, el 31 de octubre de 2003, el artículo 50, en el capítulo dedicado a la cooperación internacional, regula distintas técnicas especiales de investigación, entre otras, las entregas vigiladas, en los siguientes términos.: “1. A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales. 2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas. 3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados. 4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir

la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes o los fondos, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente”.

3.3. Equipos conjuntos de investigación

En noviembre de 2009, el Programa de Estocolmo animaba a las autoridades competentes de los Estados miembros a recurrir siempre que puedan y resulte adecuado a la herramienta de investigación que constituyen los equipos conjuntos de investigación (ECI). Europol y Eurojust deberían informarse sistemáticamente de la creación de estos equipos y asociarse a las operaciones transfronterizas importantes. Convendría actualizar el modelo de acuerdo para la creación de equipos conjuntos de investigación.

Es posible encontrar un nuevo modelo de acuerdo por el que se crea un equipo conjunto de investigación, aprobado por Resolución del Consejo de 26 de febrero de 2010 (2010/C 70/01) así como un manual de estos equipos conjuntos, en distintos idiomas, cuya última versión data de 4.11.11, en la siguiente dirección:

En cuanto al papel de Eurojust en la creación de un equipo conjunto de investigación, según el art. 6 de la Decisión Marco de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust, los miembros nacionales pueden requerir de las autoridades competentes para que valoren la posibilidad de constituir un equipo conjunto. Según el art. 7 de la misma Decisión, el Colegio de Eurojust, puede requerir de las autoridades competentes la creación de un equipo, exponiendo las razones para ello y, a su vez, en caso de negativa de dichas autoridades, éstas deben exponer al Colegio las razones de su negativa. En particular, el Artículo 9 septies de la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust, prevé la participación de los miembros nacionales en los equipos conjuntos de investigación, aunque los Estados miembros podrán subordinar la participación del miembro nacional a la aprobación de la autoridad nacional competente. Cada Estado miembro definirá si el miembro nacional participa en el equipo conjunto de investigación como autoridad nacional competente o en nombre de Eurojust.

Como ventajas de los equipos conjuntos de investigación, pueden destacarse las siguientes: i) Posibilidad de compartir la información directamente entre los miembros del equipo sin necesidad de solicitudes oficiales, ii) Posibilidad de solicitar medidas de investigación entre los miembros del equipo directamente, lo que evita la obligación de comisiones rogatorias. Este punto también se aplica a las solicitudes de medidas coercitivas; iii) Posibilidad de que los miembros estén presentes en registros, entrevistas, etc. en todas las jurisdicciones de que se trate, lo que contribuye a superar barreras lingüísticas en las entrevistas, etc.; iv) Posibilidad de coordinar esfuerzos in situ, así como el intercambio informal de información especializada; v) Posibilidad de establecer un clima de mutua confianza entre profesionales procedentes de dife-

rentes jurisdicciones, que trabajan juntos y deciden estrategias de investigación y de acusación; vi) Posibilidad de participación de Europol y Eurojust, que prestan ayuda y asistencia directa; vii) Posibilidad de tener acceso a posible financiación disponible.

En julio de 2005, se creó una Red de Expertos Nacionales en Equipos Conjuntos de Investigación. La Red se compone de al menos un experto nacional por Estado Miembro y se ocupa de promover el recurso a estos equipos, facilitando su creación y apoyando la puesta en común de experiencias, buenas prácticas y el tratamiento de cuestiones jurídicas. La Red, a partir de enero de 2011, dispone de una Secretaría, integrada en el personal de Eurojust y coordinada por éste (art. 25 bis de la Decisión 2009/426/JAI del Consejo. El documento por el que se crea la Red puede consultarse, en inglés, en la página: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/05/st11/st11037.en05.pdf>

Asimismo, se actualiza periódicamente un Manual de Equipos Conjuntos de Investigación, elaborado en el marco del proyecto conjunto ECI (equipos conjuntos de investigación) de Eurojust y Europol, que es, a su vez, complementario de la Guía de la normativa de los Estados miembros en el ámbito de los equipos conjuntos de investigación. Como el modelo de acuerdo, pueden consultarse en

ES: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/st15790-re01.es11.pdf>

EN: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/st15790-re01.en11.pdf>

FR: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/st15790-re01.fr11.pdf>

3.4. Investigaciones encubiertas

Las investigaciones encubiertas, comprendidas dentro de las llamadas “técnicas especiales de investigación”, han sido objeto, al tiempo, de promoción, por distintos organismos internacionales, en el contexto de la lucha contra las formas graves de criminalidad y, en especial, el terrorismo y de crítica en la doctrina. Como ejemplo de “promoción”, puede consultarse la Recomendación Rec (2005) del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluidos los actos terroristas, en la que, no obstante, se mencionan límites, como la existencia de “motivos razonables” acerca de la efectiva comisión o preparación de un delito grave, por una persona o grupo identificados o no, o la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del delito y la intensidad “invasiva” de la específica técnica de investigación, eligiendo la menos onerosa de entre las de posible eficacia investigadora.

Como ejemplo de crítica doctrinal, ya antigua, W. HASSEMER en “Límites para el Estado de Derecho en la lucha contra la criminalidad organizada: Tesis y razones”, plantea, entre otros límites cuyo traspaso juzga inadmisibles, la sumisión de los agentes encubiertos a las denominadas “pruebas de virginidad”, a las que aquéllos podrían ser sometidos al objeto de demostrar que no son sospechosos para el grupo u orga-

nización criminal en que pretenden infiltrarse, un método criminal que, ni siquiera a efectos de investigar los más graves delitos, el Estado no podría asumir como propio¹⁵.

En Alemania, la figura del agente encubierto se regula en el parágrafo 110 de la Ley Procesal, de conformidad con la legislación especial de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada, de 15 de julio de 1992.

En general, en las legislaciones nacionales pueden reconocerse los siguientes rasgos comunes: i) Su utilización se limita a investigaciones concretas; ii) La condición de agente encubierto sólo puede ser asumida por miembros de las fuerzas policiales; iii) La investigación encubierta se somete a control jurisdiccional; iv) Debe ser utilizada con carácter subsidiario respecto de otras técnicas de investigación menos “invasivas”.

La exención de la responsabilidad criminal del agente encubierto viene dada por tratarse de actuaciones consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y que guarden la debida proporcionalidad y no constituyan, en ningún caso, provocación del delito. Por ello que se requieren tres requisitos formales para declarar como no punible la conducta del agente encubierto: i) La conducta llevada a cabo por el agente encubierto tiene como fin inmediato que el autor sea castigado precisamente a causa de ese hecho; ii) El agente encubierto no tiene voluntad de consumación del delito sino que actúa única y exclusivamente en interés de la ley y en cumplimiento de sus deberes y funciones; iii) Ausencia de voluntad de llevar a cabo una acción delictiva, que se manifiesta externamente mediante la toma de medidas necesarias para neutralizar la acción.

El agente encubierto, por tanto, no es un confidente, figura ésta asociada a la típica persona de confianza de las autoridades de persecución penal, fundamentalmente de la Policía, cuya actividad normalmente estará premiada ya sea con ventajas materiales, o procesales, de hallarse procesado, aunque no necesariamente por el mismo delito. El agente encubierto propiamente dicho, está caracterizado por ser un agente de policía infiltrado en una organización criminal realizando tareas de prevención o represión del delito.

La responsabilidad penal dimanante de posibles hechos delictivos que se cometan o daños ocasionales durante la investigación encubierta, se ventilará en su caso ateniéndose a sus respectivos derechos internos y procedimientos nacionales, esto es asimilando al agente encubierto de otro Estado, a estos efectos, como si fuesen propios del Estado en que actúan (art. 15 del Convenio).

En la vertiente de responsabilidad civil derivada de las investigaciones encubiertas dispone, el artículo 16 del Convenio, que respecto de los agentes de un Estado miembro que actúen en otro Estado miembro, el primer Estado miembro, el de proce-

¹⁵ El artículo puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2014/hassem14.htm>

dencia del agente, será responsable de los daños y perjuicios causados por sus agentes en el desarrollo de sus cometidos, de acuerdo con el Derecho del Estado miembro en cuyo territorio estén actuando. Ahora bien, el Estado miembro en cuyo territorio se causaren los daños y perjuicios contemplados anteriormente asumirá la reparación de los mismos en las condiciones aplicables a los daños y perjuicios causados por sus propios funcionarios, siendo restituido posteriormente por el otro Estado miembro cuyos agentes hubieren causado los daños, restitución que ha de ser cumplida íntegramente tanto al Estado miembro como respecto de los importes que hubiere abonado a las víctimas o a sus derechohabientes, pudiendo en todo caso, como estipula el apartado 4.º del artículo 16 del Convenio, renunciar a pedir el reembolso del importe de los daños y perjuicios que hubiere sufrido por causa de la actuación de un agente encubierto de otro Estado miembro en su territorio.

4. Especial referencia a la intervención de telecomunicaciones

La Recomendación R (85)10 del Consejo de Europa, de 28-6-85, se refería a las informaciones que las peticiones de intervención de las telecomunicaciones debían contener, a la duración de las medidas de vigilancia, a las condiciones a las que el Estado requerido podía someter la ejecución de las comisiones rogatorias y a la posibilidad de dirigir una notificación judicial a la Parte requerida.

5. Referencia a la información de cuentas bancarias y control de transacciones en el Protocolo de 16 de octubre de 2001

El concepto de beneficiario económico se interpretará con arreglo al apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001. En consecuencia, cuando existan dudas sobre si los clientes a los que, en principio, viene referida la información, actúan por cuenta propia o se tenga la certeza de que no actúan por cuenta propia, se adoptarán las medidas razonables a fin de obtener información sobre la verdadera identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan los clientes.

Como señala PALOMO DEL ARCO, el Protocolo, “a pesar de sus limitaciones, ya que no se consiguió plasmar la obligación de asistencia, aunque no mediara el requisito de la doble incriminación, ni eliminar las restricciones existentes cuando el delito investigado es de naturaleza fiscal, integra un instrumento absolutamente necesario”, necesidad especialmente relevante “al objeto de instrumentar mecanismos eficaces

de cooperación con las jurisdicciones off shore enclavadas en territorio europeo”: Gibraltar o las islas Jersey, Guersey y Man que “se muestran escasamente colaboradoras al respecto”.

Como complemento o alternativa en esta materia, debe tenerse presente la existencia, en el ámbito del Consejo de Europa, del Convenio relativo al blanqueo, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, que recoge una amplia regulación de la investigación bancaria, que comprende:

a) Solicitudes de información sobre cuentas bancarias.

La asistencia se refiere a determinar, si una persona física o jurídica objeto de una investigación penal es titular o tiene el control de una o varias cuentas, de cualquier naturaleza, en cualquier banco situado en su territorio y, en tal caso, proporcionar los datos de las cuentas identificadas.

La obligación establecida en el presente artículo será aplicable únicamente en la medida en que la información esté en posesión del banco que mantenga la cuenta.

La Parte requerida podrá someter la ejecución de dicha solicitud a las mismas condiciones que aplique a las solicitudes de seguimiento o embargo. Cada Estado o la Comunidad Europea podrán reservar la aplicación de esta previsión a las categorías únicamente a las categorías de delitos especificados en la relación contenida en anexo.

Las Partes podrán hacer extensiva la presente disposición a las cuentas mantenidas en entidades financieras no bancarias. Tal extensión podrá someterse al principio de reciprocidad.

b) Solicitudes de información sobre transacciones bancarias.

Datos de las cuentas bancarias especificadas y de las operaciones bancarias que se hayan efectuado durante un período determinado en una o más cuentas especificadas en la solicitud, incluidos los datos de cualquier cuenta emisora o receptora.

La obligación establecida en el presente artículo será aplicable únicamente en la medida en que la información esté en posesión del banco que mantenga la cuenta.

La Parte requerida podrá someter la ejecución de dicha solicitud a las mismas condiciones que aplique a las solicitudes de seguimiento o embargo.

Las Partes podrán hacer extensiva la investigación a las cuentas mantenidas en entidades financieras no bancarias. Tal extensión podrá someterse al principio de reciprocidad.

c) Solicitudes de seguimiento de transacciones bancarias.

Seguimiento, durante un periodo determinado, de las operaciones bancarias que se realicen en una o más cuentas especificadas en la solicitud y de comunicar el resultado del mismo a la Parte requirente.

La decisión de hacer el seguimiento se tomará caso por caso por las autoridades competentes de la Parte requerida, tomando debidamente en consideración el derecho interno de esa Parte.

Las Partes podrán hacer extensiva la presente disposición a las cuentas mantenidas en entidades financieras no bancarias.

Apéndice II. Documentación de Referencia

1. Ámbito de aplicación

1.1. Ámbito subjetivo y temporal

Para obtener la lista permanentemente actualizada de notificaciones, fechas de entrada en vigor y declaraciones para los distintos Estados, en relación con el Convenio 2000, puede consultarse la siguiente dirección:

<http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=ES&aid=2000023&doclang=EN>

Puede consultarse la base de datos del Consejo de la Unión Europea para obtener la lista permanentemente actualizada de notificaciones, fechas de entrada en vigor, reservas y declaraciones para los distintos Estados en relación con el Protocolo de 16 de octubre de 2001: <http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=EN&aid=2001090&doclang=EN>

1.2. Ámbito objetivo

Informe Explicativo del Convenio aprobado por el Consejo el 30-11-00, DO C 379, de 29-XII-2002:

- ES: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:ES:PDF>

- EN: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:EN:PDF>

- FR: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:FR:PDF>

1.3. Relaciones de complementariedad con otros convenios

Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959

- ES: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1982/23564

- EN: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>

- FR: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/030.htm>

La Acción Común de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea sobre buenas prácticas de asistencia

judicial en materia penal contiene recomendaciones en relación con el contenido mínimo de las solicitudes de asistencia:

- ES: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0001:0003:ES:PDF>
- EN: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0001:0003:EN:PDF>
- FR: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0001:0003:FR:PDF>

1.3.1. Convenio de 19 de junio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen

Texto del Convenio

- ES: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):ES:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):ES:HTML)
- EN: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):EN:HTML)
- FR: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):FR:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):FR:HTML)

Sobre determinación de los contenidos que integran el acervo comunitario que los Estados deben incorporar a su legislación, vid. las Decisiones del Consejo: 1999/435/CE y 1999/436/CE, de 20 de mayo de 1999, con rectificaciones en DO L 9 de 13 de enero de 2000:

- ES: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:176:0001:0016:ES:PDF>
<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=329820:cs&lang=es&list=347127:cs,347126:cs,329770:cs,329822:cs,329821:cs,329820:cs,329819:cs,&pos=6&page=1&nbl=7&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>
- EN: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:176:0001:0016:EN:PDF>
<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=329820:cs&lang=en&list=347127:cs,347126:cs,329770:cs,329822:cs,329821:cs,329820:cs,329819:cs,&pos=6&page=1&nbl=7&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>
- FR: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:176:0001:0016:FR:PDF>
<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=329820:cs&lang=fr&list=347127:cs,347126:cs,329770:cs,329822:cs,329821:cs,329820:cs,329819:cs,&pos=6&page=1&nbl=7&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

1.3.2. Otros convenios

Convenio europeo sobre transmisión de procedimiento en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972:

- ES: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1988/25806

- EN: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/073.htm>

- FR: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/073.htm>

Convenio sobre Cibercriminalidad, hecho en Budapest, el 23 de noviembre de 2001:

- EN: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>

- FR: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/185.htm>

Protocolo Adicional de 28 de enero de 2003:

- EN: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>

- FR: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/189.htm>

Convenio europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970:

- ES: <http://www.boe.es/boe/dias/1996/03/30/pdfs/A12228-12244.pdf>

- EN: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/070.htm>

- FR: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/070.htm>

Convenio sobre traslado de personas condenadas hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983:

- ES: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1985/10554

- EN: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/112.htm>

- FR: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/112.htm>

Convenio europeo relativo a la vigilancia de personas condenadas o liberadas bajo condición, hecho en Estrasburgo el 30 de noviembre de 1964:

- EN: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/051.htm>

- FR: <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/051.htm>

Junto a los anteriores, objeto de estudio en el Tema 6, en cuanto adoptados en el marco del Consejo de Europa, ya en el ámbito de la Unión Europea, debe citarse el Convenio sobre las decisiones de privación del derecho a conducir, hecho en Luxemburgo el 17 de junio de 1998, todavía no vigente.

2. Auxilio judicial internacional en general

2.1. Ley aplicable a la ejecución

La RJE elaboró el modelo de “cover note”, siguiendo las indicaciones contenidas en la Acción Común de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal (98/427/JAI). En la actualidad, uno de los campos de la herramienta Compendium se refiere, precisamente, al acuse de recibo.

2.2. Notificación y traslado de documentos procesales: Vías de transmisión

La herramienta “Compendium”, que asiste al usuario en la redacción y traducción de una comisión rogatoria, está disponible en la siguiente dirección Web: http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Compendium.aspx

El Atlas Judicial puede consultarse en la siguiente página Web: http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_AtlasAdvanced.aspx

Al objeto de conocer las declaraciones de los distintos Estados en relación con la designación de autoridades competentes, debe consultarse la página: <http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=ES&aid=2000023&doclang=EN>

3. 3. Documentación y bibliografía

Con independencia de la disponibilidad de esta información en el recurso “Paseo virtual” y de las referencias dispersas en el texto, se considera indispensable la consulta de los instrumentos normativos a que se refiere este tema y de sus respectivos informes explicativos. Texto Convenio:

- ES:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:ES:PDF>

- EN: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:EN:PDF>

- FR:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:FR:PDF>

Informe Explicativo del Convenio:

- ES:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:ES:PDF>

- EN:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:EN:PDF>

- FR:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:FR:PDF>

Texto Protocolo:

- ES:[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121\(01\):ES:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121(01):ES:HTML)

- EN:[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121\(01\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121(01):EN:HTML)

- FR:[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121\(01\):FR:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121(01):FR:HTML)

Informe Explicativo Protocolo:

- ES:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:257:0001:0009:ES:PDF>

- EN:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:257:0001:0009:EN:PDF>

- FR:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:257:0001:0009:FR:PDF>

Otros documentos disponibles en idiomas distintos al español (la documentación disponible sólo en español se cita en el anexo correspondiente)

- Informe de la Cámara de los Lores en relación con el Convenio 2000: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldselect/ldcom/93/9301.htm>

- McCLEAN, D. "International Co-operation in civil and criminal matters", Oxford University Press, 2002;

http://books.google.es/books?id=9WPLwaQ7YjUC&pg=PA232&lpq=PA232&dq=covert+investigations+Europol&source=bl&ots=Xinv9n-v-i&sig=mVmAt8NdHUJAoB0W7ZzV8JQIdw&hl=es&ei=wIKSd2PDuDDjAe_lsmNCA&sa=X&oi=book_result&esnum=7&ct=result#PPA224,M1

Apéndice III. Relativo al Sistema Español

1. Ámbito de aplicación

1.1. Ámbito subjetivo y temporal

Provisionalmente, antes de esta fecha, desde el 6-10-03, el Convenio ya era aplicable entre España y Portugal, al amparo de la previsión general contenida en su art. 27.5, según la cual, antes de entrar en vigor conforme a las reglas generales, cualquier Estado miembro podía declarar, al efectuar la correspondiente notificación o en cualquier momento posterior, que aplicaría el Convenio en sus relaciones con los Estados miembros que hubieran realizado la misma declaración.

1.2. Ámbito objetivo: Relaciones de complementariedad con otros convenios

- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959

Deben recordarse, en este punto, algunas de las declaraciones y reservas formuladas por España en relación con el Convenio del 59: i) A los efectos de lo previsto en el art. 7.3 (comisión destinada a solicitar la comparecencia de un acusado): antelación mínima de 30 días; ii) En relación con el art. 15.6, en caso de remisión directa de la comisión, en supuestos de urgencia, se exigirá remisión simultánea de una copia de la comisión rogatoria al Ministerio de Justicia español. Se entiende que esta previsión sólo subsiste para las comisiones remitidas por Estados en los que no está vigente el Convenio 2000; iii) Se consideran autoridades judiciales, tanto a efectos del Convenio

como de su Protocolo, tras la modificación introducida a la Declaración de España al art. 24, por Nota verbal de 9.6.11 (BOE 12.12.11, con sustancial corrección de errores en BOE de 17.12.11): Los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria; Los Secretarios Judiciales; Los miembros del Ministerio Fiscal; Los Jueces Togados y Tribunales militares; Los Secretarios Relatores de la Jurisdicción Militar. iv) España se reserva la facultad de no ejecutar las comisiones rogatorias que tengan como finalidad un registro o embargo de bienes a menos que se cumplan las condiciones siguientes (que, en el ámbito Schengen, deben ajustarse a las excepciones contenidas en el art. 51 CAAS): Que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible según la legislación española; Que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a extradición según la legislación española; Que la ejecución de la comisión rogatoria resulte compatible con la legislación española. v) España se reserva la facultad de exigir, en relación con el art. 16.2, que las solicitudes de asistencia judicial y documentos anexos que se le cursen se acompañen de una traducción al idioma castellano debidamente autenticada, exigencia que se mantiene, por ausencia de norma específica en relación con el idioma, en las solicitudes amparadas por el Convenio 2000. vi) España se reserva, en relación con lo dispuesto en el art. 22, el derecho a no facilitar información a otra parte interesada en cuanto a antecedentes penales cancelados se refiere, en el caso de ciudadanos españoles.

- Convenio de 19 de junio de 1990 aplicación del Acuerdo de Schengen

Han de tenerse en cuenta el contenido de las específicas provisiones incorporadas por España en el Acuerdo de 25 de junio de 1991 de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, al cual se adhirió la República Italiana por Acuerdo firmado en París (B.O.E. nº 81, de 5 de abril de 1994:

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1994/07586

- Otros convenios

En virtud de lo previsto en el Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales, hecho en Valencia el 3 de octubre de 2002 en las relaciones bilaterales entre estos países, no se exigirá traducción en las solicitudes de asistencia.

2. Auxilio judicial internacional en general

2.1. Ley aplicable a la ejecución

En España, existe una consolidada doctrina jurisprudencial que atiende, a efectos de

eficacia probatoria de diligencias practicadas en el extranjero, a la salvaguarda del “contenido esencial de los valores y garantías” compartidos entre los Estados de la Unión. En este sentido, puede consultarse la STS de 27-12-06, citada extensamente por la de 24-4-12, que recuerda cómo, conforme a la STS. 19/2003 de 10.1, “la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país de la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de “supervisión”. Con la STS 1521/2002 de 25 de Septiembre podemos afirmar que “En el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial, según el art. 29 del Tratado de la Unión en la versión consolidada de Maastricht , no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 20 de Abril de 1959 -BOE 17 de Septiembre de 1982-. En tal sentido se pueden citar las Sentencias de esta Sala 13/95 de 19 de Enero en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por Alemania; Sentencia nº 974/96 de 9 de Diciembre donde expresamente se proclama que “...en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma...”, en relación a Comisión Rogatoria ante las autoridades suecas; la STS nº 340/2000 de 3 de Marzo que en sintonía con las anteriores confirma la doctrina de que la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial citado no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas; la STS nº 1450/99 de 18 de Noviembre en relación a Comisión Rogatoria cumplimentado por las autoridades francesas, y en fin, la Sentencia nº 947/2001 de 18 de Mayo para la que “...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...”. En definitiva, podemos afirmar que existe al respecto un consolidado cuerpo jurisprudencial en relación a las consecuencias derivadas de la existencia de un espacio judicial europeo, en el marco de la Unión fruto de la comunión en unos mismos valores y garantías compartidos entre los países de la Unión, aunque su concreta positivación dependa de las tradiciones jurídicas de cada Estado, pero que en todo caso salvaguardan el contenido esencial de aquellos valores y garantías....”.

Un caso concreto de especial interés, aunque ajeno a la Unión Europea, se contempla en la STS 30-5-12: las declaraciones inculpativas después valoradas como prueba de cargo fueron prestadas ante un Fiscal en Panamá, sin intervención del Letrado de la Defensa del acusado (aunque sí con posibilidad de asistencia letrada para los propios declarantes, conforme a la legislación panameña), complementadas, en algunos casos, por las recibidas en comisión rogatoria internacional, con asistencia de la Juez de Instrucción, el Secretario Judicial y el Fiscal españoles, con pliego de preguntas facilitado por la Defensa, “compatibilizando los intereses del acusado con las normas procesales del país donde se practicaba la comisión rogatoria”.

2.2. Notificación y traslado de documentos procesales

La valoración relativa a la exigencia o no de una prueba efectiva de notificación distinta a la proporcionada por el correo no siempre resulta fácil para las autoridades judiciales del Estado requirente. Así, en Derecho español, parece claro que no pueden notificarse por correo las sentencias (art. 160 LECrim.) ni los autos de prisión (art. 501 LECrim.). En cuanto al auto de apertura del juicio oral en el Procedimiento Abreviado, si es posible acreditar su recepción personal por parte del destinatario, ni la LECrim., ni la doctrina del Tribunal Constitucional ni la del TEDDHH, constituirían obstáculos para la notificación por correo certificado con acuse de recibo. Si no se acredita esa recepción personal, aunque sea otro quien, en el domicilio del destinatario, firme el acuse de recibo, sería preciso recurrir a la forma de transmisión excepcional, a través de las autoridades competentes, invocando, en justificación del recurso a este medio, las SSTEDDHH nº 14104/1988, de 12-10-92 y nº 56581/2000, de 10-11-2004 y, entre otras, la STC nº 170/1992, de 30-9-92 e indicando, en la solicitud de asistencia, la ineludible necesidad de acreditar el carácter personal de la notificación, traslado y requerimiento. En el caso de citaciones a juicio de los acusados o denunciados por falta, el artículo 182 LECrim. y la doctrina contenida, entre otras, en STC nº 94/2005, de 18-4-2005, aconsejan proceder en la forma sugerida respecto del auto de apertura de juicio oral, al objeto de garantizar, en todo caso, que la información ha llegado, efectivamente, a poder del acusado o denunciado.

En el apartado 2.1.1. de la Instrucción 2/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, relativa al fomento de la cooperación jurídica internacional, se advierte de lo siguiente, en relación con los actos de comunicación: *“Cuando se haya acordado una diligencia judicial que deba practicarse en un Estado Miembro de la Unión Europea y que consista en un acto de comunicación, el secretario judicial valorará en función del concreto acto a practicar la oportunidad de evitar una formal solicitud a otro órgano judicial y realizar la diligencia directamente por correo certificado con acuse de recibo internacional, conforme al artículo 5 del Convenio de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados*

miembros de la Unión Europea”. No puede ocultarse la posibilidad de que surjan problemas ulteriores cuando el Juez o tribunal, al que corresponde valorar las consecuencias de la comunicación realizada de una u otra forma (suspensión del juicio, adopción de medidas coactivas, celebración del juicio en ausencia, etc.), discrepe de la “valoración” del secretario judicial.

2.3. Vías de transmisión

Al amparo del art. 24.1 b), España designa como Autoridad Central, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 6, al Ministerio de Justicia (Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, mención que actualmente habrá de entenderse referida a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional).

Al amparo del art. 24. 1 e) y a los efectos del art. 18 y del art. 20 (determinadas intervenciones telefónicas), la Autoridad Competente es la Audiencia Nacional cuando España actúe como Estado requerido. En lo que afecta al apartado 4 del art. 20 sobre la designación de puntos de contacto que presten servicios las veinticuatro horas del día, los puntos de contacto de España serán los Juzgados de Instrucción y los Juzgados Centrales de Instrucción de Guardia.

3. Formas específicas de asistencia judicial

3.1. Declaraciones de testigos o peritos por videoconferencia o conferencia telefónica

El legislador español estuvo ciertamente pronto al reconocimiento normativo de la intervención de sujetos procesales a distancia, en principio, a través de la cobertura legal genérica que proporcionaba el art. 230.1 LOPJ, desde su reforma por LO 16/1994, y, más tarde, con la reforma de la LECrim. operada por L.O. 13/03, a través de su regulación expresa en el nuevo artículo 731 bis, (reformado, a su vez, por LO 8/2006), utilizando un contexto normativo insólito (la reforma de la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor). El referido art. 731 bis prevé que “el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, introducido por la misma L.O. 13/03 y que regula las

condiciones de dichas declaraciones, “asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa”, debiendo acreditar, además, el Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal que haya acordado la medida, “desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo”.

La fórmula resulta más generosa que la prevista en el Convenio 2000 y aclara definitivamente la posibilidad de utilizar este recurso técnico en relación con las declaraciones del imputado, que el Convenio sólo autoriza con carácter excepcional “*cuan-do sea apropiado y con el acuerdo de las autoridades judiciales competentes*”, con consentimiento, igualmente, del propio acusado. Ello no obstante, la declaración del acusado por videoconferencia, aun legalmente prevista, ha sido objeto de cierta controversia en nuestro país. Así, el conocimiento de que “en algún Tribunal Superior de Justicia se celebran juicios orales en materia penal a través de videoconferencia” fue el antecedente invocado por la Fiscalía General del Estado para dictar la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, que cuestionaba esta práctica, en cuanto la afectación de derechos fundamentales que comportaba se entendía reclamaba un desarrollo por ley, no necesariamente orgánica, expreso, reputándose insuficiente la previsión genérica del art. 230.1 LOPJ. Unos días después, sin embargo, para la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, el art. 230.1 LOPJ encarna ya un “principio general de autorización” que “sólo debe ceder en casos de afectación de derechos fundamentales (que exige cobertura legal ex art. 53.1 de la Constitución), de inidoneidad del medio para los fines que se persiguen, o de falta de proporcionalidad.” Se mencionaba, precisamente una normativa internacional que ya deparaba cobertura expresa, desde la firma del Estatuto de Roma y del Convenio 2000, con la referencia a los casos en que la “persona que debe intervenir en una actuación reside fuera de la sede del órgano jurisdiccional”, si bien sus argumentos sugieren que se está aludiendo a diligencias de investigación y no de prueba en juicio oral.

Por otra parte, a finales del mismo año 2002, comenzaba en Alicante la celebración del primer juicio con presencia virtual de los acusados, a través de videoconferencia establecida con los centros penitenciarios de Fontcalent y Picassent en que se encontraban internados. Los extensos argumentos anticipados por el tribunal para autorizar esta modalidad de celebración del juicio del denominado “motín de Fontcalent”, en auto de 29 de julio de 2002, reproducidos, en parte, en su sentencia de su Sección Primera, de 2 de diciembre de 2002, serían rebatidos por la STS 678/2005, de 16 de mayo, objeto de comentario por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., en el artículo “Videoconferencia y proceso penal”, publicado en Diario de Jurisprudencia *El Derecho* n^o 2182 y 2183.

En particular, entre los principios invocados en casación (tutela judicial efectiva, legalidad, publicidad, contradicción, defensa, inmediación y proscripción de indefen-

sión), el Tribunal Supremo se limita a justificar la vulneración del derecho de defensa, reivindicando el protagonismo del acusado en el juicio oral, como sujeto y no mero objeto de la prueba y motivando, en concreto, la nulidad, de un lado, por la ausencia de una garantía que parece ser considerada, sin serlo, habitual en todo juicio, esto es, la “posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado”, y, de otro, por la falta de motivación suficiente, en términos de proporcionalidad, del sacrificio de esa garantía en el caso concreto. Se rechazan, a estos efectos, los argumentos genéricos y los “planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias”. Se admiten, en general, los argumentos de imposibilidad absoluta de asistencia personal del acusado, perturbación del orden que motive la expulsión de sala y la elevada peligrosidad del acusado, debidamente motivada en concreto y para el caso, improbable, de que no se estimen suficientes medios de neutralización como los utilizados en órganos especializados (el Tribunal se refiere, sin nombrarla, a la Audiencia Nacional). En fechas más recientes, la STS de 10 de octubre de 2008, concluye que la cuestión, “no versa sobre la cobertura legal sino sobre las decisiones concretas que se adopten según la fase del proceso y la incidencia que pudieran tener sobre derechos fundamentales, como la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, todos ellos en función de la causación de una verdadera y efectiva indefensión que afectaría al derecho a un juicio con todas las garantías”. A continuación, insiste en lo que denomina “distinta dimensión” de la declaración del acusado por videoconferencia en el juicio oral, respecto de su empleo para testigos y peritos y en el criterio jurisprudencial restrictivo, que admite sólo razones de seguridad por extrema peligrosidad o serio riesgo de alteración de la sesión.

Esta concepción remite, en realidad, a un requisito de la autorización de la presencia del acusado por videoconferencia, habitual en los textos convencionales, esto es, al consentimiento de aquél. No se trata de un requisito exigido por la norma procesal interna, pero, aunque no soluciona todas las posibles objeciones, ni excluye la necesidad de motivación en el caso concreto, representa una derivación casi inevitable de una doctrina jurisprudencial, como la expuesta, acorde con la única posible interpretación del derecho de defensa conforme con la realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en SSTEDH de 16 de diciembre de 1999 (casos T y V contra Reino Unido), que recuerda cómo aquél comporta la posibilidad de que el acusado pueda dirigir realmente su defensa, dando instrucciones a su Abogado, sugiriendo preguntas a testigos, etc., en definitiva, rescatando la autodefensa como contenido protegido propio, que, como también ha reconocido, por ejemplo, la STC 91/2000, no se ve suplantado por la defensa técnica, complementaria, por más protagonismo que a ésta se le otorgue en el modelo español. Con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en la importancia de la presencia del acusado como garantía de un juicio justo, en SSTEDH de 28 de agosto de 1991 (caso Colozza contra Italia); de 23 de noviembre de 1993 (caso Poitrimol contra

Francia), etc. Además de los problemas de comunicación con la Defensa, que pueden ser superados con fórmulas imaginativas, no puede desconocerse, de una parte, que la presencia virtual determina un cierto déficit de intermediación. Ciertamente, este déficit, en la medida en que permite la interacción del Juez o tribunal y las partes, es mucho menor en el caso de la videoconferencia, con conexión en tiempo real, que en el de visionado de grabación de juicio por el órgano judicial revisor, que no permite la “conurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara” a que se refiere, por ejemplo, la STS 3-5-2012, que incorpora un completo estudio del estado de la cuestión. Alguna resolución del Tribunal Supremo, como la STS de 30 de diciembre de 2010, procede a revisar, literalmente, la prueba practicada ante la Audiencia Provincial y casar su pronunciamiento absolutorio, superando la objeción de vulneración del principio de intermediación reiterada por el Tribunal Constitucional, desde su STC 167/2002, y oponible, según STC 120/2009, aun contando con grabación del juicio. Al efecto, el Tribunal Supremo invoca, sin más, el argumento del acceso al proceso penal de las nuevas tecnologías “que no sólo permiten la declaración por medio de videoconferencia, sino que imponen que el acto del juicio oral sea grabado en su integridad” y concluye con lo que califica de doctrina unánime de la Sala, afirmando que “la audición y la visión de la persona que declara, suple y sustituye, en igualdad de circunstancias, la intermediación física del declarante”. En otras resoluciones, como en la STS de 10 de marzo de 2009 y, con criterio discrepante, en el voto particular que la acompaña, se razona el posible sacrificio de la intermediación ponderando otros intereses y principios en juego.

España no ha firmado el Segundo Protocolo Adicional al Convenio sobre Asistencia Judicial en materia Penal de 1959, de 8 de noviembre de 2001. Como Convenio del Consejo de Europa, otorgaría cobertura a declaraciones por videoconferencia de acusados, en relación con Estados a los que les sería aplicable el Convenio 2000, en cuanto, pese a formar parte de la Unión, no han ratificado aquél, o, pese a ser europeos, no forman parte de la Unión Europea o, finalmente, en cuanto países no europeos.

Se encuentra ya autorizado por el Senado, el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia y del Protocolo Adicional al Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia relacionado con los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010, que prevé expresamente el examen por videoconferencia de un procesado o imputado, de conformidad con el derecho interno de cada Parte, y respeto de todos los derechos y garantías procesales, en especial el derecho a contar con asistencia letrada, pero con posibilidad de declaración de no aplicación por las Partes.

En el ámbito bilateral, de los numerosos tratados suscritos por España en materia de asistencia judicial penal internacional, sólo prevén expresamente la declara-

ción del acusado mediante videoconferencia, los recientemente celebrados con Brasil, Cabo Verde, China, Emiratos Árabes Unidos y México. Con carácter general, se remiten al convenio de las partes sobre el particular y, en algún caso (Tratado bilateral con Emiratos Árabes Unidos), se especifica que la diligencia se regirá por la ley del Estado requerido. Únicamente el Convenio con México incorpora, en su artículo 18, una regulación detallada, aunque genérica para todo declarante y similar a la prevista en el art. 10 del Convenio 2000. Son, por el contrario, más numerosos, los convenios bilaterales que no prevén la prestación de auxilio judicial por este medio. Así sucede con los celebrados con Argelia, Argentina, Australia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Canadá, Chile, Colombia, El Salvador, E.E.U.U., Filipinas, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Túnez. Puede afirmarse que, a partir de 2005, fecha del Tratado con China, todos los convenios bilaterales posteriormente suscritos por España incorporan esta posibilidad, no así los anteriores a esa fecha. Sin embargo, como excepción, no la contemplan dos convenios posteriores a 2005, los celebrados con Mauritania e India, con alguna matización en el segundo de ellos y el muy reciente e importante Convenio con Marruecos limita el recurso a la videoconferencia a la declaración de testigos y peritos.

En Derecho español, se exige una resolución que acuerde la práctica por videoconferencia, si bien la ausencia de este requisito es una mera irregularidad que sólo afectará a la eficacia de la prueba cuando la parte que alegue indefensión justifique que la audición por videoconferencia ha quebrantado efectivamente su derecho de defensa (STS de 27-2-07). En la citada sentencia se analiza la justificación de la práctica de la prueba testifical por este medio, en un caso en el que el testigo, residente en la Península, había acudido erróneamente a la sede del Tribunal en Palma de Mallorca a pesar de que había sido citado para comparecer en Ibiza, habiéndose practicado dicha prueba con cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales exigidos para su validez, por lo que se concluye que “el procedimiento seguido para la práctica de la prueba estaba justificada por el hecho de que la suspensión del juicio para su celebración posterior con la presencia personal de aquél en la sala de vistas hubiera supuesto una demora en la tramitación de la causa perjudicial para el acusado y su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”. Se analiza también el método de identificación: “en lo referente a la indebida identificación del testigo, analizada el acta del juicio se constata que por parte de la defensa no se formuló ninguna protesta específica a este respecto ni en lo que se refiere a las deficiencias técnicas que aduce ya que la efectuada tiene un carácter meramente genérico carente de desarrollo argumental, no apreciándose tampoco que solicitase la práctica de la prueba de careo cuya imposibilidad de realización alega “*per saltum*” y que en modo alguno resulta incompatible con la utilización de videoconferencia. Por otra parte, consta en autos comparecencia tomada al testigo mencionado en la sede de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el mismo día en que se celebró el juicio oral, esto

es, el 4 de abril de 2006, y por tanto de su declaración por videoconferencia, la cual aparece firmada por la Secretaria de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma actuando en sustitución ordinaria, como se afirma en la diligencia de ordenación de fecha 21 de julio de 2006, no estando prevista en nuestra legislación procesal penal la figura del “abogado colaborador” que menciona la parte ni, por tanto, a los efectos que pretende”. Finalmente, en cuanto al anuncio previo del método de audiencia, el Tribunal Supremo concluye: “El hecho de que no se hubiese puesto en conocimiento del recurrente que el acusado fuese a declarar en el juicio oral por medio de videoconferencia constituye una mera irregularidad procesal sin la relevancia constitucional que se le pretende atribuir (STS 1315/2006, inter alia) ya que, en todo caso, la parte impugnante conocía que dicha prueba había sido propuesta y aceptada pudiendo por tanto desplegar al respecto toda su estrategia defensiva, sin que su práctica por el citado medio telemático suponga vulneración alguna del derecho a la defensa, tal y como ha resuelto en supuestos similares la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 275/2005 y 957/2006) ya que aquélla pudo ver al testigo, oírle e interrogarle, habiendo existido inmediación, oralidad y contradicción, no bastando la mera alegación de indefensión sino que es preciso que ésta haya incidido efectivamente en la posición procesal de la defensa, bien porque sus preguntas no hayan obtenido respuesta o porque la misma no haya sido percibida en todas sus dimensiones, lo que no es el caso”.

La STS 30-9-2011, ante las denuncias de la recurrente relativas a deficiencias técnicas en la videoconferencia que se practicó en la vista oral, rechaza la impugnación, señalando que “la parte tuvo la posibilidad de solicitar en la secretaría que se transcribieran por escrito las grabaciones que presentaran una audición difícil o turbia, suspendiéndose entretanto el tiempo de la tramitación del recurso”.

3.2. Entregas vigiladas

En la legislación española el art. 263 bis LECrim. regula las entregas vigiladas, con expresa referencia a la aplicación de tratados internacionales: “1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones. También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada

de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el art. 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el art. 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los arts. 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del Código Penal. 2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. 3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales. Los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y, si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente. 4. La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el art. 584 de la presente Ley”.

La STS 249/2004, 26 de febrero, citada por la STS 22-6-11 -reiterando los requisitos que ya proclamara la STS 2083/2001, 10 de enero -, recuerda que los requisitos autorizantes de la entrega vigilada son los siguientes: a) ámbito de esta técnica: está constituido por un listado cerrado que incluye los delitos de tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, así como los tipificados en los arts. 371, 301, 332, 334, 386, 586, 568 y 569 ; b) naturaleza excepcional de la medida, que, aún admisible sólo en los delitos antes citados, exige que se trate de un caso de alta criminalidad, el propio párrafo 1º del art. 263 bis delimita como coordinadas dentro de las que puede acordarse esta técnica la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia; c) autoridad competente, constituida por el Juez, Ministerio Fiscal o Jefe de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial Central o Provincial. Resulta significativo resaltar que la Ley no impone una reserva en favor del sistema judicial -Juez o Fiscal- en orden a la autorización de este medio; d) resolución fundada, y por tanto, examen individualizado, «caso por caso», según se indica en el núm. 3 del art. 263 bis; e) finalidad, no explícitamente prevista en la Ley, pero que es la común a toda la investigación criminal -art. 299 - es

decir obtención de elementos de prueba contra personas involucradas en los delitos para los que se permite esta técnica de investigación.

En comentario al mismo artículo, la STS 529/2008, de 3 de octubre, señala: “El régimen jurídico de la circulación y entrada vigilada de droga, previsto en el art. 263 bis de la LECrim, somete a autorización judicial la procedencia de una medida de investigación de esas características por la conveniencia de no sustraer al control jurisdiccional la práctica de diligencias policiales, tan útiles para los fines del sumario como potencialmente arriesgadas, por lo que entrañan de momentánea pérdida de control de piezas de convicción y remesas ilícitas de drogas y sustancias tóxicas. El hecho de que esta decisión pueda ser adoptada, no sólo por el Juez de instrucción, sino por el Ministerio Fiscal y por los Jefes de las unidades orgánicas de policía judicial -centrales o de ámbito policial- y por sus mandos superiores, refleja bien a las claras que no son la intimidad del imputado ni el derecho al secreto de las comunicaciones -a excepción, claro es, de los casos a los que se refiere el art. 263 bis) 4 -, los que tratan de preservarse con la requerida autorización judicial. Esta resolución habilitante, tratándose de la apertura de un contenedor de los usados para el transporte marítimo, busca evitar espacios incontrolados en el marco de una investigación policial, pero no constituye, fuera de los supuestos mencionados, presupuesto de legitimidad para la injerencia en ningún derecho fundamental”.

En la STS 6929/2008, de 9 de diciembre, como también, más recientemente, en las SSTS de 3-11-2010 y 10-2-2011, se resume la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en materia de paquetes postales, en los siguientes términos:” Esta Sala, en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 4 de abril de 1995, ya entendió que, aunque los paquetes postales debían ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que contuvieran mensajes personales de índole confidencial, quedaban en todo caso excluidos los que se enviaban abiertos y aquellos que se enviaban en régimen de “etiqueta verde”, la cual suponía la existencia de una expresa declaración del remitente acerca de su contenido, lo que excluiría la posibilidad de que contuviera mensajes u otro tipo de correspondencia (STS 103/2002, de 28 de enero). Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en la STC nº 281/2006, distinguió entre envío postal y correspondencia postal, limitando a ésta la protección constitucional, afirmando que “la noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales”. En este sentido, se dice, “la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia”. En esta sentencia se excluyó de la protección constitucional al secreto de las comunicaciones postales “aquellos objetos - continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 de diciembre, F. 3)”, y aquellos otros que, “pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe

su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo”. Teniendo en cuenta que lo que se protege es el secreto de la comunicación postal, entendió el Tribunal Constitucional que “quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así sucede cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido”. Por su parte esta Sala, en la STS nº 185/2007, de 20 de febrero, además de hacerse eco de las precisiones contenidas en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, señaló que ya con anterioridad había establecido la distinción entre paquete y correspondencia, limitando a esta última la protección constitucional, citando el acuerdo de 9 de abril de 1995, y precisando que “deben excluirse de dicha intervención judicial cuando se trate de los paquetes expedidos bajo «etiqueta verde» (art. 117 Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido (SS. 5.2.97, 18.6.97, 7.1.99, 24.5.99, 1.12.2000, 14.9.2001), porque el bien jurídico constitucionalmente protegido es el secreto de las comunicaciones, sin que puedan entenderse amparados por el precepto constitucional los paquetes al margen de lo anterior. Así se ha expresado reiterada doctrina de esta Sala como son exponentes las SSTS 404/2004, que declara que el transporte de mercancías no es comunicación postal, como puede deducirse a simple vista, dadas las características del envío, que por su configuración, dimensiones y peso se alejan del concepto de paquete postal, apto para transmitir comunicaciones; o la 699/2004, que expresa que cuando en su envoltura se hace constar su contenido, ello implica, por parte del remitente, la aceptación de la posibilidad de que sea abierto para el control de lo que efectivamente el mismo contiene; la 103/2002, en la que se dice que en la circulación de paquetes en régimen de etiqueta verde, que se caracteriza por contener una expresa declaración del remitente acerca del contenido del paquete, lo que excluye la posibilidad de que contengan mensajes o escritos privados, el envío bajo tal régimen contiene una explícita autorización a los responsables de Correos para que procedan a la apertura del paquete en orden a verificar la veracidad del contenido (SSTS 18.6.97, 26.1.1999, 24.5.99, 26.6.2000)”. En el caso, relativo a un paquete en cuyo exterior se indicaba que contenía “participaciones”, se entendió que con esta indicación se excluía el envío de mensajes, esto es, su utilización como correspondencia postal, lo que “permitía a los funcionarios aduaneros proceder a su apertura e inspección con la finalidad de comprobar la posible existencia de efectos ilícitos. Por lo tanto, la apertura del paquete por parte de los funcionarios de aduanas al amparo de la normativa reguladora de su función de control no supuso infracción alguna del

derecho al secreto de las comunicaciones postales, habida cuenta que ya en el propio envío se excluía la existencia de esa clase de comunicaciones”. La STS 99/2009, de 8 de enero, se ocupa de la conciliación de las previsiones de los tratados internacionales y de la legislación interna en relación con la diligencia de entrega vigilada. Así, en materia de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención de Viena, en el Tratado de Asistencia Mutua en materia penal entre España y EEUU y en la legislación nacional, señala, que “el citado artículo 263 bis LECrim. fue introducido inicialmente por la Ley 8/92 de 23 de diciembre, en consonancia con la Convención de 20 de diciembre de 1988 de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena y ratificada por España el 30 de julio de 1990 y que dicha Convención, en su art. 2.2 especifica que “las partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados”. Y, en su art. 2.3 se añade que: “una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno. Y, el art. 7.3 sobre la asistencia judicial, indica que: “las Partes podrán prestarse cualquier forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho interno de la Parte requerida”. Además, el art. 12 también dice que: “se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno de la Parte requerida”, concluyendo que “tanto en este texto como en los demás tratados internacionales invocados, la previsión no es otra que la de que la actuación procesal ha de adecuarse por supuesto, a los Tratados en los que España sea parte, pero conservando cada Estado la dirección y control de las actuaciones en su territorio, conforme a su derecho interno. De otro lado, constituye doctrina jurisprudencial reiterada en esta materia que corresponde a las leyes y autoridades de cada país el control de los actos encaminados a la entrega vigilada dentro de sus respectivas fronteras. Así, la STS de 24-5-2004, nº 699/2004 señala que: “el artículo 3º del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, dispone que sea la legislación del país en el que se practican u obtienen las pruebas la que debe regir respecto al modo de practicarlas u obtenerlas “en la forma que su legislación establezca”. Y la STS de 18-11-2002, nº 1902/2002, coincidiendo con las sentencias de 19 de enero de 2001 y 14 de septiembre de 2001, recuerda que: “la Conferencia Internacional sobre el Uso indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas fue convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas y se celebró en Viena en 1987 con la participación de 138 Estados y una amplia gama de organizaciones intergubernamentales y de casi 200 organizaciones no gubernamentales. La Conferencia, también por iniciativa de la Asamblea, aprobó por unanimidad un Plan Amplio y multidisciplinario de Actividades Futuras. El Capítulo III se llamaba supresión del tráfico ilícito y en su art. 18 se subraya la eficacia de la entrega vigilada como método para seguir las huellas de la entrega de drogas ilícitas

hasta su destino final. Y, ciertamente, la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1987, corpus iuris de la comunidad internacional en materia de narcotráfico, consagra definitivamente la técnica de la entrega vigilada, que define en el art. 1 exhortando a las partes a que adoptaran las medidas necesarias para utilizar de forma adecuada, en el plano internacional dicha técnica de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos.

La consecuencia en nuestro derecho interno fue el nuevo art. 263 bis de la LE-Crim., introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, modificado a su vez, recientemente, por la LO 5/1999, de 13 de enero, que entre otras innovaciones excluye la aplicación del art. 584 de la LE-Crim. en la interceptación y apertura de envíos puntuales sospechosos de contener estupefacientes. En el marco europeo, el sistema Schengen de 1985, cuyo Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, al que España se adhirió el 25 de junio de 1991 (BOE 5 abril 1994), establece en su art. 73 que las partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas adoptándose en cada caso concreto con base en una autorización previa de la otra parte, disponiendo en concreto el párrafo 3 que cada parte contratante conocerá la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir. Estas intervenciones y autorizaciones se llevan a cabo conforme a la legislación interna de cada Estado, sin que se puedan aplicar los requisitos procesales y garantías de otros Estados, por donde circule la mercancía controlada, por la autoridad que designe cada una de esas legislaciones. De manera que el citado artículo 73 del Tratado de Schengen autoriza a las partes contratantes, a tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas necesarias para descubrir a los autores de hechos relacionados con el tráfico de estupefacientes, conservando la dirección y control de las actuaciones en sus respectivos territorios, por lo que tenemos que reiterar que, de acuerdo con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en cuanto al modo de practicarlas u obtenerlas.

En este orden de cosas no nos es dable entrar en valoraciones o distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos u otros jueces o autoridades, ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en la forma que la legislación del país establece. Esta doctrina se reitera en las sentencias de 14-2-2000, 8-3-2000, 27-2-001, 18-5-2001, 21-5-2001, entre otras muchas”. En la misma línea se pronuncia la STS 8-4-2011. Aunque no se menciona al Convenio 2000, hemos de recordar cómo el art. 12.3, como excepción al apartado 1 del artículo 4, prevé que las entregas deberán realizarse de conformidad con los procedimientos vigentes en el Estado miembro requerido. Una sentencia posterior, la STS 22-6-2011, sin embargo, introduce una importante matización, ya con cita del art. 12 del Convenio 2000, al señalar que “esa sujeción al derecho aplicable en el Estado de origen no puede entenderse como una

cláusula de legitimidad incondicional a todo aquello que haya sido practicado por las fuerzas y cuerpos de seguridad en el Estado comunitario que promueve la entrega vigilada. Pero también lo es que la simple alegación acerca del desconocimiento de los términos en que la legislación alemana autoriza esa entrega, no puede servir de base para defender una vulneración de derechos fundamentales de la que no existe asomo en la presente causa”. Pero concluye retomando la doctrina de la STS 2459/2001, 21 de diciembre, en la que declaraba que “... con relación a las condiciones de su apertura, nada puede reprocharse respecto a la apertura francesa, pues no corresponde a la jurisdicción española analizar los requisitos que cada ordenamiento procesal dispone para su realización, según reiterada doctrina de esta Sala”; de la STS 220/2000, 14 de febrero, en la que se declara la licitud de la prueba a pesar de que el paquete postal había sido abierto por las autoridades alemanas antes de continuar su tránsito controlado hacia España; o de la STS 715/2001, 3 de mayo, con cita de la de STS 43/2001, 19 de enero, en relación con el artículo 73 del Tratado de Schengen y con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, insistiendo en que “la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en cuanto al modo de practicarlas u obtenerlas. En este orden de cosas no nos es dable entrar en valoraciones o distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos u otros jueces o autoridades, ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en la forma que la legislación del país establece”.

En cuanto a la extensión de la diligencia, el Tribunal Supremo en la misma Sentencia de 8 de enero de 2009, analiza el contenido del art. 263 bis en los siguientes términos: “Fijémonos en que en el apartado segundo del texto legal, se hace referencia a la circulación por territorio español, a la salida o entrada en él. Y a ello se acompaña una admonición negativa: que se realice sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes; y otra positiva: que tenga lugar bajo su vigilancia; y siempre con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. No se impone ningún otro impedimento ni limitación. Y, además, tanto en el párrafo segundo, como en el cuarto, como objeto de la entrega controlada, se consideran aptas al efecto las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas (remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas). Con lo que se evidencia la aptitud de una intervención positiva de las fuerzas policiales, alejada de la pasividad pretendida. En suma, la utilización de uno u otro medio de transporte, sea el propio de los traficantes o alguno proporcionado por las fuerzas que luchan contra el narcotráfico, dependerá de su efectividad para no levantar sospechas entre los propios implicados, sin que nada impida el empleo de uno u otro, siempre que la finalidad contemplada por la Ley se observe, esto es: “el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún

delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”. Como señalan las SSTS 24-11-2009 y 23-11-10, entre otras, con base en el art. 263 bis LECrim. , es posible distinguir dos supuestos: La circulación controlada o vigilada: consiste en que la droga circule por el territorio español, sin interferencia obstativa de la autoridad y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en el hecho delictivo. En la entrega controlada, tramo final del trayecto de la droga, las sustancias se hallan bajo el poder directo, inmediato y eficaz de la policía, siendo ella misma quien entrega la mercancía ilícita o espera que vaya a recogerla el destinatario. Lógicamente ha de existir plena coordinación entre funcionarios de correos y la policía. Si se trata de una empresa de transporte particular, la seguridad del control podría no ser absoluta y el caso se aproximaría a las de “circulación vigilada”. Pero en los casos en que por ser el transporte un medio oficial o siendo privado lo controla de modo absoluto la policía, la entrega (siempre conato de entrega) sólo constituiría una pantomima o simulacro, que asegurará siempre la imposibilidad de que la droga llegue a manos del tercero destinatario.

Respecto a la incidencia de esta diligencia en el grado de ejecución del delito investigado, la misma STS de 8 de enero de 2009, recuerda: “Es doctrina de esta Sala, expuesta precisamente en supuestos de “entrega vigilada” (Cfr. SSTS de 12-5-2001, nº 835/2000 ; de 9-12-2002, nº 2104/2002), que la regla general en este tipo delictivo es la de su consumación, ya que se trata de un delito de mera actividad y de riesgo abstracto. Concretamente en los casos de envío de la sustancia de un lugar a otro se considera que desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga el delito queda consumado. Ello siempre que exista un pacto o convenio previo entre los que envían la droga y los que la han de recibir (Cfr. STS 1435/2000, de 29 de septiembre). Excepcionalmente, cuando no existe este previo acuerdo de voluntades y los acusados son, por ejemplo, meros transportistas contratados por los organizadores de la operación para esa misión concreta, si los mismos fueran detenidos antes de tener en momento alguno la disponibilidad de la droga, el delito habría quedado en grado de frustración, hoy tentativa acabada (Cfr. STS 405/1997, de 26 de marzo”). La STS 22-6-2011 aclara que “es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993 27 de septiembre , 383/94, 23 de febrero , 947/1994 5 de mayo , 1226/1994, 9 de septiembre , 357/1996, 23 de abril , 931/98, 8 de julio y 1000/1999, 21 de junio). Reitera la STS 1594/99, 11 de noviembre, que en envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto (...)Y si

bien es cierto que no falta alguna resolución aislada de esta misma Sala que estima, en supuestos en los que ya existe un control policial del desarrollo de los hechos, que ya no es posible la afectación del bien jurídico protegido (cfr. STS 1114/2002, 12 de junio), el criterio mayoritario de la Sala se opone a tal entendimiento (cfr. SSTS 313/2011, 13 de abril , 766/2008, 27 de noviembre , 658/2008, 24 de octubre , y 598/2008, 3 de octubre)”.

En relación con la posibilidad de aplicación de la agravante específica de introducción de la sustancia tóxica en el territorio nacional, que requiere jurisprudencialmente la posibilidad real de difusión, la STS 23.11.10 distingue el caso de circulación controlada o vigilada, en el que siempre existirá un riesgo de perder el control y es factible, pues, la agravación y la entrega controlada o vigilada, en la que está asegurada la imposibilidad de que la droga llegue a manos del destinatario.

No es precisa la presencia del acusado o su letrado en la diligencia de apertura del paquete (STS 1085/2000, de 26 de junio, citada por la STS 8-4-2011).

Las SSTS 26-6-2000, 6-7-2009 y 6-10-10 han tratado desde la perspectiva constitucional el punzamiento por las autoridades administrativas postales, en combinación con la policía judicial, con objeto de encontrar evidencias del transporte de un envío con sustancias estupefacientes en su interior, bien mediante técnicas iniciales de rayos X o mediante perros entrenados a tal fin. El punzamiento es consecuencia de lo dispuesto en el Reglamento de la Unión Postal de Washington, de 14 de septiembre de 1989, ratificado por España el día 1 de junio de 1992, y la legalidad de la medida de investigación, que en nada afecta al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, es declarada por estas resoluciones de este Tribunal Supremo.

Cuando la apertura se haya llevado a cabo en otro país, con base al artículo 73 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, activándose la entrega controlada, y ese paquete fuese objeto de vigilancia en territorio español bien por tránsito o ser lugar de destino, la jurisdicción española es competente para enjuiciar el delito si la diligencia originada en territorio extranjero está de acuerdo con la legislación española, y, si es así, la investigación, instrucción e incluso enjuiciamiento de dicha acción delictiva sería perfectamente legal en España.

3.3. Equipos conjuntos de investigación

La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, que quedará sin efecto cuando el Convenio sea ratificado por todos los Estados miembros (art. 5) y que ha venido a desarrollar esta modalidad de investigación, ha sido objeto de transposición al Derecho español por Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea (BOE 22-5-03).

De conformidad con la ley española, la autoridad competente, si participan jueces o fiscales, será la Audiencia Nacional, cuando se trate de investigar delitos de su

competencia; si se trata de otros delitos, la autoridad competente para crear el equipo será el Ministerio de Justicia, designación ciertamente cuestionable frente a otras alternativas factibles como la designación como autoridad a estos efectos del Consejo General del Poder Judicial o del Tribunal Superior de Justicia. En el caso de que en el equipo sólo participen funcionarios de Policía, la competencia corresponde al Ministerio de Interior.

La ley española señala, como contenido mínimo del acuerdo por el que se crea el equipo, cuando vaya a actuar en España, las especificaciones siguientes: a) voluntad explícita de constitución del equipo, manifestada por la autoridad competente de cada Estado miembro solicitante; b) motivación suficiente de su necesidad y tiempo máximo de vigencia del equipo para los fines que se determinen; c) objeto determinado y fines de la investigación; d) propuesta de composición del equipo, teniendo en cuenta que el jefe de éste será designado por la autoridad competente española; e) referencia explícita a la legislación aplicable a la actuación del equipo; f) especificación, en su caso, de las medidas organizativas que sean necesarias para que el equipo pueda actuar; g) competencias del jefe del equipo; h) régimen jurídico de utilización de la información por los miembros del equipo.

3.4. Investigaciones encubiertas

En la legislación española téngase en cuenta el art. 282 bis LECrim: “1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente. 2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos

en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. 3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. 4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del Código Penal; b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del Código Penal; c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal; d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270 a 277 del Código Penal; e) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del Código Penal; f) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del Código Penal; g) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del Código Penal; h) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal; i) Delito de falsificación de moneda previsto en el art. 386 del Código Penal; j) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del Código Penal; k) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 578 del Código Penal; l) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando; m) Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. 5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda”.

Con anterioridad, la figura del “agente encubierto” había sido ya admitida por el Tribunal Constitucional, por ejemplo en STC de 21 de febrero de 1983 y por el Tribunal Supremo, en SSTS de 4 de marzo de 1992 y 2 de julio de 1993, entre otras, como forma de investigación amparada por el art. 126 de la CE, el art. 443 de la LOPJ, los arts. 282 y ss. LECrim. y 11 de la LO 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Respecto de la relación de esta diligencia con la figura del delito provocado, la STS de 8 de enero de 2009 indica que “Sólo cabe hablar de delito provocado cuando la intervención del agente tiene lugar antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible; por el contrario, cuando la preparación del delito ya ha comenzado, y la Policía tiene sospechas fundadas de ello, no existe ya provocación en el sentido (inducción directa) del art. 28 a) CP, ni del art. 18.1 CP (incitación a la perpetración del delito) (...) la provocación debe ser apreciada cuando el autor fue inducido a la comisión de un delito que no pensaba cometer. Por consiguiente, en la medida en la que el autor no fue objeto de una inducción, no cabe admitir en este caso que el delito fue provocado por las autoridades de persecución (Cfr. STS de 20-11-2001, nº 2161/2001). En el caso que nos ocupa, la posibilidad y la efectividad de realizar la acción típica, a pesar del seguimiento policial, se mantuvo intacta en toda la secuencia de los hechos (Cfr. STS de 29-9-2005, nº 1103/2005). Conocida es la doctrina de esta Sala sobre esta materia, según la que cuando hay una actuación policial que provoca en un sujeto una voluntad de delinquir, ha de ser éste absuelto por reputarse ilegítima esa actuación de unos funcionarios públicos que se excedieron en el ejercicio de sus funciones y originaron una intención en el ciudadano, que antes no tenía. Pero esta misma doctrina se cuida de delimitar tales supuestos de exención de responsabilidad penal para diferenciarlos de aquellos otros en que la operación policial no es el origen de una voluntad criminal antes inexistente, sino que sólo sirve para averiguar y probar la existencia de infracciones penales ya cometidas o que se están cometiendo con independencia de esa actuación de los agentes públicos.

En estos casos, estos funcionarios se limitan a cumplir con sus deberes legales de averiguación del delito y persecución de los delincuentes (Cfr. SSTS de 20-1-95, 13-2-96, 21-1-97 y 9-3-98, y de 18-10-2000, nº 1587/2000). Una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado porque, no existiendo culpabilidad, ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La impunidad es entonces absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito imposible. Es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En el primer caso no se da en el acusado una soberana y libre decisión para cometer el delito. En el segundo supuesto la decisión criminal es libre y nace espontáneamente. Consecuentemente sólo cabe hablar de un agente provocador cuando la intervención tiene lugar antes de que los posibles autores hayan

comenzado la preparación del hecho punible. Por el contrario, cuando la preparación para la comisión del delito ya ha comenzado, y la policía tiene sospechas fundadas de que esto es así, no existe ya una provocación en el sentido de la inducción del art. 28.a) CP, dado que los autores ya tienen decidida la comisión del delito y por lo tanto, ya no es posible crear el dolo en los autores, pues éstos ya están obrando dolosamente (Cfr. STS de 23-6-1999, nº 1090/99).

La STS de 12-6-2002, nº 114/2002, nos dice que: “no existe delito provocado, sin embargo, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del *iter criminis*, en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim.), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial”. En el mismo sentido, puede consultarse la STS 1-3-2011.

3.5. Especial referencia a la intervención de telecomunicaciones

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha exigido reiteradamente que las interceptaciones de las comunicaciones, en tanto que constituyen un grave ataque a la vida privada y al derecho genérico al secreto de la “correspondencia”, encuentren fundamento en una Ley de singular precisión, clara y detallada, hayan de someterse a la jurisdicción y perseguir un objeto legítimo y suficiente y sean realmente necesarias para alcanzar éste, dentro de los métodos propios de una sociedad democrática, debiendo, además, posibilitarse al propio interesado el control de su licitud y regularidad, siquiera fuere “ex post” a la práctica de la interceptación (SsTEDH de 6 de sep-

tiembre de 1978, “caso Klass”, de 25 de marzo de 1983, “caso Silver”, de 2 de agosto de 1984, “caso Malone”, de 25 de febrero de 1988, “caso Schenk”, de 24 de marzo de 1988, “caso Olson”, de 20 de junio de 1988, “caso Schönenberger-Dumaz”, de 21 de junio de 1988, “caso Bernahab”, dos de 24 de abril de 1990, “caso Huvig” EDJ y “caso Kruslin”, de 25 de marzo de 1998, “caso Haldford” y “caso Klopp”, de 30 de julio de 1998, “caso Valenzuela”, etc.). En nuestro Derecho, la norma rituarial habilitante de la intervención telefónica viene contenida en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que lleva al texto procesal lo que, en desarrollo de la Constitución de 1978, tan sólo se contemplaba, para el restringido ámbito de los estados de alarma, excepción y sitio y sus especiales características, en el artículo 18 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. El dilatado retraso en el tiempo de tal regulación normativa, con entrada en vigor casi diez años después de la promulgación de la Carta Magna, que había obligado ya a una cierta elaboración jurisprudencial de los mínimos criterios rectores en esta materia dentro del respeto a la previsión constitucional, no se vio compensado, en absoluto, por esa claridad, precisión y detalle, a que se refería el TEDH como exigencia de la norma rectora en materia de tanta trascendencia, sino que, antes al contrario, escaso y gravemente deficiente, el referido precepto ha venido precisando de un amplio desarrollo interpretativo por parte de la Jurisprudencia constitucional y, más extensa y detalladamente, incluso, por la del Tribunal Supremo, en numerosísimas resoluciones cuya mención exhaustiva resultaría excesivamente copiosa, especialmente a partir del fundamental Auto de 18 de junio de 1992 (“caso Naseiro”), y de la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003, de 23 de octubre. Una Jurisprudencia que ha permitido, desde pronunciamientos del TEDH, como en el caso Valenzuela contra España (30-7-1998), superar las objeciones relativas a la insuficiencia de la legislación española para ajustarse a los estándares exigibles según el Convenio, aunque este remedio jurisprudencial no desdiga de la conveniencia de una regulación legal más detallada. Los requisitos exigidos por la doctrina constitucional y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, derivan, en realidad, de tan sólo dos exigencias fundamentales, de carácter constitucional, que, por su definitiva importancia, conviene subrayar desde un inicio: la justificación bastante de la intervención y su sometimiento jurisdiccional.

La intromisión en el derecho fundamental sólo aparecerá justificada sustantivamente, y, por lo tanto, podrá ser considerada como constitucionalmente correcta, si responde a un fundamento que se revele suficiente para su adopción. El fundamento justificante de la intervención se asienta, esencialmente, en el principio de proporcionalidad, pues sólo una finalidad de la suficiente relevancia podrá compensar suficientemente la gravedad de la restricción del derecho fundamental. Por ello, ya desde la literalidad del artículo 579.2 /1 se nos recuerda que el objetivo ha de ser el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia “importante” de la

causa. A lo que habrá que añadir, a su vez, que dicha causa deberá referirse a delito de verdadera gravedad e importancia, por su trascendencia social o entidad del bien jurídico atacado que, aparte de las restantes circunstancias dignas de consideración en el caso concreto y ante la ausencia, a diferencia de lo que en otros ordenamientos ocurre, de un catálogo legalmente establecido a estos fines, vendrán generalmente determinadas por la propia gravedad punitiva prevista para esa infracción. Incluso se ha sostenido que podría acudir, aquí, en auxilio del responsable de la aplicación de la norma, precisamente, la relación de infracciones delictivas contenidas en el nuevo artículo 282 bis.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la autorización legal del empleo de la figura denominada “agente encubierto” como equivalencia de supuestos para la autorización judicial de las “escuchas” telefónicas (STS de 8 de julio de 2000. En el anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal elaborado por el Ministerio de Justicia en el año 2011 está previsto subsanar esta importante laguna al preverse en el art. 275 un doble sistema de concreción de delitos en los que podrá adoptarse este medio excepcional de investigación, en primer lugar, por razón de la gravedad del delito doloso -los que lleven aparejada pena igual o superior a cinco años de prisión- y en segundo lugar con la adopción de un catálogo cerrado de delito.

La atribución exclusiva y excluyente a los órganos jurisdiccionales de las facultades para la autorización y control ulterior de la práctica de las intervenciones telefónicas es el segundo de los grandes requisitos de constitucionalidad de la medida restrictiva del derecho fundamental. La propia Constitución (art. 18.3) y, en su desarrollo, la Ley de Enjuiciamiento (art. 579.2 y 3) establecen esta garantía de constitucionalidad de manera absolutamente clara y estricta. Aquí, lo verdaderamente trascendente, en un principio, es esa intervención directa de quien ostenta funciones jurisdiccionales, que integra, en definitiva, el contenido estricto de la exigencia normativa. El Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS 77/2007, de 7-2; 610/2007, de 28-5; 104/2008, de 4-2; 304/2008, de 5-6; 406/2008, de 18-6 ; 712/2008, de 4-11; 778/2008, de 18-11; 5/2009, de 8-1; 737/2009, de 6-7 y 14.2.2012) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica, se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación. Pero la mera intervención judicial no colma el requisito, en cuanto conlleva, a su vez, una serie de requisitos y condiciones derivados de la misma que, en modo alguno resultan gratuitos ni accidentales, pues constituyen, en este caso, como en todos aquéllos en los que la obligación legal de intervención de Jueces o Tribunales de Justicia se impone, la esencia misma y la razón de ser de esa atribución, al venir acompañada la función jurisdiccional de una

serie de circunstancias y condiciones que son las que, en realidad, confieren las máximas garantías al ciudadano.

Tal haz de requisitos derivados del tratamiento jurisdiccional, en materia de interceptaciones de las comunicaciones telefónicas, son los siguientes:

a) En primer lugar, ha de existir un acuerdo o autorización judicial de la intervención, o en su caso de la mera observación de las comunicaciones telefónicas, que habrá de adoptarse mediante auto, resolución judicial a la que la Ley confiere la decisión de cuestiones que, sin resolver en general definitivamente la cuestión criminal, van más allá de la mera ordenación material del proceso y requieren de una adecuada fundamentación por la trascendencia de su contenido (arts. 245 y 248.2 LOPJ y 141 LECr). Este auto, que se dictará siempre en el seno de un procedimiento judicial, habrá de integrar una serie de extremos esenciales, que reitera, entre las más recientes, la STS 14.2.12, con cita de las SSTC 82/2002; 167/2002; 184/2003; 165/2005; 136/2006; y 197/2009: 1) La identificación del delito cuya investigación lo hace necesario, en orden a la evaluación de la concurrencia de la exigible proporcionalidad de la decisión, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, y a la evitación de “rastreos” indiscriminados, de investigaciones meramente prospectivas, de carácter meramente preventivo o aleatorio, sin base fáctica previa de la comisión de delito, pues “el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional” (STS 14.2.12), por lo que se trata de prácticas absolutamente proscritas en nuestro ordenamiento; 2) la concreta identificación, tanto de las personas autorizadas para su práctica, la del titular, o usuario, del teléfono o teléfonos objeto de escucha, aunque no se encuentren datos de alta a nombre del sospechoso (STS de 8 de julio de 2000), como la indicación del número asignado a éstos, también junto con la determinación del plazo de tiempo que durará la interceptación, nunca excesivo (hasta tres meses según el art. 579.3 LECr.) y con posibilidad de ulteriores prórrogas, a la vista de los resultados ya obtenidos y cumpliendo siempre los mismos requisitos que para la autorización inicial, por venir obligados todos estos extremos del carácter restrictivo que impone la ya referida naturaleza de excepcionalidad de la diligencia y para posibilitar adecuadamente el ulterior control sobre la corrección de su ejecución. Respecto de la identificación de las personas, la STS 9.6.11 recuerda que la jurisprudencia “ha reconocido la validez de las intervenciones telefónicas respecto a usuarios del teléfono intervenido, aunque no hayan sido citados como sujetos investigados en la autorización judicial”, por ejemplo, en STS 1362/2009, de 23 de diciembre, señalando que “constatándose que el auto autorizante de la medida recayó sobre un teléfono perteneciente, como habitualmente utilizado por un acusado, que ocasionalmente fuera utilizado por otra persona, no compromete la regularidad de la escucha autorizada, ni implica su nulidad en orden a la averiguación del delito o

delitos respecto de los que fue concedida la intervención telefónica. Siendo así, la autorización judicial cubre las comunicaciones realizadas por el teléfono concernido, aunque lo utilicen otras personas no mencionadas en la resolución autorizante. El auto del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 2010, núm. 35/10 argumenta que “el hecho de que la autorización se otorgue para identificar a otras personas implicadas -como consta en la parte dispositiva- no supone una indeterminación subjetiva que ponga en cuestión la legitimidad de la medida. Como advertíamos en la STC 150/2006, de 22 de mayo, de nuestra jurisprudencia ‘no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, pues tales exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas. Lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad, al que se orienta la exigencia de identificar a los sujetos que van a verse afectados por la medida es la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas, lo que ya hemos excluido en el presente caso. Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquellas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, como sucede en el presente caso, correspondiendo al Juez, a través del control de la ejecución de la medida, la discriminación de las conversaciones relevantes”. 3) Por último, la autorización judicial ha de incorporar la adecuada motivación de la necesidad de la intervención, que, como destacan las SSTs. 644/2011 de 30.6, 629/2011 de 23.6, 362/2011 de 6.3, 312/2011 de 29.4 y 27.9.11, desde la STC 49/99 de 5.4, tanto en relación con la resolución inicial como en la de prórroga, forma parte del contenido esencial del art. 18.3 CE. Esta exigencia significa, de conformidad con una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que sintetiza, por ejemplo, la STS 14.2.12, que el auto ha de “expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención”, con el contenido mínimo que acaba de ser expuesto y respecto del cual, la razonada apreciación de la “conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado” representa el “presupuesto habilitante de la intervención telefónica” y “prius lógico del juicio de proporcionalidad”. Este presupuesto habilitante es, habitualmente, proporcionado por la Policía en su solicitud de intervención. Por ello, es exigible de la policía solicitante “la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser

objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las “ buenas razones “ o “ fuertes presunciones “ a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi -5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998” (STS 14.2.2012). Más concretamente y como reitera la STC 197/2009, “si el conocimiento de la existencia del delito deriva de investigaciones policiales previas, resulta exigible que se detalle en la solicitud policial en qué han consistido esas investigaciones y sus resultados, por muy provisionales que puedan ser en ese momento”.

Como es sabido, se admite que la motivación de la autorización o algunos de sus contenidos se lleve a cabo por remisión a los propios argumentos que ofrezca el escrito de solicitud dirigido al Juez (SSTS de 4 y 8 de julio de 2000, entre otras), que el acuerdo se adopte, no en el transcurso de un procedimiento judicial ya abierto con anterioridad, sino dando comienzo al mismo (STS de 20 de febrero de 1999). Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Como precisa la STS 27.9.11, con cita de las SSTS. 201/2006 y 415/2006, “tratándose de una diligencia que requiere la existencia de indicios que se investigan, su exigencia no puede equipararse a la de otras resoluciones que requiera la fundamentación de una imputación objetiva y subjetiva (art. 779.4 y 384 de la Ley Procesal). La resolución judicial que autorice la inferencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de hecho delictivo y que la solicitud y la adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado. Una exigencia mayor sobre el contenido de la motivación podría hacer innecesaria la medida, pues cuando se solicita y expide el mandamiento se trata de acreditar un hecho delictivo, y su autoría, sobre la base de unos indicios de su existencia. En parecidos términos la STS. 4.2.98 señala, como la exigencia de motivación de la medida que autoriza una intervención telefónica, sin renunciar a ella, debe ser matizada pues la medida no es posterior al descubrimiento del delito sino dirigida a su averiguación y descubrimiento, en los términos del art. 126 CE (...) No se trata, en definitiva, de una resolución jurisdiccional que resuelve un conflicto planteado entre partes con interés contrapuesto, sino de una resolución judicial que tutela un derecho fundamental en el que el Juez actúa como garante del mismo y en el que es preciso comprobar la proporcionalidad de la injerencia, tanto desde la gravedad del hecho investigado como de la necesidad de su adopción. Las SSTS. 55/2006 de 3.2, con cita de la 530/2004 de 29.4 y 988/2003 de 4.7 y STC. 167/2002 de 18.9 , nos dicen que

“por lo que hace a la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el secreto de las comunicaciones tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida. Es preciso, en esta medida, que el Tribunal exprese las razones que hagan legítima la injerencia, si existe conexión razonable entre el delito investigado (...) y la persona o personas contra las que se dirige la investigación. En términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las sospechas que han de emplearse en este juicio de proporcionalidad “no son solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido. En primer lugar, el de ser accesibles a terceros sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, han de proporcionar una base real de lo que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (SSTC 49/99 y 17 1/99). Y su contenido ha de ser de naturaleza que “permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (SSTEDH de 6.9.78 caso Klass y de 15.6.92 caso Ludi), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim . en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa” (art. 579.1 LECrim.) o “indicios de responsabilidad criminal (art. 579.3 LECrim .) SSTC. 166/99 de 27.9, 299/2000 de 11.12, 14.2001 de 24.1, 138/2001 de 18.6, 202/2001 de 15.10, 167/2002 de 18.9, que señalan en definitiva “que los indicios son algo más que simples sospechas pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento “o sospechas en alguna clase de dato objetivo”. No bastan, pues, las hipótesis subjetivas y las meras suposiciones, especulaciones y conjeturas (STS de 13 de enero de 1999), sobre la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del derecho, pues, “en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos” (STS 27.9.11) y “ si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido” (STC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio ; 202/2001, de 15 de octubre ; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre; 136/2006; 220/2006, de 3 de julio; 253/2006, de 11 de septiembre; 148/2009; 195/2009 de 28 de septiembre; 197/2009; 5/2010 de 7 de abril; y 26/2010). En todo caso, esos

indicios tomados en cuenta para considera razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión del delito y de la participación en él del sospechoso, han de constar en la resolución judicial (STS 27.9.11, con cita de las SSTs 1090/2005 de 15.9 y 75/2003 de 23.1), pero, no es necesario, como se ha avanzado, que alcancen el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento, contra lo que incorrectamente se desprende de la redacción literal del artículo 579.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002, en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica (admitiéndose que se adopte, precisamente, dando comienzo al procedimiento: STS de 20 de febrero de 1999), no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre, y STS 1018/1999, de 30 septiembre). Los indicios, así entendidos limitadamente, deben referirse también a la conexión del delito cuya investigación justifica la medida, con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental (SSTC 171/99 y 8/00). La información policial, de distanciarse en el tiempo la decisión judicial de la correspondiente solicitud, ha de actualizarse, pues, en otro caso, la autorización y con ella, la prueba, pueden resultar nulas (STS 27.9.11).

b) En segundo lugar, ha de permitirse el control ulterior de la práctica de la diligencia, que deberá aplicarse sobre tres extremos esenciales: 1) El seguimiento de que, en efecto, se procede al cumplimiento estricto de lo autorizado, de modo que, al margen de otras más directas actuaciones que el Instructor pueda disponer, los encargados de la realización material de las interceptaciones vienen siempre obligados a facilitar una periódica, puntual y frecuente información al Juez del desarrollo y los resultados de la tarea que se les ha encomendado, de acuerdo con lo dispuesto por el propio autorizante en su resolución, remitiendo al órgano judicial tales informes así como la integridad de las cintas en las que queden registradas las conversaciones intervenidas, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención acordada con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). Es reiterada, igualmente, la doctrina según la cual, para dicho control “no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4;

197/2009, de 28 de septiembre). 2) La evitación de extralimitaciones en la ejecución de la diligencia acordada, tanto por exceso o prolongación innecesaria en la interceptación, como por intromisión injustificada en otros ámbitos o derechos de terceros ajenos a la investigación. 3) De modo muy especial, este control tendrá también como fin la evitación de cualquier clase de indefensión para el sometido a la intervención, de modo que al no haber podido tener éste, como es lógico, conocimiento previo de la actuación sobre el secreto de sus comunicaciones, es el Juez el encargado, durante ese período, de tutelar debidamente todo lo relativo a la posibilidad posterior de su ejercicio efectivo del derecho de defensa.

Al tiempo, deberán tenerse en cuenta los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para la validez probatoria de las grabaciones. El Tribunal Supremo ha señalado los requisitos para que el contenido de las grabaciones pueda valorarse como prueba (Sentencias de 14 de junio de 2002, 22 de junio de 2005, 7 de julio de 2006 y 17 de julio de 2006, entre otras): a) que se hubiera hecho entrega oportunamente al Juez de instrucción de las cintas de grabación originarias; b) que se hubiera procedido a una audición de las mismas a presencia judicial, de los interesados y de las partes; c) que, caso de no haberse reconocido por los interesados la autenticidad de tales grabaciones, se hubiera practicado la pertinente información pericial; d) que por el secretario judicial se hubiere practicado la transcripción de dichas grabaciones o de la parte de las mismas que la autoridad judicial -oídas las partes- hubiere estimado relevantes a los fines del proceso. En relación con este último requisito, la STS 4-11-08, con cita de la STS de 7-5-2007, destaca que la transcripción no es un requisito impuesto por la ley, y que en lo referente a las transcripciones de las cintas, éstas solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo éstas son las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción, ni completa ni parcial, de los pasajes más relevantes, ahora bien, si se utilizan las transcripciones, su autenticidad, solo vendrá acreditada si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario Judicial (SSTS 538/2001, de 21 de marzo; 650/2000, de 14 de septiembre; 9-3-2007). La STS de 14-5-2001 señala que no es correcto identificar el control judicial con dicha transcripción, tal identificación no tiene en cuenta que el material probatorio son las cintas grabadas, no su transcripción. En todo caso, la transcripción tiene la misión de permitir el acceso al contenido de las cintas mediante la lectura, pero no es un elemento que integre la diligencia con carácter necesario y legitimante. La Ley procesal no exige esta transcripción en el art. 579 LECrim. y su realización obedece más a la costumbre que a las necesidades de control judicial. Esto, por otra parte, se satisface en primer lugar mediante las autorizaciones motivadas que requiere la disposición antes ya citada y por la comprobación del carácter íntegro de las grabaciones. Es claro que la transcripción no sustituye la audición de las cintas en el juicio oral caso de que las partes lo soliciten para comprobar si las transcripciones que obran en las actas de instrucción son o no completas

para valerse de ellas su defensa. Igualmente, debe destacarse cómo la Jurisprudencia admite la validez de las transcripciones realizadas con las debidas garantías, aunque éstas no sean leídas en el acto del juicio oral, ni las grabaciones oídas en dicho acto, si, no siendo impugnada la constitucionalidad de las intervenciones, las citadas se encontraban a disposición de las partes, la transcripción se realizó bajo fe pública judicial, con posibilidad de intervención de las partes y de realización de alegaciones y las partes, en fin, no interesan ni prueba fonológica, ni audición o lectura en juicio de todo o parte de lo grabado, realizándose, no obstante, preguntas en relación con concretos contenidos de tales transcripciones auténticas. En tales casos, las cintas y sus transcripciones son prueba documental practicada con las garantías propias del juicio oral, no impugnada oportunamente, dada por reproducida y de la que el Juzgador puede hacer uso conforme a lo previsto en el art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Sentencia de 7 de julio de 2006). En el mismo sentido, entre otras muchas, se pronuncia la STS 28.12.11.

A efectos de determinar la extensión de la cooperación, por tratarse de cuestión polémica y de una técnica frecuente de investigación en delitos con elemento internacional, conviene recordar que, para el Tribunal Supremo, la captura del IMSI por las Fuerzas de Seguridad del Estado no representa, por sí misma, una vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, la STS 15-2-2011, con cita de la de 28-1-2009, precisa: “a) En primer lugar que el IMSI no es sino el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo móvil, integrado en la tarjeta chip SIM (Subscriber Identity Module) que se inserta en el teléfono móvil para asignarle el número de abonado o MSISDN (Mobile Station Integrated Services Digital Network), que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular. Este número de abonado conforme a la norma internacional ITU E.212, está compuesto por el MCC o código del País (3 dígitos), por ejemplo, 214 , que correspondería a España; por el MNC o Código de la red móvil (2 ó 3 dígitos), por ejemplo, 07, que correspondería a la operadora MOVIS-TAR; y finalmente por el MSIN (número de 10 dígitos) que contiene la identificación de la estación móvil. b) Es posible obtener el IMSI de un teléfono móvil mediante un aparato especial que simula el comportamiento de la red GSM y con el que inicia un diálogo de forma equivalente al que se sigue en la infraestructura de red de un operador móvil cuando se enciende el móvil o se cambia de célula de cobertura. Para ello es preciso que el aparato se utilice en las proximidades del teléfono que se desea investigar. c) La doctrina especializada suele entender que el IMSI, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro,

conocido tal dato, se solicitará en su momento el pertinente mandamiento judicial. Se señala, también, que el IMSI equivale al número de serie de la SIM, o la dirección MAC de un interfaz de red, por lo que difícilmente puede ser considerado incluso como un dato de carácter personal. Otro identificativo asociado al teléfono móvil es el IMEI o International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional del Equipo Móvil), que identifica con su número de serie al equipo. Se puede conocer tecleando “asterisco, almohadilla, 06, almohadilla”, y pulsando la tecla verde “llamar”. Tanto con el IMSI como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones. d) Por ello se considera que las pruebas así obtenidas son perfectamente lícitas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones. Al no afectar a las comunicaciones, pues no es posible conocer el número llamado o el contenido de la conversación, queda protegido el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho es el que hace imprescindible la autorización judicial para llevar a cabo las escuchas o “pinchazos” telefónicos. e) En la jurisprudencia de esta Sala, en particular la STS nº 249/08, de 20 de mayo, después de admitir -lo que no afecta a nuestro caso- que es precisa autorización judicial para “la cesión” del IMSI por las operadoras, al amparo del art 18.4 CE y de la L.25/2007, de 18 de octubre de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones”, tampoco se acepta que la “captura “del IMSI por las Fuerzas de Seguridad del Estado suponga una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto, que, por un lado, esa información no permite, por sí sola obtener la identidad de los comunicantes, la titularidad del teléfono móvil o cualesquiera otras circunstancias que lleven a conocer aspectos susceptibles de protección al amparo del art 18.3 CE; y que, por otro, la facultad que otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el art 22.3 de la LO 15/99, de 13 de diciembre, para la recogida y tratamiento de datos, en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio- para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede considerarse proporcionada y necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional» (F. J. 18º).

La STS 12-3-12 se refiere a un caso en que las intervenciones telefónicas autorizadas en España tenían su origen en una nota confidencial de un oficial de enlace británico del SOCA (Serious Organised Crime Agency) y se impugnaba su supuesta contradicción con lo previsto en el art 7 del Convenio 2000 respecto del intercambio de información. El motivo se rechazó, señalando que “la nota informativa aportada por la agencia británica a la policía española, nota que da origen al oficio de la UDYCO solicitando la intervención telefónica, procede de un servicio policial oficial extranjero y se remite en el marco propio de la colaboración de las policías de ambos países contra el tráfico de drogas ejecutado por organizaciones que operan en el ámbito internacional. La referencia que hace la parte a la conculcación del Convenio de Asis-

tencia judicial de 29 de mayo del año 2000 olvida que ese Convenio tiene su órbita natural de aplicación en el marco judicial más que en el policial”.

Bibliografía y documentación

- ARNAIZ SERRANO, A.: “La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal”, en *La prueba en el espacio europeo de Libertad, seguridad y justicia penal*, Centro de Estudios Judiciales, Navarra, 2006, págs. 125-158, ISBN 84-8355-083-0. También en recurso electrónico en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/amaya%20arnaiz.pdf y en *La prueba en el espacio europeo de Libertad, seguridad y justicia penal*, Centro de Estudios Judiciales, Navarra, 2006.
- CARMONA RUANO, M.: *Formas específicas de asistencia judicial (II)*, en Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación*, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- MARTÍN DIZ, F.: *Cooperación judicial y policial en materia penal*, en Revista del Poder Judicial, nº 61, 2001.
- DE LA MATA AMAYA, J.: *La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales*, Actualidad Penal, núm. 47-48, octubre, 2002.
- NIETO MARTÍN, A.: *Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho Penal*, en El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Estudios de Derecho Judicial nº 61. Consejo General del Poder Judicial. 2004
- PALOMO DEL ARCO, A.: *Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios*, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- PALOMO DEL ARCO, A.: *Cooperación judicial penal en Europa*, en Sistemas Penales Europeos. Cuadernos de Derecho Judicial nº IV. Consejo General del Poder Judicial. 2002.
- PALOMO DEL ARCO, A.: *Asistencia internacional en la delincuencia económica*, en El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Estudios de Derecho Judicial nº 61. Consejo General del Poder Judicial. 2004.
- PARRA GARCÍA, J.: *El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal*, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.

- PÉREZ GIL, J.: *El convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?*, Diario la Ley, núm. 6208, marzo, 2005.
- POZA CISNEROS, M.: *Intervención por videoconferencia internacional del imputado y crítica de la razón práctica*, Revista del Poder Judicial, nº 91, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011.
- SALCEDO VELASCO, A.: *Mecanismos procesales de cooperación judicial*, en Política común de Justicia e Interior en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial nº XXIII. Consejo General del Poder Judicial. 1995.
- SÁNCHEZ SISCART, J.M.: *Cooperación penal. Exposición del marco normativo. Instituciones, recursos de información y herramientas web. Especial consideración a la herramienta www.prontuario.org*, en Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo. Cuadernos Digitales de Formación nº6. Consejo General del Poder Judicial. 2010.
- ÚBEDA DE LOS COBOS, J.: *Videograbación y videoconferencia*, en Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia. Cuadernos de Derecho Judicial nº II. Consejo General del Poder Judicial. 2007.
- VALBUENA GONZÁLEZ, F.: *La intervención a distancia de sujetos en el proceso penal*, en Revista del Poder Judicial nº 85, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- WEYEMBERGH, A. Y BIOLLEY, S.: *El Convenio de Asistencia Judicial del 2000 y la intervención de telecomunicaciones*: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/weyemberg.rev.pdf

EL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD: ANTECEDENTES PENALES Y CONVENIO DE PRÜM

Fernando Martínez Pérez y María Poza Cisneros

1. El principio de disponibilidad

1.1. Definición

En el Programa de La Haya¹, de 10 de mayo de 2005, el Consejo Europeo “reafirma el carácter prioritario que atribuye a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en respuesta a una inquietud fundamental de los pueblos de los Estados que constituyen la Unión”. Sus orientaciones específicas se desarrollan en cuatro capítulos, relativos a la consolidación de la libertad, de la seguridad, al reforzamiento de la justicia y al desarrollo de las relaciones exteriores. El segundo de dichos capítulos (“Consolidación de la seguridad”) se refiere a la mejora del intercambio de información, a la prevención y lucha contra el terrorismo, a la cooperación policial, a la gestión de crisis internas de la Unión Europea con repercusiones transfronterizas, a la cooperación operativa, a la prevención de la delincuencia y, brevemente, a la delincuencia organizada, la corrupción y la estrategia en la lucha contra la droga. En relación con la mejora del intercambio de la información, se introduce, por vez primera, una definición del principio de disponibilidad, como instrumento innovador del intercambio transfronterizo de información policial, cuya implantación se impone a fecha fija, 1 de enero de 2008, y en términos categóricos.

El principio de disponibilidad se define en el Programa de La Haya como

1 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» (COM (2005)184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005).

aquél que permite que, en todo el territorio de la Unión, un funcionario de policía de un Estado miembro que necesite información para llevar a cabo sus obligaciones pueda obtenerla de otro Estado miembro y que el organismo policial del otro Estado miembro que posea dicha información la facilitará para el propósito indicado, teniendo en cuenta el requisito de las investigaciones en curso en dicho Estado.

El principio de disponibilidad garantiza que la Policía de un EM, en el cumplimiento de sus funciones de investigación, puede obtener información de la Policía de otro EM.

El propio Programa de La Haya anticipa determinadas condiciones mínimas a las que habrían de ajustarse las propuestas que invitaba a la Comisión a presentar, para la aplicación del principio: i) El intercambio solamente puede tener lugar para el cumplimiento de tareas legales; ii) Debe garantizarse la integridad de los datos que deban intercambiarse; iii) Las fuentes de información han de ser protegidas y la confidencialidad de los datos, en todas las etapas del intercambio, garantizada, iv) Ulteriormente, deben aplicarse normas comunes para el acceso a los datos y normas técnicas comunes; v) Debe supervisarse el respeto de la protección de los datos y garantizarse un adecuado control previo y posterior al intercambio de información; vi) Debe garantizarse la protección contra el uso indebido de los datos personales y el derecho a la corrección de los datos personales incorrectos.

Se precisaba, igualmente, que los métodos de intercambio de información deberían hacer pleno uso de las nuevas tecnologías y adaptarse a cada tipo de información, si procediere, a través del acceso recíproco a las bases de datos nacionales o la interoperabilidad de las mismas, o del acceso directo (en línea), incluso para Europol, a las bases de datos centrales existentes de la UE, tales como el SIS. Sólo deberían crearse nuevas bases de datos europeas centralizadas sobre la base de estudios que hubieran demostrado su valor añadido.

La nominación y reafirmación del principio de disponibilidad, en el Programa de La Haya, estuvo precedida de una creciente preocupación por mejorar los intercambios de información entre las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley, de la que son expresión diversas Comunicaciones de la Comisión², avivada, como ya sucediera con el principio de

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo para “Reforzar la cooperación policial y aduanera en la Unión Europea”, de 18 de mayo de 2004 (COM 2004/376 final, no publicada en el D.O.) y Comunicación de la Comisión al Consejo y al

reconocimiento mutuo con ocasión del 11-S, por los atentados terroristas de Madrid, en marzo de 2004. De hecho, ya desde el Consejo Europeo de Tampere, de 1999, se perseguía intensificar la cooperación policial, aduanera y judicial, y desarrollar una política coordinada en materia de asilo, inmigración y controles en las fronteras exteriores.

Con anterioridad, los principales instrumentos que habían intentado dar respuesta a esta ahora recobrada inquietud acerca de las debilidades del intercambio de información policial eran³:

- El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990. Su artículo 39 prevé el intercambio de información entre los servicios de policía que lo soliciten, pero no obliga a los Estados miembros a contestar.
- El Convenio Europol de 1995 y sus protocolos. De conformidad con el artículo 2, el objetivo de Europol es mejorar la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y la cooperación entre los mismos, con vistas a la prevención y lucha contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia internacional y organizada.
- La iniciativa del Reino de Suecia relativa a un proyecto de Decisión Marco sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia, que intentaba mejorar el mecanismo creado por el Convenio de Schengen, conseguir una mayor armonización del marco jurídico en el que se produce el intercambio de datos y reducir los tiempos de respuesta y que cristalizaría en la DM 2006/960/JAI.

Paralelamente, además, se estaba gestando el Tratado que sería firmado en Prüm, el 27 de mayo de 2005, por siete Estados miembros, con pretensión de incorporar sus disposiciones al marco jurídico de la Unión Europea en el plazo máximo de tres años. Este Tratado, al que nos referiremos por extenso más adelante, pretendía una cooperación reforzada que ofreciera mejor respuesta, entre otras, a las necesidades de intercambio de información policial, orientada, particularmente, a la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal.

Parlamento Europeo “sobre mejora del acceso a la información por parte de las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la Ley”, de 16 de junio de 2004 (COM 2004/429 final, no publicada en el D.O.).

3 Según la EM de la fallida Propuesta de DM del Consejo de 12 de octubre de 2005 a que nos referimos en el siguiente apartado.

1.2. Transposición del principio

El Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya⁴ confirmaba la presentación de la propuesta que permitiría la traducción normativa del principio de disponibilidad, acompañada de otra propuesta, sobre protección de datos personales. La primera iniciativa, representada por la Propuesta de DM del Consejo, de 12 de octubre de 2005⁵, sobre el intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad, sin embargo, no prosperó.

Mejor fortuna tuvo, a iniciativa sueca, origen del que toma el nombre por el que es conocida, la que sería DM 2006/960/JAI de 18 de diciembre de 2006⁶, considerada, por algunos autores, como una primera aproximación a la puesta en marcha del principio de disponibilidad, superando la primitiva etapa bilateral, e, incluso, la que podríamos denominar “etapa institucional”, en la que la mejora de la información se confiaba a agencias o estructuras europeas como Europol. La Decisión Marco se refiere a la “simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea”. En su Exposición de Motivos, se introduce expresamente, entre otras cuestiones, el que será recurrente objetivo en la materia: alcanzar el correcto equilibrio entre dos imperiosas necesidades:

- El intercambio rápido y eficaz de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros, imprescindible para la lucha contra la delincuencia transfronteriza.
- La protección de datos personales, libertades fundamentales, derechos humanos y libertades individuales.
- La idea básica que inspira la DM es la libre circulación de información e inteligencia entre las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley.

En las definiciones auténticas que incorpora, amplias, con el objetivo de garantizar que la libre circulación no se vea obstaculizada por diferencias en la organización nacional: i) “Servicio de seguridad competente” es la autoridad nacional policial, aduanera u otra, autorizada según el Derecho interno

4 Adoptado por el Consejo de Justicia e Interior de 2 y 3 de junio de 2005.

5 COM/2005/0490 final.

6 Publicada en el D.O.L 386, de 29 de diciembre de 2006, con una rectificación en el D.O. L 75 de 15 de marzo de 2007.

a descubrir, prevenir e investigar delitos y actividades delictivas y a ejercer la autoridad y adoptar medidas coercitivas en el contexto de esas actividades. Las agencias o unidades que traten especialmente cuestiones de seguridad nacional no quedan cubiertas por el concepto, que será aclarado, mediante declaración siempre modificable, por cada Estado miembro; ii) “Investigación criminal” es la fase del procedimiento dentro de la cual los servicios de seguridad o las autoridades judiciales competentes, incluido el Ministerio Fiscal, adoptan medidas para el establecimiento y averiguación de los hechos, los sospechosos y las circunstancias en relación con uno o varios actos delictivos concretos comprobados. La Decisión no se limita, por tanto, a las fases preprocesales y su interés supera, en consecuencia, el ámbito de la cooperación policial; iv) “Operación de inteligencia criminal” es la fase del procedimiento que no ha alcanzado aún la fase de investigación criminal, dentro de la cual el Derecho interno autoriza a un servicio de seguridad competente a recoger, tratar y analizar información sobre delitos o actividades delictivas para establecer si se han cometido actos delictivos concretos o se pueden cometer en el futuro. v) “Información y/o inteligencia” es todo tipo de información o datos en poder de: Los servicios de seguridad, ya definidos y las autoridades públicas o entes privados, de la que puedan disponer los servicios de seguridad sin tener que utilizar medidas coercitivas.

En cuanto a la distinción entre “información” e “inteligencia”, los tratadistas vienen entendiendo que la inteligencia criminal es el producto resultante de la recolección, procesamiento, integración, análisis, evaluación e integración de la información disponible y su misión establecer los patrones criminales propios de organizaciones o empresas dedicadas a la comisión de delitos: formas de operar, estructuras, miembros, recursos y causas, entre otros aspectos relevantes.

Respecto de su ámbito de aplicación, la DM impone a los Estados miembros la obligación de: i) Garantizar que la información y/o inteligencia puedan suministrarse a petición del servicio de seguridad competente que lleve a cabo una investigación criminal o una operación de inteligencia criminal, sin supeditarla a condiciones más estrictas que las aplicables a escala nacional; ii) Solicitar, cuando conforme al derecho interno, sea exigible recabar autorización judicial para acceder a la información de que se trate o para intercambiarla, a través de los servicios de seguridad del Estado requerido, dicha autorización, que habrá de otorgarse o denegarse con aplicación de los mismos criterios que se aplicarían a un asunto exclusivamente interno.

En la solicitud, debe exponerse el fin para el que se solicita la información o inteligencia y la vinculación entre éste y la persona objeto de aquéllas y se establecen breves plazos, en función de la urgencia, de 8 horas a 14 días, con obligación de comunicar los motivos del retraso.

Se introducen, no obstante, determinadas matizaciones, límites y prohibiciones:

- No se impone, a los Estados miembros, obligación de recoger y almacenar información, con el fin de facilitarla a los servicios de seguridad de otro Estado miembro. Se trata, pues, de facilitar el acceso a la información “existente”, ya disponible para el Estado requerido.

- No se impone, a los Estados miembros, obligación de facilitar información e inteligencia, para su utilización como prueba ante la autoridad judicial, ni confiere derecho alguno a utilizarlas con ese fin, si bien puede destinarse a ello, con consentimiento del Estado miembro que haya facilitado la información y/o la inteligencia, empleando, si fuere necesario, los instrumentos de cooperación judicial, salvo que, desde el primer momento, el Estado requerido ya hubiese anticipado que accedía al uso de la información transmitida con fines de prueba.

- No se impone al Estado miembro requerido de información o inteligencia su obtención mediante medidas coercitivas, definidas según su legislación interna.

- No es posible transmitir información y/o inteligencia a un Estado miembro cuando se ha obtenido de otro Estado miembro o de un tercero, sujeta a la regla de especialidad, salvo autorización del Estado que la proporcionó.

- Se prohíbe solicitar más información que la necesaria para descubrir, prevenir o investigar un delito.

- Se imponen estrictas normas sobre protección de datos y confidencialidad de la información y/o inteligencia confidencial suministrada.

- Se establecen motivos para no comunicar información o inteligencia: a) Razones potestativas: i) Cuando por razones de hecho se suponga que el suministro y ii) Perjudicaría intereses esenciales en materia de seguridad nacional del Estado miembro requerido, o iii) comprometería el éxito de una investigación en curso o de una operación de inteligencia criminal o la seguridad de las personas, o iv) sería claramente desproporcionado o irrelevante para el fin que persigue. v) Cuando la solicitud se refiera a un delito castigado con pena de prisión igual o inferior a un año con arreglo a la legislación del Estado miembro requerido. b) Razones imperativas: Cuando la autoridad judicial

competente no ha autorizado el acceso o el intercambio de la información solicitada.

La traducción normativa del principio de disponibilidad se encuentra en: i) La DM 2006/960/JAI (“Iniciativa sueca”); ii) El Tratado de Prüm y iii) La Decisión JAI/615/2008.

En el plano técnico, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) había iniciado diversos trabajos de desarrollo del principio de disponibilidad en los ámbitos de ADN, impresiones dactilares, balística, registros de vehículos y números de teléfono, datos mínimos de personas contenidos en registros civiles, materias muchas de ellas ya abordadas por el Tratado de Prüm. El Comité del artículo 36 de TUE (también denominado CATS), como grupo de trabajo del Consejo, que tenía como misión coordinar a los grupos de trabajo competentes en el ámbito del tercer pilar, encomendó la ejecución de este objetivo de estudio al Grupo Multidisciplinario de Delincuencia Organizada (GMD).

En paralelo, como hemos anticipado, se gestaba la incorporación del Tratado de Prüm al marco jurídico comunitario, datando la iniciativa, a tal fin, de 15 de enero de 2007⁷ y cristalizando, finalmente, en las Decisiones JAI/615/2008 y JAI/616/2008, de 23 de junio, en las que convergen la voluntad de “comunitarizar” el Tratado de Prüm que anunciaron sus signatarios y la exigencia de articular jurídicamente el principio de disponibilidad incorporado al Programa de La Haya, como viene a reconocer la Exposición de Motivos de la primera de las citadas Decisiones, al “descubrir”, en el Tratado, los contenidos que permitirían cumplir los requisitos sustantivos del Programa dentro de los plazos fijados en él. De estos instrumentos normativos nos ocuparemos en sucesivos apartados independientes.

Por otro lado, agotado, en 2009, el Programa quinquenal de La Haya, el Programa de Estocolmo (2009_2014), en un nuevo escenario político y jurídico, coincidente con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, anuncia nuevos desarrollos del principio de disponibilidad que, en parte, inspira la estrategia comunitaria en relación con la información sobre antecedentes penales, regida ya, sin embargo, por el principio de reconocimiento mutuo, avanzando, conceptualmente, ya, en el último apartado, en el objeto del Módulo siguiente.

7 Publicada en el D.O. de 28 de marzo de 2007.

2. El Tratado de Prüm

2.1. Origen, naturaleza y ámbito de aplicación

El 27 de mayo de 2005 siete Estados Miembros de la UE (Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Holanda y Austria) firmaron, en la ciudad alemana de Prüm, el tratado del mismo nombre “relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal”, que establece diversas medidas para mejorar la cooperación policial y, por extensión, también la cooperación judicial.

Los precedentes de esta iniciativa hay que buscarlos en el Acuerdo de Schengen de 1985 y el Convenio de aplicación de 1990, conocidos como “Schengen I” y Schengen II”, hasta el punto de que el Tratado que comentamos es también conocido, con manifiesta impropiedad, como Schengen III o Schengen Plus. Inicialmente, fue promovido sólo por Alemania, Bélgica y Luxemburgo, como una vía de cooperación reforzada a la que se sumaron otros cuatro Estados. Se encuentra abierto a la adhesión de cualquier Estado miembro y, posteriormente, se sumaron Bulgaria, Estonia, Finlandia, Hungría, Rumania, Eslovaquia y Eslovenia. Grecia, Italia, Portugal y Suecia comunicaron al Consejo Europeo su voluntad de adherirse al Convenio. A través de acuerdos específicos y ya en relación con las Decisiones que incorporan al marco jurídico de la Unión Europea parte de sus previsiones, participan de algunas de ellas Noruega e Islandia. El 5 de diciembre de 2006 fue firmado el Acuerdo Técnico de Ejecución del Tratado de Prüm, previsto en el artículo 44 del mismo.

En su propia génesis, es manifiesta la vocación del tratado de transposición al marco jurídico de la UE. Su naturaleza jurídica, no obstante, es la de un tratado tradicional que establece bases para una cooperación gubernamental al margen del marco comunitario establecido para la cooperación policial y judicial, en el contexto del espacio de libertad, seguridad y justicia. Se ha calificado de instrumento de “falsa/verdadera cooperación reforzada” (ZILLER): i) “Falsa” cooperación reforzada, desde el punto de vista formal, porque el número de Estados inicialmente firmantes es inferior al de ocho exigido, en aquella fecha, en el Tratado de la UE; ii) “Verdadera” cooperación reforzada, desde el punto de vista material, porque su contenido se corresponde con uno de los objetivos del artículo 29 del Tratado de la UE, “la pre-

vinción de la delincuencia, organizada o no, la lucha contra este fenómeno (en particular el terrorismo)”.

En efecto, el objetivo del Tratado de Prüm, que se asume con vocación pionera, es el de intensificar, en un espacio de libre circulación de personas, la cooperación de los Estados miembros, en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, tres objetivos que se encuentran también en el Programa de La Haya. En materia de terrorismo, por ejemplo, destaca la coincidencia en avanzar posibilidades de ofrecer información no solicitada, confirmándose, en general, un desarrollo paralelo, a nivel comunitario y en el Tratado, de diversas materias, que generó notable controversia.

Si bien la referencia al principio de disponibilidad no se recoge de forma explícita, la consecución de este objetivo de máxima cooperación, en especial en estas tres áreas, se vincula, desde los primeros párrafos introductorios, al instrumento de un “mejor intercambio de información”. Este objetivo se vincula al propósito de incorporar el régimen del Tratado al marco jurídico de la Unión Europea, para conseguir una mejora global a ese nivel y creando a tal fin las bases jurídicas y técnicas necesarias. Todo ello, “dentro del respeto de los derechos fundamentales, tal y como se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados participantes”, y anticipando la preocupación por la garantía de un nivel adecuado de protección de datos de carácter personal en la Parte receptora, paralela al anuncio de otros acuerdos que posibiliten la consulta automatizada de datos de otras bases.

Objetivo del Tratado de Prüm es la cooperación más intensa en la lucha contra: i) El terrorismo; ii) La delincuencia transfronteriza y iii) La migración ilegal

Respecto de su relación con el Derecho comunitario y con otros instrumentos normativos, el Tratado prevé:

- La puesta en marcha de una iniciativa para trasladar sus disposiciones al marco jurídico de la Unión Europea en el plazo máximo de tres años desde su entrada en vigor.
- La información periódica por las Partes Contratantes, conjuntamente, al Consejo de la Unión Europea y a la Comisión, acerca de los avances en la cooperación.

- La aplicación de sus disposiciones supeditada a su compatibilidad con el derecho de la Unión Europea.
- La no afectación de los derechos y obligaciones contenidos en otros convenios bilaterales o multilaterales ya existentes, conservando las Partes Contratantes la facultad de aplicarlos en sus relaciones mutuas, si bien con prevalencia, en caso de conflicto, de lo dispuesto en el Tratado.

El Tratado se estructura en ocho capítulos: I Parte General; II Perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y otros datos; III) Medidas para la prevención de atentados terroristas; IV Medidas para la lucha contra la migración ilegal; V) Otras formas de cooperación; VI Disposiciones generales; VII Disposiciones generales sobre protección de datos y VIII Disposiciones de aplicación y disposiciones finales.

2.2. Contenido

2.2.1. Acceso automatizado a ficheros nacionales

El Tratado, en su Capítulo II, artículos 2 a 15, se refiere a tres tipos de ficheros nacionales, permitiendo, a las autoridades de los demás Estados Parte, un acceso inmediato a la información que conste en los mismos, mediante índices de referencia, a través de puntos de contacto. Los tres ficheros contemplados se refieren a los siguientes datos:

a) Perfiles de ADN

Creación de ficheros nacionales de análisis de ADN

Las Partes se comprometen a la creación y mantenimiento de ficheros nacionales de ADN para los fines de la persecución de los delitos (no de prevención, como se contempla respecto de otros datos menos sensibles).

El tratamiento de los datos almacenados en los ficheros en virtud del Tratado se llevará a cabo con arreglo al derecho interno vigente para cada tipo de tratamiento, sin perjuicio de las demás disposiciones del propio Tratado.

Las Partes garantizan la disposición de índices de referencia relativos a los datos contenidos en tales ficheros. Estos índices, no obstante, contendrán, exclusivamente, perfiles de ADN, obtenidos a través de su parte no codificante y una referencia, sin que incorporen datos que permitan identificar directamente a la persona concernida. Sin embargo, las denominadas “huellas abier-

tas” o índices de referencia que no pueden atribuirse a persona determinada, deben poder ser reconocidos como tales.

Cada Parte designará los ficheros nacionales de análisis de ADN a los que le son de aplicación los artículos 2 a 6 y las condiciones para su consulta automatizada.

Consulta automatizada de perfiles de ADN

A través de los puntos de contacto nacionales, las Partes permitirán el acceso a los índices de referencia de sus ficheros de análisis de ADN. El acceso autorizado permite la consulta automatizada mediante comparación de perfiles, para casos concretos y con arreglo al Derecho de la Parte contratante que realice la consulta.

Si, como resultado de ésta, se comprobare una coincidencia entre perfil transmitido y almacenado en el fichero de la Parte receptora, el punto nacional requirente recibirá de forma automatizada información sobre la existencia de tal concordancia y su referencia. También se comunicará de manera automatizada la ausencia de coincidencia. El sistema responde, pues, al modelo “hit/ no hit”.

Comparación automatizada de perfiles de ADN, a efectos de contrastar los perfiles de ADN de sus huellas abiertas con todos los perfiles contenidos en los índices de referencia de los demás ficheros nacionales. Se trata, obviamente, de procurar, de este modo, reducir el número de huellas abiertas, por lo que, de comprobarse alguna coincidencia, se comunicará sin demora al punto de contacto nacional de la otra Parte. La transmisión para estos fines sólo tendrá lugar en los casos previstos en el derecho interno de la Parte requirente.

Obtención de material genético molecular y transmisión de perfiles de ADN. En los casos en que no se disponga de perfil de ADN de una persona determinada que se encuentre en el territorio de la Parte requerida, ésta deberá prestar asistencia judicial mediante la obtención y el análisis de material genético molecular de dicha persona y la transmisión del perfil resultante, siempre que concurren los tres requisitos siguientes: a) Respecto de la Parte requirente: i) Comunicación del fin del requerimiento y ii) Presentación de orden o declaración de investigación de la autoridad competente exigible con arreglo a su derecho interno, de la que se desprenda que se cumplirían los requisitos para la obtención y análisis de material genético molecular si esa persona concreta se encontrara en el territorio de la Parte Contratante requi-

rente. b) Respecto de la Parte requerida, cumplimiento de los requisitos para este objeto con arreglo a su derecho interno.

b) Datos dactiloscópicos

Las Partes garantizan la disposición de índices de referencia relativos a los datos contenidos en los sistemas automatizados nacionales de identificación dactiloscópica creados para los fines de la prevención y persecución de los delitos. A diferencia del caso anterior, se presupone que todos los Estados disponen ya de estos ficheros.

Estos índices, no obstante, contendrán, exclusivamente, datos dactiloscópicos y una referencia, sin que incorporen datos que permitan identificar directamente a la persona concernida. Sin embargo, las denominadas “huellas abiertas” o índices de referencia que no pueden atribuirse a persona determinada, deben poder ser reconocidos como tales.

Consulta automatizada de datos dactiloscópicos, con un sistema similar al previsto para los perfiles de ADN, también a través de puntos de contacto nacionales. La conexión definitiva de un dato dactiloscópico con un índice de referencia de la Parte Contratante que mantenga el fichero se efectuará por el punto de contacto nacional que realice la consulta sobre la base de los índices de referencia comunicados de forma automatizada que sean necesarios para la atribución definitiva.

Si en el curso de la consulta automatizada, se comprueba la concordancia de datos dactiloscópicos, la transmisión de otros datos de carácter personal disponibles relativos a los índices de referencia y demás informaciones se efectuará con arreglo al derecho interno de la Parte Contratante requerida, incluidas sus disposiciones relativas a la asistencia judicial.

c) Datos de vehículos

Con arreglo al derecho interno de la Parte Contratante que realice la consulta, con fines, más amplios, de prevención y persecución de delitos y de lo que denomina, parece que en términos alternativos, “persecución de infracciones que sean competencia de los tribunales o de las fiscalías en el territorio de la Parte Contratante que realice la consulta”, y prevención de amenazas para la seguridad y el orden público, a través de puntos de contacto nacionales, se podrá consultar, de manera automatizada, los datos existentes en los registros nacionales de matriculación de vehículos, en muchos Estados a cargo de autoridades no policiales, en casos concretos y siempre en relación con un número completo de identificación de un vehículo o matrícula completa: i) Datos de los propietarios y usuarios; ii) Datos de los vehículos y iii) respecto

de un número completo de identificación o matrícula completa de un vehículo, pudiendo referirse la consulta a los datos de los propietarios o usuarios y a los datos del vehículo.

d) Otros datos

Además de las tres categorías específicas anteriores, se prevén, también a través de puntos de contacto nacionales, con fines de prevención de delitos y amenazas para la seguridad y el orden público, en relación con grandes eventos transfronterizos, en particular en el ámbito del deporte⁸ o de las reuniones del Consejo Europeo: i) Transmisión de informaciones de carácter no personal, previa petición o a iniciativa propia de la parte transmitente; ii) Transmisión de datos de carácter personal, con los mismos fines, cuando la existencia de condenas firmes o de otras circunstancias justifiquen la presunción de que estas personas van a cometer un delito con motivo del evento o suponen una amenaza para la seguridad y el orden públicos, en la medida en que la transmisión de tales datos sea admisible con arreglo al derecho interno de la Parte Contratante transmitente, también tanto previa petición como a iniciativa propia. Estos datos solo podrán ser tratados para los fines establecidos y para el evento concreto para el que se comunicaron, suprimiéndose inmediatamente una vez cumplidos los fines que justificaron la transmisión, cuando no puedan ya cumplirse o, en todo caso, en el plazo máximo de un año.

2.2.2. Medidas de prevención de atentados terroristas

a) Transmisión de información

A través de puntos de contacto nacionales, con fines de prevención de atentados terroristas, en casos concretos, con arreglo a derecho interno y posibilidad de imponer condiciones acerca del empleo de los datos a la autoridad receptora, sin necesidad de petición previa, se posibilita la transmisión de datos de carácter personal y determinadas informaciones (nombre, apellidos, fecha y lugar de nacimiento, así como la descripción de los hechos que justifican la presunción), en la medida en que sea necesario porque determinados hechos justifiquen la presunción de que las personas de que se trate van a cometer delitos según lo dispuesto en la específica normativa comunitaria de lucha antiterrorista⁹.

⁸ Sobre la materia ver, a título de ejemplo, la Decisión 2002/348/JAI y las Resoluciones del Consejo de 6 de diciembre de 2001 y 17 de noviembre de 2003.

⁹ Artículos 1 a 3 de la Decisión Marco n.º 2002/475/JI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, para la lucha contra el terrorismo.

Convenio Internacional de Chicago de 7 de diciembre de 1944, relativo a la aviación

b) Escolta de seguridad en los vuelos

Su empleo, de conformidad con la normativa internacional específica, en los vuelos de las aeronaves en ella matriculadas, se deja a la decisión de cada Parte Contratante. Los escoltas de seguridad de los vuelos a que se refiere el Tratado serán agentes de policía u otros empleados públicos con la formación correspondiente, encargados de garantizar la seguridad a bordo de las aeronaves. Antes de realizar la escolta de seguridad de un vuelo, el punto de coordinación nacional de la Parte Contratante que envíe la escolta deberá notificar por escrito, con antelación mínima de tres días y contenido mínimo previsto en anexo al Tratado, la utilización de dicha escolta. En caso de peligro inminente, la notificación ulterior se efectuará de manera inmediata antes del aterrizaje.

Las Partes Contratantes concederán a los escoltas de seguridad del vuelo empleados por las otras Partes Contratantes, a petición de dichas Partes Contratantes, una autorización general para llevar armas de servicio, municiones y otros equipos en los vuelos con origen o destino en aeropuertos de las Partes Contratantes. Esta autorización comprenderá tanto la facultad de llevar armas de servicio y municiones a bordo de la aeronave como, con sujeción al apartado 2, en las zonas de seguridad de acceso restringido dentro de un aeropuerto de la Parte Contratante de que se trate. La facultad de llevar armas de servicio y municiones estará sujeta a las siguientes condiciones: i) La salida de una aeronave en un aeropuerto con armas de servicio y municiones o la estancia en zonas de seguridad de acceso restringido de un aeropuerto de otra Parte Contratante solo podrá efectuarse con el acompañamiento de un representante de la autoridad nacional competente de la Parte Contratante de que se trate; ii) Inmediatamente después de abandonar la aeronave, las armas de servicio y municiones llevadas a bordo se entregarán bajo escolta en un punto de entrega designado por la autoridad nacional competente, donde quedarán depositadas bajo custodia.

2.2.3. Medidas para la lucha contra la migración ilegal

El Tratado, con este objetivo, prevé dos técnicas de cooperación policial:

a) Envío de asesores en materia de documentos

civil internacional, y sus anexos, en particular el Anexo n.º 17, así como los demás documentos de aplicación del mismo, y, respecto de las facultades del comandante de a bordo, Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963, relativo a los delitos y otros actos cometidos a bordo de aeronaves.

Estos asesores serán enviados a Estados que se hayan calificado de Estados de origen o tránsito de la migración ilegal. Entre sus funciones, destacan las siguientes: i) Asesoramiento y formación a las representaciones en el extranjero de las Partes Contratantes sobre cuestiones relacionadas con pasaportes y visados, en particular para el reconocimiento de documentos falsos y documentos manipulados; ii) Asesoramiento y formación a las empresas de transporte en relación con las obligaciones que les incumben con arreglo a su normativa específica¹⁰, así como para reconocer los documentos falsos o manipulados y conocer las disposiciones vigentes en materia de entrada; y iii) Asesoramiento y formación a las autoridades e instituciones del país anfitrión competentes en materia de control policial en las fronteras.

b) Apoyo en casos de repatriación

Se prevé apoyo, al amparo de la normativa comunitaria¹¹, para organizar vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, así como en tránsito a efectos de repatriación por vía aérea. Una Parte Contratante podrá proceder, en la medida en que sea necesario, a la repatriación de una persona a través del territorio de otra Parte Contratante, que decidirá y ejecutará conforme a su derecho interno.

2.2.4. Otras formas de cooperación

a) Patrullas comunes y otras formas de intervención conjunta

Con el fin de prevenir amenazas para la seguridad y el orden público y para la prevención de los delitos, las autoridades competentes de las Partes Contratantes, podrán organizar patrullas comunes y otras formas de intervención conjunta en las que los funcionarios u otros empleados públicos (en adelante denominados agentes) participen en intervenciones en el territorio de otra Parte Contratante, sin limitarse ya, exclusivamente a la zona fronteriza. Cada una de ellas, en calidad de Estado del territorio y con arreglo a su derecho interno, podrá encargar a agentes de otras Partes Contratantes, con el consentimiento de su Estado de origen, el desempeño de facultades soberanas

¹⁰ Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y el Anexo 9 del Convenio de Chicago de 7 de diciembre de 1944 relativo a la aviación civil internacional.

¹¹ Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/573/CE de 29 de abril de 2004 y Directiva 2003/110/CE del Consejo de la Unión Europea, de 25 de noviembre de 2003.

nas en el marco de intervenciones conjuntas o, cuando el derecho del Estado del territorio lo permita, podrá atribuir a agentes de otras Partes Contratantes el desempeño de sus propias facultades soberanas con arreglo al derecho de su Estado de origen. En todo caso, las facultades soberanas solo podrán ejercerse bajo la dirección y como norma en presencia de agentes del Estado del territorio.

En el Capítulo VI se establecen normas generales sobre el porte de armas de servicio, municiones y equipos permitidos por los agentes de una Parte Contratante que se encuentren en el territorio de otra Parte Contratante en el marco de una intervención conjunta, previendo su uso sólo en caso de legítima defensa, salvo autorización expresa que permita exceder dicho uso.

b) Cruce de frontera

En caso de urgente necesidad, que define el propio Tratado, los agentes de una Parte Contratante podrán, sin la autorización previa de la otra Parte Contratante, cruzar la frontera común para adoptar en la zona próxima a la frontera dentro del territorio de la otra Parte Contratante, con arreglo al derecho interno del Estado del territorio, las medidas provisionales necesarias para evitar un peligro inminente para la vida o la integridad física de las personas, informando inmediatamente al Estado del territorio, que adoptará, también inmediatamente las medidas necesarias para evitar el peligro de que se trate y hacerse cargo de la situación. Los agentes que realicen la intervención sólo podrán permanecer en el Estado del territorio hasta que el mismo haya adoptado las medidas necesarias para evitar dicho peligro y se atenderán a las instrucciones del Estado del territorio.

Se avanza, en consecuencia, respecto de la “persecución en caliente” prevista en Schengen¹², limitada a la persecución de delincuentes en el territorio de otro Estado en caso de delito flagrante y siempre que no fuese posible la comunicación inmediata del Estado al que se accedía.

c) Asistencia en caso de grandes eventos, catástrofes y accidentes graves

Las autoridades competentes de las Partes Contratantes se prestarán apoyo recíproco, con arreglo a su derecho interno, en los eventos masivos y otros acontecimientos similares, catástrofes y accidentes graves, a través de una pronta información recíproca, coordinación y asistencia, a petición de la Parte Contratante en cuyo territorio se produzca la situación pertinente, mediante el envío de agentes, especialistas y asesores, y suministro de equipos.

12 Art. 41 del Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

d) Cooperación previa petición

Con vocación de cláusula de cierre, el Tratado prevé que las autoridades competentes de las Partes Contratantes se prestarán asistencia recíproca previa petición en el marco de sus respectivas competencias y con arreglo a su derecho interno. Además, como refuerzo de técnicas de cooperación fronterizas que se venían llevando a cabo mediante la creación de centros de cooperación policial y aduanera en las propias fronteras, se prevén medidas, en enumeración abierta, consistentes en: i) Averiguación de la identidad del propietario y el usuario y la investigación sobre los conductores de vehículos terrestres, acuáticos y aéreos, en la medida en que no quede ya comprendido en las previsiones sobre consulta automatizada de registros de matriculación; ii) Información sobre permisos de conducción, patentes de navegación y habilitaciones semejantes; iii) Averiguación de la residencia y del lugar de domicilio; iv) Comprobación de los títulos de residencia; v) Averiguación de los titulares de conexiones de teléfono y de otros medios de telecomunicación, en la medida en que sean de acceso público; vi) Averiguación de la identidad; vii) Investigación sobre la procedencia de objetos, por ejemplo, armas, vehículos de motor y vehículos acuáticos (consultas sobre vías de adquisición); viii) Informaciones obrantes en bases de datos policiales y documentos policiales, así como información procedente de recopilaciones de datos oficiales de acceso público; ix) Avisos urgentes relativos a armas o explosivos y avisos relativos a falsificaciones de moneda o efectos timbrados; x) Informaciones sobre la ejecución práctica de medidas de observación transfronteriza, persecuciones transfronterizas y entregas controladas y xi) Notificación de la disposición de una persona a prestar declaración.

2.2.5. Disposiciones sobre protección de datos de carácter personal

Aunque resulte discutible y discutida la sinceridad de la preocupación y, sobre todo, la efectividad de la garantía propuesta, desde sus primeros “considerandos”, el Tratado de Prüm avanza, en una aparente obviedad a la que ya nos referíamos, que las Partes se sitúan “dentro de respeto de los derechos fundamentales” y que son “conscientes en particular de que la transmisión de datos de carácter personal a otra Parte Contratante requiere que en la Parte Contratante receptora se garantice un nivel adecuado de protección de datos”. Sin perjuicio de anunciar otros acuerdos sobre el tema, el Tratado incor-

pora al Capítulo VII (artículos 33 a 41), disposiciones relativas a la protección de datos, que se aplicarán a los que se transmitan o se hayan transmitido en virtud del Tratado.

La continua remisión en la materia al derecho interno (arts. 2.1, 4.1, 5, 6.1, 10, 14, etc.) ha planteado problemas interpretativos, en cuanto coexistirían, en un doble nivel, normas específicas de protección convencionales, incorporadas al propio Tratado y el Derecho interno, en el que se integrarían tanto normas estatales como comunitarias, que, en aquel momento, se encontraban en fase de desarrollo¹³.

a) Definiciones

A los efectos del Tratado, se ofrecen determinadas definiciones auténticas:

- Tratamiento de datos de carácter personal: Todo tratamiento o proceso de tratamientos relativo a datos de carácter personal, con o sin ayuda de procedimientos automatizados, tales como la recopilación, almacenamiento, organización, conservación, adaptación o modificación, lectura, consulta, utilización, la comunicación mediante transmisión, difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición, la combinación o asociación, así como el bloqueo, cancelación o destrucción de datos; así como la comunicación relativa a la existencia o inexistencia de una concordancia;
- Consulta automatizada: Acceso directo a una base de datos automatizada de otra instancia, de tal forma que pueda obtenerse respuesta a la consulta de forma totalmente automática;
- Marcado: Inserción de una marca en los datos almacenados de carácter personal sin que con ello se pretenda limitar su tratamiento en el futuro; Bloqueo se entenderá el marcado de los datos almacenados de carácter personal con el fin de limitar su tratamiento en el futuro.

b) Nivel de protección de datos

Se exige que cada Parte Contratante garantice que su derecho interno ofrezca un nivel de protección de datos equivalente como mínimo al que resulta del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de

¹³ Propuestas de Decisión Marco del Consejo relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal y sobre el intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad, COM (2005) 475 y COM (2005) 490, ésta última, como anticipábamos en otro apartado, fallida.

carácter personal y el Protocolo Adicional de 8 de noviembre de 2001, y que se atenga a la Recomendación n.º R (87) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros en relación con la utilización policial de datos de carácter personal, de 17 de septiembre de 1987, incluso cuando los datos sean objeto de tratamiento no automatizado.

c) Principio de vinculación a los fines y otros límites de utilización y tratamiento de datos

- Uso de datos: La Parte receptora únicamente podrá utilizar los datos de carácter personal para los fines para los que se transmitieron con arreglo al presente Tratado; el tratamiento de los datos para otros fines requerirá la previa autorización de la Parte titular del fichero y se hará con sujeción al derecho interno de la Parte receptora. La autorización podrá concederse cuando en el derecho interno de la Parte Contratante titular del fichero se admita dicho tratamiento para esos otros fines.

- Tratamiento de datos: El tratamiento de los datos transmitidos en consulta automatizada de perfiles ADN y huellas y comparación automatizada de perfiles y dato por la Parte Contratante que realice la consulta o la comparación se encuentra también limitada a determinados fines, fundamentalmente, aquéllos para los que fueron transmitidos (comprobación de coincidencia, preparación de asistencia administrativa o judicial o registro previsto en el propio Tratado).

También se somete a límites la utilización de datos de vehículos, que se circunscribe, además, al procedimiento que dio lugar a la consulta.

Los datos de carácter personal transmitidos únicamente podrán ser tratados por las autoridades y tribunales competentes para el desempeño de una función en el marco de los fines previstos en el propio Tratado, exigiéndose, para ulterior comunicación a otras instancias, la autorización previa de la Parte transmitente y sujetándose al derecho interno de la Parte receptora.

d) Garantías de exactitud, actualidad y duración del almacenamiento de los datos.

- Exactitud y actualidad: Se impone a las Partes Contratantes la obligación de velar por la exactitud y actualidad de los datos de carácter personal. Si se comprueba, incluso de oficio, que se han transmitido datos inexactos o que no podían transmitirse, este hecho se comunicará inmediatamente a la Parte o Partes receptoras, que habrán de rectificar o cancelar aquéllos. Los datos cuya exactitud sea rebatida por la persona concernida, pero cuya exactitud o

inexactitud no pueda determinarse, deberán ser marcados, si así lo exige la persona concernida, con arreglo al derecho interno de las Partes Contratantes y el marcado solo podrá suprimirse, con arreglo al derecho interno, con el consentimiento de la persona concernida o sobre la base de una resolución del tribunal competente o del órgano independiente competente en materia de control de la protección de datos.

- Duración del almacenamiento: Sin perjuicio de la inmediata cancelación de los datos transmitidos o recibidos ilícitamente, también los que lo hayan sido lícitamente están sometidos a límites temporales de almacenamiento, cuando dejen de ser necesarios para los fines que justificaban la transmisión o una vez cumplidos los plazos máximos establecidos en el derecho nacional de la Parte Contratante transmitente para la conservación de los datos, cuando en el momento de la transmisión la autoridad transmitente hubiera informado de dicho plazo máximo a la instancia receptora.

Bloqueo: Es una alternativa a la supresión de datos, acordada con arreglo al derecho interno, cuando existan motivos para creer que la supresión podría afectar a intereses dignos de protección de la persona concernida. Los datos bloqueados solo podrán transmitirse o utilizarse para el fin por el que se prescindió de su supresión.

e) Medidas técnicas y organizativas para garantizar la protección de los datos y su seguridad.

Se impone, con remisión a un acuerdo de ejecución para precisar los pormenores pero con fijación de mínimos, la obligación de conceder una protección eficaz a los datos de carácter personal frente a su destrucción fortuita o no autorizada, su pérdida fortuita, el acceso no autorizado a los mismos, su modificación fortuita o no autorizada y su divulgación no autorizada.

f) Documentación y registro

Las Partes asumen obligaciones de documentación y registro exhaustivo de las consultas y transmisiones, protección frente a usos indebidos y se regula el control jurídico de la transmisión o recepción, que se encarga al órgano independiente competente en materia de control de protección de datos de cada parte.

g) Derechos de las personas concernidas

Se regulan los derechos de las personas concernidas a la información, rectificación, cancelación e indemnización, en su caso, de daños.

EL EQUILIBRIO DE PRÜM	
SEGURIDAD	LIBERTAD
Acceso automatizado a ficheros nacionales (ADN, huellas, vehículos).	Protección de datos de carácter personal
Medidas de prevención de atentados terroristas (información, escoltas de vuelo).	
Medidas de prevención de desórdenes en grandes eventos transfronterizos (deporte, reuniones del Consejo de Europa).	
Medidas contra la migración ilegal.	
Otras medidas (patrullas conjuntas, cruce de fronteras, asesores y centros fronterizos)	

3. La parcial incorporación del Tratado de Prüm al marco jurídico de la Unión Europea

3.1. La Decisión JAI/615/2008

Como sabemos, el Tratado de Prüm, pese a su origen “bastardo” para el europeísmo ortodoxo, nace con “vocación comunitaria”. Desde su primer artículo, se anuncia: “Como máximo tres años después de la entrada en vigor del presente Tratado, se pondrá en marcha una iniciativa para trasladar las disposiciones del mismo al marco jurídico de la Unión Europea, sobre la base de una valoración de la experiencia realizada en la ejecución del mismo, previo acuerdo con la Comisión Europea o a propuesta de la Comisión Europea y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

En una “afortunada coincidencia”, con un vencimiento casi simultáneo, el Programa de La Haya situaba en el 1 de enero de 2008, la fecha a partir de la cual el intercambio transfronterizo de información policial debería regirse por el principio de disponibilidad.

No es extraño que, vista la parcial coincidencia de objetivos a la que también nos hemos referido y aprovechando la Presidencia de Alemania, uno de los cuatro impulsores de Prüm, en la reunión informal de Dresde, los días 15 y 16 de enero de 2007, presentase una iniciativa¹⁴ destinada a transponer el

14 D.O. 28 de marzo de 2007.

Tratado de Prüm al marco jurídico de la Unión Europea. Esta iniciativa fructificaría, no sin recelos¹⁵, pese al apoyo inicial, en el Acuerdo del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 15 de febrero de 2007, por el que se disponía integrar algunas partes del Tratado de Prüm en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, mediante una decisión basada en el Tercer Pilar, la que sería Decisión JAI/615/2008, de 23 de junio.

En sus considerandos iniciales, tras una recapitulación en la que se mencionan, además del Tratado de Prüm, las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, el Programa de La Haya y la ya comentada Decisión Marco 2006/960/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, se concluye que el Tratado de Prüm es la respuesta para cumplir con La Haya a tiempo. Igualmente, se parte de la convicción de que, en particular la mejora del intercambio de la información, es objetivo que no puede ser alcanzado satisfactoriamente por los Estados miembros aisladamente, por lo que se adopta la Decisión de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En paralelo, se incorpora una declaración de respeto a los derechos fundamentales, en particular el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales, que “debe garantizarse mediante disposiciones especiales de protección de datos adecuadas a las características específicas de las diferentes formas de intercambio de datos. Tales disposiciones de protección de datos deben tener particularmente en cuenta las características propias del acceso transfronterizo en línea a las bases de datos. Dado que, con el acceso en línea, el Estado miembro que gestiona un fichero no puede realizar comprobaciones previas, conviene establecer un sistema que garantice la ejecución de verificaciones a posteriori”. A la hora de incluir disposiciones sobre protección de datos, se tiene presente la ausencia de una Decisión marco sobre protección de datos en el Tercer Pilar, esto es, en materia de cooperación policial y judicial penal, señalándose idéntico estándar mínimo al fijado en el Tratado de Prüm¹⁶.

15 Vid el documento de trabajo del Comité de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo de 10 de abril de 2007, Relator Fausto Correia.

16 Recordemos que este estándar se integraba por el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, y su Protocolo adicional de 8 de noviembre de 2001, tomando en cuenta la Recomendación no R(87) 15, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros a los Estados miembros, dirigida a regular la utilización de datos de carácter personal en el sector de la policía, también cuando los datos no sean tratados de forma automática.

El objetivo de la Decisión, según su artículo 1, es la intensificación de la cooperación transfronteriza en los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal (Título VI TUE), en particular, del intercambio de información entre las autoridades responsables de la prevención y persecución de delitos. Sus normas se refieren a cuestiones ya abordadas por el Tratado de Prüm: i) Condiciones y procedimientos de transferencia automatizada de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y ciertos datos de los registros nacionales de matriculación de vehículos; ii) Condiciones de suministro de datos relacionados con acontecimientos importantes que tengan una dimensión transfronteriza, con nueva mención expresa del deporte y de las reuniones del Consejo de Europa; iii) Condiciones de suministro de información con el fin de prevenir atentados terroristas; iv) Condiciones y procedimientos de intensificación de la cooperación policial transfronteriza a través de otras medidas: Patrullas y otras operaciones conjuntas y Asistencia e caso de concentraciones masivas, catástrofes y accidentes graves; v) Protección de datos.

Los epígrafes, como su desarrollo normativo, son muy similares a los que hemos examinado en el apartado dedicado al Tratado de Prüm. Las diferencias más significativas afectan a la exclusión de la regulación expresa del “cruce de fronteras”, de los “escortas de seguridad de vuelo” y de todo lo relativo a migración ilegal.

En cuanto a la articulación normativa de Tratado y Decisión para las Partes Contratantes del primero, de conformidad con el artículo 35 de la Decisión, se aplicarán las disposiciones pertinentes de la Decisión en lugar de las disposiciones correspondientes contenidas en el Tratado de Prüm. Todas las demás disposiciones del Tratado de Prüm seguirán siendo de aplicación entre las Partes contratantes en dicho Tratado. En relación a otros instrumentos jurídicos, merece ser destacada la declaración según la cual la Decisión no afecta a los acuerdos existentes sobre asistencia judicial o reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

3.2. La Decisión JAI/616/2008

Según lo anticipado en el propio Tratado de Prüm y dada la elevada complejidad técnica y jurídica de buena parte de las cuestiones que abordaba aquél, el Tratado fue seguido de un Acuerdo de ejecución administrativo y técnico de 5 de diciembre de 2006. En paralelo y por el mismo motivo, en cumplimiento de lo dispuesto en el 33 de la Decisión 2008/615/JAI, el Consejo, por mayoría

cualificada y previa consulta al Parlamento, adoptó las medidas necesarias para la ejecución de aquélla, en la Decisión 2008/615/JAI, de la misma fecha de 23 de junio de 2008, acompañada de un amplio anexo técnico y referida, en particular, como corresponde a su naturaleza, al intercambio automatizado de datos de ADN, datos dactiloscópicos y datos de matriculación de vehículos.

4. El principio de disponibilidad en el Programa de Estocolmo

El devenir del proceso de integración europeo en cuestiones de Justicia e Interior tiene, como hitos fundamentales, la creación del Tercer Pilar en el Tratado de Maastricht, en 1992, la restructuración que realiza el Tratado de Ámsterdam, en 1997, al incorporar entre sus objetivos el desarrollo de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y el Consejo Extraordinario de Tampere en 1999, en el que se sientan las bases operativas para la concreción de esta área¹⁷ y se afirma que el principio del reconocimiento mutuo, debería convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial tanto en materia civil como penal en la Unión.. De este Consejo Extraordinario proviene el primer programa plurianual denominado Programa de Tampere. Si, en su desarrollo, en condiciones de “impulso y consenso político”, fue innegable el impacto de los atentados del 11-S, el siguiente Programa de La Haya se elaboró, como anticipamos, también en un momento particular, bajo el impacto de los atentados de Madrid de marzo de 2004, que había motivado la Declaración de Bruselas de 25 de marzo de 2004 sobre la Lucha Contra el Terrorismo. Al expirar este segundo Programa, en 2009, la situación que debía abordar el que sería Programa de Estocolmo, para el periodo 2010-2014, era distinta.

Desde el punto de vista jurídico, tras el fracaso del proyecto constitucional europeo, se despejaron las dudas sobre la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009 y, con ello, se abrieron nuevas oportunidades para seguir avanzando en temas de Justicia e Interior, con novedades como la desaparición de los Pilares y consiguiente refundación del sistema legislativo, ampliando las cuestiones excluidas del requisito de unanimidad, el reconocimiento de personalidad jurídica a la Unión Europea o el fortaleci-

17 RODRÍGUEZ, J.M y SORROZA BLANCO, A., “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y la próxima Presidencia española de 2010. Parte 1ª: la implementación del Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo”. ARI nº 173/2009, Real Instituto Elcano.

miento de la Comisión, con capacidad para iniciar procesos contra los Estados miembros por incumplimiento de la normativa comunitaria.

Desde el punto de vista sociológico y político, la amenaza del terrorismo internacional se percibe como más lejana y se reduce, paralelamente, la disposición a sufrir recortes de libertades y realizar esfuerzos presupuestarios, en aras de un objetivo que había marcado durante la última década la agenda europea en la materia.

Desde el punto de vista tecnológico, las posibilidades de intromisión en la intimidad y de tratamiento no autorizado de datos personales habían aumentado exponencialmente en una década marcada, entre otras cosas, por el nacimiento y expansión de las redes sociales y la eclosión de las transacciones comerciales online.

La lectura del Programa de Estocolmo¹⁸ revela, desde su título (“Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”), que nos encontramos ante un nuevo paradigma. En su adopción, el Consejo Europeo considera que la prioridad para los próximos años será centrarse en los intereses y las necesidades de los ciudadanos. El reto será asegurar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y la integridad de la persona garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa. En este sentido, “se considera de vital importancia que las medidas policiales, por una parte, y las medidas destinadas a salvaguardar los derechos individuales, el Estado de Derecho y las normas de protección internacionales, por otra, vayan unidas en la misma dirección y se refuercen mutuamente”.

En el tema que nos ocupa, merece ser destacado, pues el orden es significativo, que el Programa de Estocolmo sitúa, en primer lugar, entre sus prioridades, el “fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales”, citando expresamente la protección de datos de carácter personal. La referencia a la seguridad (“Una Europa que protege”) queda relegada al quinto lugar en el elenco de prioridades.

En cuanto a los instrumentos identificados para cumplir con las prioridades fijadas, al ocuparse de la legislación es evidente el ejercicio de autocrítica al apelar a la aplicación, ejecución y evaluación completas y efectivas de los instrumentos existentes y al señalar que el Consejo Europeo “considera que el desarrollo de la legislación en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia es impresionante, pero presenta fallos de superposición y cierta falta de coherencia”. Ha llegado el momento de reordenar y, pese a mantenerse la

18 Diario Oficial n° C 115 de 04/05/2010 pp. 1 – 38.

cooperación reforzada, de evitar, en lo posible, situaciones normativas confusas como la generada por el desarrollo paralelo del Tratado de Prüm y el Programa de la Haya.

Ya en el capítulo dedicado a la seguridad, al instar a Consejo y Comisión a diseñar una estrategia de seguridad interior, se introducen las ideas, muy presentes en Prüm, de invitar a “la reflexión sobre un planteamiento anticipatorio y basado en inteligencia”, de “la necesidad de un planteamiento horizontal y transversal para poder abordar crisis complejas o desastres naturales o causados por el hombre”, de “una cooperación rigurosa entre los organismos de la Unión, que incluya una mejora en sus sistemas de intercambio de información” o de una “gestión integrada de las fronteras”.

En otro apartado del mismo capítulo, relativo a la modernización de los instrumentos de trabajo, el Programa se refiere a la gestión del flujo de información, incorporando expresamente la mención del principio de disponibilidad que, se afirma “seguirá dando un importante impulso a esta labor”. Concretando esta afirmación, el Programa insiste en las ideas, recurrentes, de coherencia y consolidación, también en el desarrollo de la gestión y el intercambio de la información, invitando al Consejo y a la Comisión a ejecutar una Estrategia de gestión de la información para la seguridad interior de la UE, que incluya un sistema sólido de protección de datos y, en particular, se invita a la Comisión a evaluar la necesidad de crear un Modelo europeo para el intercambio de información, basado en la evaluación de los instrumentos actualmente existentes, incluidas las ya comentadas Decisiones 2008/615/JAI y 2008/616/JAI del Consejo y Decisión marco 2006/960/JAI, para determinar si dichos instrumentos funcionan según lo previsto inicialmente y se adecuan a los objetivos de la Estrategia de gestión de la información. Esta Estrategia se define por: i) un desarrollo operativo (un desarrollo del intercambio de información y de sus instrumentos regido por las necesidades en materia de seguridad); ii) un sistema sólido de protección de datos acorde con la estrategia de protección de los datos personales a que se refiere el capítulo 2; iii) una recopilación de datos bien orientada, tanto a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos como a evitar un exceso de información para las autoridades competentes; iv) unos principios rectores de una política de intercambio de información con terceros países a los fines de la seguridad; v) la interoperabilidad de los sistemas de tecnologías de la información, velando por una total conformidad con los principios de la protección de datos y la seguridad de los datos al desarrollar dichos sistemas; vi) una racional-

zación de los distintos instrumentos, que incluya la adopción de un plan de actividades para grandes sistemas de tecnologías de la información; vii) una coordinación, convergencia y coherencia globales.

El Consejo Europeo pide, además, que se cree un órgano de gestión, con la competencia y la capacidad necesarias para desarrollar técnicamente y gestionar sistemas de gran envergadura de tecnologías de la información en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia y se avanza iniciativas con vistas a la creación de un sistema de registro de nombres de los pasajeros (PNR) de la Unión.

El Programa de Estocolmo destaca también el principio de disponibilidad, pero incide en su necesaria compatibilidad con la protección de derechos fundamentales.

Reconocimiento de efectos a condenas extranjeras = principio de reconocimiento mutuo

Precisamente otro de los objetivos señalados alude a la movilización de las herramientas tecnológicas necesarias, añadiendo, inmediatamente, “sin dejar de velar por la coherencia con la estrategia de protección de los datos personales”, invitando, en particular, a la mejora del intercambio de información en materia de antecedentes penales, en los términos que examinaremos al final de este tema. Dentro de este mismo objetivo, se insta a la Comisión a: i) Realizar un estudio de viabilidad sobre la necesidad de crear un Sistema Europeo de Fichero Policial (EPRIS), y sobre su valor añadido, y presentar un informe al Consejo al respecto en 2012; ii) Reflexionar sobre el modo de extender el uso de las bases de datos de uso policial existentes, respetando plenamente las normas sobre protección de datos, a fin de aprovechar totalmente las nuevas tecnologías para la protección de los ciudadanos; iii) Estudiar el mejor modo de facilitar el intercambio de información entre autoridades competentes de los Estados miembros sobre los desplazamientos de delinquentes violentos, incluidos los que acuden a acontecimientos deportivos o a grandes manifestaciones públicas.

Al ocuparse del objetivo de desarrollo de políticas eficaces en materia de seguridad, se insiste en la necesidad de reforzar la eficacia de la cooperación policial europea, siendo evidente el cambio de orientación y prioridades, al señalar que no habría que centrarse únicamente en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, sino también en la expansión de la delincuencia transfronteriza que tiene un impacto significativo en la vida diaria de los ciudadanos de la Unión, rescatando el valor de Europol como eje para el

intercambio de información entre las autoridades policiales de los Estados miembros, prestador de servicios y plataforma para los servicios policiales. A tal efecto, se invita a la Comisión y, cuando proceda, al Consejo y a la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad a: i) Estudiar el modo de asegurarse de que Europol reciba información de las autoridades policiales de los Estados miembros; ii) Estudiar la forma de intensificar la cooperación policial operativa, por ejemplo en lo que se refiere a la incompatibilidad de los sistemas de comunicaciones y otros equipos; iii) Presentar al Consejo y al Parlamento Europeo una propuesta para la adopción de una decisión sobre las modalidades de cooperación, incluido un intercambio de información entre agencias de la Unión, en particular Europol, Eurojust y Frontex, que garantice la protección de los datos y la seguridad; iv) Desarrollar una cooperación policial ad hoc para acontecimientos deportivos o grandes manifestaciones públicas.

Más adelante, en relación con la protección contra las formas graves de delincuencia y la delincuencia organizada, se insiste en que este objetivo supondrá la sistematización de los intercambios de información. Destaca la mención expresa, en sede de delincuencia económica y corrupción, del fomento del intercambio de información entre las unidades de información financiera (UIF) en su lucha contra el blanqueo de capitales, con posibilidad de que sus análisis, en el marco del sistema europeo de gestión de la información, pudieran alimentar una base de datos sobre operaciones sospechosas, por ejemplo en Europol, y de la movilización y coordinación de las fuentes de información para identificar las transacciones en efectivo sospechosas.

A la luz del Programa de Estocolmo, se elaboró un Plan de acción, de 25 de noviembre de 2009¹⁹ incide en los aspectos críticos del principio de disponibilidad, cuya mención reitera. En ejecución de sus previsiones de creación de un régimen general de protección de datos en la Unión Europea, se han elaborado, con la misma fecha de 25 de enero de 2012, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos²⁰ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas

19 Bruselas, 20.4.2010 COM (2010) 171 final.

20 Bruselas, 25.1.2012. COM (2012) 10 final.

físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)²¹, que vendrían a remplazar a la Decisión Marco 2008/977/JAI y a la Directiva 95/46/CE. Igualmente, en la materia que nos ocupa, se está tramitando la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (refundición)²².

5. Antecedentes penales

5.1. Introducción

La instauración de un espacio de libertad, seguridad y justicia requiere, entre otras cosas: i) La adecuada circulación, entre las autoridades competentes de los Estados miembros, de la información relativa a las condenas e inhabilitaciones de que hayan sido objeto los residentes en el territorio de los Estados miembros, sean nacionales comunitarios o no; ii) La posibilidad de atribuirles efectos fuera del territorio del Estado miembro que las hubiere pronunciado.

El primero de estos objetivos, relativo al mero intercambio de información, evoca los postulados del principio de disponibilidad que constituye el principal eje de este tema. En cambio, el segundo objetivo, más ambicioso, se sitúa ya en el ámbito del principio de reconocimiento mutuo que abordaremos en el Módulo siguiente.

Libre circulación de información sobre condenas ≈ principio de disponibilidad.

Reconocimiento de efectos a condenas extranjeras= principio de reconocimiento mutuo

No se trata, como es sabido, de una inquietud reciente. Son muy numerosos los convenios bilaterales que prevén mecanismos de transmisión de información sobre antecedentes penales. Entre los multilaterales, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959 (arts.

²¹ Bruselas 25.1.2012. COM (2012) 11 final.

²² Bruselas, 30.4.2012. COM(2012) 81 final.

Expresamente se refiere a estos dos objetivos el Libro blanco relativo al intercambio de información sobre condenas penales y al efecto de éstas en la Unión Europea. COM/2005/0010 final, de 25 de enero de 2005.

13 y 22) prevé expresamente, que cada EM debería comunicar la condena al EM del que el condenado es nacional, con carácter anual, manteniendo para estos efectos la comunicación vía autoridad central (frente a la que es regla general de comunicación directa), en art. 6.8 del Convenio 2000. Además, suele entenderse comprendida esta forma de cooperación en el compromiso de prestación de la asistencia más amplia posible que es habitual en los textos convencionales. Por otra parte, algunos convenios internacionales, de modo destacado el Convenio sobre el valor internacional de las sentencias penales del Consejo de Europa (CEVISP); hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, se ocupaban ya de la dimensión más ambiciosa de reconocimiento de efectos a las condenas extranjeras.

En el Derecho interno se reconocía, incluso, ocasionalmente, en relación con determinadas modalidades delictivas, efectos a las condenas pronunciadas en el extranjero y este objetivo se encontraba ya explícito en el desarrollo de las conclusiones del Consejo de Tampere en el año 2000.

Y, no obstante, aun contando con estos precedentes, los objetivos de libre circulación y reconocimiento mutuo de condenas en el espacio judicial común, se enfrentaban a serios obstáculos.

Respecto de la circulación de información, la primera dificultad venía determinada por las profundas diferencias entre los distintos sistemas nacionales de registro de antecedentes, en cuanto a: i) Autoridad de la que dependen; ii) Contenido, ya que algunos recogen sólo las sentencias definitivas, otros se refieren también a personas jurídicas; iii) Acceso; iv) Reglas de cancelación, en algunos casos automática, en otros a instancia de parte o, incluso, sin posibilidad de cancelación, etc.

En cuanto al intercambio de información sobre sentencias condenatorias, que se ajustaba, básicamente, a los mecanismos del Convenio de 1959, los defectos detectados se referían al incumplimiento de la obligación de envío de la información al EM de nacionalidad del condenado, a la ausencia de identificación de la nacionalidad del condenado, a la insuficiencia de recursos a nivel nacional, a la pérdida o modificación de la información, al “filtrado” de la información por el EM de nacionalidad del condenado, a la ausencia de solicitud de la información, a la sumisión de las escasas solicitudes que efectivamente se cursaban, al lento mecanismo de la comisión rogatoria, sin plazos de cumplimiento y con las dificultades de comprensión, por razón del idioma y de las diferencias de sistema, habituales en la cooperación y, en fin, como

un factor más o un resultado de las dificultades anteriores, el juez nacional limitaba, en la práctica totalidad de los casos, su consulta, a los antecedentes nacionales.


Ante la evidencia de tales obstáculos y como preparación para el desarrollo, también en esta materia, del principio de reconocimiento mutuo consagrado en Tampere y que tendría continuidad en el Programa de La Haya, en enero de 2005 se presentó el Libro Blanco relativo al intercambio de información sobre las condenas penales y sus efectos en la Unión Europea²³. Pero, a su vez, el Programa de medidas para la puesta en práctica de los fines fijados en Tampere, que representa un verdadero texto programático²⁴ en relación con el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, preveía la adopción de uno o varios instrumentos que establecieran el principio en virtud del cual el juez de un Estado miembro debe estar en condiciones de tener en cuenta las resoluciones penales definitivas pronunciadas en los demás para apreciar el pasado penal del delincuente, para constatar la reincidencia y para determinar la naturaleza de las penas y las modalidades de ejecución que pueden aplicarse.

El primero de estos instrumentos fue la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005, relativa a los intercambios de información entre los registros de antecedentes penales, que no modifica, en realidad, el contenido del Convenio de 1959, sino que determina que los antecedentes penales serán solicitados por las autoridades judiciales a su propia autoridad central y ésta los obtendrá directamente, en el caso de corresponder a registros interconectados (Francia, Alemania, España y Bélgica), o los solicitará de los demás, a través de sus autoridades centrales. La autoridad central debía enviar, a intervalos regulares, las condenas de no nacionales al Estado o Estados miembros de nacionalidad y permitía obtener, a los Estados miembros obtener, de conformidad con la legislación nacional, las condenas anteriores pronunciadas contra sus propios nacionales en otros Estados miembros. Entre sus mejoras, cabe destacar el recurso a formularios anexados a la Decisión o el señalamiento de plazo. En 2006 y 2007, la Comisión presentó un amplio paquete legislativo compuesto por tres instrumentos:

23 COM (2005) 10 final, de 25.01.2005.

24 La Comunicación al Consejo y al Parlamento, que lleva fecha de 26 de julio de 2000, condujo a un Programa de medidas (DO C 12, 15.1.2001) para su puesta en práctica presentado por la Comisión donde se incorporan las orientaciones del Consejo JAI de Marsella (de 28 y 29 julio de 2000).

- Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo por la que se obliga a los Estados miembros a tener en cuenta condenas anteriores con motivo de nuevos procesos penales.
- Decisión marco 2009/315/JAI del Consejo relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales.
- Decisión 2009/316/JAI del Consejo por la que se crea el ECRIS como medio técnico para intercambiar información extraída de los registros de antecedentes penales.

INTERCAMBIO DE INFORMACION ANTECEDENTES		TOMA EN CONSIDERACIÓN CONDENAS
DM 2009/315/JAI (deroga a DM 2005/876/JAI) Fecha límite: 26.3.2012		DM 2008/675/JAI
DM 2009/316/JAI (ECRIS) Fecha límite: 7.4.2012		Fecha límite: 15.8.2010

5.2. Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo

Esta DM, de 24 de julio de 2008²⁵, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, tiene por objetivo es establecer las condiciones en las cuales se tienen en cuenta, con motivo de un proceso penal contra una persona en un Estado miembro, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes. Debe sustituir a las disposiciones con el mismo objeto del artículo 56 del Convenio Europeo de 28 de mayo de 1970 sobre la validez internacional de las sentencias penales, entre los Estados miembros que son también Partes en ese Convenio.

La obligación de toma en consideración se impone a los Estados en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las

²⁵ DO L 220/32, de 15.8.08.

condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional. En cuanto a la concreta extensión de esta obligación.

En sentido positivo, se especifica que se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular, en lo que respecta a: i) la detención provisional; ii) la calificación de la infracción; iii) el tipo y el nivel de la pena impuesta; y iv) la ejecución de la resolución.

En sentido negativo: i) Cuando, por motivo de un nuevo proceso, un Estado miembro tenga en consideración las condenas anteriores impuestas en otro Estado miembro, esto no interferirá en las condenas anteriores ni implicará una revocación o revisión de las mismas (a diferencia de lo que sucedería de ser nacional la condena anterior); ii) Si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se ha cometido antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, no se exigirá a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limita al órgano jurisdiccional al imponer una sanción. No obstante, se garantizará por otros medios que las condenas anteriores se tengan en cuenta en el nuevo proceso.

Pese a que se prevé que la información sobre las condenas se obtendrá “a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales”, es lo cierto que las Decisiones 2009/315/JAI y 2009/316/JAI constituyen instrumentos vinculados a la efectividad de esta toma en consideración, lo que puede explicar que la fecha límite de transposición, de 15 de agosto de 2010, anterior a la establecida en aquéllas, haya sido ampliamente ignorada.

5.3. Decisión 2009/315/JAI del Consejo

La D.M. 2009/315/JAI, de 26 de febrero de 2009²⁶, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, deroga la Decisión 2005/876/JAI y complementa, en la materia que constituye su objeto, los Convenios de 1959 y 2000, con sus Protocolos respectivos.

La Decisión tiene por objeto: i) Definir el modo en que un Estado miembro de condena debe transmitir información sobre la misma al Estado miem-

26 DO L 93/23 de 7.4.2009.

bro de nacionalidad del condenado; ii) Definir las obligaciones del Estado miembro de nacionalidad del condenado de conservar información sobre condenas; iii) Definir los procedimientos que el Estado miembro de nacionalidad del condenado debe seguir cuando responda solicitudes de información sobre sus nacionales y iv) Establecer el marco para el desarrollo de un sistema informatizado de intercambio de información.

Se imponen, al Estado miembro de condena, las siguientes obligaciones: i) Garantizar la inscripción en el registro nacional de antecedentes penales de la nacionalidad o nacionalidades del condenado que no sea nacional propio; ii) Comunicar a los restantes Estados miembros las condenas dictadas contra los nacionales de los restantes Estados miembros; iii) Comunicar al Estado miembro de nacionalidad del condenado las posteriores modificaciones o cancelaciones de la información que conste sobre la condena; iv) Comunicar al Estado miembro de nacionalidad, a petición de dicho Estado miembro, y en relación con casos particulares, copia de la condena y medidas subsiguientes, o cualquier otra información necesaria para permitirle examinar la necesidad o no de aplicar medidas a nivel nacional.

Por su parte, el Estado miembro de nacionalidad, asume las obligaciones de: i) Conservar la información recibida sobre cualquiera de sus nacionales con el fin de poder transmitirla posteriormente; ii) Modificar o cancelar la información que se le transmitió cuando le sea transmitida una modificación o cancelación de las condiciones de la condena; iii) Transmitir, tras cualquier petición, únicamente la información actualizada.

En cuanto al procedimiento de solicitud y respuesta, la solicitud se realizará conforme al derecho nacional del Estado solicitante, tanto para que pueda surtir efectos en un procedimiento judicial o para cualquier otro fin, incluso por un particular, pero en este último caso únicamente a condición de que la persona de que se trate sea o haya sido residente o nacional del Estado miembro requirente o del Estado miembro requerido. La solicitud emanada de una autoridad central deberá ajustarse al formulario anexo a la DM.

Respecto de la respuesta, la D.M. establece distintos regímenes en función de la razón de la solicitud de información:

a) Solicitud realizada en el marco de un procedimiento penal. Se transmitirá información sobre condenas: i) Pronunciadas en el Estado miembro de nacionalidad que conste en el correspondiente registro; ii) Pronunciadas por terceros Estados miembros y transmitidas con posterioridad al 26 de marzo

de 2.012; iii) Transmitidas con anterioridad a tal fecha que se hayan inscrito en el registro de antecedentes penales y iv) Pronunciadas en Estados no miembros que se hayan transmitido e inscrito en el registro de antecedentes penales.

b) Solicitud para fines distintos de un procedimiento penal. La respuesta se ajustará al Derecho nacional, en lo que se refiere a las condenas pronunciadas en el Estado miembro de nacionalidad y a las condenas pronunciadas en terceros países que le hayan sido transmitidas y que se hayan inscrito en su registro de antecedentes penales. Respecto a información sobre las condenas pronunciadas en otro Estado miembro, que se hayan transmitido al Estado miembro de nacionalidad, la autoridad central de este último Estado miembro, con arreglo a su Derecho nacional, transmitirá al Estado miembro requirente la información que se haya conservado y la transmitida a dicha autoridad central con anterioridad al 26 de marzo de 2012, y que conste en su registro de antecedentes penales (aunque es posible que el Estado miembro de condena, al transmitir la información al Estado de nacionalidad, haya prohibido la “retransmisión” para fines distintos de un procedimiento penal, en cuyo caso se informará de que la solicitud habrá de dirigirse al Estado de condena).

c) Solicitud por tercer país a la autoridad central del Estado miembro de nacionalidad: El Estado miembro podrá responder exclusivamente dentro de los límites establecidos para la transmisión de información a los Estados miembros.

Se establecen distintos plazos, en función del tipo de solicitud, entre la inmediatez o plazo máximo de diez días hábiles si su objeto es surtir efectos en un procedimiento penal u otro fin estatal la respuesta debe ser inmediata, hasta los veinte días hábiles, siempre desde la fecha de la recepción de la solicitud, cuando se realice por petición de una persona.

La información, solicitudes de información y respuestas se realizarán a través de la Autoridad Central o Autoridades Centrales de los Estados Miembros.

Se reconoce el principio de vinculación a fin de los datos, si bien, excepcionalmente se permite su uso por el Estado miembro requirente para evitar una amenaza inminente y grave para la seguridad pública.

El plazo de transposición de la Decisión expiró el 26 de marzo de 2012.

5.4. Decisión 2009/316/JAI del Consejo

La Decisión Marco anterior se complementa por la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009²⁷ por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS).

El sistema permitirá la interconexión electrónica de los registros de antecedentes penales, de manera que el intercambio de información entre Estados miembros tenga lugar de forma uniforme y sencilla por vía informática.

Los objetivos de la presente Decisión son los siguientes: i) Establecer la arquitectura general para el intercambio electrónico de información extraída de los registros de antecedentes penales. ECRIS es un sistema descentralizado de tecnología de la información que se basa en las bases de datos de antecedentes penales de los Estados miembros. Consiste en un software de interconexión que permite el intercambio de información entre las bases de datos nacionales y la existencia de una infraestructura de comunicación común, que inicialmente será la red de servicios transeuropeos seguros de telemática entre administraciones (S-TESTA); ii) Crear un formato europeo estandarizado de transmisión de información sobre condenas. En este sentido, recoge dos tablas de referencia de categorías de delitos y de categorías de penas, que deberían facilitar la transferencia automática y permitir la comprensión mutua de la información que se transmite mediante un sistema de códigos. Los Estados miembros deberán consultar estas tablas cuando transmitan la información sobre el delito que motivó la condena y la información sobre el contenido de la misma.

El 7 de abril de 2012, los Estados miembros deberían haber tomado las medidas necesarias para ejecutar la Decisión ECRIS.

En cuanto a las perspectivas de futuro, el Plan de Acción del Programa de Estocolmo invitaba a los Estados miembros, a aplicar cuanto antes ECRIS, a la Comisión, a valorar si el establecimiento de una red de antecedentes penales permite evitar la comisión de infracciones penales (por ejemplo, mediante controles de acceso a determinados puestos de trabajo, en particular los relacionados con menores), y, si es posible, ampliar el intercambio de información sobre las medidas de supervisión y a proponer, además del ECRIS, un registro de los ciudadanos nacionales de terceros países condenados por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

²⁷ D.O. L 93/33, de 7.4.2009.

Apéndice I. Para saber más

1. El principio de disponibilidad

1.1. Definición

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Reforzar la cooperación policial y aduanera en la Unión Europea”²⁸, de 18 de mayo de 2004, la Comisión hace balance de las medidas y actuaciones que se han adoptado desde el Tratado de Ámsterdam²⁹, en el ámbito de la cooperación policial y aduanera, elemento fundamental para mantener un espacio de seguridad. La Comisión apunta, como factores que obstaculizan la cooperación policial y aduanera, los siguientes: i) La naturaleza del trabajo de la Policía; ii) La ausencia de un enfoque estratégico; iii) La proliferación de textos no vinculantes; iv) El procedimiento de decisión del Tercer Pilar; v) La insuficiente aplicación de los instrumentos jurídicos adoptados por el Consejo; vi) La ausencia de investigación sobre cooperación policial y aduanera; vii) La naturaleza de la cooperación entre la policía y las aduanas; viii) Las bases de datos y los sistemas de comunicación.

La Comisión identificó, como ámbitos en los que era preciso mejorar:

- La naturaleza del trabajo de la Policía. El objetivo se fijaba en sensibilizar a las autoridades nacionales desarrollando la confianza mutua, entendiendo indispensable la designación de puntos de contacto nacionales para administrar el intercambio de información, debiendo disponerse por los Estados miembros de un sistema electrónico destinado al intercambio rápido y seguro de información, y hacer uso las autoridades judiciales de los instrumentos técnicos que faciliten la cooperación.
- El enfoque estratégico. Constatada su ausencia, se reconocía que la norma de la unanimidad en la toma de decisiones retrasaba los progresos deseables.
- La proliferación de textos no vinculantes como problema de la cooperación en el Tercer Pilar. Debían acordarse medidas que fueran efectivamente aplicadas por todos.
- El procedimiento de decisión del Tercer Pilar. La necesidad de decidir por unanimidad y el derecho de iniciativa compartido entre los Estados miembros y la Comisión provocaban que los progresos fueran escasos. Se preveía que la Constitución Europea (fallida, como sabemos) iba a mejorar considerablemente el proceso de decisión.
- La aplicación de los instrumentos jurídicos. Se recordaba que, en el Consejo Eu-

28 COM 2004/376 final. No publicada en el D.O.

29 Entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

ropeo de Laeken³⁰, se reafirmó la necesidad de rápida transposición a los derechos nacionales de la Decisiones tomadas por la Unión Europea.

- La investigación sobre la cooperación policial y aduanera. Tras constatarse que la investigación científica en la materia era escasa se proponía dotar medios necesarios para su incremento.

- La naturaleza de la cooperación en la policía y las aduanas. Se manifestaba la necesidad de establecer mayor coordinación y comunicación.

- Las bases de datos y los sistemas de comunicación. Tras citar la existencia de diversas bases de datos y sistemas de comunicación (Sistema de Información Europol, SIS...) la comisión se preguntaba sobre la interoperabilidad de las diversas, proponiendo el estudio de tres posibles opciones: unificación de los sistemas existentes en uno único, conservarlos independientes y crear nuevos sistemas en caso de necesidad y estudiar y realizar posteriormente la armonización de los formatos de los datos y sus normas de acceso respectivas entre los diversos sistemas.

En la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 16 de junio de 2.004 “sobre mejora del acceso a la información por parte de las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la Ley”³¹, se proponía que los Estados miembros adoptasen una política de información destinada a: i) Hacer accesibles a las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley y a las encargadas de la prevención de la delincuencia y el terrorismo los datos necesarios y pertinentes; ii) Estimular la producción y la utilización, en la UE, de información en materia de delincuencia de alta calidad tanto estratégica como operativa; iii) Instaurar un clima de confianza entre los servicios competentes, en particular, a través de una protección de los datos personales.

1.2. Transposición del principio

Sobre los recelos suscitados por el principio de disponibilidad y por el propio Tratado de Prüm, resultan muy ilustrativas las reflexiones y recomendaciones del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), en su Dictamen a la propuesta de Decisión marco del Consejo sobre intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad³². Se señala en él que las dificultades surgen debido al entorno en que debe aplicarse un principio en sí mismo sencillo, dificultades que se cifran en: i) La organización heterogénea de la policía y del poder judicial en los Estados miembros, con controles y equilibrios diferentes; ii) La inclusión de diversos tipos de informa-

³⁰ Diciembre de 2.001.

³¹ COM 2004/429 final. No publicada en el D.O.

³² Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad (COM(2005) 490 final) .Diario Oficial n° C 116 de 17/05/2006 p. 8 - 17.

ción (sensible) (como el ADN o las huellas dactilares); iii) Las diferentes formas de acceso de las autoridades competentes a la información pertinente, incluso dentro de los Estados miembros; iv) La dificultad de garantizar que la información procedente de otro Estado miembro se interprete correctamente debido a las diferencias lingüísticas, de sistemas técnicos (interoperabilidad) y de ordenamientos jurídicos; v) La necesidad de incluir este principio en el extenso mosaico existente de disposiciones legales sobre intercambio de información policial y judicial entre los distintos países.

Al referirse a la iniciativa sueca que sería, finalmente, la que daría lugar a la DM 2006/960/JAI de 18 de diciembre de 2006, el mismo Dictamen destaca cómo abarca toda la información y la inteligencia, incluso la información e inteligencia que se encuentre en posesión de otras personas distintas de las autoridades policiales y judiciales competentes. Desde el punto de vista de la protección de datos, se juzga positivo que la propuesta se limite estrictamente al tratamiento de los datos existentes, y que no lleve a la creación de nuevas bases de datos, ni siquiera de “datos índice”, si bien se advierte que la falta de “datos índice” no es un elemento positivo por definición. Los datos índice, si se garantizan adecuadamente, pueden facilitar una investigación selectiva y, por eso mismo, menos invasora, de los datos de índole sensible. También puede permitir filtrar mejor las solicitudes, así como una mayor supervisión.

En relación con el Tratado de Prüm, el Dictamen a que nos referimos observa que, en relación con la iniciativa que no prosperó (Propuesta de DM del Consejo, de 12 de octubre de 2005), adopta otro planteamiento sobre la aplicación del principio de disponibilidad. Frente a un planteamiento general que no fija normas específicas para el intercambio de tipos concretos de información, el planteamiento del Tratado de Prüm es gradual o de “campo de datos por campo de datos”. Se aplica a tipos específicos de información (ADN, huellas dactilares y datos sobre matriculación de vehículos), y establece la obligación de tener en cuenta la naturaleza específica de los datos. Pero, en un tono abiertamente crítico, el SEPD, realiza las siguientes observaciones sobre el Tratado de Prüm:

- Respecto de su origen: Advierte, considerándolo, además, obvio, que “no aprueba el proceso que conduce a dicho Tratado, fuera del marco institucional de la Unión Europea, y por lo tanto sin participación sustantiva de la Comisión. Además, ello significa ausencia de control democrático por parte del Parlamento Europeo y ausencia de control judicial por parte del Tribunal de Justicia y como resultado de todo ello menos garantías de que se equilibren de igual modo todos los intereses (públicos)”.
- Respecto de su contenido “invasivo”: Estima, también, “obvio que algunos elementos del Tratado de Prüm afectan más a la persona a la que se refieren los datos que la propuesta de una Decisión marco sobre disponibilidad. El Tratado necesariamente conduce al establecimiento de nuevas bases de datos, lo que en sí mismo presenta riesgos para la protección de datos personales. En particular, se critica la imposición

de creación de nuevas bases de datos de ADN y una recopilación incrementada de datos de ADN. Además, no resulta claro qué tipo de datos se incluyen en los ficheros de análisis del ADN, y el Tratado no tiene en cuenta la evolución dinámica de los perfiles de ADN.

- Respecto de su planteamiento “ambicioso”. Pese a tratarse, todavía, de un “planteamiento de campo de datos por campo de datos”, se reputa “preferible no establecer un sistema para una diversidad de datos, sino comenzar con un enfoque más cauto que abarque un solo tipo de datos y controlar hasta qué punto el principio de disponibilidad puede efectivamente servir de apoyo a las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como vigilar los riesgos específicos para la protección de datos personales. A partir de dichas experiencias, el sistema podría posiblemente ampliarse a otros tipos de datos o modificarse con el fin de ser más efectivo”, lo que resultaría más respetuoso con el principio de proporcionalidad.

La Exposición de Motivos de la Propuesta de DM de 12 de octubre de 2005³³, sobre el intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad, que no prosperó, hace referencia a su motivación y objetivos. Concretamente, al referirse al contexto general, identifica siete obstáculos principales para que la información esté disponible en toda la UE, con vistas a posibilitar, facilitar o acelerar, la prevención, detección o investigación del delito:

- Los acuerdos bilaterales y multilaterales entre Estados miembros están geográficamente restringidos o no obligan a los Estados miembros a proporcionar información, con lo que el intercambio de datos depende de factores discrecionales.
- Las formas actuales de cooperación entre las autoridades policiales y judiciales requieren generalmente la intervención de unidades nacionales de Europol o de puntos de contacto centrales. El intercambio directo de información entre las autoridades sigue siendo la excepción.
- No existe ningún procedimiento normalizado a escala de la UE para solicitar y obtener información.
- No existe ningún mecanismo eficiente a escala de la UE que permita saber si existe información disponible y dónde se encuentra.
- Las diferencias en las condiciones de acceso e intercambio de información, así como en las distinciones entre la cooperación policial, aduanera y judicial impiden un intercambio eficaz de información.
- Las diferencias entre los niveles de protección obstaculizan el intercambio de información confidencial.
- No existen normas comunes para el control del uso legal de la información obtenida de otro Estado miembro, y las posibilidades de detectar la fuente y el propósito original de la información son limitadas.

Con la Decisión Marco propuesta, junto con la Decisión Marco también pro-

33 COM/2005/0490 final.

puesta, sobre protección de datos, se pretendía hacer desaparecer estos obstáculos, hasta el punto de que, con el fin de evitar debilitar el principio de disponibilidad, únicamente cabría negarse a facilitar información por los siguientes motivos: i) Si se comprometiere el resultado de una investigación en curso; ii) Protección de una fuente de información o la integridad física de una persona; iii) Protección de la confidencialidad de la información, en todas las etapas del tratamiento; iv) Protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas cuyos datos se trataran en virtud de la DM.

La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo que ofrece un “Panorama general de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia³⁴” de 20 de julio de 2010 ofrece dos ejemplos de la utilidad de la denominada Iniciativa o Decisión sueca para investigar delitos: En 2009 hubo un intento de homicidio en la capital de un Estado miembro. La policía recogió una muestra biológica de un vaso del que había bebido el sospechoso. Tras extraer ADN de esta muestra, los expertos forenses generaron un perfil ADN. La comparación de este perfil con otros perfiles de referencia de la base nacional de datos ADN no dio resultados positivos. Por ello, la fuerza policial que investigaba el caso envió, a través de su punto de contacto Prüm, una solicitud para compararlo con perfiles ADN de referencia de otros Estados miembros a los que se había autorizado a intercambiar esos datos sobre la base de la Decisión Prüm o el Acuerdo Prüm. Esta comparación transfronteriza dio una respuesta positiva. Sobre la base de la Iniciativa sueca, la fuerza policial que investigaba el caso solicitó más datos del sospechoso. Su punto de contacto nacional recibió respuestas de otros Estados miembros en 36 horas, lo que permitió a la policía identificar al sospechoso. En 2003 una persona sin identificar violó a una mujer. La policía recogió muestras de la víctima, pero el perfil ADN generado a partir de la muestra no coincidía con ninguno de los perfiles de referencia de la base nacional de datos ADN. Una solicitud de comparación de ADN, enviada por el punto de contacto Prüm a otros Estados miembros a los que se había autorizado a intercambiar perfiles ADN de referencia sobre la base de la Decisión Prüm o el Acuerdo Prüm, tuvo una respuesta positiva. La fuerza policial que investigaba el caso solicitó entonces más información sobre el sospechoso con arreglo a la Iniciativa sueca. Su punto de contacto nacional recibió una respuesta en 8 horas, lo que permitió a la policía identificar al sospechoso.

La Exposición de Motivos de la Decisión JAI/615/2008 era explícita al admitir el “aprovechamiento” del material normativo incorporado al Tratado de Prüm para cumplir las exigencias del Programa de la Haya respecto al principio de disponibilidad, al expresarse en estos términos:

- En el Programa de La Haya, el Consejo Europeo expuso su convicción de que, para conseguir su objetivo, era necesario un planteamiento innovador del intercambio

34 COM (2010) 385 final, Bruselas, 20.7.2010.

transfronterizo de información entre los servicios de seguridad y, en ese sentido, el Consejo Europeo manifestó que el intercambio de tal información debía cumplir las condiciones aplicables al principio de disponibilidad.

- La posibilidad de intercambiar con agilidad y eficiencia información exacta es de capital importancia para lograr una cooperación internacional efectiva. Es preciso establecer procedimientos que proporcionen medios rápidos, eficientes y económicos para intercambiar datos.

- El Tratado de Prüm cumple los requisitos mencionados. Para que todos los Estados miembros cumplan los requisitos sustantivos del Programa de La Haya dentro de los plazos que en él se fijan, es conveniente que el contenido de las partes esenciales del Tratado de Prüm sea aplicable a todos los Estados miembros. La presente Decisión contiene por ello disposiciones basadas en las disposiciones principales del Tratado de Prüm y encaminadas a mejorar el intercambio de información de modo que los Estados miembros se concedan mutuamente derechos de acceso a sus respectivos ficheros automatizados de análisis de ADN, sistemas automatizados de identificación dactiloscópica y datos de los registros de matriculación de vehículos.

- La intensificación de la cooperación policial y judicial en materia penal debe llevar aparejado el respeto de los derechos fundamentales, en particular el derecho al respeto a la intimidad y a la protección de los datos personales, que debe garantizarse mediante disposiciones especiales de protección de datos adecuadas a las características específicas de las diferentes formas de intercambio de datos.

2. El Tratado de Prüm

2.1. Origen, naturaleza y ámbito de aplicación

El Tratado de Ámsterdam de 1997 creó la posibilidad formal para algunos Estados miembros de establecer entre ellos una cooperación reforzada en el marco de los Tratados. Fue el Consejo Europeo de Feira del 20 de junio de 2000 el que la incorporó formalmente.

El Tratado de Niza de 2001, vigente en el momento de gestarse el Tratado de Prüm, facilitó la instauración de una cooperación reforzada: el derecho de veto respecto al establecimiento de una cooperación reforzada de que disponían los Estados miembros desapareció (con excepción de la política exterior), el número de Estados miembros necesarios para iniciar el procedimiento pasó de la mayoría al número fijo de ocho Estados miembros y el campo de aplicación se extendió a la política exterior y de seguridad común (PESC). Las disposiciones sobre el inicio del procedimiento y la posterior participación de un Estado miembro eran diferentes en los tres «pilares». El Tratado de Niza añadió una nueva condición a las ya existentes: este tipo de

cooperación debía reforzar el proceso de integración de la Unión y no debe afectar en modo alguno, ni al mercado interior, ni a la cohesión económica y social de la Unión. Además, no podía constituir un obstáculo ni una discriminación a los intercambios entre los Estados miembros, ni provocar distorsiones de competencia entre ellos. Se especificaba el carácter de “último recurso” de este tipo de cooperación, siempre que el Consejo considerase que los objetivos de éstas no podían alcanzarse, en un plazo razonable, mediante la aplicación de las disposiciones pertinentes de los Tratados. Además, se exigía que estas cooperaciones estuvieran abiertas a todos los Estados miembros en el momento en que se establezcan. También se especificaba que los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada no formarían parte del acervo de la Unión, siendo aplicados en los Estados miembros que participasen, sin impedimento por parte de los demás Estados. Por último, se preveía que el Consejo y la Comisión velarían por la coherencia de las acciones emprendidas en el marco de una cooperación reforzada con las demás políticas y acciones de la Unión.

Específicamente, el procedimiento de cooperación reforzada era posible tanto en el ámbito del Segundo Pilar, relativo a política exterior y seguridad común, como en el del Tercer Pilar, de cooperación policial y judicial en materia penal. La posibilidad de establecer cooperaciones reforzadas en el ámbito del «segundo pilar», (Título V del Tratado UE) constituye uno de los principales avances del Tratado de Niza en la materia. Pero los procedimientos previstos son diferentes y más rigurosos que en el ámbito del Tercer Pilar y no resulta sencillo siempre, en particular en atención a los contenidos del Tratado de Prüm, delimitar los que pertenecerían a uno u otro Pilar.

El Tratado de Lisboa facilita el recurso a esta posibilidad que el Tratado constitucional había conservado. El Tratado de Lisboa fija en nueve Estados miembros el umbral mínimo para establecer una cooperación reforzada y permite la aplicación de las «cláusulas pasarela» en las cooperaciones reforzadas, excepto en las decisiones que tengan implicaciones militares o en el ámbito de la Defensa. Estas cláusulas pasarela permiten pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada o de un procedimiento legislativo al procedimiento legislativo ordinario. Con carácter general, excluida la materia de política exterior y de seguridad común, los Estados miembros que se propongan establecer una cooperación reforzada dirigirán su solicitud a la Comisión que presentará una propuesta al Consejo. Tras la autorización del Parlamento, el Consejo podrá autorizar la creación de la cooperación reforzada. De forma contraria al procedimiento general, las cooperaciones reforzadas en el ámbito de la PESC no son objeto de propuestas por parte de la Comisión ni de aprobaciones por parte del Parlamento Europeo. Se decide la creación de tales cooperaciones fundamentalmente en el Consejo. Éste autoriza o no la cooperación reforzada solicitada por los Estados miembros interesados. Se aprueba por unanimidad. Además, la Comisión y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad deben emitir un dictamen. El Parlamento Europeo solamente es informado de la solicitud.

El Tratado de Lisboa ha creado tres tipos de cooperación específica en materia de Defensa y ha facilitado el recurso a las cooperaciones reforzadas en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal. El procedimiento de activación se flexibiliza cuando un Estado miembro utiliza «cláusula de freno» para oponerse a la adopción del acto legislativo en este ámbito. En tal caso, se crea una cooperación reforzada de oficio basada en el proyecto legislativo implicado si participan en él al menos nueve Estados miembros. Dicha cláusula, denominada de «acelerador», compensa, de este modo, la cláusula de «freno». Por otra parte, se establecen otras dos cláusulas de acelerador para la creación de una fiscalía europea y la cooperación policial. En ambos casos, para crear una cooperación reforzada, deben participar al menos nueve Estados miembros. Por tanto, dicha cooperación no necesita la propuesta de la Comisión, ni la votación del Consejo.

El 5 de diciembre de 2006 se firmaba el Acuerdo Administrativo y Técnico, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 44 del Tratado.

El Acuerdo consta de seis secciones. La primera se dedica al objeto y definiciones; la segunda a los perfiles de ADN, pudiendo destacarse que a efectos comparativos las partes harán uso de las normas existentes, como el Conjunto Normalizado de Loci para Europa (ESS) o el Conjunto Normalizado de Loci de INTERPOL (ISSOL) y que el intercambio electrónico de datos relacionados con el ADN entre las Partes se efectuará a través de la red de comunicación TESTA II.

En cuanto a la sección tercera, dedicada a los datos dactiloscópicos, las Partes deben establecer un sistema de acceso técnico recíproco a sus “sistemas automatizados nacionales de identificación dactiloscópica” (AFIS) y que el intercambio electrónico de datos dactiloscópicos y datos relacionados con los mismos entre las Partes se efectuará a través de la red de comunicación TESTA II³⁵.

La sección cuarta se refiere a los datos procedentes de los registros de matriculación de vehículos. Para el intercambio electrónico de datos procedentes de los registros de matriculación de vehículos, las Partes utilizarán la red de comunicación TESTA II y una aplicación de software de EUCARIS³⁶ especialmente diseñada para los fines del sistema previsto en el artículo 12 del Tratado.

La sección quinta se dedica a la cooperación policial y comprende normas muy concretas sobre intervenciones conjuntas e intervenciones con paso de frontera en supuesto de peligro inminente, figurando en el Anexo D.2 las autoridades a las que se deberá informar inmediatamente, para este último supuesto de colaboración, de conformidad con el artículo 25, apartado 3, del Tratado.

Respecto del primer tipo de colaboración, puede organizarse mediante una declaración de misión, por dos o más Partes, con arreglo al artículo 24 del Tratado.

35 Servicios transeuropeos de telemática entre administraciones, gestionados por la Comisión Europea.

36 Sistema europeo de información sobre vehículos y permisos.

Antes del inicio de la misma, acordarán por escrito o de palabra todo lo relativo a la forma de la intervención, y concretamente: a) las autoridades competentes de las Partes en la declaración de misión; b) la finalidad concreta de la intervención; c) el Estado del territorio en que se desarrollará la intervención; d) la zona geográfica del Estado del territorio en que se desarrollará la intervención; e) el periodo de tiempo a que se refiere la declaración de misión de la intervención; f) la ayuda concreta que debe proporcionar al Estado del territorio el Estado de origen, que comprenderá agentes u otros funcionarios, material y fondos; g) los agentes que participarán en la intervención; h) el agente que estará a cargo de la intervención; i) las facultades que podrán ejercer los agentes y otros funcionarios del Estado de origen en el Estado del territorio durante la intervención; j) las armas, municiones y equipos concretos que podrán utilizar los agentes enviados durante la intervención; k) las cuestiones logísticas relacionadas con el transporte, el alojamiento y la seguridad; l) el reparto de los gastos de la intervención conjunta, cuando se aparte de lo dispuesto en el artículo 46 del Tratado; m) cualesquiera otros elementos necesarios.

Como puede observarse en este Acuerdo no se toman medidas algunas respecto de la inmigración ilegal.

2.2. Contenido

2.2.1. Acceso automatizado a ficheros nacionales

a) Perfiles de ADN

En esta materia, es preciso insistir, siguiendo el Dictamen del SEPD al que nos hemos referido³⁷, en la diferencia fundamental entre muestras de ADN y perfiles de ADN.

Las muestras de ADN (a menudo recogidas y almacenadas por autoridades policiales) deberían considerarse como particularmente sensibles, ya que lo más probable es que contengan el conjunto del ADN de una persona. Pueden facilitar información sobre las características genéticas y el estado de salud de una persona, cosa que puede necesitarse para fines totalmente distintos tales como dar consejos médicos a personas o a jóvenes parejas.

Los perfiles de ADN, en cambio, contienen únicamente alguna información parcial de ADN extraída de la muestra de ADN: pueden utilizarse para verificar la identidad de una persona, pero en principio no revelan características genéticas de una persona. Con todo, los progresos científicos pueden aumentar la información que puede revelarse mediante perfiles de ADN: lo que se considera un perfil de ADN

³⁷ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad (COM(2005) 490 final) .Diario Oficial n° C 116 de 17/05/2006 p. 8 - 17.

“inocente” en un determinado momento, puede revelar en una fase posterior mucha más información de la esperada y necesitada, y en particular información relativa a las características genéticas de una persona. La información que puede revelarse mediante perfiles de ADN debería, por lo tanto, considerarse dinámica.

El SEPD subraya que cualquier instrumento jurídico por el que se establezcan intercambios de ADN debería: i) Limitar claramente y definir el tipo de información de ADN que podrá intercambiarse (también con respecto a la - Establecer unas normas técnicas comunes que tengan como objetivo evitar que las variaciones en el manejo de las bases de datos de ADN de la policía científica en los Estados miembros generen dificultades y resultados incorrectos a la hora de intercambiar datos; ii) Facilitar garantías adecuadas y legalmente obligatorias para evitar que los avances científicos lleven a obtener de los perfiles de ADN datos personales que no sólo sean sensibles, sino también innecesarios para el objetivo para el que fueron recogidos.

Sobre la eficacia del intercambio de estos datos, al término de la Reunión Informal de Dresde de 15 de enero de 2007, en que fue presentada la iniciativa alemana de transposición del Tratado de Prüm al marco jurídico comunitario, el Ministro alemán de Interior Wolfgang Schäuble, destacó cómo el contraste de las bases de datos de ADN austriaca y alemana, en sólo un mes y medio, desde diciembre de 2006, utilizando el método hit/no hit, encontró 1500 coincidencias de perfiles que figuraban como no identificados en la base alemana, y 1400 respecto de perfiles del mismo tipo en la base austriaca.

b) Datos dactiloscópicos

Debe tenerse en cuenta la existencia de la base de datos AFIS de Interpol y la europea EURODAC, para solicitantes de asilo.

c) Otros datos

Aunque sin mencionarla expresamente, el Tratado suscribe los controvertidos principios consagrados en la Resolución del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la seguridad de las reuniones del Consejo Europeo y otros acontecimientos similares (2004/C 116/06). La base sobre la cual se permite la transmisión de datos personales se define en la referida Resolución por la existencia de “motivos fundados para creer que [personas o grupos] tienen la intención de entrar en el Estado miembro con el objeto de perturbar el orden público y la seguridad del acontecimiento, o bien de cometer infracciones relacionadas con dicho acontecimiento”. En el art. 14 del Tratado, se hace referencia a la “existencia de condenas firmes o de otras circunstancias [que] justifiquen la presunción de que estas personas van a cometer un delito con motivo del evento o suponen una amenaza para la seguridad y el orden público”. Se ha criticado que, pesa a lo que se pretenda afirmar, el objetivo de esta transmisión de datos personales, basada en “sospechas legitimadas”, que no necesariamente legítimas son personas definidas, más que por un determinado comportamiento, por una ideología política, activistas políticos, en definitiva.

2.2.2. Medidas de prevención de atentados terroristas

a) Transmisión de información

La idea de reunir información con este objeto no es, desde luego, novedosa. Existía un similar sistema de intercambio de información con fines de lucha antiterrorista en el contexto del antiguo Grupo de TREVI, que se puso en marcha en 1976 y cuyo ámbito de interés se expandió considerablemente en la década de los 80, para incluir no sólo el terrorismo, sino también la delincuencia organizada, tráfico de drogas e inmigración ilegal. Fue la base para la creación de la Red BdL (bureau de liason), como sistema de transmisión encriptada de información clasificada. La necesidad de contar con un sistema de información rápido y fiable en relación con ataques terroristas alcanzó, por motivos evidentes, una importancia prioritaria a partir de septiembre de 2001. La naturaleza y funcionamiento de esta Red son distintos a los de puntos de contacto nacionales prevista en el Tratado de Prüm, que va más allá, al referirse a intercambios de naturaleza “preventiva”, como tales “bajo sospecha”, en cuanto no está claro, por ejemplo, el modo en que los puntos de contacto nacionales han de acceder al “conocimiento” de que una persona determinada, un sospechoso, va a cometer un delito. Sin embargo, basta este “conocimiento”, esa convicción unilateral de que alguien “puede ser o llegar a ser un terrorista”, para que, conforme al Tratado, las autoridades puedan transferir datos personales y amplia información prevista en el art. 16, con un enfoque notablemente más amplio que el autorizado por el art 46.1 de Schengen, con más énfasis en el aspecto “preventivo y visionario” confiado a los puntos de contacto nacionales en la lucha contra el terrorismo³⁸, invocando la Decisión Marco 2002/475 de 13 de junio de 2002, fraguada superando las dificultades para alcanzar una definición común de terrorismo a través de un concepto amplio que comprende las amenazas de cometer actos terroristas.

La designación de puntos de contacto nacionales a que se refiere el Art. 16.3 del Tratado, que había sido objeto de reiteradas recomendaciones por parte del Consejo y la Comisión, suscita ciertas dudas. En particular, preocupa la ausencia de control democrático en la designación de quienes se califican de verdaderos “oráculos” encargados de pronosticar si un determinado individuo se convertirá o no, en un terrorista y transmitir datos personales e información a otro Estado sobre la base de un pronóstico afirmativo. También se prevé la designación de puntos de contacto y coordinación en relación con los arts. 17 y 18. Pero queda a libertad de los Estados la decisión de qué autoridad o autoridades serán designados, sin descartar la posibilidad de que fuera designado personal de los servicios de inteligencia. Sería posible, incluso, tanto designar puntos de contacto “por materia” o un solo punto de contacto en relación con todos los datos a que se refiere el Tratado. En cambio, el principio de disponibi-

³⁸ BALZACQ et al. “Security and the two level game. The Treaty of Prüm, the EU and the management of threats”.

lidad, tal y como es concebido en el Programa de La Haya y su desarrollo apunta a un uso del intercambio de información restringido a las autoridades policiales nacionales y Europol. A título de ejemplo, Bélgica optó por la designación individualizada por materias: el Instituto Nacional de Criminalística y Criminología, dependiente del Ministerio de Justicia, para la transmisión de perfiles de ADN; la Policía Federal, dependiente del Ministerio del Interior, para huellas y otros datos.

b) Escolta de seguridad en los vuelos

Los mismos autores a quienes seguimos en el apartado anterior han criticado la excesiva discrecionalidad que implica la referencia a “otros empleados públicos con la formación correspondiente” para definir a estos escoltas (“air marshals”).

EEUU solicitó, tras el 11-S, acompañamiento de este tipo en algunos vuelos procedentes de Europa, originando un amplio debate, motivado por preocupaciones en términos de libertades individuales y en el seno de la Organización Internacional de Aviación Civil, en el que destacó la oposición de los países escandinavos. El Tratado acoge favorablemente esta propuesta, planteando, de este modo, nuevas dudas en relación con el respeto al principio de solidaridad y buena fe, en la medida en que podría establecer un régimen diferenciado para los vuelos procedentes de EEUU.

Igualmente, ha suscitado preocupación la excepción a la notificación previa por escrito, “en caso de peligro inminente”, no acompañada de una definición de qué haya de entenderse por tal peligro, que podría invocarse bajo la afirmación de que existe (o existía) un “permanente estado de peligro o emergencia” que permitiría la sistemática asignación de estos escoltas a los vuelos, convirtiendo la excepción en norma.

2.2.3. Medidas para la lucha contra la migración ilegal

a) Envío de asesores en materia de documentación

b) Apoyo en casos de repatriación

Inicialmente, la migración no fue prevista como una política comunitaria. La única mención a la migración recogida en el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1.957, se refiere exclusivamente a los trabajadores emigrantes provenientes de los Estados miembros y el objeto de la previsión es asegurarles unas prestaciones sociales adecuadas, que permitan de manera efectiva la libre circulación y el derecho de establecimiento de todo Estado Miembro. La realidad de años posteriores hizo que la inmigración, especialmente la de países no comunitarios, se convirtiera en tema prioritario de los gobiernos de Europa y, como consecuencia, terminase por ser mencionada en un Tratado comunitario, el Acta Única Europea, firmada el 28 de febrero de 1986.

El Tratado de la Unión Europea es el primer Tratado comunitario en el que se regula de manera propia la inmigración, que ya se considera como un «ámbito de

interés común» para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y así se recoge en el artículo. K.1, párrafo 3.

El Tratado de Ámsterdam modifica el de la Unión Europea, entiende las medidas referidas a la inmigración como una parte indisociable del objetivo de desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia y permite a la Comunidad Europea adoptar medidas en los siguientes campos: 1) supresión de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de ciudadanos de la Unión como de nacionales de terceros países; 2) el cruce de las fronteras exteriores de la UE; 3) el asilo y el refugio; 4) la política de inmigración; 5) la lucha contra la delincuencia y, como consecuencia, la cooperación policial y judicial en materia penal; 6) la cooperación judicial en materia civil; 7) la cooperación a estos efectos entre los servicios de las administraciones de los Estados miembros, y entre dichos servicios y la Comisión.

El Tratado de Niza prácticamente mantiene la anterior regulación, sin realizar ninguna aportación importante en el campo que tratamos.

Tras las modificaciones operadas por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2.007, la política de inmigración queda encuadrada definitivamente en el espacio de libertad, seguridad y justicia, así “la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia” (artículo 3.2 del actual Tratado de la Unión Europea), regulándose las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración en el Capítulo segundo del Título IV, debiéndose desarrollar una política común sobre “inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas” (art. 63 bis 1).

Múltiples son las disposiciones comunitarias sobre la materia, por lo que únicamente a título informativo, y sin olvidar la importancia de las contenidas en el Acervo de Schengen, se señalan a continuación algunas de ellas, que abarcan varios de los campos de la política común:

- Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin (DO C 5 de 10.1.1996).
- Recomendación del Consejo de 27 de septiembre de 1996 relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros estados (DO C 304 de 14.10.1996).
- Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DO L 149 de 2.6.2001).
- Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el

marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DO L 328 de 5.12.2002).

- Reglamento (CE) n° 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración (DO L 64 de 2.3.2004).

- Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (DO L 261 de 6.8.2004).

- Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DO L 105 de 13.4.2006).

- Decisión del Consejo, de 26 de abril de 2010, por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 111 de 4.5.2010).

2.2.4. Otras formas de cooperación

- a) Patrullas comunes y otras formas de intervención conjunta
- b) Cruce de frontera
- c) Asistencia en caso de grandes eventos, catástrofes y accidentes graves
- d) Cooperación previa petición
- e) Disposiciones sobre protección de datos de carácter personal

Conforme al artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan, debiéndose tratar estos datos de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Asimismo, toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a su rectificación.

Como es sabido, el Tratado de la Unión Europea incluyó la colaboración policial entre los Estados miembros en el llamado Tercer Pilar de la Unión Europea, por lo que no existían reglas armonizadas a nivel europeo en materia de protección de datos derivados de esta colaboración, si bien hay un nivel básico común en la legislación de protección de datos de los Estados miembros pues todos ellos pertenecen al Consejo de Europa, basado en el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio 108) que se aplica a todos los tratamientos de datos de los sectores público y privado, incluso los llevados por las fuerzas y cuerpos de seguridad y al que remite el Tratado de Prüm.

En 1987 el Consejo de Ministros del Consejo de Europa aprobó la Recomendación (87) 15 por la que se regula el uso de datos personales en el ámbito policial. Esta Recomendación, a decir de ACED FÉLEZ, “se ha convertido en el estándar de facto para la protección de datos en los tratamientos de datos personales llevados a cabo con finalidad de investigación policial a través de su incorporación como requisito mínimo en varios convenios y decisiones de la UE como Schengen, Europol, Sistema de Información Aduanera o Eurojust.”. La Recomendación se articula en torno a ocho principios: control y notificación, recogida de datos, almacenamiento de datos, uso de los datos por parte de la policía, cesiones de datos, publicidad y derechos de las personas, duración del almacenamiento y actualización de los datos, y seguridad de los datos, que establecen los principios básicos por lo que se rige el tratamiento de datos personales en el ámbito policial

Es política de la Unión Europea, que el intercambio de datos personales en el espacio de libertad, seguridad y justicia, y especialmente en el ámbito de la cooperación policial y judicial, donde se aplica el principio de disponibilidad, y guardando en todo momento el equilibrio entre el derecho a la intimidad y la seguridad, se base en normas claras, pues ello contribuye al aumento de confianza entre las autoridades competentes y garantiza la protección de la información, no bastando los instrumentos jurídicos existentes en el ámbito de la Unión Europea. Así, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1.995 no es de aplicación al tratamiento de datos relacionados con la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado o las actuaciones del Estado en materia penal.

Para abordar el problema de la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal en la Unión Europea se dictó, al amparo del principio de subsidiariedad, la Decisión Marco 2008/977/JAI, con el objetivo de proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas cuando sus datos personales son utilizados para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales y ejecución de sanciones penales .

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que varios actos adoptados en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea contienen disposiciones específicas sobre la protección de los datos personales intercambiados, constituyendo en algunos casos un conjunto completo y coherente de normas que regulan estos asuntos con más detalle que la Decisión Marco por lo que ha de entenderse que tales supuestos quedan fuera de su ámbito de aplicación . Igualmente quedan fuera del ámbito de aplicación de la Decisión Marco aquellos supuestos en que las disposiciones existentes por actos concretos dictados al amparo del Título VI del Tratado de la Unión Europea impongan al Estado miembro receptor condiciones más estrictas que las reguladas en la Decisión Marco.

Así el artículo 28 de la Decisión Marco que tratamos establece que “cuando algún

acto, adoptado en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea antes de la fecha de entrada en vigor de la presente Decisión Marco y que regule el intercambio de datos personales entre los Estados miembros o el acceso de unas autoridades designadas de los Estados miembros a sistemas de información establecidos en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, establezca condiciones específicas respecto de la utilización de dichos datos por el Estado miembro receptor, estas primarán sobre las disposiciones de la presente Decisión Marco relativas al uso de los datos transmitidos o puestos a disposición por otro Estado miembro”.

Únicamente podrán recogerse datos con aplicación de los principios de licitud, proporcionalidad y finalidad, y así se establece en el artículo 3 y se tratan en la Decisión Marco, entre otras, las materias de rectificación supresión y bloqueo (de oficio o a instancia del interesado), control de calidad de los datos transmitidos o disponibles, registro y documentación, tratamiento de los datos transmitidos, el ejercicio del derecho de información y acceso a datos los por los interesados, así como el de reparación y la confidencialidad y seguridad del tratamiento de los datos.

3. La parcial incorporación del Tratado de Prüm al marco jurídico de la Unión Europea

- La Decisión JAI/615/2008
- La Decisión JAI/616/2008

DECISIÓN PRÜM					
RESPUESTAS POSITIVAS OBTENIDAS POR ALEMANIA EN LA COMPARACIÓN TRANSFRONTERIZA DE PERFILES DE DNA: SEGÚN TIPO DE DELITO (2009)					
RESPUESTAS POSITIVAS POR TIPO DE DELITOS	AUS-TRIA	ESPA-ÑA	LUXEM-BURGO	PAÍSES BAJOS	ESLO-VENIA
Contra intereses públicos	32	4	0	5	2
Contra la libertad de las personas	9	3	5	2	0
Sexuales	40	22	0	31	4
Contra las personas	49	24	0	15	2
Otros	3005	712	18	1105	71

Fuente: Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo que ofrece un “Panorama general de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia” de 20 de julio de 2010.

4. El principio de disponibilidad en el Programa de Estocolmo

En el Programa de Estocolmo, la enumeración completa de prioridades que habrá de tener presente la Unión Europea en su actuación, durante los próximos años, es la siguiente: i) Fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales. Se deberá, por ejemplo, preservar el ejercicio de estos derechos y libertades, en particular la esfera privada del ciudadano, más allá de las fronteras nacionales, en especial por lo que respecta a la protección de datos de carácter personal; ii) Una Europa de la ley y la justicia; iii) Una Europa que protege; iv) Acceso a Europa en un mundo globalizado; v) Una Europa de la responsabilidad, la solidaridad y colaboración en los ámbitos de la migración y el asilo; vi) El papel de Europa en un mundo globalizado y vii) La dimensión exterior.

En cuanto a los instrumentos, se señalan los siguientes: i) Confianza mutua; ii) Aplicación, ejecución y evaluación completas y efectivas de los instrumentos existentes; iii) Legislación; iv) Aumento de la coherencia; v) Evaluación; vi) Formación; vii) Comunicación; viii) Diálogo con la sociedad civil; ix) Financiación y x) Plan de acción

El apartado cuarto, relativo a seguridad ("UNA EUROPA QUE PROTEGE") se articula en los siguientes apartados: i) Estrategia de seguridad interior; ii) Modernización de los instrumentos de trabajo; iii) Forjar una cultura común; iv) Gestionar el flujo de información y v) Movilizar las herramientas tecnológicas necesarias. En este apartado, el Consejo Europeo invita al Consejo, a la Comisión, al Parlamento Europeo y, en su caso, a los Estados miembros a:

- Elaborar y aplicar políticas que garanticen un elevado nivel de seguridad de las redes y de la información en toda la Unión, y mejorar las medidas destinadas a la protección, la preparación en materia de seguridad y la capacidad de recuperación de las infraestructuras críticas, incluidas las relativas a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y los correspondientes servicios, promover leyes que garanticen un nivel muy alto de seguridad de las redes y permitan reacciones más rápidas en caso de ciberataques.

- El Consejo Europeo invita también al Consejo y a la Comisión a asegurarse de que las prioridades de la Estrategia de seguridad interior se adapten a las necesidades reales de los usuarios y se centren en la mejora de la interoperabilidad. La investigación y el desarrollo en el ámbito de la seguridad deberían ir apoyados por asociaciones entre los sectores público y privado.

a) Políticas eficaces: Reforzar la eficacia de la cooperación policial europea; Reforzar la eficacia de la prevención de la delincuencia; Estadísticas.

b) Protección contra las formas graves de delincuencia y la delincuencia organizada: Lucha contra las formas graves de delincuencia y la delincuencia organizada, priorizando las siguientes tipologías delictivas: Trata de seres humanos; Explota-

ción sexual de menores y pornografía infantil; Delincuencia cibernética; Delincuencia económica y corrupción; Drogas y Terrorismo

c) Una gestión de catástrofes completa y eficaz por parte de la Unión: reforzar las capacidades de la Unión en materia de prevención, preparación y respuesta frente a todo tipo de catástrofes.

En la línea crítica que anticipamos en el Nivel I, respecto del principio de disponibilidad, recuerda, expresamente, el Plan de Acción del Programa de Estocolmo que:

- “El principio de disponibilidad podría implicar el riesgo de permitir el intercambio de datos personales que no se han recopilado de modo legítimo respetando la legalidad, por lo que debe fijarse en normas comunes”.

- “Expresa sus dudas con respecto a la facilitación de las actividades operativas que no incluyen una definición europea ni normas comunes a nivel europeo en materia de investigaciones encubiertas, control de los ciudadanos, etc.” (acaso con velada referencia al Tratado de Prüm).

- “Considera que, antes de que se prevea una actuación de la Unión Europea en este ámbito, deben establecerse criterios claros para evaluar la proporcionalidad y necesidad de las limitaciones a los derechos fundamentales”

- “Expresa su preocupación por la práctica cada vez más extendida de elaboración de perfiles basada en el uso de técnicas de extracción de datos y de recopilación generalizada de datos pertenecientes a ciudadanos inocentes, con fines preventivos y policiales”

- “Recuerda la importancia de que las acciones encaminadas a hacer cumplir la ley se basen en el respeto de los derechos humanos, desde el principio de la presunción de inocencia al derecho a la intimidad y a la protección de datos”.

- “Destaca la necesidad de fijar unos límites más claros y rigurosos en relación con el intercambio de información entre los Estados miembros, así como en lo que se refiere a la utilización de registros comunes en la Unión Europea; considera que, en caso contrario, el establecimiento de registros de grandes dimensiones a escala de la Unión Europea puede suponer una amenaza para la integridad de las personas y provocar que los registros resulten ineficaces a la vez que aumenten los riesgos de fugas y de corrupción”.

En cuanto a propuestas concretas, en relación con el objeto de estudio, el Plan de Acción: i) Aboga por la mejora del ECRIS; ii) Pide que se revisen la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, el Reglamento (CE) n o 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (3), así como el artículo 13 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995,

relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; iii) Lamenta que no se haya avanzado en la aplicación del SIS II perfeccionado y del nuevo VIS, e insta a que se eviten nuevos retrasos; iv) Destaca la necesidad de desarrollar una administración eficiente, sostenible y segura para los grandes sistemas europeos de tecnologías de la información como los sistemas SIS II, VIS y Eurodac, de forma que se garantice la aplicación plena de todas las normas que regulan dichos sistemas, en función de su finalidad y de los derechos de acceso, así como de las correspondientes medidas de seguridad y protección de datos; destaca, a este respecto, que es esencial que la Unión Europea disponga de un sistema completo y uniforme de normas sobre la protección de datos personales; v) Recuerda que, en determinados ámbitos, la creación de agencias, como la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Eurojust, Europol, Frontex y la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, ha sido de gran utilidad para definir un ELSJ; considera que, habida cuenta de que Schengen constituye el núcleo del ELSJ, resulta fundamental y vital crear una agencia europea para la gestión de los sistemas de información sustancial en este ámbito, en particular SIS II, VIS y Eurodac, dado que ésta es la solución más fiable. vi) En las iniciativas en trámite tendentes a la implantación de un régimen general de protección de datos en la Unión Europea, se recuerda cómo la piedra angular de la legislación vigente de la UE en materia de protección de datos, la Directiva 95/46/CE¹, fue adoptada en 1995 con un doble objetivo: defender el derecho fundamental a la protección de datos y garantizar la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros. Se complementó con varios instrumentos que establecen normas específicas sobre protección de datos en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal² (antiguo tercer pilar), incluida la Decisión Marco 2008/977/JAI. El Consejo Europeo invitó a la Comisión a evaluar el funcionamiento de los instrumentos de la UE en materia de protección de datos y a presentar, en caso necesario, nuevas iniciativas legislativas y no legislativas. En su resolución sobre el Programa de Estocolmo, el Parlamento Europeo acogió favorablemente un régimen general de protección de datos en la UE y, entre otras cosas, abogó por la revisión de la Decisión Marco. En su Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo, la Comisión subrayó la necesidad de garantizar que el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal se aplique de forma coherente en el contexto de todas las políticas de la UE. La Decisión Marco 2008/977/JAI tiene un ámbito de aplicación limitado, ya que solo se aplica al tratamiento transfronterizo de datos y no a las actividades de tratamiento por parte de las autoridades policiales y judiciales a nivel puramente nacional. vii) Aunque no se mencionaba en el Programa de Estocolmo, en enero de 2010, la Presidencia Española presentó una iniciativa de Plataforma de Intercambio de Información Policial, después llamada Plataforma de Intercambio de Información para agentes encargados del cumplimiento de la ley, en términos más amplios (IXP: Information Exchange Platform for Law Enfor-

cement Authorities). El propósito era proporcionar un punto de acceso centralizado para autoridades policiales (y judiciales) a cualquier instrumento de intercambio de información policial/judicial a nivel de la UE. La idea fue desarrollada por España y Europol y se sumaron Bélgica, Alemania, Lituania, Hungría, Eslovaquia y la propia Comisión. Aunque todavía en fase muy inicial de desarrollo, sus ejes se sitúan en:

- Disponer de una página web única, como punto de partida para acceder a productos o servicios relacionados con la cooperación legal internacional, con vistas a una mayor eficiencia en el desarrollo y mantenimiento, más fácil gestión de la protección de datos y la ventaja de una experiencia compartida, en un entorno amable que facilita la identificación de contactos en otros Estados miembros.
- Abrir el recurso a toda la comunidad europea de autoridades encargadas del cumplimiento de la ley, incluyendo a fuerzas policiales a nivel local, regional o nacional, agentes de aduanas, control de costas y fronteras; a FRONTEX (Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la UE; OLAF, Interpol, EMCDDA (Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías OEDT), CEPOL, EuroJust y Europol, jueces, fiscales, servicios penitenciarios, etc.
- Dar respuesta a las necesidades operativas de la cooperación policial transfronteriza, dando acceso o redirigiendo al usuario a las herramientas, canales e información disponibles, para cubrir áreas como la gestión del conocimiento, la intercomunicación de los usuarios, el acceso a herramientas específicas para operaciones conjuntas, consultas operativas redirigidas a las bases de datos gestionadas en el marco de justicia, libertad y seguridad, incluso a nivel nacional.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de enero de 2012, sobre “La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI” se ocupa de justificar el nuevo marco jurídico que integrarán la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), que vendrían a remplazar a la Decisión Marco 2008/977/JAI y a la Directiva 95/46/CE. Señala cómo, “actualmente, el tratamiento de datos por las autoridades policiales y judiciales en materia penal lo regula esencialmente la Decisión Marco 2008/977/JAI, anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Dado que se trata de una Decisión marco, la Comisión carece de competencia para exigir el cumplimiento de sus disposiciones, lo que ha

contribuido a su desigual aplicación. Además, el ámbito de aplicación de la Decisión Marco se limita a las actividades de tratamiento de datos internacionales. Esto significa que el tratamiento de datos personales que no haya sido objeto de intercambio queda actualmente fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones de la UE que regulan ese tratamiento y salvaguardan el derecho fundamental a la protección de datos. Además, en algunos casos, esto crea una dificultad práctica a la policía y otras autoridades, para quienes no siempre está claro si el tratamiento de datos ha de ser exclusivamente nacional o internacional, o si los datos nacionales pueden ser objeto de un intercambio internacional subsiguiente. Por consiguiente, el nuevo marco reformado de protección de datos de la UE trata de garantizar un nivel elevado y sistemático de protección de los datos que fomente la confianza mutua entre la policía y las autoridades judiciales de los distintos Estados miembros, contribuyendo con ello a mejorar la libre circulación de datos y la cooperación efectiva entre la policía y las autoridades judiciales”.

Con el fin de asegurar un alto nivel de protección de los datos personales en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal y de facilitar los intercambios de datos personales entre la policía y las autoridades judiciales de los Estados miembros, la Comisión propone, como parte del paquete de reforma de la protección de datos, una Directiva que: i) aplique los principios generales de la protección de datos a la cooperación policial y judicial en materia penal, siempre en total respeto de la naturaleza específica de cada uno de estos ámbitos; ii) establezca condiciones y criterios mínimos armonizados para toda posible limitación de las reglas generales; esto se refiere específicamente a los derechos de los ciudadanos a ser informados cuando la policía y las autoridades judiciales manejen sus datos o accedan a ellos; esas limitaciones son necesarias para la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento efectivos de los delitos; iii) establezca normas específicas adaptadas a la naturaleza característica de las actividades de los organismos con funciones coercitivas, incluida una distinción entre las distintas categorías de interesados, cuyos derechos pueden variar (como los testigos y los sospechosos).

En estas nuevas medidas homogeneizadoras del régimen de protección de datos ha de reconocerse el impacto de decisiones del TEDH como la Sentencia de la Gran Sala en el asunto S. y Marper contra el Reino Unido de 4 de diciembre de 2008, en la que el Estado británico resultó condenado por violación del art. 8 del CEDH, en relación con el debido respeto a la vida privada. El asunto trae causa de dos demandas de ciudadanos considerados no culpables por los tribunales, por absolución y archivo, respectivamente, pero cuyas huellas, muestras celulares y perfiles genéticos eran conservados por las autoridades británicas, siendo rechazadas sus reclamaciones, ante la Policía y los tribunales administrativos, de cancelación de datos. El TEDH estimó que el carácter general e indiferenciado de la facultad de conservar las huellas dactilares,

las muestras biológicas y los perfiles de ADN de las personas sospechosas de haber cometido delitos, pero que no han sido condenadas, no guarda un equilibrio justo entre los intereses públicos y los privados que concurren, y que el Estado demandado superaba con esta normativa y práctica cualquier margen de apreciación aceptable en la materia, significando la conservación de tales datos en esas circunstancias, una lesión desproporcionada del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada, y no puede afirmarse su necesidad en una sociedad democrática.

Como lectura de cierre, resulta tan desalentadora como “esclarecedora”, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo que ofrece un “Panorama general de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia³⁹” de 20 de julio de 2010. Uno de sus párrafos, verdadera “sopa de letras”, ofrece una idea bastante aproximada del escenario en el año 2010: La mayoría de los instrumentos analizados tienen una finalidad unitaria: EURODAC pretende mejorar el funcionamiento del sistema de Dublín; la API, mejorar el control fronterizo; la Iniciativa sueca mejorar las investigaciones penales y las operaciones de inteligencia; el Convenio de Nápoles II ayudar a prevenir, detectar, perseguir y castigar el fraude aduanero; el SIA para ayudar a prevenir, investigar y perseguir infracciones graves de las legislaciones nacionales incrementando la efectividad de la cooperación entre las administraciones aduaneras de los Estados miembros; ECRIS, UIF y ORA racionalizar el intercambio transfronterizo de datos en ámbitos concretos; y la Decisión Prüm, la Directiva sobre conservación de datos, el TFTP y el PNR combatir el terrorismo y las formas graves de delincuencia. SIS, SIS II y VIS son las principales excepciones de este modelo: el objetivo original del VIS era facilitar el intercambio transfronterizo de datos sobre visados, pero posteriormente se amplió para prevenir y combatir el terrorismo y las formas graves de delincuencia. SIS y SIS II tienen por finalidad garantizar un elevado nivel de seguridad en el espacio de libertad, seguridad y justicia y facilitar la circulación de personas utilizando la información comunicada a través de este sistema. Con excepción de estos sistemas de información centralizados, la finalidad limitada es un factor central a la hora de diseñar las medidas de gestión de la información a nivel de la UE (...). Otras medidas tratan información personal muy especializada relevante sólo para sus objetivos: los sistemas PNR tratan los detalles de las reservas de vuelos de los pasajeros; FIDE, datos relevantes para la investigación del fraude aduanero; la Directiva sobre conservación de datos, direcciones IP e identificadores de equipos móviles; ECRIS, antecedentes penales; ORA, activos privados y detalles de empresas; las plataformas contra la delincuencia informática, delitos de internet; Europol, vínculos con redes de delincuencia; y el TFTP, datos de mensajería financiera.”

39 COM (2010) 385 final, Bruselas, 20.7.2010.

5. Antecedentes penales

5.1. Introducción

PALOMO DEL ARCO⁴⁰ enumera los principales instrumentos de reconocimiento de condenas penales extranjeras existentes hasta ese momento, cuya insuficiencia, tanto por su irregular implantación en los EEMM, como por su lejanía en cuanto a la consecución de un pleno reconocimiento, justificaría la búsqueda de nuevos mecanismos.

El Convenio sobre el valor internacional de las sentencias penales del Consejo de Europa (CEVISP); hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970⁴¹. “La concepción fundamental que le sirve de base, conforme a su informe explicativo, es la asimilación de una sentencia extranjera (de cualquier Estado Parte) a las que emanan de cualesquiera Tribunales nacionales, con la finalidad expresa, al aceptar la transmisión de la ejecución de las sentencias penales, de favorecer la readaptación social de las personas condenadas. Aunque su contenido, en realidad, se proyecta sobre tres diversas cuestiones: i) la ejecución de la sentencia (arts. 2-52); ii) el efecto del principio *ne bis in ídem* (arts. 53-54); y iii) la toma en consideración de sentencias extranjeras en los llamados efectos indirectos (arts. 56-57)”. Entró en vigor con la tercera ratificación, el 26 de julio de 1974. En la actualidad, sólo 22 países lo han ratificado: Albania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Georgia, Islandia, Letonia, Lituania, Moldavia, Montenegro Noruega, Países Bajos, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Turquía y Ucrania.

Convenio sobre la ejecución de condenas penales extranjeras aprobado en Bruselas, el 13 de noviembre de 1991, en aplicación provisional entre los Países Bajos (incluidas las Antillas holandesas y Aruba) y respectivamente Alemania y Letonia⁴².

Convenio de la UE de 1998 sobre las decisiones de privación del derecho de conducir, adoptado bajo vigencia del Tratado de Maastricht, que posibilita la extensión de la ejecución de las sanciones de privación del derecho de conducir a otros Estados europeos diversos al de la comisión de la infracción y que no ha entrado en vigor.

Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Schengen, 19 de junio de 1990) contiene en el Capítulo 3 de su Título III normas sobre la aplicación del principio *ne bis in ídem* (artículos 54 a 58), cuya interpretación ha sido objeto de

40 PALOMO DEL ARCO, A. *Antecedentes penales (registro de condenas) en el ámbito europeo*, en *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, págs. 371-399. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2008.

41 Instrumento de ratificación de 2 de septiembre de 1994 (BOE 30.03.96).

42 Chipre, España y Portugal también lo han ratificado, pero no han suscrito la cláusula de aplicación provisional.

varias sentencias del TJCE, con frecuencia directamente relacionadas con la toma de consideración de las condenas por narcotráfico en otro Estado Miembro de la UE.

5.2. Decisión Marco 2008/675/JAI

En Francia, el art. 17 de la Ley nº 2010-242 de 10 de marzo de 2010, para la disminución del riesgo de reincidencia y de reforma de distintas normas procesales penales, transpone la Decisión Marco 2008/675. El Código Penal francés preveía ya en su art. 132-16-6 la toma en consideración en sede de reincidencia de las condenas dictadas por la jurisdicción penal de un Estado miembro. El nuevo art. 132-23-1 introduce la norma de equivalencia en la toma en consideración de condenas dictadas por la jurisdicción penal de cualquier otro Estado miembro, en relación con las dictadas en Francia, produciendo unas y otras los mismos efectos jurídicos. Los intérpretes aclaran que, entre esos efectos, se contarían la concesión de la suspensión de ejecución con o sin condiciones, o los criterios de prisión preventiva, que se adopten en lo sucesivo, pero también las revocaciones de suspensión, con o sin condiciones, o de libertad condicional concedidas con anterioridad. A diferencia de otros aspectos, los efectos de las condenas extranjeras en materia de rehabilitación, esto es, de cancelación de antecedentes, la entrada en vigor de la reforma, en general prevista para el 1.7.2010, se retrasó hasta el 1.4.2012, pues precisaba una reforma más exigente del Registro automatizado de antecedentes, entonces en estudio para la transposición de la Decisión Marco 2009/315/JAI.

En el Reino Unido, la “Criminal Procedure (Amendment) Law” de 2011 tuvo por objeto la transposición de la Decisión Marco 2008/675.

El 6 de diciembre de 2011, el Consejo de Estado de Luxemburgo emitió Dictamen sobre el Proyecto de Ley sobre Reincidencia Internacional que significará la transposición al Derecho interno francés de la Decisión Marco 2008/675/JAI. Entre otras cuestiones, se plantea la dificultad de que el juez nacional establezca las necesarias equivalencias, cuando las penas son de distinta naturaleza a las previstas en su Derecho interno, a efectos de garantizar un tratamiento o consideración equivalente de las condenas extranjeras y nacionales anteriores. El proyecto, por otra parte, a diferencia del equivalente francés, al requerir un conocimiento de la condena anterior por las vías tradicionales de asistencia judicial, ignora las Decisiones 2009/315 y 2009/316.

5.3. Decisión Marco 2009/315/JAI y Decisión 2009/316/JAI

La reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación en Materia Penal (expertos ECRIS) de 28 de marzo de 2012 detectó la posibilidad de que los Estados Miembros precisaran apoyo para la implementación de ECRIS. Aunque se ha implementado, en plazo, el software comunitario correspondiente (que los Estados miembros pueden

optar por usar o no), en la primavera de 2012 se constató un grado variable de implementación técnica y de transposición jurídica en los distintos Estados Miembros, anticipando ya cinco de ellos que no estarían en condiciones de cumplir con la fecha límite de 27.4.2012.

Parece inminente la publicación de un Manual sobre ECRIS, destinado a autoridades centrales y usuarios finales, entre los que se incluyen jueces, fiscales y policías y la creación de una plataforma central que proporcionaría información, con distintos niveles de acceso.

Es importante destacar la labor de la Secretaría General del Consejo, a la hora de actualizar los listados anexados a la Decisión, sobre la base de las informaciones que puntualmente deberán transmitir los Estados.

Apéndice II. Documentación de Referencia

1. El principio de disponibilidad

1.1. Definición

«Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia»

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:ES:NOT>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:EN:NOT>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005PC0184:FR:NOT>

1.2. Transposición del principio

DM 2006/960/JAI de 18 de diciembre de 2.006

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:386:0089:0100:ES:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:386:0089:0100:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:386:0089:0100:FR:PDF>

Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el intercambio de información en virtud del principio de disponibilidad (COM(2005) 490 final)

<http://eur-law.eu/ES/Dictamen-Supervisor-Europeo-Proteccion-Datos-propuesta-Decision-marco,296571,d>

<http://eur-law.eu/EN/Opinion-European-Data-Protection-Supervisor-Proposal-Council-Framework,296571,d>

<http://eur-law.eu/FR/Opinion-of-the-European-Data-Protection-Supervisor-the,296571,d>

2. El Tratado de Prüm

2.1. Origen, naturaleza y ámbito de aplicación

Tratado de Prüm (no hay versión auténtica en inglés)

ES.-<http://www.boe.es/boe/dias/2006/12/25/pdfs/A45524-45534.pdf>

FR.-<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000017865342>

Acuerdo técnico de ejecución del Tratado de Prüm

FR.- <http://textes.droit.org/JORF/2009/07/31/0175/0009/>

2.2. Contenido

Acceso automatizado a ficheros nacionales

Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 , relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:296:0001:01:ES:HTML>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:296:0001:01:EN:HTML>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:296:0001:01:FR:HTML>

2.3. Medidas de prevención de atentados terroristas

Escolta de seguridad en los vuelos

Decisión Marco n.º 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, para la lucha contra el terrorismo.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0475:ES:NOT>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0475:EN:NOT>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0475:FR:NOT>

2.4 Medidas para la lucha contra la migración ilegal

Apoyo en casos de repatriación

- Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión 2004/573/CE

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0573:ES:NOT>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0573:EN:NOT>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0573:FR:NOT>

- Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0110:ES:HTML>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0110:EN:HTML>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0110:FR:HTML>

2.5. Otras formas de cooperación

Asistencia en caso de grandes eventos, catástrofes y accidentes graves

Resolución del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la seguridad de las reuniones del Consejo Europeo y otros acontecimientos similares (2004/C 116/06).

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:116:0018:0019:ES:PDF>
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:116:0018:0019:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:116:0018:0019:FR:PDF>

2.6. Disposiciones sobre protección de datos de carácter personal

Documentación y registro

- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:es:HTML>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:fr:HTML>

- Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0060:0071:es:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0060:0071:en:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0060:0071:fr:PDF>

2.7. La parcial incorporación del Tratado de Prüm al marco jurídico de la Unión Europea

- La Decisión JAI/615/2008

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008D0615:ES:NOT>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008D0615:EN:NOT>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008D0615:FR:NOT>

- La Decisión JAI/616/2008

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:210:0012:0072:ES:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:210:0012:0072:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:210:0012:0072:FR:PDF>

3. El principio de disponibilidad en el Programa de Estocolmo

- Programa de Estocolmo

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:es:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:fr:PDF>

- Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:ES:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0171:FIN:FR:PDF>

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de enero de 2012, sobre “La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI”

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0009:FIN:ES:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0009:FIN:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0009:FIN:FR:PDF>

4. Antecedentes penales

- Decisión Marco 2008/675/JAI

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:220:0032:0034:ES:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:220:0032:0034:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:220:0032:0034:FR:PDF>

- Decisión Marco 2009/315/JAI

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0023:0032:ES:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0023:0032:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0023:0032:FR:PDF>

- Decisión 2009/316/JAI

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0033:0048:ES:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0033:0048:EN:PDF>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0033:0048:FR:PDF>

Bibliografía

- BALZACQ, Thierry: *The Treaty of Prüm and the Principle of Loyalty (art. 10 TEC)*. Centre for European Policy Studies IP/C/LIBE/FWC/2005-08.
- BALZACQ, T., BIGO D., CARRERA S., GUILD E.: *Security and the two level game. The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats*. Centre for European Policy Studies nº234. January 2006. <http://www.ceps.be/book/security-and-two-level-game-treaty-pr%C3%BCm-eu-and-management-threats>
- BELLANOVA, Rocco: *The “Prüm Process:”The Way Forward for EU Police Cooperation and Data Exchange?* http://vub.academia.edu/RoccoBellanova/Papers/603598/The_Prüm_Process_The_Way_Forward_for_EU_Police_Cooperation_and_Data_Exchange
- BIGO, D. et al.: *The principle of information availability*. (hay versión francesa) <http://www.libertysecurity.org/article1376.html>
- BUNYAN, Tony: *The principle of availability*. Statewatch, December 2006. <http://www.statewatch.org/analyses/no-59-p-of-a-art.pdf>
- GUILD E., GEYER, F.: *Getting local. Schengen, Prüm and the dancing procession of Echternach: Three paces forward and two back for EU Police and judicial cooperation in criminal matters*. <http://www.isn.ethz.ch/isn/Digital-Library/Publications/Detail/?ots591=0c54e3b3-1e9c-be1e-2c24-a6a8c7060233&lng=en&id=122940>
- JONES, Chris: *Implementing the “principle of availability”: The European Criminal Records Information System The European Police Records Index System The Information Exchange Platform for Law Enforcement Authorities*. <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6401/LAW-2006-32.pdf?sequence=1>
- VERVAELE, John A.E.: *Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: emergency criminal law?* <http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/1/1> Traducción al español actualizada a 2007: <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2012-0104-200403/Vervaele%20Terrorismo2008.pdf>
- ZILLER, Jacques: *Le Traité de Prüm. Une vraie-fausse coopération renforcée dans l’espace de sécurité, de liberté et de justice*. <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6401/LAW-2006-32.pdf?sequence=1>

Apéndice III. Relativo al Sistema Español. El principio de disponibilidad

1. Definición

1.1. Transposición del principio

La Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados Miembros de la Unión Europea⁴³, es la norma de transposición de la Decisión Marco 2006/960/JAI, de 18 de diciembre, tratada en otro nivel del tema. La ley sigue la misma estructura que la decisión Marco, siendo en gran parte de su articulado copia fiel de la misma, pudiendo destacarse las siguientes peculiaridades: i) Como servicio excluido de su ámbito de aplicación se encuentra el Centro Nacional de Inteligencia (art. 1.3); ii) La lengua a utilizar para la solicitud y el intercambio de información será la aplicable para el canal de comunicación empleado. Se rompe con ello la tónica general de que la comunicación con España debe realizarse en español; iii) Respecto al suministro de información e inteligencia, cuando únicamente se a posible al amparo de una autorización judicial, el órgano judicial competente debe resolver en los breves plazos que se marcan en la Ley para los servicios de seguridad (Disposición Adicional segunda en relación con el artículo 10); iv) Autoridades judiciales competentes para otorgar o denegar, en su caso, la autorización judicial, en los supuestos que sea necesario, son el órgano judicial que conozca del procedimiento judicial abierto en el que se encuentre la información o, en otro caso, los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional.

2. El Tratado de Prüm

2.1. Origen, naturaleza y ámbito de aplicación

CÁMARA VILLAR se hace eco de las palabras del entonces Presidente del Parlamento Europeo, Josep Borrell, “quien en su Discurso de Bruselas de 17 de octubre de 2005, con motivo de la Conferencia parlamentaria dedicada a la cooperación judicial y policial en Europa, ponía el énfasis en el más necesario control sobre los acuerdos firmados por gobiernos fuera de los Tratados europeos, citando a Prüm y preguntando retóricamente a sus oyentes si habían oído hablar del mismo. «Pues bien –finalizaba

⁴³ Publicada en el BOE de 28 de julio de 2010, con entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

su discurso- hasta la fecha, el Parlamento Europeo no ha sido informado. ¿Cuántos Parlamentos de estos países lo han debatido?» Ciertamente, por citar el caso español, resulta en extremo decepcionante acudir a los Diarios de Sesiones de las Cámaras y comprobar cómo en el proceso de ratificación de este Tratado no ha existido el más mínimo debate acerca de sus contenidos”. El Instrumento de ratificación se publica en el BOE núm. 307, de 25 de diciembre de 2006. En el mismo se especifica que la entrada en vigor del Tratado para España es el 1 de noviembre de 2006.

2.2. Contenido

a) Acceso automatizado a ficheros nacionales: Perfiles de ADN

En España, como en el resto del mundo, siguiendo en este punto a FIGUEROA NAVARRO, “desde hace más dos décadas, la información obtenida del análisis de muestras biológicas mediante las técnicas de ADN está siendo utilizada en el campo forense como método identificativo”. La primera condena utilizando prueba de este tipo data de 22 de enero de 1988, cuando un tribunal inglés condenó a Colin Pitchfork por asesinato y violación. En la fecha de firma del Tratado de Prüm (2005), la práctica de dicha prueba estaba regulada en España, por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que en su disposición final primera modificó los arts. 326 y 363 de la LECrim. y le añadió una nueva disposición adicional tercera, de acuerdo con la cual el Gobierno regularía, mediante Real Decreto, la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN.

En desarrollo de esta previsión y con mejor técnica legislativa que la anunciada, sería aprobada la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. “Con ello, se establece un nuevo marco jurídico que regula, junto a los citados arts. 326 y 363 de la LECrim., la obtención del ADN a partir de muestras biológicas halladas en el lugar del delito, o extraídas de sospechosos, la incorporación de dichos perfiles identificativos a una base de datos única creada al respecto, a fin de que puedan ser utilizados para la investigación de determinados delitos o en los procedimientos de identificación de cadáveres o de averiguación de personas desaparecidas y que permitan el intercambio de dicha información. Asimismo, encomienda a la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN la función de acreditación de todos los laboratorios que realicen análisis de ADN y aporten perfiles genéticos a la citada base de datos policial. El Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, vendría a regular la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, además de la anticipada en la Ley, las de elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, incluida la determinación de los marcadores homogéneos sobre los que los laboratorios acreditados han de realizar los análisis y la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación

de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes.

Mediante la Orden del Ministerio del Interior 177/2008, de 23 de enero, se crearon “los dos únicos ficheros policiales que contienen los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN, tanto en el marco de investigaciones criminales («INT-SAIP») como en los procesos de identificación de cadáveres o de personas desaparecidas (INT-FENIX), siendo el órgano administrativo responsable de los citados ficheros, y de su gestión, el Ministerio del Interior. Igualmente, y en adecuación a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, además de la denominación de los citados ficheros, su finalidad y órgano responsable de su gestión, se recogen en esta Orden Ministerial el resto de características exigidas por la mencionada Ley a los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas que contienen datos de carácter personal (usos previstos, personas o colectivos sobre los que se pretenden obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos, procedimiento de recogida de los datos, estructura básica del fichero y descripción de los datos de carácter personal incluidos en el mismo, cesiones y transferencias de los datos, órgano administrativo responsable ante el que pueden ejercitarse los derechos de acceso, cancelación y oposición, así como el nivel de medidas de seguridad exigible)”. “Respecto a los datos genéticos que pueden ser inscritos en la bases de datos policial que venimos comentando, tanto el Tratado de Prüm como la Ley Orgánica 10/2007 establecen con claridad que tan solo podrán inscribirse en los mencionados ficheros los datos obtenidos a partir del análisis de ADN no codificante, que, si bien permite una identificación absolutamente fiable de la persona, y que es distinto para cada individuo, no permite acceder a otro tipo de información sobre el sujeto, contenida en el ADN codificado, cuyo análisis no queda comprendido en el ámbito material de las normas citadas. Es decir, «los identificadores obtenidos a partir del ADN que proporcionen exclusivamente información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo», pero en ningún caso los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética”. “Ahora bien, el primer paso para obtener el citado perfil genético de una persona, y poder compararlo con otros perfiles de ADN registrados en la base de datos, es contar con una muestra o vestigio biológico para poder realizar el correspondiente análisis de ADN (...). Para ello, y para evitar que la citada prueba pericial de ADN sea tachada de irregular o de ilícita en el proceso penal, es necesario que la obtención de las muestras biológicas de referencia (dubitada e indubitada), y su posterior análisis, se efectúe conforme a las garantías exigidas por nuestra Constitución y leyes procesales, evitando así la vulneración de derechos fundamentales. Ahora bien, el escaso marco normativo que regula la recogida de muestras o vestigios biológicos hallados en el lugar del delito, o la toma de muestras obtenidas directamente de la persona imputada, como ya se indicó an-

teriormente, y será desarrollado con posterioridad, ha generado múltiples problemas en sede judicial, dictándose sentencias contradictorias, en lo referido a la obtención policial de las muestras (especialmente en las abandonadas por el sospechoso) y en la necesidad o no de contar con la previa autorización judicial. Asimismo, y a falta de un pronunciamiento concreto del Tribunal Constitucional respecto a la posible afectación de derechos fundamentales mediante las intervenciones corporales con la finalidad de obtener perfiles de ADN, la cuestión ha sido abordada por un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Ante este panorama legislativo y jurisprudencial, la Ley Orgánica reguladora de la base de datos policial de ADN, si bien ha venido a despejar algunas dudas, ha desaprovechado la oportunidad de establecer una regulación más específica y adecuada sobre la materia, que viniera a dar la seguridad jurídica que precisa esta prueba, que se ha convertido en los últimos años en la «prueba estrella» del panorama procesal, no colmando las expectativas que despertaba su aprobación. Así, en lugar de regular la toma de muestras biológicas en su articulado, lo contempla en su Disposición Adicional Tercera, estableciendo que «para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la LECrim».

No obstante, dicho precepto resuelve la cuestión relativa a si para proceder a la recogida de muestras biológicas es siempre necesario contar con la previa autorización judicial. Así, queda claro que tan solo será preceptiva en los casos en que para la toma de las muestras se requiera una intervención corporal (p.e. frotis bucal) y el afectado no preste su consentimiento. Por ello, conforme a esta Disposición Adicional, en sintonía con el citado Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, será válida una prueba de ADN obtenida de fluidos o restos biológicos arrojados o abandonados por una persona sospechosa de la comisión de un delito (saliva, colillas, prendas de ropa), recogidos por la Policía Judicial sin orden judicial”. “No obstante, y a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico, en España sigue pendiente una regulación legal pormenorizada de las distintas cuestiones que plantean las intervenciones corporales, y especialmente del uso de la coerción sobre las personas que, en el curso de una investigación penal, y mediando autorización judicial, se negaren a prestar su consentimiento para la práctica de dicha intervención”.

La Jurisprudencia es clara en lo que se refiere a la eficacia probatoria, reconociendo, desde el año 1992, el Tribunal Supremo, un porcentaje de error prácticamente irrelevante, si bien, de modo análogo al razonamiento tradicional en relación con la prueba lofoscópica, “pese a que la pericia de ADN constituye una prueba plena, en lo

que respecta a la acreditación de que la persona a la que se refiere ha estado en contacto con el objeto o víctima en que la muestra ha aparecido, ha de tenerse en cuenta que, como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial de la Sala 2.^a del TS, «cuando la prueba de ADN es la única existente y es factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o en la indeterminación, el proceso valorativo debe decantarse por una solución absolutoria». La STS 26.7.11, en particular, en relación con el cotejo de muestra con la base de datos policial sobre identificadores genéticos, se reputa innecesario “someter la conclusión así obtenida a un segundo test de fiabilidad, actuando después sobre las muestras de saliva del procesado (...). Es indudable también que el imputado puede rechazar de forma expresa la conclusión pericial sobre su propia identificación genética, cuando ésta se logra a partir de los datos preexistentes en el fichero de ADN creado por la LO 10/2007, 8 de octubre. La posibilidad de que entre el perfil genético que obra en el archivo y los datos personales de identificación exista algún error, es una de las causas imaginables -no la única- de impugnación. Sin embargo, ese desacuerdo, para prosperar, deberá expresarse y hacerse valer en momento procesal hábil. No se trata de enfatizar el significado del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de los actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal. Lo que se persigue es recordar que la destrucción de la presunción *iuris tantum* que acompaña a la información genética que ofrece esa base de datos -así lo autorizan la fiabilidad científica de las técnicas de obtención de los perfiles genéticos a partir de muestras ADN y el régimen jurídico de su acceso, rectificación y cancelación, autorizado por la LO 10/2007, 8 de octubre-, sólo podrá ser posible mediante la práctica de otras pruebas de contraste que, por su propia naturaleza, sólo resultarán idóneas durante la instrucción. Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio en un caso idéntico a éste”.

En suma, el acceso a la base no fue cuestionado en momento procesal hábil, la huella fue obtenida con todas las garantías, en tanto se prestó voluntariamente a tal análisis el procesado, sin que, en consecuencia, fueren necesarias las prevenciones del art. 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; la base o registro ha de considerarse con presunción de exactitud “*iuris tantum*” en cuanto a los datos que se incorporen a la misma, en tanto no se combatan en el momento procesal hábil para su contraste, y en el caso enjuiciado, la toma de muestras y obtención y suministro de datos a la base se había realizado en procedimiento diferente a aquel en donde surtían sus efectos, apareciendo la huella como indubitada. A tal efecto, nuestro Acuerdo Plenario de fecha 31 de enero de 2006 permite a la policía judicial la recogida de restos genéticos o muestras abandonadas por el sospechoso, sin necesidad de autorización judicial, que una vez analizadas se han de considerar como indubitadas. La presencia de los peritos en el juicio oral ha sido destacada por la STS 740/2010, de 6 de julio. La colaboración

voluntaria del imputado en la toma de muestras de saliva por parte de la policía, ha sido igualmente validada por la STS 634/2010, de 28 de junio, aunque lo preferible fuese la decisión judicial”.

Mucho más polémica ha resultado la cuestión de la validez constitucional de la prueba, en relación con las circunstancias de la recogida de la muestra biológica. “En principio conviene destacar, conforme al criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que «no resulta acorde con la estructura y finalidad del proceso penal la afirmación de que, en ausencia de regulación legal sobre recogida de vestigios, no puedan éstos ser recogidos, analizados y sometidos al dictamen pericial». Se trata, pues, de una prueba pericial legítima, sin perjuicio de que merezca mayor o menor credibilidad en atención a las garantías de su práctica, en ausencia de disposiciones legales que la regulen con suficiencia”.

Con la escasa base legal proporcionada por los arts. 326 y 363 LECrim. son conocidos los pronunciamientos contradictorios del Tribunal Supremo sobre recogida de muestras. “Los hechos similares que dieron lugar a dos pronunciamientos contrarios de la Sala 2ª del Tribunal Supremo son, en resumen, los siguientes: en ambos supuestos los acusados, tras cubrirse el rostro con una capucha para evitar ser reconocidos, procedieron en un caso a la quema de un autobús urbano y en el otro a la explosión de un artefacto situado en un cajero automático de una sucursal bancaria. En la huida, ambos sujetos abandonaron las capuchas empleadas, que fueron recogidas por los agentes de la Ertzaintza al efectuar el acta de inspección ocular del lugar del hecho y sus proximidades. En ambas prendas se encontraron restos biológicos a los que se practicó una prueba de ADN (obteniéndose una muestra dubitada). Con posterioridad, detenidos los sujetos por su implicación en la realización de actos de la llamada «kale borroka», y estando en los calabozos de una Comisaría de la Ertzaintza, en un caso uno arrojó un esputo al suelo de la celda y el otro al salir de la misma. Tales restos biológicos fueron recogidos con un hisopo por Agentes de la Ertzaintza y enviados a la Policía Científica que, tras el correspondiente análisis de ADN (muestra indubitada), pudieron determinar, en ambos casos, la coincidencia con los perfiles genéticos hallados en las prendas anteriormente descritas. Mediante esta prueba pericial se pudo acreditar la participación de ambos sujetos en cada uno de los anteriores hechos, siendo condenados por la Audiencia Nacional por delitos de daños terroristas. En la primera de las Sentencias (STS 501/2005, de 19 de abril), la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo consideró que la prueba indubitada (la del sospechoso) así obtenida había vulnerado el derecho fundamental al proceso con todas las garantías y, en consecuencia, estimó ilícita la citada prueba pericial de ADN, declarando la absolución del procesado, por vulnerarse asimismo su derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, y poco después, la misma Sala (STS 8072/2005, de 14 de octubre) se pronunció en sentido totalmente opuesto, al considerar que, en la obtención de la fuente de prueba (la muestra indubitada), no se vulneró derecho fundamental alguno y, por

tanto, la prueba pericial de ADN en este caso fue considerada lícita para fundamentar la sentencia condenatoria. La disparidad de los anteriores pronunciamientos estriba en considerar que, para la toma de dichas muestras, sea necesario o no contar con la previa autorización judicial”.

La inicial controversia que dividió la Jurisprudencia, acerca del alcance gramatical de los arts. 326, párrafo 3 y 363, párrafo 2 de la LECrim., se ha considerado ya resuelta (SSTS 685/2010, de 7.7 y 22.6.11) y definitivamente clarificada a raíz de la publicación de la LO 10/2007, 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN. Ya con anterioridad a esta Ley, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 31 de enero 2006, había establecido que “la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”, doctrina incorporada a SSTS 1190/2009, 3 de diciembre, 701/2006, 27 de junio, 949/20064 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre, entre otras.

La STS 25.10.11 destaca “la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado, se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva”, siendo, además, la inmediata consecuencia de la toma de tales muestras su incorporación al registro creado por la LO 10/2007, 8 de octubre. Al respecto y con invocación de la STS 685/2010, 7 de julio, se distinguen tres supuestos básicos: “a) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado. b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado; c) en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art.

549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados”.

En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24. 2 CE). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim. No es objeto de este recurso determinar las consecuencias de la infracción del derecho de asistencia letrada respecto de los perfiles genéticos que hayan podido incorporarse a la base de datos. El examen de los efectos que esa quiebra podría acarrear, desde el punto de vista probatorio, sólo podrá ser el resultado de la ponderación del caso concreto y de las circunstancias que lo individualicen”.

El Tribunal Supremo ha elaborado ya un cuerpo de doctrina sobre este tipo de pruebas (perfil genético a través del ADN), integrado, entre otras, por SSTs 5/2011, de 25 de enero, 1027/2010, de 25 de noviembre, 891/2010, de 15 de octubre, 685/2010, de 7 de julio, 740/2010, de 6 de julio, 710/2010, de 15 de junio, 287/2010, de 26 de marzo, 251/2010, de 17 de marzo, 634/2010, de 28 de junio, 123/2010, de 18 de febrero, 398/2010, de 19 de abril, 240/2010, de 24 de marzo, 229/2010, de 15 de marzo, 1190/2009, de 3 de diciembre, 151/2010, de 22 de febrero, y en el ámbito del recurso de revisión, la STS 792/2009, de 16 de julio .

En particular, respecto del almacenamiento de datos en ficheros de ADN, la STS 949/2006, de 4 de octubre, con cita de las SSTs 1311/2005, de 14 de octubre y 179/2006, de 14 de febrero señala que “en materia de investigación policial los análisis se ciñen a desvelar el ADN no codificante con exclusivos fines identificadores, a diferencia de los análisis realizados en el ámbito de la medicina con objetivos investigadores o terapéuticos. Por ello en la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, nº 15 de 13 de diciembre de 1999 se prevé un alto nivel de medidas de seguridad, desarrolladas en los reglamentos correspondientes, así como las disposiciones autonómicas, concretamente la orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior del País Vasco que regula los ficheros automatizados de datos de carácter personal, que sucedió a su equivalente normativo (Orden de 16 de mayo de 1996, del mismo Departamento). Tanto en una disposición como en otra, existen preceptos que garantizan que los datos de carácter personal registrados en los ficheros automatizados sólo serán utilizados para los fines expresamente previstos y por personal debidamente autorizado, asegurando en todo caso la confidencialidad, seguridad e integridad de los mismos mediante la implantación de medidas conducentes a hacer efectivas las garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre. En el caso presente no consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. En todo caso, si el almacenamiento de datos

excesivos o innecesarios perjudica o contravine la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la Ley, pero todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados. Es más, la Orden de 2.9.2003 del Departamento de Interior Vasco, limita su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal. En atención a lo expuesto resulta que cualquier temor o recelo de un potencial ataque al “habeas data” está injustificado, sin que por otro lado tales temores tengan que ver con la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la recogida y custodia de muestras si tal cometido se ha realizado con plena acomodación a la normativa vigente. Lo que nunca puede excluirse -recuerda la sentencia citada 179/2006 de 14.2- es que cualquier persona pueda infringir la Ley, en cuyo caso estaría sujeto a las correspondientes sanciones penales o disciplinarias que fueran pertinentes. Pero esa eventualidad en nada afecta a la prueba practicada y a la recogida y conservación de las muestras genéticas, que en ningún aspecto atacan al derecho fundamental contemplado en el art. 18.1 CE”.

La misma Sentencia citada examina la alegada vulneración del art. 18.4 de la Constitución que “consagra el derecho a la autodeterminación informativa, derecho que debe entenderse como aquel que ostenta toda persona física a la reserva y control de los datos que le conciernen en los distintos ámbitos de la vida, de tal suerte que pueda decidir en todo momento cuando, como y en qué medida esa información sea recogida, almacenada, tratada y en su caso transferida a terceros, así como a ser informado de los datos personales que a estos efectos se encuentren almacenados en ficheros o bases de datos, pudiendo acudir a los mismos con la posibilidad de exigir su identificación, puesta al día o cancelación . No obstante este derecho como todos, tiene excepciones y puede ser limitado por razones de otro interés preponderante. En la Ley de Protección de datos se establece en el art. 6 la exigencia del consentimiento inequívoco del afectado, pero en el mismo precepto se establecen excepciones. “No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recogen para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias” y en su art. 2-2c, dispone que el régimen de protección de datos de carácter personal que se establece en dicha ley no será de aplicación a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. De ahí que resulte lógico que cuando la parte solicite certificación de la Agencia General de Protección de Datos sobre la inscripción de los ficheros de la Ertzaintza sobre genética forense, se responda negativamente y que la Orden del Departamento de Interior Vasco de 2.9.2003, omita remitir datos sobre el fichero en cuestión, cuya existencia, características generales y finalidad fueron oportunamente comunicados a la Agencia de Protección de Datos por el Gobierno Vaso. Y en todo caso -insistimos- el hipotético incumplimiento del registro constituirá una irregula-

ridad administrativa que en modo alguno supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparejada la nulidad absoluta del análisis practicado. Legislación nacional que se ve reforzada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su art. 8 proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que solo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley, y por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo art. 8 señala que la salvaguardia de la intimidad permite la injerencia prevista por la Ley, cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito”.

Si el almacenamiento de datos excesivos o innecesarios perjudica o contraviene la normativa de Protección de Datos, será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la Ley. La Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial de ADN, destaca, en su Preámbulo, «el carácter sensible que dichos datos tienen y el importante grado de protección con que, naturalmente deben contar» y establece específicas garantías en aras de preservar el derecho a la intimidad que sistematiza FIGUEROA NAVARRO en las siguientes:

La inscripción en los citados ficheros se limita a «los identificadores obtenidos a partir del ADN que proporcionen exclusivamente información genética relativa a la identidad de la persona y de su sexo».

Los datos que se inscribirán son «los identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el art. 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados».

La inscripción en la base de datos policial de los anteriores datos identificadores obtenidos a partir del ADN «no precisará del consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento».

El uso de los datos contenidos en el presente fichero se limita a «las Unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entendiendo por tales las Unidades respectivas de la Policía y de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones» y a «las Autoridades Judiciales y Fiscales, en la investigación de los delitos previstos en el art. 3 de esta Ley».

Podrán cederse los citados datos a «las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policías de terceros países de acuerdo con lo previsto en los Convenios internacionales

ratificados por España y que estén vigentes». Asimismo, a las «Policías Autonómicas y al Centro Nacional de Inteligencia».

Finalmente, y de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos, la Ley Orgánica 10/2007 contiene las previsiones correspondientes respecto a la cancelación, rectificación y acceso a los datos (art. 9), estableciendo que «todos los ficheros que integran la base de datos objeto de esta ley están sometidos al nivel de seguridad alto» (art. 8).

En el estudio realizado para valorar el impacto de la STEDDHH en el caso S. y Marper contra el Reino Unido, en relación con la regulación y práctica procesal española, HOYOS avanza determinadas conclusiones. En cuanto a la exigencia de legalidad, pese a encontrarse garantizada en Derecho español, se destacan lagunas como la muy importante relativa a la posibilidad de obtención coactiva de una muestra orgánica en caso de negativa del sospechoso a prestarla, concreción del concepto “delito grave”, consentimiento y tratamiento del menor sospechoso, presupuestos de la destrucción-conservación de las muestras corporales o vestigios o designación de la autoridad ante la que se instará la cancelación o certificación, entre otros aspectos. Por otro lado, se valora “muy positivamente que en España, en la línea de la normativa comunitaria más reciente, y ya antes en el referido Tratado de Prüm, sólo se pueda integrar en los archivos policiales el denominado ADN no codificante. No obstante, esta garantía de que la injerencia en la vida privada o en la intimidad del sospechoso será la mínima imprescindible para los fines legítimos, podría verse desvirtuada por la conservación sin presupuestos ni límites claros de vestigios o muestras corporales para eventuales análisis o contraanálisis ulteriores –art. 5.1 LO 10/2007”. En cuanto al exigible grado de necesidad de la injerencia, si bien sólo accederán al fichero las personas sospechosas de comisión de delito (al margen de incorporación voluntaria de datos) se cuestiona el grado de sospecha exigible como presupuesto, señalando que “la proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos –investigación y prevención de hechos delictivos– sólo se respetará si el delito que se atribuye o imputa al sospechoso tiene suficiente entidad a la vista de la injerencia en los derechos fundamentales que se va a producir con el archivo de los perfiles identificativos, que además se intercambiarán con otros Estados”, reputándose oscura la mención de “delito grave” y preferible la designación de tipos penales concretos, o un límite punitivo determinado y expreso. Por lo que respecta al control judicial del mantenimiento de los datos en el archivo, se estima “fundamental una comunicación puntual y fluida entre la autoridad judicial y el “responsable del fichero”, de tal manera que en el momento en que concurra algún motivo de cancelación –v.gr.: absolución del imputado–, se proceda inmediatamente a la misma”, criticando la ausencia de un límite temporal máximo o absoluto claro. En materia de información de derechos al sospechoso, se echa de menos, en los protocolos policiales, la relativa al responsable del fichero –que no se concreta tampoco en la propia LO 10/2007, de qué manera o en qué supuestos podría ejercer los derechos de acceso, rectificación o cancelación, o

qué posibilidades existen de “uso o cesión” de datos, incluyendo, precisamente, una referencia a la cesión a autoridades de otros Estados que es objeto de este tema.

b) Antecedentes penales: Decisión 2009/316/JAI

En la Instrucción 3/2012 de la Secretaría General de la Administración de Justicia sobre determinadas cuestiones relativas a la organización y funcionamiento del Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia (SI-RAJ), particularmente en relación con la integración de los Registros Centrales de Penados y Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes y de Protección de a las Víctimas de Violencia Doméstica, de 31 de julio de 2012, se hace referencia a la entrada en funcionamiento, el 27 de abril de 2012, del Sistema europeo de intercambio de antecedentes penales (ECRIS) como consecuencia de la plena entrada en vigor de la Decisión 2009/316/JAI del Consejo de 6 de abril de 2009 y la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, lo que “constituye un elemento fundamental para la aplicación de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados Miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

El registro central de penados tiene ya en funcionamiento un sistema de petición de información de antecedentes penales de los ciudadanos de otros Estados de la Unión Europea, por lo que los juzgados y tribunales pueden solicitar estos antecedentes, cumplimentando la pantalla correspondiente de la aplicación: “consulta-nueva petición”. Cuando la nacionalidad corresponda a un país miembro de la UE se activará una alerta para petición de antecedentes a otro Estado. El registro central de penados cursará la petición y una vez recibida la contestación la remitirá electrónicamente al órgano judicial correspondiente. La entrada en funcionamiento de ECRIS supone la incorporación de todos los Estados de la Unión Europea a este sistema de intercambio de información, mejorando la calidad y cantidad de los datos.

Para el correcto funcionamiento del sistema es fundamental la correcta identificación de las personas sobre las que se realiza la pregunta o sobre las que han sido sentenciadas en España. Es necesario hacer constar al menos: nombre y primer apellido, nacionalidad, localidad y fecha de nacimiento, y cuantos datos identificativos puedan existir, además lógicamente de los datos relativos a la condena y su ejecución. La ausencia de datos, su insuficiencia o el hecho de que puedan ser erróneos darán lugar a su no aceptación por el Estado de nacionalidad y por lo tanto a la imposibilidad de obtener el correspondiente certificado. Se ruega especial cuidado en este tema.

Cuando se trata de ciudadanos con nacionalidad distinta a la de alguno de los Estados miembros de la UE, el órgano judicial podrá solicitar también las anotaciones penales que puedan constar en otro Estado miembro de la UE, siempre que de la información existente en la causa se derive la posibilidad de que en dicho Estado pueda existir información relevante.

Bibliografía

- ACED FÉLEZ, E.: *Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007.
- BAR CENDÓN, A.: *El Tratado de Prüm y la inmigración ilegal*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007.
- CÁMARA VILLAR, G.: *La garantía de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Intercambio de información policial en el marco de la Unión Europea*, en *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal* (libro electrónico). Aranzadi, 2008.
- DIETRICH PLAZA, C.: *El Tratado de Prüm en el marco de la regulación de protección de datos personales en la Unión Europea*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.: *Principio de disponibilidad y protección de datos personales: a la búsqueda del necesario equilibrio en el espacio judicial penal europeo*. Eguz Kilore nº 23, San Sebastián, diciembre 2009, págs. 357-366.
- FIGUEROA NAVARRO, C.: *Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN*. La Ley Penal nº 53, noviembre 2008.
- FREIXES SANJUÁN, T.: *Protección de datos y Globalización. La Convención de Prüm*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *Los datos genéticos en el Tratado de Prüm*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007.
- HOYOS SANCHO, M.: *Archivo y conservación en registros policiales de muestras policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN. Sentencia TEDH “S. y Marper contra el Reino Unido”, de 4-12-2008 y la regulación española sobre obtención y registro de identificadores obtenidos a partir del ADN del sospechoso o imputado*. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- DEL MORAL TORRES, A.: *La cooperación policial en la Unión Europea: propuesta de un modelo europeo criminal*. Real Instituto Elcano.
- PALOMO DEL ARCO, A.: *Antecedentes penales (registro de condenas) en el ámbito europeo*, en *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, págs. 371-399. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2008.
- PÉREZ FRANCESCH, J. L.: *Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007.

- PRIETO RAMÍREZ, L. M.: *La Ley Orgánica reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*. Revista Jurídica Aranzadi. Nº 747, 13 de marzo de 2008.
- REMOTTI CARBONELL, J. C.: *Las medidas contra el terrorismo en el marco del Tratado de Prüm*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007.
- RODRÍGUEZ, J.M y SORROZA BLANCO, A.: *El espacio de libertad, seguridad y justicia y la próxima Presidencia española de 2010. Parte 1ª. La implementación del Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo*. ARI nº 173/2009, de 22/12/2009. Real Instituto Elcano.
- SORROZA, A.: *La seguridad interior en la UE: diez años después del 11-S*. ARI 127/2011, 07/09/2011. Real Instituto Elcano
- VUELTA SIMON, S.: *El Tratado de Prüm, nueva herramienta de cooperación policial en Europa*. Curso Virtual de Cooperación Judicial Penal en Europa, Edición 2009.
- ZAMBRANO GÓMEZ, E.: *La regulación de los ficheros policiales en España y su tratamiento en la Convención de Prüm. La perspectiva de las autoridades nacionales de protección de datos*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007.
- ZILLER, Jacques. *El Tratado de Prüm*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Año 4, nº 7, enero-junio 2007 (versión española del original francés).

LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

Clara Penín Alegre

1. Reconocimiento Mutuo y derechos fundamentales

En toda entrega de sujetos imputados o condenados por delito no sólo se contempla la relación entre los Estados implicados. Presupone una previa relación entre el Estado de emisión y la persona reclamada (fruto del procedimiento penal que contra la misma dirige) y engendra una relación entre el Estado de ejecución y el sujeto a entregar (antes, el procedimiento extradicional, ahora el de entrega). De esta manera convergen tres campos del derecho: el internacional, el penal y el procesal. El Derecho Penal es expresión de la soberanía de los Estados y como tal opera como límite de la persecución de los delitos haciendo precisos mecanismos de colaboración internacional. Por su parte, el Derecho Procesal Penal regula el ejercicio del *ius puniendi* mediante un ENTRAMADO de difíciles equilibrios entre la protección de sensibles y valiosísimos derechos fundamentales y la necesidad de dotar al Estado de las potestades necesarias para proteger a la colectividad persiguiendo eficazmente los delitos. Una suerte de “Derecho constitucional aplicado” o de sismógrafo que refleja los valores básicos plasmados en la constitución de un Estado¹. Lógicamente crea conflictos cuando esa soberanía traspasa las fronteras y choca con otras “constituciones aplicadas”. La entrega de un sujeto por el Estado en que se ha refugiado, a otro Estado que le persigue penalmente, para que pueda ejercitar el *ius puniendi* supone el máximo nivel de cooperación penal. De ahí que la extradición, en cuanto susceptible de causar un gravamen irreparable en la libertad del sujeto junto a la lesión de otros valores, constituya uno de los ejemplos claros de colisión entre sistemas que no tienen por qué solventar de igual manera ese difícil equilibrio derechos fundamentales-protección

¹ Confr. ORMAZABAL acogiendo la terminología acuñada por ROXIN (texto citado en la bibliografía).

de la colectividad. Y por ello se ha reservado habitualmente su regulación a acuerdos revestidos de unas especiales garantías y sometidos a unos rigurosos principios consolidados durante los siglos XIX y XX, que lo diferencian del resto de técnicas de asistencia jurídica internacional.

Sin embargo, es un hecho que la moderna criminalidad, además de organizarse, traspasa fronteras y se ha visto beneficiada de los avances tecnológicos e incremento vertiginoso de comunicaciones acaecidos en las últimas décadas. La globalización de la economía ha propiciado la explotación de países con instituciones débiles y deficientes regulaciones penales. En Europa, la desaparición de fronteras no ha discriminado la libre circulación de delincuentes y del producto del delito. En este marco, el encorsetamiento que supone la soberanía de los Estados en materia penal proporciona un amplio margen de impunidad y dificulta tanto la investigación como la represión del delito. De ahí la necesidad de intensificar la cooperación jurídica. En una Europa sin fronteras interiores, los esquemas sobre los que ha pretendido diseñarse esta intensificación han mimetizado el sistema de libertades comunitarias. A la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales se ha unido la llamada quinta libertad o libre circulación de resoluciones judiciales².

La idea de ejecución en otro Estado de las resoluciones judiciales dictadas por los jueces penales no es una novedad de la cooperación regulada por la UE³. Existen precedentes en el marco del Consejo de Europa, como la CEVISP, que responden al esquema clásico de colaboración. Sin embargo, dentro de la Unión no es sino hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997, al sentar las bases para la creación de un “Espacio Judicial Europeo”, que Europa empieza a trabajar en una nueva idea: el principio de confianza recíproca como legitimador del reconocimiento de resoluciones. Entre las dos opciones que barajaba el Consejo Europeo de Cardiff (*15 y 16 de junio de 1998*) al elaborar el «Plan de Acción del Consejo» sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, cooperación judicial horizontal o imposición de un reconocimiento obligatorio, la UE se decanta por este último a partir del Consejo Europeo Tampere (*15 y 16 de octubre de 1999*), en la sesión especial dedicada a la creación de ese espacio de libertad, seguridad y

² Puede encontrarse un análisis y graduación de este principio en DELGADO. Esta denominación dio título a un artículo en 1986 de IGLESIAS y DESANTES (textos citados en la bibliografía final).

³ Confr. IRURZUN, Principio de confianza...

justicia⁴, acuñando la idea que ha sido repetida hasta la saciedad: el principio de reconocimiento mutuo debe ser la “piedra angular” de la cooperación judicial. En general, insta a la adopción de un programa de medidas para llevar a la práctica este principio de reconocimiento mutuo, finalmente adoptado en 12-2000⁵.

Como desarrollo de este Programa se han ido adoptando distintas DM en relación con las materias que contemplaba. La primera y más significativa se vio impulsada a raíz de los ataques terroristas perpetrados el 11-9-2001, a raíz de los cuales la Comisión propuso la creación de un mandamiento de detención europeo que habría de sustituir a los procedimientos de extradición⁶. Finalmente, el 13-6-2002 fue aprobada la DM 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre EEMM⁷ inaugurando la lista de DM que tratan de desarrollar la quinta libertad comunitaria. Por su parte, el TJCE ha avalado la adecuación de este instrumento para hacer efectivo el principio de reconocimiento mutuo al resolver la cuestión prejudicial planteada por el TC de Bélgica frente a esta primera DM⁸. Con este principio se persigue que la resolución dictada por una AJ de un EM con implicaciones transnacionales sea automáticamente reconocida por el resto de EEMM y despliegue las consecuencias legales que tendría en el país en que se dictó. Y se dice que está basado en la confianza recíproca pues, a pesar de las divergencias entre sistemas legislativos y judiciales nacionales, todos los EEMM confían en que el resto de ordenamientos respetan los derechos y libertades fundamentales, las garantías procesales y los valores propios del Estado democrático y de Derecho, como principios básicos conformadores de la convivencia en la UE.

Sin embargo, la mejora de los mecanismos de cooperación internacional y, entre ellos, la sustitución de la extradición por la ODE no puede hacerse a costa de los derechos del reclamado⁹. De ahí que sea un debate abierto la existencia de base suficiente en la DM para que la intervención de la autoridad de ejecución se extienda a hacer efectivos estos derechos y garantías, sin

4 Consejo de Tampere http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

5 DO C 12, 15-1-2001) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:012:0010:0022:ES:PDF>

6 DO C 332, 27-11-2001, COM (2001) 522 final.

7 DO L 190, 18-7-2002, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:PDF>

8 STJCE 3-5-2007, c. 303/2005, *Advocaten voor de Wereld*.

9 Ver sentencia 9-6-1998, nº 25829/1994, *Teixeira v. Portugal*.

olvidar que el procedimiento de ejecución de la ODE no tiene como objeto la sanción penal, sino hacer posible el proceso penal en otro Estado, lo que trató de plantearse en una cuestión prejudicial¹⁰.

El art. 6 de la versión consolidada del TUE¹¹ remite en esta materia a la Carta de Derechos Fundamentales, a la que reconoce como parte del Derecho de la Unión, que será interpretada conforme a las Explicaciones a la misma publicadas en el DOUE¹² y que ya tiene fuerza vinculante según reconoce la Declaración 1^a al Tratado de Lisboa. Estas explicaciones descansan en la jurisprudencia del TEDH, con el que la Declaración 2^a a este Tratado reconoce existe un diálogo regular. Tanto el art. 6 del TUE como el Protocolo n^o 8 de este Tratado prevén la adhesión de la UE al CEDH, y los derechos fundamentales que garantiza son declarados parte del Derecho de la Unión como principios generales. Claramente se refuerza la protección de los derechos fundamentales y las posibilidades de su invocación dentro de la UE.

2. Principios inspiradores e interpretación

Al utilizar la ODE, el jurista se enfrenta con una diversidad de legislaciones nacionales que han implementado la DM de forma no siempre homogénea. De hecho, una novedad lo constituye las actuales relaciones entre Estado de emisión y de ejecución, que antes se regían por el Derecho Internacional y en el que ahora convergen diversas normativas, todas ellas nacionales, desarrollo o implementación de un instrumento jurídico único de la UE pero no derecho comunitario. Podrá hablarse, pues, de relaciones distintas dependiendo de los Estados involucrados. Repetidamente se ha venido citando la Sentencia del caso *María Pupino*¹³ en cuanto reconoce el efecto “indirecto” de las DM, que obliga a interpretar el derecho interno de acuerdo con los fines de aquella. Este es el parámetro de interpretación también para las diversas Leyes de

10 Petición de 31-7-09, c.306/09, IB, si bien la sentencia de 21-10-2010 rehúye entrar en este problema. Finlandia ha desistido de la planteada el 25-2-2010, c.105/10, Gataev y Gataeva (Auto 3-4-2010). La jurisprudencia del TJCE puede verse en http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

11 <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ%3AC%3A2008%3A115%3ASOM%3AES%3AHTML>

12 Art. 52 de la Carta <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:303:SOM:ES:HTML>

13 STJCE 16-6-2005, C-105/03.

trasposición. Igualmente, si bien de forma más reciente y según se le han ido atribuyendo competencias, el TJUE está comenzando a pronunciarse sobre diferentes preceptos de la DM, además de sobre extremos que pueden tener incidencia en la entrega de sujetos. Y como puede observarse en un examen de esta jurisprudencia, la interpretación se hace sobre la base de los principios u objetivos de la DM.

El primer objetivo que la ODE viene a desarrollar es el de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales al que alude el Preámbulo de la DM que la regula. Sin embargo y pese al énfasis con que se alude al mismo, la regulación mínima que impone la DM no suprime el procedimiento de verificación de los requisitos y garantías de la resolución cuya ejecución se insta, exigiendo finalmente una decisión de la autoridad de ejecución acerca de su procedencia. No se trata de una entrega automática. De ahí que se debata en la doctrina y en los Tribunales si la ODE sigue siendo un procedimiento de extradición por sus finalidades, la entrega de un sujeto acusado o condenado por delito, y limitación de unos mismos derechos para llevarla a efecto, manteniendo pronunciamientos recaídos en materia de extradición para la ODE.

El segundo, igualmente señalado en la DM al mismo nivel que el anterior, es la protección de los derechos fundamentales. De hecho, la mejor manera de afianzar la confianza recíproca es aumentando esta exigencia. Y de ahí que sea básico para la comprensión e interpretación de la regulación sobre ODE su respeto escrupuloso. De hecho, el propio TCJE sobreentiende su cumplimiento para considerar no se vulneran los derechos del art. 6 TUE. El respeto de los derechos fundamentales es uno de los pilares sobre los que se asienta la UE. Por tanto, en la medida que el reconocimiento mutuo descansa en la confianza de que el sistema jurídico del resto de EEMM es respetuoso con el contenido absoluto de estos derechos, los Tribunales deben interpretar la normativa exigiendo que el respeto sea efectivo. De este modo, aun partiendo de la confianza en el sistema judicial extranjero, la alegación de una concreta violación con visos de realidad podrá ser examinada por algunos Tribunales en cuanto llamados a velar por la tutela judicial efectiva, facultad defendida por algunos autores¹⁴. De ahí que no sea extraño el que antes de proceder a la entrega se indague sobre este eventual peligro de violación alegado. Otra

14 Ver en este sentido la interesante reflexión de VOGEL previa a la DM y su teoría de “reserva europea en relación con los derechos fundamentales y los derechos humanos”, tesis también sostenida por CUERDA bajo la denominación del *non refoulement* y GONZÁLEZ-CUÉLLAR (textos citados en la bibliografía).

cuestión será la decisión que se adopte tras ese examen y lo que se considere como posible violación indirecta de llevarse a efecto la entrega.

3. Concepto, naturaleza y características de la ODE

La ODE se define en el art. 1.1 DM como una resolución judicial dictada en un EM de la UE con vistas a la detención y entrega por otro EM de una persona a la que se reclama para: i) el ejercicio de acciones penales (entrega para enjuiciamiento); ii) la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad (entrega para cumplimiento).

No obstante, no es ésta, o al menos no en exclusiva, su naturaleza. En primer lugar y como el nombre indica, es una «orden» dictada por una AJ para que se proceda a la detención inmediata del individuo dentro del ámbito de la UE, equivalente a una requisitoria internacional que precisa una previa resolución por la que se acuerde la privación de libertad. Si es para cumplimiento, una sentencia. Si es para enjuiciamiento, la resolución que el ordenamiento en cuestión prevea para su adopción. De ahí que el apartado b) del formulario exija que se haga referencia expresa a la sentencia o resolución por la que se acuerde la detención, único extremo de la ODE que, como se verá, resulta imperativo y de ahí la naturaleza de «orden de detención».

Segundo, además de una orden, este instrumento contiene una «solicitud de entrega». Así se indica en el encabezamiento del propio formulario, lo que le confiere el carácter propio de instrumento de cooperación judicial internacional. Que la situación de privación de libertad se mantenga mientras se decide la entrega, así como que se acuerde ésta en la decisión final, dependerá de la pertinente resolución judicial de la autoridad de ejecución y sin que necesariamente deba acceder a ambas.

Tercero, la ODE se dicta a través de un «formulario unificado» del que deben disponer todas las AAJJ de todos los EEMM. Este carácter viene a contrarrestar no sólo las dificultades idiomáticas propias del multilingüismo vigente en la Unión, con el efecto de permitir su reconocimiento físico inmediato. A pesar de la inexistencia de una gramática penal común europea, posibilita la utilización de una misma herramienta con un único lenguaje penal.

Por lo que a las características de esta regulación se refiere, en parte son comunes al resto de DM que desarrollan el principio de RM y permiten identificar los rasgos diferenciadores del antiguo sistema de extradición, desarro-

llo de tres ideas básicas: monopolio judicial, armonización y la simplificación del procedimiento.

a. Judicialización. Mecanismo exclusivamente judicial, en el que se suprime toda la intervención gubernativa y el principio de oportunidad¹⁵, permitiendo la cooperación judicial directa entre AAJJ. Esta nueva visión de la ODE conlleva que el papel de la AC pasa a ser de mero auxiliador.

b. Homogenización. La DM sienta las bases de un procedimiento común que todos los EEMM han implementado con un margen de discrecionalidad.

c. Armonización. Se facilita un formulario común. Impreso único, sencillo y breve, que conlleva una reducción de trámites y de documentación a remitir; consta de siete páginas, es idéntico para todas las AAJJ de la UE y en principio basta con su sola remisión acompañada de la traducción para que se produzca la entrega.

d. Simplificación. Desaparece como fase independiente la detención previa de la extradición. Basta con la emisión de la ODE para que se detenga al individuo, se active el procedimiento de decisión y se produzca la entrega.

e. Celeridad. Consecuencia de la desaparición del trámite gubernativo¹⁶, de la comunicación directa¹⁷ entre AAJJ y del establecimiento de plazos muy breves de tramitación. La decisión final ha de adoptarse en un plazo máximo de 90 días, lo que posibilita la continuación del procedimiento en el Estado de emisión en un tiempo relativamente corto.

f. Flexibilidad procedimental. Contempla la posibilidad de que el reclamado consienta la entrega¹⁸ con una reducción drástica de los plazos, e incluye mecanismos alternativos que, como la entrega temporal, permiten la agilización de la cooperación.

g. Favorecimiento de la entrega. Se suprime el control de doble tipificación para 32 categorías de delitos, se reducen los motivos de denegación,

15 Para MORENO, suprimida la intervención del ejecutivo, debería haberse terminados con las tres grandes trabas de la extradición: la doble incriminación, el principio de especialidad y la protección del nacional (en texto citado en la bibliografía final).

16 Descriptivamente, CUERDA denominaba a la extradición pasiva «sadwich» a la hora de distribuir los papeles del ejecutivo y judicial en la decisión (texto citado en la bibliografía).

17 Resalta CASTILLEJO como precedente el CEAJMP de 2000. Alentado desde la Recomendación R(82)1 del Comité de Ministros de 15-1-1982, es una novedad en la entrega de sujetos procesales (texto citado en la bibliografía).

18 Ya preveían esta simplificación en base al consentimiento del sujeto los Convenios de Schengen, Bruselas y Dublín.

permite la entrega de nacionales y desaparece la referencia a delitos políticos y militares¹⁹.

i. Garantismo. Se fortalece el respeto de los derechos fundamentales del reclamado desde el mismo momento de la detención y a lo largo de toda la tramitación, aplicando a la condena el tiempo de privación de libertad sufrido con motivo de la entrega.

4. Ámbito de Aplicación

4.1. Ámbito espacial

Fruto de una DM dictada en el seno de la UE, éste es el territorio en el que está llamada a operar la ODE²⁰. De hecho, el art. 31.1 DM solemnemente proclama que la ODE sustituirá, a partir del 1-1-2004, las disposiciones de los principales Convenios de Extradición por los que se regían hasta el momento los EEMM²¹. Sin embargo, la aplicación de la DM no fue inmediata. Precisó la adaptación de los sistemas internos. Aun cuando el plazo de incorporación finalizaba el 31-12-2003²², no todos los EEMM cumplieron esta obligación puntualmente. Pese al retraso inicial en las transposición (hasta 16 meses en el caso de Italia), y las iniciales dificultades constitucionales, su aplicación

19 Como indica LÓPEZ (2003), la DM no contempla la posibilidad de asilo entre los EEMM pues el principio de confianza recíproca permite atribuirles la condición de “país seguro”, estando obligados a adoptar una posición contraria a su concesión respecto de nacionales de estos Estados.

20 El 28-6-2006 se firmó un acuerdo entre la UE con Noruega e Islandia a fin de ampliar el mecanismo de la entrega a estos países con algunas modificaciones, acuerdo que no está en vigor todavía.

21 El CE de extradición, de 13-12-1957 y sus dos protocolos adicionales; el CE para la represión del terrorismo de 27-1-1977 en lo que se refiere a la extradición; el Acuerdo entre EEMM relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, de 26-5-1989; el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los EEMM de la UE, 10-3-1995; el Convenio relativo a la extradición entre los EEMM de la UE de 27-9-1996; y el capítulo IV del título III del CAAS de 19-6-1990.

22 Obligación que los 15 países originarios de la Unión debían cumplir, conforme al art. 34.1 de la DM y que quedó diferida para los 10 nuevos EEMM al 1-5-2004. Bulgaria y Rumanía, de integración posterior, se les aplazó al 1-1-2007.

lo es ya para todos los miembros de la UE y puede calificarse de un éxito de progresiva utilización²³.

El primer efecto práctico es el de simplificación del caos normativo que regulaba la extradición dentro de la UE. En él convergían distintos niveles jurídicos de regulación, superponiéndose progresivamente. Ninguno de ellos dejaba sin efecto al anterior sino que lo venía a “complementar” La ODE facilita drásticamente la identificación del texto aplicable. En la actualidad, en la UE la detención y entrega de un imputado o condenado se rige únicamente por la ODE.

Sustitución con dos matices. Primero, sólo opera respecto de los EEMM de la UE, pero no en la relación con Estados no miembros. Segundo, la sustitución no es total sino que, como indica la propia DM en el art. 31, los EEMM podrán seguir aplicando o celebrar nuevos acuerdos que permitan ir más allá de los objetivos o simplifiquen o faciliten los procedimientos de entrega²⁴. De hecho, acontecimientos posteriores como la anulación de la normativa alemana, por la que se adaptó la DM al ordenamiento interno, provocaron como primera consecuencia la reactivación el extinto sistema de extradición hasta el 2-8-2006²⁵.

a) Ámbito temporal

En principio, la ODE estaba pensada para aplicarse a las solicitudes cursadas a partir del 1-1-2004. Al margen del retraso en la trasposición, 3 EEMM limitaron su aplicación a una fecha de comisión de los hechos en aplicación del art. 32 DM. En concreto, Francia, Italia y Austria: Francia, hasta el 1-11-1993, Italia y Austria, hasta el 7-8-2002. Con posterioridad a la DM, otros países han seguido este sistema en contra de las previsiones de la DM. Incluso

23 Actualización de la evaluación por la Comisión relativo a la aplicación de la DM desde 2005 [SEC(2007) 979] <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/07/st11/st11788.es07.pdf>

24 Así lo han hecho Dinamarca, Finlandia y Suecia al considerar que en la mayoría de los ámbitos la legislación uniforme en vigor entre los Estados nórdicos autoriza a simplificar y hacer más fáciles los procedimientos de entrega. DO L 246 29-9-2003, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:ES:PDF>. La República Checa también mantiene los Tratados con Eslovaquia y Austria. Ejemplo de compromisos adquiridos con posterioridad está la aprobación de la denominada “orden de detención nórdica”. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st05/st05573.en06.pdf>

25 Mediante la Sentencia de 18-7-2005 del TC alemán, en el caso *Darkanzali*.

Italia fue más allá de su inicial declaración y limitó su aplicación a ODEs emitidas o recibida después de la entrada en vigor de su ley²⁶.

b) Ámbito material

La ODE tiene como objeto la detención y entrega de un sujeto incurso en un procedimiento penal. Así se deduce del art. 1.1 de la DM, indicando que la persona reclamada debe serlo para el ejercicio de acciones penales (ODE para enjuiciamiento) o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad consecuencia de haber sido juzgado (ODE para cumplimiento).

La DM no excepciona ningún delito de su ámbito de aplicación. No obstante, y ésta constituye una de las novedades más acentuadas de la ODE, la determinación del ámbito material por razón del delito se hace conforme a un sistema dual. Va a exigir distintos requisitos según el delito sea uno de los recogidos en un listado de 32 categorías de delito²⁷ o no, resultando común

²⁶ Luxemburgo, que no hizo manifestación alguna en el momento de la adopción, la hizo al trasponer la DM y aunque los nuevos EEMM que se integraron en la UE no disponían de esta facultad, la República Checa y Eslovenia incluyeron sendos límites. En el caso de la República Checa incluso sin respetar el límite absoluto que prevé la DM del 7-8-2002, si bien modificó su legislación el 19-4-2006 atemperando esta declaración para los nacionales. Eslovenia finalmente ha retirado su declaración para hechos posteriores al 7-8-2002, documento del Consejo n^o 13636/08, 3-10-08, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN747.pdf.

²⁷ Pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas según el Convenio 26-07-1995, sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro, delitos de alta tecnología, en particular delito informático, delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas, ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal, homicidio voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias

la exigencia en todo caso de un mínimo punitivo o umbral de duración de la pena en el Estado de emisión.

- Delitos incluidos en el listado del art. 2.2 DM²⁸.

Mínimo punitivo. Para estos delitos se exige que la pena o medida de seguridad privativa de libertad sea superior a 3 años en el Estado de emisión, sin diferenciar entre ODE para enjuiciamiento o cumplimiento.

c) Ausencia de control de doble tipificación

- Delitos no incluidos en el listado (art. 2.1 DM).

Mínimo punitivo. Para ODEs de enjuiciamiento, la pena o medida de seguridad prevista en la ley del Estado de emisión deberá ser de al menos 1 año de privación de libertad atendiendo a la pena en abstracto. Para las ODEs de cumplimiento de pena o medida, que ésta sea de al menos 4 meses. En ambos casos y a diferencia del sistema tradicional²⁹ ya no es necesario que el Estado de ejecución cumpla mínimo alguno³⁰.

Control de doble tipificación (arts. 2.4 y 4.1 DM): tan sólo se requiere que los hechos estén también tipificados en el Estado de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación, labor de interpretación que en este caso corresponde a la autoridad de ejecución, por lo que algunos autores consideran que este control no es tan amplio como en la extradición.

El mayor problema que plantea el listado al emitir una ODE será el de interpretar si los hechos objeto del procedimiento son subsumibles o no en alguna de las categorías, lo que debe hacerse constar en el formulario tachando la casilla correspondiente. En principio, esta competencia es exclusiva del órgano de emisión. Pero la necesidad de efectuar una somera descripción de los hechos entrañará que, caso de abuso en la calificación, puedan surgir pro-

nucleares, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, secuestro de aeronaves y buques y sabotaje.

28 Listado que, como indica CASTILLEJO (texto citado en la bibliografía), son los delitos competencia de Europol, cuando no delitos incluidos en Tratados de los que todos los EEMM son parte. Como indica MORENO, el examen de doble incriminación no se suprime tampoco en este caso pues se sobreentiende que todos los países tienen tipificados en sus CP figuras que se corresponden con estas categorías, por lo que el examen de doble incriminación habría venido hecho *a priori* en la norma comunitaria (texto citado en la bibliografía). Ver normativa del Nivel II.

29 Artículo 2.1 CEEEx.

30 El Convenio de Dublín (art. 2) ya sustituía el sistema tradicional por uno de doble tasa de penalidad.

blemas para la ejecución de la ODE y sea evidenciado por la Comisión en sus evaluaciones³¹.

Finalmente y teniendo en cuenta que pervive el principio de especialidad en la ODE, conforme al cual la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiera motivado ésta salvo en los supuestos que la norma recoge (27.2 DM), es aconsejable que se efectúe la reclamación del sujeto por todos aquellos delitos que tuviera pendientes en el Estado de emisión. Lo que representa un problema en los países, como España, en que AJ de emisión no está centralizada. Pero el formulario recoge la posibilidad de que sean varias las infracciones por las que se inste la entrega. En principio y atendiendo a los mínimos punitivos, es necesario que el ilícito revista cierta gravedad, no estando prevista la *entrega accesoria*, para delitos menores que no alcancen el umbral de pena exigido³². Algunos autores rechazan, por quedar omitida, esta posibilidad. En virtud del art. 31.2 DM podría interpretarse que el precepto del CEEEx, como convenio multilateral suscrito por los EEMM, facilita el procedimiento de entrega en este punto y en este sentido se decanta la Comisión.

5. Emisión de una ODE

5.1. Autoridad competente

Lo será aquélla AJ designada por cada Estado en aplicación del art. 6 DM, pudiendo consultarse en la página del Consejo de la UE en sus respectivas declaraciones, siendo una cuestión de derecho interno del Estado de emisión. Se plantea si alcanza a otras jurisdicciones con competencia para acordar penas o medidas privativas de libertad. En primer lugar y al no excepcionar el delito militar como hiciera el art. 4 del CEEEx, caso de que exista una jurisdicción distinta de la ordinaria, nada impida que pueda hacer uso de la ODE. Igual cuestión se plantea con la posible jurisdicción de menores. Cierto es que la DM prevé como motivo de no ejecución imperativo el que la persona reclamada no pueda ser considerada responsable penalmente de los hechos. Cada

³¹ Sostiene una mínima facultad de control por la AJ de ejecución al apreciar el relato fáctico MORENO (texto citado en la bibliografía).

³² A diferencia de lo que ocurría con el art. 2.2 CEEEx.

país recoge una distinta edad penal y para tramos inferiores al marcado suelen preverse medidas de privación de libertad. Es una cuestión abierta y depende de cada país, incluso del intérprete, la solución que se da a la cuestión.

a) La solicitud

Su contenido se encuentra en el art. 8 DM y lo desarrolla el formulario. Para su confección se aconseja seguir el Manual europeo de emisión de ODE que obra en la página del Consejo de la UE³³, cuya principal finalidad es la de armonizar las prácticas divergentes constatadas en los distintos EEMM. La ODE, en cuanto medida restrictiva de derechos, ha de ser adoptada atendiendo al principio de proporcionalidad, considerando que es una medida que restringe la libertad de persona y el alto coste económico de la entrega³⁴. Requisito objeto de precisión en la última versión del Manual, invitando al uso de medidas alternativas menos restrictivas de derechos³⁵.

i) Fase procesal

La DM no establece ninguna previsión sobre el momento procesal en que puede ser emitida limitándose a exigir que la entrega se haga para el ejercicio de acciones penales o para ejecución de una pena o medida de seguridad ya impuesta. Parece que la ODE no está diseñada para indagaciones sobre sospechosos no sustentadas sobre un mínimo probatorio sino que los indicios deben permitir el ejercicio de acciones penales. En este sentido el Manual europeo recuerda la STJCE en el caso *Advocatén* (que por su importancia incorpora al mismo junto con la sentencia *María Pupino*), así como el contenido del art. 49 de la Carta de Derechos Fundamentales sobre la vigencia de este principio³⁶.

ii) Forma y contenido

El contenido de la ODE viene dado por el formulario, por lo que éste se

33 El Manual efectúa la advertencia de que las observaciones que recoge no tienen carácter vinculante, al tiempo que recuerda al obligación de interpretación conforme derivada de la Sentencia *María Pupino*.

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/o8/sto8/sto8216-reo2.eso8.pdf>

34 La Corte di Cassazione, Sección VI, 17-19-4-07, nº 15970, Piras e Stori: anula una decisión de ODE acordada a los simples efectos de obtener un testimonio.

35 Han de valorarse la gravedad de la infracción, la sanción, las posibilidades de detención, la necesidad de protección de la población y los intereses de las víctimas. Respecto de la necesidad de cumplir con el requisito de necesidad en cuanto medida restrictiva de derecho y posibilidad de denegar la entrega por este motivo se ha planteado la cuestión prejudicial c.396/11, 27-7-2011, *Radu*.

36 Reino Unido exige para la entrega que las investigaciones se hayan cerrado.

encarga de incluir todas las exigencias que recoge el art. 8 DM y no precisa que se acompañe inicialmente de ningún otro documento. El propio Manual europeo recomienda descargarlo en el ordenador personal. Es decir, no es necesario que se adjunte la resolución (auto o sentencia) que le sirve de presupuesto. Pero sí hacer en el apartado b) del modelo una referencia que permita su identificación: número, procedimiento, fecha y, en caso resolución distinta a sentencia, que es de detención o prisión³⁷. El impreso puede obtenerse por todos los EEMM en todos los idiomas comunitarios en la página de la RJE, la cual incluye un apartado “*EAW Wizard*” que facilita la redacción *online* de la ODE mediante una herramienta interactiva³⁸. Dicha página también incluye los distintos formularios en su correspondiente apartado “*forms*”³⁹. Igualmente están disponibles en la página oficial del Consejo de la UE⁴⁰. Necesariamente ha de ser utilizado este impreso y no otro abreviado o prescindiendo de epígrafes, y rellenarse a máquina, no a mano. Un formulario por cada sujeto, pero puede ser objeto de reclamación por diversas infracciones en una misma ODE.

El impreso ha de ser rellenado por la AJ, sea cual sea la vía utilizada para la transmisión y se conozca o no el paradero del sujeto. Así se especifica en la letra i), requiriendo firma y sello oficial al final de la ODE. No cabe, pues, remitir un oficio a SIRENE o INTERPOL para que efectúe esta labor en nuestro nombre. En cuanto a su cumplimentación material, es el propio documento el que va pidiendo la información necesaria e imprescindible a los efectos de la entrega⁴¹.

El apartado a) consiste en la descripción del sujeto reclamado⁴², con los

37 Sin embargo, no nos extrañe que alguna autoridad de ejecución nos lo requiera como información complementaria pese a que, como recuerda el Informe de la Comisión no es necesario.

38 <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/eawwizard.aspx>

39 <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/forms.aspx>

40 <http://www.consilium.europa.eu/App/PolJu/Default.aspx?Detailid=134&cmsid=720&lang=ES>

41 EL SIS I sólo admite la introducción de una única ODE por persona en cada EEMM en cuanto sólo permite una descripción o modelo “A” (formulario de la descripción inicial, señalamiento o alerta, que permite la consulta única y simultánea en los diversos EEMM). Una vez validado e incluido en el sistema, SIRENE conserva la información del resto de ODEs que se han emitido sobre la misma persona en ese EEMM a través de múltiples modelos “M” (información diversa de un mismo señalamiento).

42 Una ODE por sujeto, con independencia de que hayan participado varios en un mismo hecho delictivo.

datos que tengamos en la causa. Lo normal es que se desconozca el paradero, en cuyo caso habrá que hacerlo constar así. Algunos países exigen que se concrete como información adicional el idioma que entiende el reclamado. Si se desconoce este extremo, resulta conveniente dejar constancia de ello en este apartado.

Si se dispone de fotografías, huellas dactilares, señas personales (tatuajes, deformidades, características especiales, etc.) o análisis de ADN, el formulario ya nos indica que deben adjuntarse, pues la identidad del sujeto reclamado suele ser uno de los puntos más conflictivos en el procedimiento de entrega. Si no se dispone de ninguno de estos datos, lo que por otro lado será el supuesto más habitual, es conveniente hacer una referencia al número de atestado y grupo que lo ha levantado, de existir, para que el canal policial utilizado haga las gestiones necesarias para reunir la ficha dactiloscópica y el material de identificación. También es conveniente hacer referencia a la peligrosidad del sujeto o posibilidad de que porte armas⁴³. Si utiliza nombres falsos, se aconseja consignarlos entre corchetes e incluir los datos fraudulentamente utilizados en todos los campos relativos a su identidad.

La decisión base de la orden (el auto o la sentencia) se identifica en el apartado b), que permite diferenciar la finalidad de la ODE (para enjuiciamiento o para cumplimiento de pena o medida, incluyendo la fecha de la firmeza)⁴⁴. En la casilla que no resulte pertinente puede consignarse “no procede” o tacharla. Las sentencias dictadas en rebeldía plantean problemas a este respecto pues en muchos EEMM no son “ejecutables”⁴⁵, decantándose el Manual porque se consignen en el apartado b) 1 y no en el b) 2.

El apartado c) requiere, a efectos de comprobar si se cumplen los umbrales punitivos, que se indique la duración máxima de la pena: la que puede imponerse o la ya impuesta así como la que resta por cumplir, según la fina-

43 Irlanda remite la “evaluación de riesgo” sobre las personas objeto de ODE.

44 Si el procedimiento avanza y el sujeto, por ej., es juzgado en rebeldía, el Manual aconseja emitir nueva ODE.

45 Este extremo, por la incidencia de cara a la aplicación de la garantía de retorno de los nacionales en relación con los arts. 4.6 ó 5.3 DM se planteó en la cuestión prejudicial IB 31-7-09 (C-306/09), considerando las conclusiones de 6-7-2010 que cabe la mutación de la ODE dependiendo de las circunstancias. La STJUE 21-10-2010 resuelve que cuando el EM de ejecución haya incorporado el artículo 5.1 y 3 a su ordenamiento, la ejecución de una ODE de cumplimiento dictada en rebeldía puede condicionarse a que la persona, nacional o residente en el EM de ejecución, sea devuelta para cumplir la pena impuesta tras un nuevo juicio celebrado en su presencia en el EM emisor.

lidad de la ODE. Nuevamente habrá que tachar o consignar que “no procede” el apartado correspondiente y de forma correlativa al apartado b)⁴⁶. Si la pena impuesta es indefinida (ej. perpetua o internamiento en centro psiquiátrico), deberá especificarse que al menos quedan por cumplir 4 meses.

Respecto del apartado d) cuando la sentencia se ha dictado en rebeldía, en primer lugar ha de recordarse que la DM 2009/299/JAI⁴⁷, cuya fecha límite de trasposición era el 28-3-2011 (excepcionalmente el 1-1-2014 si existen dificultades) modifica este apartado. Es el epígrafe donde ha de especificarse si el reclamado fue citado personalmente o informado por otros medios o, alternativamente, no lo fue pero dispone de garantías que puede prestar anticipadamente a través del recuadro f) en su caso. Así se evitará se nos pida información adicional, ya que es a la AJ de ejecución a la que incumbe evaluar tanto si el juicio no puede ser calificado de “justo”, como el grado de “suficiencia” de las garantías ofrecidas. El Manual europeo aconseja que se incorpore en el recuadro b).1 (sentencia no firme) y aprovechar el recuadro f) para explicar la situación. Principalmente, cuando no ha sido citado personalmente pero sí “por otros medios” permitidos por la legislación del Estado de emisión, explicando cuáles son y el grado de certeza de que el reclamado ha tenido efectivo conocimiento de la fecha y lugar del juicio; las condiciones de la nueva vista o recurso que cabe si ha sido juzgado en rebeldía, plazo para interponerlo, y si la notificación de la ODE se asimila a la notificación de la sentencia a efectos del plazo para recurrir⁴⁸. Por lo demás y aun cuando el reclamado, una vez detenido como consecuencia de la ODE, pueda entenderse que ya tiene conocimiento formal del procedimiento seguido en su contra dado que necesariamente ha de ser informado de su existencia y del motivo de la ODE⁴⁹. La nueva DM

46 Salvo para la sentencia dictada en rebeldía si se ha optado por considerarla resolución “no ejecutiva”.

47 De 26-2-2009, por la que se modifican las DM 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27-3-2009) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:ES:PDF>

48 Por las dificultades de traducción, el Tribunal de Gante ha traducido la normativa de los juicios en ausencia a todos los idiomas comunitarios.

49 En la vertiente de respeto a los derechos fundamentales del reclamado, hasta el momento podía interpretarse que seguía siendo de aplicación el Segundo Protocolo al

2009/299 dispone que la información que sobre la sentencia se suministre en la ejecución de la ODE no servirá como notificación a efectos del cómputo del plazo para recurrir.

Quizás el punto más complicado pueda ser el apartado e) relativo a la descripción de la infracción. Lo primero que se nos va a pedir este recuadro es el número de infracciones por las que se emite, siempre referidas a un mismo sujeto. Numeración que deberá seguirse en toda la información que requiera el recuadro. A continuación se solicita una descripción de los hechos. La redacción ha de ser lo más sencilla y breve posible. Primero, por cuanto los formularios han de ser objeto de traducción. Segundo y según informa SIRENE y recoge el Manual europeo, si no son sucintas suponen un problema que obliga a la utilización de diferentes formularios accesorios, dado que la longitud técnica del SIS en cada una de las casillas es de 1024 caracteres, lo que supone unas 15 líneas aproximadamente. Teniendo en cuenta aspectos funcionales y que las Oficinas SIRENE no pueden alterar la redacción de la ODE emitida por un órgano judicial (una cosa es la subsanación técnica y otra la modificación de una “orden”), es deseable un esfuerzo a la hora de realizar una redacción completa y a la vez concisa en la descripción. De no hacerlo existe peligro de colapso en estas Oficinas, que además deben preparar una “traducción de apoyo” para su introducción en el SIS. Esta concisión no es exigida en igual medida por INTERPOL. Al redactar los hechos no es conveniente que se copien los del escrito de acusación o los de los hechos probados de la sentencia, como tampoco incluir datos innecesarios. El art. 8 DM especifica cuáles son las circunstancias que necesariamente han de relatarse: momento en que se cometieron (concretamente el día, para determinar la aplicación en el tiempo de la ODE, la posible prescripción o, caso de concurrencia con otras solicitudes, valorar este dato), el lugar (a efectos de competencia internacional y comprobación el territorio en que se han desarrollado, por lo que la descripción debe ceñirse a esta finalidad, bastando con citar la localidad donde se han producido los hechos), el grado de consumación y el de participación de la persona reclamada. Habrá que huir de detalles innecesarios o extremos no imprescindibles para comprender la tipificación de los mismos desde la óptica de una autoridad extranjera, como la descripción profusa de unas heridas.

CEEx y considerarse que la notificación de la ODE no equivale a la notificación de la sentencia recaída en su ausencia, por aplicación del artículo 31.2 DM, a los efectos del cómputo del plazo para interponer el referido recurso.

El segundo inciso de este apartado interesa, mediante la denominación de naturaleza y tipificación legal de la infracción y disposición legal aplicable, la calificación jurídica del delito o delitos objeto de la ODE y la reseña del precepto legal en que se describe. No es necesario, pues, que se aporte copia de la legislación. Esta calificación no se precisa para los delitos de la lista comprendida en el apartado e) del formulario ODE y que no exigen control de la doble incriminación. En tal supuesto basta con que se marque el correspondiente en la casilla situada en el margen izquierdo, recordando que la pena o medida debe ser al menos de 3 años de privación. Recordatorio que hace el propio modelo, si bien con una redacción un tanto confusa. Sí es necesario que se describa el delito cuando la infracción queda fuera de la lista (apartado e) II), pudiendo perfectamente transcribir el precepto que lo regula. Conviene pensar que el destino de esta descripción es una autoridad extranjera que desconoce nuestro sistema penal y de ahí que le facilitemos la información. El Manual europeo recomienda incorporar las infracciones accesorias que, sin cumplir el umbral de privación de libertad, ha cometido el sujeto. Quedará a la facultad de la AJ de ejecución conceder la ODE también por estos hechos.

Bajo el apartado f) inserta la ODE un recuadro permitiendo dejar constancia de lo que denomina información facultativa. Entre los ejemplos mencionados en el formulario destaca las causas de dilación del proceso, pues ésta es una cuestión examinada por algunos EEMM y suele ser objeto de información complementaria⁵⁰. Este es el espacio que permite plantear, sea cual sea el resultado de la decisión, la adopción de medidas como la entrega temporal o la toma de declaración (con o sin desplazamiento al territorio) de los art. 18 y 24 DM, incluido el empleo de la videoconferencia⁵¹. También sería admisible avisar por este cauce de las circunstancias de urgencia que pudieran concurrir o hacer, si se considera oportuno, alguna referencia al hecho de haber permanecido ya privado de libertad en nuestro país, así como cualquier otra eventualidad que consideremos pudiera ser de interés a la hora de adoptar la decisión, tanto sobre la situación procesal en espera de la resolución, como sobre la propia entrega⁵². Lo que no deberá incluirse en este apartado es el

50 Motivo de oposición denominado "*passage of time*" cuando transcurre más de un año entre la comisión del delito y la ODE.

51 El Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los EEMM de la Unión Europea, 29-5-2000 lo regula. DO C 197, de 12-7.

52 Conviene recordar que la ODE, en cuanto solicitud, no conlleva necesariamente

extremo relativo a los objetos que sean prueba o resultado del delito, pues dicha cuestión se aborda en el siguiente apartado, salvo que se anuncie su reclamación anticipada y urgente⁵³.

El apartado g) dedicado a los objetos que pudieran servir de prueba o que sean resultado del delito y estén en su poder. Deberán ser descritos y proporcionarse datos para su localización a fin de posibilitar su incautación, siempre y cuando se conozca. No incluye los simples efectos personales del reclamado.

El apartado h), se dedica a la pena perpetua, casilla que contempla específicamente la información que puede servir como garantía para los Estados que tienen prevista esta pena, indicando si cabe la revisión o medidas de clemencia, cuya explicación puede consignarse en la información opcional del apartado f). Si no existe esta clase de privación, se hará constar que “no procede”. El manual europeo aconseja incorporar también la posible duración indefinida de la medida o pena el recuadro c).

Finalmente, el antepenúltimo recuadro, apartado i), tiene como objeto identificar la autoridad emisora, titular del órgano o su representante (referencia del expediente, número de teléfono, fax, e-mail, etc.) y obliga a dejar constancia de los datos necesarios para permitir una comunicación directa (cuando se produce la detención, es un extremo muy importante). Aquí puede ser conveniente consignar los idiomas en que podría entablar esta comunicación o proporcionar las de otra persona que pueda servir de contacto⁵⁴. El recuadro final exige estampar el sello y la firma de la AJ que la emite, tal y como especifica la propia ODE, firma en que se reitera nombre y función de la autoridad así como la fecha de emisión.

Rellenado el formulario se entenderá confeccionada la orden de detención europea, sin mayores aditamentos, documentos anexos ni otras informaciones que las que la autoridad de ejecución nos vaya requiriendo.

b) Transmisión

La transmisión y el procedimiento para llevarla a efecto se regulan en los

el que la persona reclamada permanezca hasta el momento de la decisión y, en su caso, de la entrega, privado de libertad (decisión exclusiva de la autoridad de ejecución una vez que el reclamado le es puesto a su disposición (art. 17 DM).

⁵³ Podría instarse también el comiso de estos objetos y reclamarlos antes de la entrega por comisión rogatoria (que se regirían por los instrumentos convencionales entre los países implicados).

⁵⁴ No debe extrañar que a la recepción de la ODE la autoridad de ejecución remita un fax o e’mail acusando recibo.

arts. 9 y 10 DM y contempla tanto la posibilidad de que se conozca el paradero del reclamado como que este dato se ignore, que será el supuesto habitual.

- Paradero conocido del reclamado

Si se conoce el domicilio de la persona se “permite” la comunicación directa entre AAJJ. Una vez identificada la autoridad que tiene atribuida la competencia en el Estado de ejecución, cabe remitirle la ODE directamente⁵⁵. Esta tarea la facilita la RJE como prevé el art. 10.1 DM a través del Atlas obrante en su página web⁵⁶, asesorando también sobre cuáles son las exigencias de su normativa nacional.

Si nos equivocamos en la remisión existe la obligación del receptor de transmisión de oficio a la autoridad competente, informando de ello a la de emisión⁵⁷. Finalmente, ha de recordarse que algunos países han previsto una autoridad de transmisión y recepción distinta de la de ejecución, en uso de la facultad ofrecida por el art. 7 DM. El mayor problema práctico lo representa la exigencia de traducción por la falta de medios suficientes y diversidad de idiomas comunitarios. De los 27 EEMM, 13 aceptan el inglés pero muchos exigen su propia lengua (ver recuadro de idiomas aceptados por países en el Nivel II). Pero en este caso, al no ser fruto la remisión de una previa detención y conocerse de antemano el país al que va a dirigirse, la traducción puede llevarse a cabo sin la premura de los breves plazos establecidos por las distintas legislaciones para la remisión de la ODE tras la detención del individuo.

- Paradero desconocido del reclamado

Lo normal es que se ignore dónde se encuentra el imputado o condenado, y si lo está en algún EM o no. El formulario de la ODE sirve también como requisitoria internacional para posibilitar la detención en todos los países del mundo, reseñando este extremo, además de en el título de la ODE (añadiendo “e internacional”), en el apartado f), ofreciendo la remisión de una solicitud de extradición. En tales supuestos habrá que remitir un ejemplar a INTERPOL y, en aquellos países en que no esté centralizada y exista, otro a la oficina

⁵⁵ Según el Informe de la Comisión y por lo que respecta a los contactos entre autoridades de ejecución y emisión, éstos suelen producirse a través de la oficina SIRENE, canal por el que se remiten la mayoría de las órdenes así como la petición de información adicional. Los Magistrados de Enlace, cuando existen, también son utilizados, al igual que los puntos de contacto de la RJE. El intercambio de información puede acentuarse para organizar la entrega práctica del sujeto, una vez adoptada la decisión.

⁵⁶ http://www.ejn-crimjust.europa.eu/EAW_atlas.aspx

⁵⁷ Artículo 10.6 DM.

SIRENE para su gestión en el SIS⁵⁸. Surtirá entonces los efectos como extradición además de como ODE. Estas oficinas efectuarán las transformaciones para la introducción de la ODE en sus respectivos sistemas de difusión. Ha de recordarse que la remisión es exclusivamente de la ODE y sin documentación o resolución adjunta⁵⁹.

Hallazgo de la persona. Si el reclamado es hallado en un EM al que es aplicable la ODE, y si la AJ de ejecución lo requiere (ver cuadros obrantes en el Nivel II sobre las específicas exigencias de cada país), se remitiría original con copia traducida a un idioma que acepte⁶⁰. Habrá que estar, pues, a la comunicación que nos haga la autoridad de ejecución y en los plazos que ésta nos determine, con el riesgo de puesta en libertad de no cumplirlos⁶¹. Si el hallazgo se produce en un tercer Estado o en un EM en el que la ODE no resulta aplicable por razón de la fecha de comisión de los hechos, la ODE surtirá efectos como solicitud de detención provisional a los efectos de la extradición, la cual habrá de cursarse conforme a los Convenios correspondientes⁶².

Este es el supuesto en que la traducción se convierte en un problema por razón de los breves plazos en que ha de remitirse la ODE traducida desde el momento de la detención del reclamado. Puede tenerse preparada una traducción al inglés por el alto número de EEMM que lo aceptan. Pero la diversidad en este aspecto impide cualquier otra anticipación.

En cuanto a la vía de transmisión, la DM permite que se envíe por cualquier medio fiable que pueda dejar constancia escrita y que permita a la autoridad de ejecución establecer su autenticidad. Lo habitual es que se realice por fax, pero algunos países no aceptan este medio de remisión, en cuyo caso se podrá emitir el original por mensajería internacional (nuevamente, ver cuadro obrante en Nivel II).

Mención aparte merece la cuestión de si las extradiciones denegadas conforme al antiguo régimen impiden o no una nueva solicitud de entrega me-

58 Una descripción del SIS equivale a una ODE acompañada de la información requerida por ésta conforme a lo dispuesto en el art. 95 del CAAS.

59 En algunos EEMM una descripción de Interpol no es base suficiente para proceder a una detención siendo importante indicar expresamente que la ODE existe.

60 Algunos países, como Francia, exigen que la traducción también vaya firmada y sellada.

61 Facultad de la que goza en todo momento la AJ de ejecución en virtud del citado art. 12 DM.

62 Conforme al art. 64 CAAS, una descripción introducida en el SIS surtirá el mismo efecto que una solicitud de detención provisional.

diante ODE. Es decir, si aquella decisión reviste o no efecto de cosa juzgada, cuestión que ha resultado problemática en la doctrina pero que la DM no veta.

c) Actuaciones en espera de la decisión

i) Información adicional

El art. 15.2 DM y desde el punto de vista de la autoridad de ejecución, contempla el supuesto de que la información suministrada con la ODE resulte insuficiente, en cuyo caso se recabará ésta urgentemente pudiéndose fijar un plazo al efecto. El medio para llevarlo a cabo será el que acuerden las autoridades involucradas, pudiendo servir el fax o el correo electrónico. Información complementaria que puede solicitarse en cualquier fase del procedimiento y que en algunos países conlleva, caso de incumplimiento, que el sujeto quede en libertad. Principalmente estará destinada a aclarar aspectos relacionados con los motivos de denegación o de prestación de garantías y que serán alegados en el Estado de ejecución al oponerse el sujeto a la entrega, si bien en la práctica puede ir referida a aclarar cualquier extremo. También prevé la remisión por la AJ de emisión de información sin previa reclamación (15.3 DM).

ii) Autorizaciones

Si la persona reclamada se encuentra amparada por una inmunidad o privilegio, nada impide que se emita la ODE, tal y como prevé el art. 20 DM. La mayoría de los EEMM contemplan el supuesto como autoridad de ejecución, siendo ésta quien solicita la retirada cuando la inmunidad o privilegio lo ostenta en el Estado de ejecución y lo notifica a la autoridad de emisión cuando le ampara en otro Estado u organización. En este caso será la autoridad de emisión la que deba solicitar su retirada a fin de que pueda ser objeto de entrega, informando posteriormente a la AJ de ejecución una vez que la inmunidad o privilegio se retiren para que empiece el cómputo de los plazos de cumplimiento de la ODE. Este supuesto se considera motivo de oposición facultativo para el reconocimiento de una sentencia penal a efectos de su ejecución en otro Estado en la DM 2008/909/JAI⁶³ que ha de transponerse en breve.

⁶³ Artículo 9.1.f) de esta DM, de 27-11- 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5-12-2008), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:ES:PDF>

d) Declaración y traslado temporal

Se regulan en los art. 18 y 19 DM y supone la posibilidad de pedir, durante la tramitación del procedimiento en el Estado de ejecución, la práctica de actuaciones y la DM lo limita a ODEs para enjuiciamiento. Lo más frecuente es para que se le reciba declaración o participe en un careo, para interrumpir la prescripción, o cuando se está enjuiciando a otros partícipes.

El manual europeo aconseja que se utilice el recuadro f) del formulario, sea cual sea el resultado de la decisión, expresando las razones de la urgencia. Estas dos formas de cooperación judicial internacional, junto con la de la entrega de objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito, incluso cuando la entrega no pueda llegar a ejecutarse, tienen su cobertura legal en la propia ODE, sin que sea necesaria la emisión de una Comisión Rogatoria complementaria al amparo de otros instrumentos jurídicos de cooperación internacional. Bien en el mismo formulario de la ODE, bien a través de otra comunicación posterior por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita que permita establecer su autenticidad⁶⁴.

Traslado temporal. Sería aconsejable que en el acuerdo al que llegaran las autoridades figurara el plazo en que se hará la entrega y la garantía asumida de devolución. La entrega se lleva a cabo de la misma forma que la entrega definitiva, pero con la obligación de retorno de la persona que se entrega, que en todo caso debe poder volver al Estado de ejecución para asistir a las vistas orales que le conciernan dentro del marco de la ODE (art. 18.3 DM).

e) Declaración

La AJ emisión puede pedir que se oiga a la persona reclamada. La audiencia se efectúa conforme a la legislación del Estado de ejecución, siéndole aplicables las reglas del interrogatorio según la calidad en que esta declaración haya de prestarse (testigo, acusado...) independientemente de que asista un representante de la autoridad de emisión como prevé expresamente el art. 19 DM. Es posible pedir que la audiencia se realice por videoconferencia, si la legislación del Estado de ejecución lo permite o si es parte en uno de los Convenios europeos que la regulan, lo que supone menos costes que el desplazamiento de la AJ de emisión. Así se prevé en el manual europeo.

64 Más dudosa sería la posibilidad de que la ODE ofreciera cobertura a otras diligencias de auxilio judicial no reguladas en la DM pero admisibles por los Convenios vigentes entre los países implicados, como solicitar el análisis pericial inmediato de un instrumento del delito (por ej. los restos de sangre de un vehículo en el que se sospecha se ha cometido un asesinato), para la que parece necesario emitir una Comisión Rogatoria adicional.

f) Actuaciones posteriores a la decisión

La AJ de ejecución debe comunicar a la AJ de emisión la decisión motivada adoptada finalmente, tanto si accede como si no a la solicitud de entrega (art. 22 DM), siendo responsabilidad de la AJ de emisión que la ODE deje de producir efectos, por lo que deberá encargarse de enviar esta información al SIS e INTERPOL cuando así proceda⁶⁵.

g) Denegación

Si la autoridad de ejecución concluye que no procede la entrega, esta resolución no conlleva necesariamente el archivo de las actuaciones. Nada impide el regreso voluntario de este sujeto procesal o que se produzca un cambio de circunstancias. Otra alternativa sería la del traslado del procedimiento al Estado que nos ha denegado la entrega el Convenio Europeo que rige esta materia y se dan los presupuestos necesarios, o cursar una denuncia en aplicación del art. 21 del CEAJMP para que pudiera ser enjuiciado en dicho país. Y si la ODE era para cumplimiento, aplicar el CEVISP, teniendo en cuenta la DM 2008/909/JAI para el reconocimiento de sentencias mencionada y la DM 2009/948/JAI de 30-11 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales⁶⁶. Si se mantiene el procedimiento en el territorio de emisión, nada impide que se practiquen otros actos de cooperación internacional.

h) Entrega

Si la decisión es positiva, la entrega física se efectúa por INTERPOL o SI-RENE (en aquellos Estados en que esté operativa ésta) si la decisión no se condiciona ni se suspende. La DM la regula en el art. 23 y prevé que se realice como máximo a los 10 días siguientes a la decisión definitiva, plazo que resulta prorrogable por cualquier circunstancia ajena al control de alguno de los EEMM afectados fijando uno nuevo de 10 días desde que se acuerde nueva fecha entre las AAJJ. Excepcionalmente y por motivos humanitarios graves, que no técnicos, entre los que menciona el peligro para la vida o la salud, se

65 Se ha añadido un formulario normalizado para adoptar la decisión de entrega que no sustituye ni a la decisión que deberá notificarse a tenor del art. 22 de la DM sobre ODE, ni cuando se solicite la AJ de emisión, al texto completo de la resolución judicial.

66 DO L 328 15-12-2009

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:ES:PDF> cuya incorporación al derecho interno ha de hacerse antes del 15-6-2012.

suspenderá la entrega hasta su desaparición. El plazo volvería a ser de 10 días a partir de entonces.

Junto al reclamado, cabe la entrega de los objetos que pudieran servir de piezas de convicción u sean producto del delito y obraren en poder del reclamado (entre las que no se incluyen las pertenencias personales), incluso cuando no los hayamos solicitado (art. 29 DM), dejando a salvo los derechos de terceros, así como los del Estado de ejecución, quien podrá retenerlos o remitirlos temporalmente. La devolución de los objetos en estos casos no comportará cargos para el Estado de ejecución. Deberán entregarse aun cuando la ODE no pueda ejecutarse debido al fallecimiento del sujeto o a su evasión.

i) Tránsito

Se contempla el hecho de atravesar en la entrega el territorio de otro EM, que deberá autorizarlo, salvo que el sujeto sea nacional o residente de este territorio. En este caso cabe la aplicación del motivo de oposición facultativo cuando la ODE es para cumplimiento de sentencia, o condicionarla en los mismos términos que los establecidos en el art. 5.3 DM. Para este tránsito debe facilitarse información sobre la identidad y nacionalidad del sujeto, existencia de una ODE, carácter y calificación del delito y descripción de sus circunstancias, incluida fecha y lugar de comisión de los hechos, transmitida por cualquier medio que deje constancia escrita y no se aplicará cuando lo es por vía aérea sin escalas, pero sí cuando exista un aterrizaje fortuito. Deberá designarse una autoridad responsable de estas comunicaciones y recepción de la documentación (ver cuadro obrante en Nivel II).

j) Efectos de la entrega: Cómputo de la privación de libertad

Puesto el reclamado a disposición de la AJ de emisión, con la entrega deberá participarle la AJ de ejecución el tiempo que ha permanecido privado de libertad, que se deberá deducir de la posible condena (art. 26). Si no lo hace deberá reclamarse este dato, evidenciándose en los informes de Eurojust y de la Comisión el frecuente incumplimiento de esta obligación, con las disfunciones procesales que plantea. Por lo demás, pueden surgir dificultades de “conversión” respecto a otras medidas alternativas que hayan podido adoptarse para la entrega en el cómputo como privación de libertad. Si el sujeto es finalmente absuelto, también podría instar una indemnización por responsabilidad de la Administración.

k) Principio de especialidad

Se regula en el art. 27 DM. Conforme a este principio, la persona que ha sido

entregada no puede ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción que cometió antes de su entrega distinta de la que hubiera motivado la entrega. Reducto soberanista de la extradición y que late no sólo en el art. 27 DM sino también en toda posterior entrega del sujeto, bien en virtud de extradición (art. 21 DM), bien de ODE (art. 28 DM). La doctrina señala la paradoja que supone el mantenimiento de este principio frente a la devaluación del control de doble incriminación. Dada su pervivencia, la emisión de la ODE debería realizarse por todos aquellos delitos que tuviera pendientes, lo que causa problemas de coordinación que destaca el Informe de Evaluación de la Comisión dado que la necesidad de emitir una ODE surge en el curso de cada procedimiento penal. A tales efectos sería conveniente arbitrar algún medio para conocer la emisión de una ODE sobre un sujeto del que penden otras causas en el Estado de emisión⁶⁷.

No se aplicará este principio en los siguientes supuestos:

- Cuando el Estado de ejecución lo autoriza. Si no se ha declarado que se presume *iuris tantum* la renuncia a acogerse a este principio, el consentimiento del Estado requiere una solicitud de ODE, con los mismos requisitos de contenido, transmisión y traducción, rigiendo los mismos motivos de no ejecución obligatorios y facultativos, y pudiendo imponerse las mismas garantías. Sólo varía el plazo de decisión, que se acorta a 30 días. Pero antes de que se obtenga la autorización puede ser acusada y procesada en el Estado de emisión si no se le aplica ninguna medida restrictiva de libertad según indica el TJCE⁶⁸.

- Cuando lo consiente el sujeto: i) De forma tácita: no saliendo del territorio en 45 días o regresando; ii) De forma expresa, renuncia voluntaria y consciente, asistido de letrado⁶⁹; iii) ante la AJ de ejecución en el procedimiento de entrega; iv) ante la AJ de emisión después de la entrega.

- Por razón de que la pena o medida no es privativa de libertad: la infracción no prevé estas penas, no se imponen finalmente o está la persona sujeta a otras medidas, aun cuando puedan restringir su libertad individual.

67 Considerando 23 de la DM. A los efectos de reconocimiento de sentencias penales privativas de libertad sólo rige cuando la persona es entregada forzosamente, no cuando se refugia en un Estado según la DM 2008/909.

68 STJCE 1-12-2008, c.388/08, Leymann y Pustovarov.

69 Nada dice aquí del intérprete, sí recogido entre los derechos como detenido en el artículo 11 DM.

i) Entregas posteriores

En los arts. 21 y 28 DM se recogen dos supuestos de extensión del principio de especialidad en que se introduce como elemento diferenciador la existencia de dos entregas. En el primero, consecuencia de una previa extradición el sujeto goza en el Estado de ejecución de esta protección. En tal supuesto, éste deberá instar el consentimiento del Estado que le concedió la extradición, suspendiendo en el ínterin el cómputo del plazo de decisión y debiendo adoptar las garantías para mantener las condiciones materiales para la entrega efectiva.

El art. 28 DM contempla el supuesto inverso. Que el principio de especialidad despliegue sus efectos después de la entrega consecuencia de una ODE, no ya en el Estado de emisión sino respecto de entregas ulteriores que éste pueda acordar. Si lo es a efectos de una nueva ODE, lo que impide dicho principio es la nueva entrega, básicamente con las mismas salvedades y tramitación que para el principio de especialidad, salvo su no aplicación por razón de la pena. Para el caso de entrega posterior en virtud de extradición, remite a los correspondientes convenios.

l) Gastos

Los asume el Estado de emisión salvo los causados en el territorio del Estado de ejecución (art. 30 DM).

6. Ejecución de una ODE

Una de las novedades de la DM es la de establecer unos mínimos procesales comunes que todos los EEMM están obligados, en principio, a respetar. Sin embargo, es precisamente el procedimiento de ejecución el que se ha implementando en cada país teniendo en cuenta las peculiaridades de cada ordenamiento, por lo que más allá de las garantías mínimas que se exigen y los plazos (no siempre respetados), cada Estado dispensará la protección como persona buscada y adoptará la decisión correspondiente conforme a sus normas procesales.

6.1. Autoridad competente

Es la designada por cada EEMM según las declaraciones que se han ido realizando a la Secretaría del Consejo en aplicación del art. 6 DM, las cuales se

recogen en el cuadro del Nivel II. Sin embargo, la determinación más segura de cuál es la autoridad competente para la ejecución en un determinado país es a través del Atlas de la página de la RJE⁷⁰.

a) Actuaciones iniciales

- Detención y puesta a disposición judicial

Instaura la DM un sistema judicializado de entrega con lo que podría hablarse de doble tutela judicial. Además de la dispensada en el proceso penal que se sigue ante el Estado de emisión, la DM impone una serie de derechos y garantías en el procedimiento de extradición, sin que en ningún caso pueda hablarse de entrega automática.

Dentro del denominado estatuto del reclamado se encuentran el derecho de información, a la asistencia letrada, a intérprete (art. 11 DM), a prestar consentimiento libre (art. 13 DM), con independencia de las garantías que le reconozca la legislación interna en el Estado de ejecución como detenido⁷¹. La información abarca la existencia de la ODE, su contenido y la posibilidad de consentir. Es recomendable la entrega de una copia en idioma que comprenda el recurrente.

- Audiencia del reclamado

El art. 14 DM recoge el derecho a ser oído por la AJ de ejecución. Sin embargo, éste no tiene porqué ser un trámite obligatorio en el procedimiento de entrega sino tan sólo un derecho dependiente de la voluntad del reclamado, como ocurre en algunos EEMM.

- Procedimiento

El procedimiento posterior debe ser urgente. La DM se limita a diferenciar a través de los arts. 13 y 17 DM entre una tramitación breve, si se presta consentimiento a la entrega y/o renuncia al principio de especialidad (ante la AJ, quien se asegura de que lo presta libre y consciente de sus consecuencias, con asistencia de abogado y levantándose acta del trámite)⁷² y la normal. En el primer caso acorta el plazo de decisión drásticamente y pasa a ser de 10 días.

Si no presta el consentimiento, el plazo de decisión es de 60 días prorrogables por otros 30 tras informar a la AJ de emisión, debiendo adoptar las

70 http://www.ejn-crimjust.europa.eu/EAW_atlas.aspx

71 Contrasta este estatuto con las dificultades de aprobación que ofreció la propuesta de DM sobre garantías procesales en los procesos penales, finalmente abortada y desgajada en diferentes instrumentos relativos a cada uno de los derechos básicos.

72 Artículo 13 DM.

garantías para mantener las condiciones materiales y posibilitar la entrega efectiva. Si por circunstancias excepcionales no puede cumplir el plazo debe informar a Eurojust. Si un Estado sufre demoras reiteradas lo comunicará al Consejo⁷³.

b) Actuaciones hasta la decisión

- Información complementaria

Siempre que según la legislación nacional sean necesarios datos no transmitidos con la ODE, la AJ de ejecución está habilitada a solicitarlos, en el plazo y con las condiciones que prevea su normativa y que deberá cumplir la AJ de emisión⁷⁴.

- Autorizaciones

La AJ de ejecución solicitará la retirada de la inmunidad o privilegio de que goce el sujeto en el Estado de ejecución, y hasta que no sea informada de que se ha producido la retirada no comienzan a correr los plazos del procedimiento, debiendo adoptar entre tanto las garantías para mantener las condiciones materiales para la entrega efectiva (art. 20 DM).

- Declaración y traslado temporal

La AJ de ejecución dispone de una alternativa conforme al art. 18 DM: o acceder a la entrega temporal de la persona reclamada o proceder a la audiencia de ésta, fijándose normalmente mediante acuerdo entre las AJ las condiciones de la entrega o de la audiencia. Lo que no parece posible es la denegación de una de las opciones. Tampoco limita la DM la posibilidad de que esta solicitud se curse más de una vez si la decisión se demora. Y si opta por recibir declaración, lo hará conforme a su derecho interno, sin perjuicio de lo que puedan acordar las AAJJ, de la presencia de la persona designada por la AJ de emisión o de la presencia de otra AJ designada en este caso por la AJ de ejecución (art. 19 DM).

c) Decisión

Deberá adoptarse en los plazos previstos en el art. 17 DM. Se denegará si concurren motivos obligatorios (los establecidos en el art. 3 DM) o facultativos (art. 4 DM) de su no ejecución. Y si hay varias solicitudes de entrega en que no concurren estas causas, deberá decidirse previamente cuál es prioritaria.

d) Motivos de denegación obligatorios

- Protección de los derechos fundamentales

⁷³ Artículo 17 DM.

⁷⁴ Artículo 15.2 DM.

Algunos países han introducido, además de los motivos expresos recogidos en el art. 3 y 4 de la DM, una referencia a estos derechos como motivo de denegación. En tal caso debería limitarse a su núcleo intangible que configuran el “orden público internacional” en cuanto inherentes a la condición humana.

- Amnistía

El primer motivo obligatorio de no ejecución (art. 3.1 DM) es la cobertura del delito por la amnistía en el Estado de ejecución competente según su propio ordenamiento. En una acepción laxa incluye cualesquiera medidas de perdón o remisión de las penas, incluido el indulto (caracterizado por la individualidad, frente a otras medidas de gracia dirigidas a un grupo de personas). Otras concepciones constriñen la amnistía a decisiones de carácter general del Parlamento, adoptadas según el procedimiento interno para la sanción de las leyes. Pero las diferencias que concurren en Europa a propósito de estas fórmulas de clemencia no distorsionan su virtualidad extintiva del *ius puniendi* en todos los Estados, ni la innegable realidad de que autoridades no judiciales abrogan, a través de su ejercicio, los efectos de una sentencia penal, razón por la que la doctrina lo concibe como un reducto de la soberanía de los Estados⁷⁵.

- *Non bis in ídem*

La DM, en su art. 3.2, entre los motivos para la no ejecución obligatoria de la ODE, y en el art. 4 entre los motivos de no ejecución facultativa, recoge el principio *non bis in ídem*, fijando los límites de su eficacia en relación con decisiones adoptadas por AAJJ de otro EM. Sin embargo, la jurisprudencia del TJCE surgida posteriormente en desarrollo e interpretación de los arts. 54 y ss. del CAAS (ver Nivel II) obliga a replantear el alcance de esa normativa. Básicamente considerando que si la resolución, por entrar en el fondo, crea efecto de cosa juzgada, puede ser opuesta para impedir un nuevo enjuiciamiento⁷⁶. La propia Comisión entiende que, pese al texto del 4.2 de la DM, si

⁷⁵ El TJCE no se ha pronunciado directamente pero en las conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO del presentadas el 8-4-2008 en el asunto C297/07, *Bourquain* se realiza una serie de comentarios acerca de la naturaleza divergente de la amnistía y del *ne bis in ídem*, a fin reflexionar sobre las implicaciones de la primera dada “la variada gama de registros que este mecanismo excepcional de clemencia experimenta en los sistemas jurídicos comparados”.

⁷⁶ SSTJCE de 11-2-2003, asuntos C-187/01 y 385/01, *Gözütok y Brügge*; 10-3-2005, C-469/03, *Miraglia*; 22-12-2008, C-491/07, *Turansky*; 28-9-2006, c-150/05, *Van Straaten*; 28-9-06, c-467/04, *Gasparini*; 17-7-2007, c-288/05, *Kretzinger*; 11-12-2008,

las AAJJ del Estado de ejecución hubieren decidido concluir la acción penal por la infracción que sea objeto de la ODE, el motivo de no ejecución no debiera ser facultativo sino obligatorio⁷⁷.

- Minoría de edad

Prevé el art. 3.3 DM que por razón de su edad el reclamado no pueda considerarse responsable penalmente de los hechos conforme al Estado de ejecución. No señala el precepto la minoría de edad como causa de denegación sino la ausencia de “responsabilidad penal”, la cual puede ser reclamada por Tribunales especializados de menores, siempre que acuerden penas o medidas privativas de libertad.

e) Motivos de denegación facultativos

Los motivos facultativos de no ejecución son en algunos casos expresión del resquicio de la soberanía de los Estados en materia punitiva y es el extremo de mayor disparidad entre los diversos ordenamientos (ver cuadro del Nivel II).

f) Motivos relacionados con el *non bis in ídem*

- Doble incriminación para delitos ajenos al listado (art. 4.1 DM).

El planteamiento de la cuestión prejudicial belga en el caso *Advocaten* abordó este espinoso problema de la inexistencia de control de la doble incriminación para los datos del listado, operando como simple motivo facultativo para el resto de ilícitos, siendo rechazada finalmente⁷⁸.

g) Resolución impeditiva (art. 4.3 DM)

La doctrina del TJUE parece extender a este tipo de resoluciones la eficacia obstativa como motivo obligatorio de oposición y comprende la decisión de no incoación, su conclusión u otra resolución definitiva que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales sobre los mismos hechos objeto de la ODE.

- *Bis in ídem* de un tercer Estado (art. 4.5 DM)

C-297/07, *Bourquain*, 9-3-2006, C-436/04, *Van Esbroeck*; 18-7-2007, C367/05, *Kraaijenbrink*; 1-12-2008, c.388/08, *Leymann y Pustovarov* y, 16-11-2010, c.261/09, *Mantello*.

⁷⁷ SEC(2006)79, de 24.01.2006, p. 11.

⁷⁸ Las Conclusiones del Abogado general español seguidas finalmente en la sentencia se decantaron por considerar que no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados, de legalidad e igualdad. Y lo hace partiendo de que en tales comportamientos dicha comprobación ‘se antoja superflua, pues se repudian en la generalidad de los EEMM’. No obstante, finaliza invitando a acudir, en caso de duda sobre esta subsunción, a los apartados 1 y 4 del artículo 2 DM, ofreciendo una solución que permite disipar cualquier recelo a la eliminación de este principio.

La diferencia de considerar este motivo como facultativo frente al *bis in idem* de un EEMM está precisamente en la confianza recíproca que producen los ordenamientos penales de la UE, base del principio de reconocimiento mutuo.

- Litispendencia (art. 4.2 DM)

Cuando la persona está sometida en el Estado de ejecución a un procedimiento por los mismos hechos, pues la resolución definitiva podrá estar amparada por la eficacia de cosa juzgada. Para abordar los conflictos de jurisdicción se ha dictado la DM 2009/948/JAI de 30-11 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales.

- Prescripción en el Estado de ejecución (art. 4.4 DM)

Para su apreciación debe ser competente según su ordenamiento a fin de evitar posibles abusos. Si concurre en el Estado de emisión los hechos deberían haber sido objeto de archivo.

- Territorialidad (art. 4.7 DM)

a. Cuando los hechos se hubieran cometido total o parcialmente en el Estado de ejecución.

b. Cuando se hubieran cometido fuera del Estado de emisión y el de ejecución no permita en estos supuestos la extensión de la jurisdicción penal.

- Nacional, residente o habitante en ODEs para cumplimiento (art. 4.6 DM)

Frente a la regla general extradicional de no entrega de nacionales (extensible a veces a residentes), la DM sólo prevé una causa de oposición facultativa para ODEs dirigidas al cumplimiento de condena bajo el principio *aut dedere aut punire*. Paralelamente, el art. 5.3 DM permite imponer la garantía de retorno en las ODEs para enjuiciamiento. La mera posibilidad de entrega de nacionales ha sido cuestionada por los tribunales nacionales de algunos países a nivel constitucional (Alemania, Polonia y Chipre) siendo uno de los mayores escollos que sufrió la aplicación de la ODE (ver Nivel II). El objetivo de este motivo es que estas personas sean devueltas a un medio próximo al habitual para ellos -familia, amigos-, así como resocializarlas de manera más rápida y fácil, una vez que hayan cumplido su pena⁷⁹.

Sobre el concepto de residencia permanente, el TJCE⁸⁰ afirma que refuerza el sentimiento de ciudadanía de la Unión y confirma que estas previsiones tienden a garantizar la reintegración social después del cumplimiento de la

⁷⁹ Expresamente señala la DM 2008/909 éste como el objetivo del reconocimiento mutuo de sentencias penales, art. 3.

⁸⁰ STJCE 6-10-2009 (C-123/08), *Wolzenburg*.

sentencia. Estima puede establecerse una exigencia de 5 años para considerar la residencia continuada a un ciudadano de la Unión, pero no se le puede imponer requisitos adicionales administrativos, como un permiso de residencia indefinido. Y si reside legalmente en otro EM puede invocar el derecho a la no discriminación con nacionales de ese Estado. En cuanto a los residentes y habitantes afirma que se trata de conceptos autónomos del Derecho de la Unión que exigen definición uniforme⁸¹. El objeto es permitir a la autoridad judicial conceder una particular importancia a la posibilidad de aumentar las oportunidades de reinserción social. Una persona reclamada es «residente» del EM de ejecución si ha establecido su residencia real en éste y «habita» en él cuando, a raíz de una permanencia estable de cierta duración en ese EM, ha creado vínculos con ese Estado que tengan una fuerza similar a los resultantes de una residencia. Para ello, la autoridad debe hacer una apreciación global de varios elementos, en particular de la duración, naturaleza y condiciones de la permanencia y lazos familiares y económicos con el Estado de ejecución. Pueden valorarse negativamente la no permanencia ininterrumpida y la ilegalidad de la entrada, pero no la comisión de delitos o el permanecer en prisión. La DM 2008/909 tiene como objeto establecer las normas con arreglo a las cuales un EM, para facilitar la reinserción del condenado, reconocerá una sentencia y ejecutará la condena⁸².

h) Concurrencia de solicitudes

Viene regulada en el art. 16 DM. Surge cuando una persona es reclamada por más de un Estado, bien porque el delito está sujeto a la jurisdicción penal de todos ellos⁸³, bien sea porque la persona ha cometido distintos delitos en los distintos Estados y al no mediar motivos de denegación en varias, se plantea un conflicto de prioridad en la entrega. La concurrencia es posible tanto entre EEMM de la UE (concurrencia de ODEs) como entre una ODE y una solicitud

81 STJCE 17-7-2008 (C-66/08), *Kozłowski*.

82 Son interesantes las Conclusiones del caso *Rottmann* 30-9-09, C-135/08 sobre la facultad discrecional de que disponen los Estados para determinar sus nacionales en relación al concepto de ciudadanía de la Unión. La determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad y ciudadanía de la Unión es competencia exclusiva de los Estados Pero debe ejercerse respetando el derecho comunitario (STJCE 7-7-1992, c.369/90, *Micheletti*).

83 La DM 2009/948 prevé una mayor cooperación y prevención del *non bis in ídem*, buscando soluciones eficaces a través de contactos directos e intercambio de información y posibilidad de acudir a Eurojust si resulta competente.

de extradición. Lo que la DM no contiene es una prescripción concreta de cuál debería tener prioridad. Es un problema de apreciación de la autoridad de ejecución conforme a unos criterios orientativos, pero no exhaustivos, que ofrece: la gravedad y el lugar de los delitos, las fechas de las solicitudes, y el objetivo por el cual es reclamada la entrega (a efectos del enjuiciamiento o de la ejecución de una pena ya impuesta). Si concurre con una solicitud de extradición, lógicamente se habrán de tomar en consideración también los tratados de aplicación. Existen otras circunstancias no citadas que también influyen, como la nacionalidad de la persona y las probabilidades de que el Estado del que es nacional acceda a una futura entrega. Lo mismo sucede con el lugar en que se han producido los efectos perjudiciales o aquél en que se encuentra la mayor parte de las pruebas. El anexo II al informe de Eurojust de 2004⁸⁴ analiza las cuatro situaciones de concurrencia de ODEs y los criterios que tendrían más peso en cada caso adoptados en la reunión estratégica convocada en Praga.

Precisamente, para resolver el conflicto entre ODEs se prevé la asistencia de Eurojust. Pero sólo en caso de concurrencia entre ODEs y no entre ODE y solicitud de extradición ya que miembros de Eurojust son solamente los de la UE. En los diferentes informes anuales se resumen los supuestos en que ha intervenido y la solución a la que se ha llegado.

El manual europeo estima que si un mismo país ha emitido varias ODEs relativas a la misma persona no deben considerarse concurrentes. Pero hay autoridades que no aceptan más que una ODE por persona desde un país emisor.

i) Motivos de condicionamiento

En este caso, la protección de los derechos del reclamado juega como condicionante de la entrega, no de la decisión. Junto a los motivos de denegación por la posible violación de estos derechos, la DM prevé la posibilidad de condicionar la entrega del reclamado a la prestación de unas determinadas garantías en aras a su protección, mecanismo conocido ya en los tradicionales procedimientos de extradición.

La diferencia es que, con el fin de ahorrar tiempo en pedir las y obtenerlas, el mismo formulario de la ODE prevé recuadros para que, a la vista del art. 5 DM común para todos los EEMM y teniendo claras las circunstancias

84 Los informes de Eurojust son accesibles en todos los idiomas: http://www.eurojust.europa.eu/press_annual.htm

en que se ha dictado la resolución y el tipo de la sanción impuesta o prevista, podamos adelantarnos y ofrecerlas, explicando en qué consistiría ésta. Si no se ha prestado la garantía en la emisión, la autoridad de ejecución podrá exigir las posteriormente.

- Rebeldía (art. 5.1 DM)

La DM señala inequívocamente que dicha garantía es aplicable en caso de que la persona no ha sido advertida del procedimiento que se sigue contra ella y no ha participado en el mismo, exigencia propia del derecho a un juicio justo, que implica el haber sido personalmente citada o advertida de la existencia de una causa penal contra ella, sin que se pueda presumirse que probablemente estaba enterada del proceso. Esta conclusión concuerda con la jurisprudencia del TEDH. Teniendo en cuenta las diferencias de regulación en esta materia y los problemas de la exigencia y la aplicación de garantías consideradas como “suficientes” por la AJ de ejecución se ha aprobado la DM 2009/299 con el fin de unificar criterios habiendo interpuesto nuestro TC una cuestión prejudicial al respecto⁸⁵ (ver Nivel II). La garantía dada será suficiente cuando la AJ de ejecución llegue a convencerse de que el reclamado ostenta un derecho a la revisión en el Estado de emisión. Garantía que puede estar prevista en la legislación de éste u otorgarse de forma individual por la AJ de emisión en la ODE y que es compatible con la nacionalidad o residencia del sujeto⁸⁶. Francia ha cuestionado ante el TJUE si esta previsión atenta al principio de no discriminación⁸⁷.

- Pena perpetua o medida equivalente (art. 5.2 DM)

La pena perpetua, de preverse como sanción, tampoco goza de una regulación uniforme en los EEMM. Portugal y España la consideran, por ejemplo, como una pena inhumana. En otros se prevé una revisión obligatoria pasado un tiempo. Incluso puede ser de imposición obligatoria para los delitos más graves. El TEDH, sin embargo, no plantea como requisito de validez su posible revisión. Y la mayoría de los Estados prevén la posibilidad de indultar a la persona condenada a pena perpetua. Dentro de las “medida equivalentes”

⁸⁵ Petición de decisión prejudicial, 28-7-11, c.399, *Melloni*.

⁸⁶ Sentencia 21-10-2010, c.306/09, IB (Corte constitucional belga).

⁸⁷ Cuestión prejudicial (31-1-2011, c-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*). Se cuestiona una normativa nacional que reserva la facultad de denegar la ejecución de una ODE para cumplimiento al supuesto de que la persona buscada tenga nacionalidad del Estado de ejecución, si el motivo de no ejecución del art. 4.6 de la DM se deja a discreción de los EM o tiene carácter obligatorio y si es una medida que implica discriminación por razones de nacionalidad.

puede incluir las impuestas a personas de trastorno mental cuyo período de duración es imposible de determinar en el tiempo y depende del grado de trastorno y de la amenaza que ésta representa para la sociedad. La diversidad de normativas conlleva una regulación suficientemente amplia de la garantía.

- Nacionalidad o residencia en ODEs para enjuiciamiento (art. 5.3 DM)

En las ODEs para enjuiciamiento no permite invocar la nacionalidad o residencia como motivo de oposición. Sólo puede condicionarla y exigir la garantía de regresar al Estado de ejecución para cumplir en éste la pena que pueda imponerse en el Estado de emisión. La garantía de retorno al Estado de ejecución se presta después de ser oído el reclamado al respecto.

En este supuesto no existe un recuadro específico del formulario de ODE para ofrecer de antemano las garantías de retorno al Estado de ejecución de la persona que se entrega pues es decisión de la autoridad de ejecución evaluar si el eventual cumplimiento de la pena en su país va a contribuir a la reinserción social del reclamado. En el recuadro a) consta, sin embargo, la nacionalidad y residencia de la persona buscada. Aun cuando el Manual europeo no lo dice, nada impide anticipar en el recuadro f) del formulario de ODE la posible garantía que se ofrece a los efectos del art. 5.3 DM si se transmite directamente al Estado del que es nacional. El concepto de residencia, por el momento, difiere más de un país a otro. Es el Estado de ejecución el que está en mejores condiciones para determinar si el reclamado reside o no en su país y el que tiene que determinar si considera útil exigir la garantía de regreso. Además de que en la mayoría de los supuestos la residencia aflorará en el momento de la detención y alegado en el procedimiento de entrega por vez primera. Según los datos de la Comisión, más de 1/5 de las entregas son nacionales o residentes en el país de ejecución. Precisamente para tratar de solventar los problemas de retorno se ha dictado la DM 2008/909 (ver Nivel II).

i) Entrega

- Entrega ordinaria

Desde el punto de vista del Estado de ejecución, la entrega igualmente la coordina SIRENE-INTERPOL. Si finalmente se acuerda la entrega de la persona reclamada, ésta debe materializarse en un plazo máximo de 10 días a contar desde la fecha de la resolución judicial de entrega, pudiéndose prorrogar por otros 10 días más desde el nuevo acuerdo, pero sólo por causas ajenas al control de alguno de los Estados (de emisión o de ejecución) y previa resolución de la AJ, motivando las causas que impiden el cumplimiento del

plazo. Por motivos humanitarios graves, la AJ de ejecución puede suspender la entrega, que se aplaza hasta el momento en que los motivos cesen. Junto a la persona reclamada se entregaran los objetos hallados en su poder que constituyan medio de prueba o efectos del delito.

- Entrega condicionada o aplazada

Es el supuesto previsto en el art. 24 DM. Cabe la posibilidad de que el reclamado sea objeto de persecución penal en el Estado de ejecución por delito o delitos distintos del descrito en la ODE. En tal caso se otorga la posibilidad procesal, bien de efectuar la entrega de forma condicional, bien de aplazarla, garantizando el respeto de la soberanía nacional del Estado de ejecución y la posibilidad de ejercitar prioritariamente su competencia penal respecto a la persona reclamada. Ambas hipótesis sólo son aplicables después de la decisión acordando la ejecución de la ODE y no mientras esté pendiente. Si se informa a la autoridad de emisión de la intención de aplazar la entrega, es posible que ésta solicite una entrega temporal antes de que la decisión se adopte finalmente, si bien lo normal es que tenga conocimiento del aplazamiento tras la decisión.

Entrega aplazada. Se han de señalar los procedimientos penales pendientes en el Estado de ejecución hasta cuya conclusión se aplaza la entrega. Pero las medidas de privación de libertad adoptadas por la ODE no podrán prolongarse durante todo el periodo de aplazamiento y en todo caso la prisión provisional tiene unos plazos máximos, lo que exigirá un esfuerzo de coordinación entre las autoridades involucradas. Lo que puede producirse en el propio Estado de ejecución, pues puede ser distinta la AJ que aplaza la entrega y la que es competente para el procedimiento pendiente. Si en el período de la postergación el Estado de ejecución constata la existencia de otros procedimientos penales o sentencias condenatorias no consideradas al dictar la decisión o mientras tanto ha cometido nuevos delitos, éstos no deberían incorporarse al aplazamiento, aunque permitirían dirigir contra ella el procedimiento hasta el momento de la entrega efectiva. Habrá supuestos en que, realizada la entrega condicionada, desaparezca la necesidad de su posterior entrega (por ej. por haber asistido a juicio y resultar absuelto).

Entrega condicionada. Similar a la entrega temporal, se lleva a cabo tras la decisión accediendo a la ejecución de la ODE, con la obligación de retorno al Estado de ejecución. Lo normal sería acordarla cuando la causa pendiente en este Estado se prevé larga. Se diferencia del traslado temporal tanto por el momento en que se adopta, antes o después de la decisión, como por la

alternativa prevista: la audiencia del sujeto en la entrega temporal y el aplazamiento en la segunda. Cabría, no obstante, plantear que se solicitase una Comisión Rogatoria mientras la entrega se ha aplazado para que el reclamado sea oído al amparo de otros instrumentos internacionales, incluso por videoconferencia. Supondría menos gastos que el traslado temporal y podría hacer desaparecer la causa de la petición de entrega de la persona reclamada.

7. Balance de su aplicación

En el último trimestre de 2009 Eurojust llevó a cabo una exhaustiva evaluación de todos los casos cerrados⁸⁸, la mayoría de los cuales se referían a ODEs, siendo la DM uno de los instrumentos jurídicos más frecuentemente invocados en la cooperación jurídica. Evaluación que evidenció que entre los obstáculos a la cooperación se encuentra la insuficiencia de recursos nacionales, lo que repercute en la mala calidad de las traducciones y tiene como consecuencia la de dar prioridad a las solicitudes internas frente a las extranjeras. Destaca igualmente la insuficiencia de información remitida. Entre los obstáculos culturales se encontraría el desconocimiento de los sistemas de justicia penal extranjeros (ej. no en todos los países es necesario el interrogatorio formal del sospechoso para formular acusación). Los obstáculos de tipo jurídico están claramente relacionados con diferencias en el procedimiento penal y la regulación procesal⁸⁹. No por ello deja de ser un balance positivo el

⁸⁸ Informe de Eurojust de 2009.

http://www.eurojust.europa.eu/press_releases/annual_reports/2009/Annual_Report_2009_ES.pdf

⁸⁹ En 2009, Eurojust identificó los siguientes aspectos problemáticos en la aplicación práctica de la ODE: i) La nacionalidad de la persona reclamada como motivo del rechazo a la ejecución de la ODE; ii) Problemas relativos a la proporcionalidad. Emisión de ODEs por desproporcionados por su escasa entidad; iii) Resistencia a la ejecución cuando la sentencia que se puede imponer es desproporcionadamente elevada; iv) Problemas prácticos con el principio de especialidad cuando la persona reclamada, una vez entregada, es acusada de otros delitos distintos de los recogidos en la ODE; v) Obstáculos para la entrega cuando el reclamado se encuentra cumpliendo en el EM de ejecución una condena que le ha sido impuesta en otro EM distinto; vi) Los juicios en rebeldía. Dificultades cuando un sospechoso no ha de ser necesariamente notificado en persona siempre que esté representado en el juicio o si se considera improbable que el reclamado pueda exigir un nuevo juicio; vii) Diferencias en los distintos sistemas jurídicos respecto a la cadena

de su utilización apreciándose un incremento exponencial sin retorno⁹⁰.

Pero la mejora de la cooperación, se insiste, no puede hacerse a costa de los derechos del reclamado. Si bien cabe una revisión de aquéllos principios clásicos de la extradición si son únicamente expresión de la soberanía de los Estados y, como tales, disponibles, no cabe plantearse aquellos que se vinculan a la protección de los derechos del reclamado. Pero lo que es imparable es la creciente utilización de este instrumento por los EEMM, por lo que deberá hacerse un esfuerzo a fin de no se vean violados con su aplicación.

perpetua; viii) Dificultades en la devolución de nacionales en aplicación del artículo 5.E DM si no se considera a la DM como una base jurídica adecuada y se acude al Convenio de 1983; ix) La insuficiente información contenida en las ODEs emitidas y las solicitudes de información adicional son causa de retrasos en muchos procedimientos; x) Los problemas de traducción, concretamente en relación con la descripción de los delitos y el relato de hechos, se encuentran en muchas ocasiones en el origen del incumplimiento de los plazos para decidir sobre la ejecución de la ODE. Eurojust prestó su apoyo en la emisión de las ODEs, en un esfuerzo por evitar malentendidos lingüísticos y anticiparse a posibles solicitudes de información adicional; xi) En algunos casos, el retraso en obtener la traducción y en el envío del formulario original de la ODE (cuando éste es exigido por la legislación del EM de ejecución) condujo a la puesta en libertad de la persona detenida; xii) La necesidad de conocer el período exacto de detención en el EM de ejecución hasta su entrega; xiii) Las diferencias entre los sistemas jurídicos, en particular entre los sistemas de *d^o* continental y los de *common law*.

90 Esta impresión se avala por las respuestas al cuestionario remitido en el año 2009, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st07/st07551-re06.en10.pdf>

Apéndice I Para saber más

1. Reconocimiento Mutuo y derechos fundamentales

Habida cuenta de que el procedimiento extradicional es lento y complejo y que el Tratado de Ámsterdam ya señalaba explícitamente esta materia como un ámbito de actuación conjunta de los Estados previendo el uso de la DM, el Consejo Europeo de Tampere hace una llamada a la supresión del procedimiento formal de extradición para sustituirse por el mero traslado de personas, «de conformidad con el artículo 6 del TUE» y «respetando el principio de juicio justo». Por su parte, el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal definió la finalidad de este principio y diseñó el marco de actuación de las instituciones comunitarias para impulsarlo, siendo confirmado y completado por la comunicación de la Comisión de 19-5-2005⁹¹ y la adopción por el Consejo del Plan de Acción del Programa de la Haya⁹². En la actualidad, el Tratado de Lisboa de 2007 consagra de forma “constitucional” el principio de reconocimiento mutuo como base de la Cooperación Judicial Penal en la Unión, al dar nueva redacción al TUE⁹³.

La DM objeto de análisis no ha sido la única dictada en aplicación del referido principio. A ella le han seguido otras iniciativas finalmente aprobadas, como las que sin ánimo exhaustivo se relacionan a continuación:

- DM 2003/577/JAI, 22-7, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas⁹⁴.
- DM 2005/214/JAI, 24-2, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias⁹⁵.
- DM 2006/783/JAI, 6-10, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso⁹⁶ y DM 2005/212/JAI, 24-2, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁹⁷.

91 Documento COM(2005) 195 final, de 19 de mayo.

92 DO C 53 de 3-3-2005.

93 Artículos 67.3 y 82 TUE.

94 DO L 196, 2-8-2003, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0045:0055:ES:PDF>

95 DO L 76, 22-3-2005,
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:076:0016:0030:ES:PDF>

96 DO L 328, 24-11-2006,
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:328:0059:0078:ES:PDF>

97 DO L 68, 15-3-2005,

- DM 2008/909/JAI, 27-11, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE⁹⁸.
- DM 2008/947/JAI, 27-11, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas⁹⁹.
- DM 2008/977/JAI, 27-11, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal¹⁰⁰
- DM 2008/978/JAI, 18-12, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal¹⁰¹.
- DM 2008/315/JAI, 26-2-2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros penales entre los EEMM¹⁰² y Decisión 2009/316/JAI, 6-4-, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la anterior DM¹⁰³.
- DM 2009/299/JAI, 26-2, por la que se modifican las DM 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado¹⁰⁴.
- DM 2009/829/JAI, 23-10, relativa a la aplicación, entre EEMM de la UE, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional¹⁰⁵.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:068:0049:0051:ES:PDF>

98 DO L 327, 5-12-2008, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:ES:PDF>

99 DO L 337, 16-12-2008, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:337:0102:0122:ES:PDF>

100 DO L 350, 30-12-2008, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0060:0071:ES:PDF>

101 DO L 350, 30-12-2008, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0072:0092:ES:PDF>

102 DO L 93, 7-4-2009, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0023:0032:ES:PDF>

103 DO L 93 7-4-2009, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:093:0033:0048:ES:PDF>

104 DO L 81, 27-3-2009, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:ES:PDF>

105 DO L 294,11-11-2009, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:294:0020:0040:ES:PDF>

- DM 2009/948/JAI, 30-11, sobre prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales¹⁰⁶.

- Directiva 2011/99/UE, 13-12, sobre la orden europea de protección¹⁰⁷.

Del análisis de estos instrumentos pueden sintetizarse las características comunes que los estructuran y los nuevos principios de la cooperación judicial europea basada en el principio de reconocimiento mutuo:

- Cooperación directa entre autoridades judiciales mediante la supresión de la intervención gubernativa.

- Supresión del principio de doble incriminación para una parte importante de hechos delictivos y reducción de los motivos de denegación al mínimo.

- Creación de un documento único, sencillo y breve, que conlleva una reducción de trámites y de documentación a remitir.

- Reducción de plazos de tramitación y decisión.

- Inclusión de mecanismos que agilizan la cooperación y la acción de la justicia.

Sin embargo, la soberanía nacional sigue operando como límite de la persecución penal de cada Estado. La inercia europeísta por la que se viene rigiendo el hoy TJUE hace presagiar que se decante a favor de tesis comunitarias frente a las nacionales en todos aquellos supuestos en que exista una mínima base normativa en el Derecho originario¹⁰⁸. Pero la pervivencia de distintos ordenamientos penales crea, a su vez, problemas en cuanto a la distinta forma de entender la protección de los derechos fundamentales que rigen en la UE.

La tensión entre el principio de reconocimiento mutuo y el debido respeto a estos derechos se plasma en la diversidad de trasposiciones de la DM objeto de estudio, dependiendo de cuál de los objetivos se considere debe primar y salpica a las propias instituciones comunitarias. La Comisión es más proclive a acentuar el primero de los principios, mientras que la necesidad protección de los derechos fundamentales pasa a un primer plano en los pronunciamientos del TJUE¹⁰⁹. En sus conclusiones de

106 DO L 328,15-12-2009, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:ES:PDF>

107 DO L 338, 21-12-2011, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:338:0002:0018:ES:PDF>

108 Un claro ejemplo lo constituye la STJCE 13-9-2005, c-176/2003, Comisión contra Consejo. Reitera este parecer la STJCE 23-10-07, c. 440/05. Frente a la defensa del Consejo y EEMM en relación a la importancia considerable del Derecho Penal para la soberanía de los Estados, el Pleno del TJCE decidió anular la DM 2003/80JAI, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, y ello porque consideró que invadía competencias de la Comunidad, por lo que su regulación debía hacerse mediante Directiva. De hecho, la STJCE 3-5-2007, c.303/05, *Advocaten voor de Wereld*, avala la utilización de la DM como instrumento para armonizar la entrega de sujetos.

109 La Sentencia del TJCE de 3-5-2007 dictada en el citado asunto rechaza la vulne-

6-7-2010, el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón descartaba una interpretación estricta de los motivos facultativos de denegación del artículo 4 DM y de las garantías del artículo 5 DM. Y para ello recuerda que entre los objetivos de la DM no sólo está el reconocimiento mutuo sino también la protección de derechos y libertades fundamentales, haciendo una expresa referencia a la jurisprudencia del TEDH y poniendo en evidencia el nuevo valor de la Carta de los Derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa¹¹⁰.

No obstante, la Comisión no ignora este segundo objetivo relativo a los derechos fundamentales. Desde el Primer informe de evaluación basado en el artículo 34 DM¹¹¹, y pese a calificar de “inquietante” la introducción de motivos no previstos por la DM, considera que una causa de oposición consistente en aplicar el *ne bis in idem* respecto de la CPI, colma una “laguna” de la DM y “no se cuestiona”. Y expresamente efectúa la siguiente afirmación: “Sin embargo, *ni qué decir tiene que una AJ siempre está facultada para denegar la ejecución de una orden de detención si constata que el procedimiento está viciado por una violación del artículo 6 TUE y de los principios constitucionales comunes a los EEMM (sic); en un sistema basado en la confianza mutua, este tipo de situación no puede ser sino excepcional*”¹¹².

En cualquier caso, el contenido absoluto de los derechos fundamentales no puede confundirse con la protección que el Estado de ejecución otorgue a estos derechos,

ración del principio de legalidad penal precisamente por el deber de respetar los derechos fundamentales del art. 6 UE.

110 Más profusa era la petición de decisión prejudicial planteada por Finlandia, 25-2-2010, c.105/10, *Gataev y Gataeva*. En primer lugar planteaba la relación entre la Directiva de refugiados y la ODE cuando el reclamado solicita asilo en el Estado de ejecución y ambos procedimientos penden al tiempo. En segundo lugar, entraba de lleno en la interpretación del art. 1.2 DM y los considerandos 12 y ss. en relación con el 6.1. TUE y la Carta de Derechos Fundamentales. Concretamente, si permitían nuevos motivos de denegación de los artículos 3 y 4 DM, la incidencia de la jurisprudencia del TEDH, la posibilidad de valorar el contenido de la sentencia y si se había dictado en un juicio justo. Lamentablemente, Finlandia ha desistido de dicha cuestión provocando su archivo por Auto de 3-4-2010.

111 Documento del Consejo nº 6815/05, 1-3-05 [SEC (2005) 257] 23-2-05 http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN656.pdf

112 Parece compartir esta visión CASTILLEJO (texto citado en la bibliografía). De forma más tajante se ha pronunciado la doctrina alemana y autores como GONZÁLEZ-CUÉLLAR (texto citado en la bibliografía) Sobre la relevancia de estos derechos para la comprensión de la ODE, ver las Conclusiones en el Asunto C-303/05 y Sentencia posterior recaída en el mismo, de 3-05-07 así como las Conclusiones en el Asunto C-306/09, IB. La STJCE 3-5-2007, (C- 303/05), *Advocaten voor de Wereld*, recuerda la vinculación de la UE con la protección de los derechos fundamentales tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los EEMM y como principios generales del Derecho comunitario.

sino que este debe ser el núcleo irrenunciable inherente a la protección de la dignidad de la persona en cuanto tiene una proyección universal, lo que debe estar en íntima conexión con la jurisprudencia del TEDH. Esta conexión entre la jurisprudencia del TEDH y el Derecho de la Unión se hace patente expresamente en el preámbulo de la DM 2009/299.

2. Ámbito de Aplicación

2.1. Ámbito espacial

Si bien opera en los países de la UE, se excluyen territorios en los que no se aplica la DM pese a que sus relaciones exteriores sean asumidas por algún EM, como indica el art. 31.3 DM¹¹³. Por lo demás, algunos Estados han remitido en su legislación de transposición a una Orden o Decreto que concreta los países con los que aplica la ODE, aunque en la práctica está vigente en todos los EEMM¹¹⁴.

2.2. Ámbito temporal

El siguiente cuadro ilustra sobre la vigencia de la ODE en cada EEMM destacando mediante sombreado los últimos países que la implementaron¹¹⁵.

PAISES		VIGENCIA
AT	Austria	01-05-2004 para hechos posteriores al 7-8-2002
BE	Bélgica	01/01/2004
BG	Bulgaria	01/01/2007
CY	Chipre	01/05/2004
CZ	R. Checa	01-11-2004 para hechos posteriores al 1-11-2004 si son nacionales checos
DE	Alemania	23/08/2004
DK	Dinamarca	01/01/2004

113 Precepto que ha sido explícitamente utilizado por los Países Bajos en nombre de las Antillas Neerlandesas o Aruba. Aruba según indica el segundo Informe de evaluación de la Comisión.

114 Concretamente, Irlanda, Malta y Reino Unido.

115 Los datos consignados son los obtenidos del último informe oficial de la UE, el Manual Europeo pues el anexo al informe de la Comisión no recoge las últimas declaraciones realizadas por los EEMM.

EE	Estonia	01/07/2004
EL	Grecia	09/07/2004
ES	España	01/01/2004
FI	Finlandia	01/01/2004
FR	Francia	13-03-2004 para hechos posteriores al 1-11-1993
HU	Hungría	01/05/2004
IE	Irlanda	01/01/2004
IT	Italia	14-05-2005 para hechos posteriores al 7-8-2002 y ODEs emitidas tras el 14-5-2005
LT	Lituania	01/05/2004
LU	Luxemburgo	26-03-2004 para hechos posteriores al 7-8-2002
LV	Letonia	30/06/2004
MT	Malta	07/06/2004
NL	Países Bajos	12/05/2004
PL	Polonia	01/05/2004
PT	Portugal	01/01/2004
RO	Rumanía	01/01/2007
RU	Reino Unido	01/01/2004
SE	Suecia	01/01/2004
SI	Eslovenia	01/05/2004
SK	Eslovaquia	01/08/2004

2.3. Ámbito material

La confección de esta lista y su penalidad mínima fue el aspecto que más duras negociaciones provocó y de ahí que se haya configurado como un elemento básico en las DM que descansan en el principio de reconocimiento mutuo. Algunas experiencias calificadas de “escandalosas” al ejercer algunos EEMM el control de doble incriminación¹¹⁶ llevaron a la UE a prescindir de este control respecto de un listado de 32 categorías de delitos. Sin embargo, lo que podría haber sido la superación de una traba histórica de la extradición, por la heterogeneidad de categorías elegidas termina

¹¹⁶ Cita LÓPEZ (2007) el delito de asociación de malhechores en Francia, asociación mafiosa en Italia y pertenencia a banda armada en España, así como la denegación por el Consejo de Estado belga en 2-1996 de una extradición e España por esta causa propiciando un tratamiento específico de esta figura en el Convenio de Extradición de 1996.

aglutinando conductas de muy distinto alcance y gravedad, siendo considerada por algunos autores como serio retroceso.

Debe tenerse en cuenta que muchos de éstas no tienen una correspondencia absoluta con las denominaciones de la legislación penal de cada EM, por lo que la AJ emisora ha de hacer una labor de integración difícil. Puede ser útil a estos efectos tener en cuenta la normativa de la UE. Si bien el derecho comunitario diferencia entre actos jurídicos *hard law* y *soft law* en función de la naturaleza vinculante o no de los mismos respectivamente, el TJCE no despoja de toda eficacia a estos últimos y afirma la obligación de tenerlos en cuenta¹¹⁷, como antesala de la “interpretación conforme”¹¹⁸ reconocida a las DM a partir de *María Pupino*. De ahí que la mejor manera de superar la desconfianza ante los distintos ordenamientos punitivos sea a través de la armonización. Sin ánimo exhaustivo, ofrecen definiciones de diversos tipos penales los siguientes instrumentos:

- Pertenencia a organización delictiva: Acción común 98/733/JAI del Consejo, de 21-12-1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los EEMM de la UE¹¹⁹ y DM 2008/841/JAI, de 24-10, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada¹²⁰.
- Terrorismo: DM 2008/919/JAI, de 28-11 por la que se modifica la anterior DM 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo¹²¹.
- Trata de seres humanos: DM 2002/629/JAI, de 19-7-2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos¹²².
- Explotación sexual de niños: DM 2004/68/JAI, de 22-12-2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil¹²³.
- Tráfico ilícito de estupefacientes: DM 2004/757/JAI, de 25-10, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas¹²⁴.

117 Ver DELGADO (2007) y STJCE 13-12-1989, c-322/89, *Grimaldi*.

118 Ver STJCE 13-11-1990, c-106/89, *Marleasing*.

119 DO L 351 de 29-12-1998 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:351:0001:0002:ES:PDF>

120 DO L 300 de 11-12-2008 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:300:0042:0045:ES:PDF>

121 DO L 330 9-12-2008 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:330:0021:0023:ES:PDF>

122 DO L 203 de 01-08-2002 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:203:0001:0004:ES:PDF>

123 DO L 13 de 20-01-2004 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:ES:PDF>

124 DO L 335 de 11-11-2004 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?u>

- Corrupción: DM 2003/568/JAI, de 22-7, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado¹²⁵.
- Blanqueo del producto del delito: DM 2001/500/JAI, de 26-6, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito¹²⁶.
- Falsificación de moneda: DM 2000/383/JAI, de 29-5, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro¹²⁷.
- Delitos de alta tecnología: DM 2005/222/JAI, de 24-2, relativa a los ataques contra los sistemas de información¹²⁸.
- Delitos contra el medio ambiente: Directiva 2008/99/CE, de 19-11, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal¹²⁹.
- Ayuda a la entrada y residencia en situación irregular: DM 2002/946/JAI, de 28-11, destinada a reforzar el marco penal de las conductas definidas en la Directiva 2002/90/CE, de 28-11 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares¹³⁰.
- Racismo y xenofobia: DM 2008/913/JAI, de 28-11, relativa a la lucha contra de-

ri=OJ:L:2004:335:0008:0011:ES:PDF

Completada por las Decisiones relativas a determinadas sustancias psicotrópicas o estupefacientes (Decisión 2003/847,17-11; 2005/387, 10-5; 2008/206, 3-3, etc.)

125 DO L 192 de 31-07-2003 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:192:0054:0056:ES:PDF>

126 DO L 182 de 05-07-2001 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:182:0001:0002:ES:PDF>

Completada por las Directivas 2001/97/CE de 4-12 por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, DO de L 344 28-12-2001; Directiva 2005/60/CE de 26-10 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, DO L 209 de 25-11-2005; y Directiva 2008/20/CE de 11-3 por la que se modifica la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, DO L 76 de 19-3-2008.

127 DO L 140 de 14-06-2000 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:140:0001:0003:ES:PDF>

128 DO L 69 de 16-03-2005 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:069:0067:0071:ES:PDF>

129 DO L 328 de 06-12-2008 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:ES:PDF>

130 DO L 328 de 05-12-2002 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:328:0001:0003:ES:PDF>

terminadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal¹³¹.

- Falsificación de medios de pago: DM 2001/413/JAI, de 28-5, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo¹³².

Respecto al umbral de pena, y para algunos autores este periodo viene referido a la pena impuesta mientras que para otros es el periodo mínimo que aún resta por cumplir¹³³. En todo caso, es preciso acudir al principio de proporcionalidad y evitar que penas ínfimas den origen a elevados costes que conlleva la entrega¹³⁴. En la actualidad, el propio Manual apela a la utilización de instrumentos alternativos a la ODE y dadas las diferencias legislativas de los EEMM, va a ser objeto de estudio por el Consejo y está pendiente de resolución una cuestión prejudicial sobre el requisito de necesidad como motivo de oposición¹³⁵.

Conviene recordar que en las conclusiones a la cuestión prejudicial 303/05, el Abogado General Ruiz-Jarabo salvó las quejas a la derogación del control de doble incriminación para las categorías del listado por comprender figuras delictivas que afectan gravemente a bienes jurídicos necesitados de especial protección en Europa, requiriéndose que en el Estado de emisión se castiguen con penas de cierta intensidad. Literalmente afirma “son comportamientos en los que la comprobación de la doble incriminación se antoja superflua, pues se repudian en la generalidad de los EEMM”¹³⁶.

131 DO L 328, 6-12-2008 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:ES:PDF>

132 DO L 149 de 02-06-2001 <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:149:0001:0004:ES:PDF>

133 Del primer parecer, PANDO (en texto citado en la bibliografía final); del segundo, SÁNCHEZ en Emisión.

134 Los datos sobre trasposición de los distintos EEMM se han obtenido del Anexo al Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la DM desde 2005 [SEC(2007) 979], <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11788-ado1.en07.pdf>. La interpretación del umbral y trasposición del listado ha sido dispar en los diferentes EEMM. Destaca Bélgica, al haber excluido expresamente el aborto y la eutanasia. Por el contrario y según la Comisión, la práctica pone de manifiesto que sólo media un examen somero de la calificación jurídica otorgada por el EM emisor.

135 Cuestión prejudicial (26-7-2011, c-396/11, *Radu*) plantea si los arts. 5 y 6 del CEDH en relación con los arts. 48 y 52 de la Carta son normas de derecho primario, si la ODE es una injerencia que debe cumplir el requisito de necesidad y si puede invocarse su incumplimiento, o defectos de implementación como motivo de oposición.

136 La doctrina defiende que el artículo 2, apartado 2, no contiene tipos delictivos, pues en su listado faltan los elementos característicos de la conducta perseguida (Flore, D (2002), «Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau para-

3. Emisión de una ODE

3.1. Autoridad competente

Todos los EEMM han notificado a la Secretaría General las autoridades correspondientes cuya información obra en las respectivas declaraciones obrantes en la página oficial del Consejo. Destaca Dinamarca, que pese a la judicialización del proceso mantiene como autoridad de emisión al MJ. La AC suele ser el MJ.

3.2. La solicitud

Todos los EEMM han incorporado el contenido del artículo 8 según el anexo al Informe de la Comisión una vez que Malta modificara su legislación¹³⁷. Para los idiomas, se adjunta un cuadro ilustrativo de los aceptados por los distintos EEMM conforme han declarado en sus notificaciones¹³⁸.

PAISES		IDIOMAS
AT	Austria	Alemán u otra lengua con carácter de reciprocidad
BE	Bélgica	Francés, holandés, alemán
BG	Bulgaria	Búlgaro

digme de la Justice pénale européenne», en *Journal des Tribunaux*, , p. 276; y Unger, E.M. (2005), *Schutzlos ausgeliefert? – Der Europäische Haftbefehl*, Frankfurt am Main, p. 100).

137 Reino Unido, si bien no ha incluido toda la información de este precepto, mantiene que en la práctica utiliza el formulario del anexo de la Framework Decision.DM. No obstante, como Estado de ejecución exige indicios de que la persona se ausentó deliberadamente para dar comienzo a su búsqueda, lo que puede plantear problemas. De hecho, Irlanda, Chipre y el Reino Unido añaden otras exigencias al formulario que distorsionan el sistema de la ODE. Although the form should be sufficient, if the judicial authority is acting in its capacity of Si actúa como Estado de emisión, la República Checa prevé la remisión de documentos adicionales en caso de condena en rebeldía o si ha transcurrido más de 3 años entre la comisión de the offence and the issuing of the EAW.la infracción y la emisión de la ODE. Malta MT legislation seems to request additional certificates on the también exige certificados adicionales dependiendo de la naturaleza del delito como AJ de emisión.

138 Los datos consignados son los obtenidos del último informe oficial de la UE, el Manual Europeo. Los países sombreados admiten en todo caso el inglés, siendo más de la mitad de los países miembros, por lo que permitiría su elección como uno de los idiomas que podrían aceptar todos los EEMM.

CY	Chipre	Griego, turco, inglés
CZ	R. Checa	Checo. Acepta de Eslovaquia una ODE dictada o traducida al eslovaco y de Austria, una ODE en alemán
DE	Alemania	Aplica un régimen de reciprocidad
DK	Dinamarca	Danés, inglés, sueco
EE	Estonia	Estonio o inglés
EL	Grecia	Griego
ES	España	Español. Cuando la ODE se emita mediante la introducción de una descripción en el SIS, la autoridad judicial de ejecución se encargara de la traducción si esta no está en español
FI	Finlandia	Finés, sueco, inglés
FR	Francia	Francés
HU	Hungría	Húngaro o una traducción al húngaro. Para EEMM que no exigen solo su lengua acepta el inglés, francés o alemán
IE	Irlanda	Irlandés o inglés, o una lengua que el MJ pueda fijar mediante decreto, o una traducción al irlandés o al inglés
IT	Italia	Italiano
LT	Lituania	Lituano, inglés
LU	Luxemburgo	Francés, alemán, inglés
LV	Letonia	Letón, inglés
MT	Malta	Maltés, inglés
NL	Países Bajos	Holandés, inglés o cualquier otra lengua oficial de la UE junto a una traducción al inglés
PL	Polonia	Polaco
PT	Portugal	Portugués
RO	Rumanía	Rumano, francés e inglés
RU	Reino Unido	Inglés o una traducción al inglés
SE	Suecia	Sueco, danés, noruego, inglés o una traducción a una de estas lenguas
SI	Eslovenia	Esloveno e inglés
SK	Eslovaquia	Eslovaco o, en virtud de acuerdos bilaterales anteriores, alemán con Austria, checo con la Republica Checa y polaco con Polonia

3.3. Transmisión

Hay una aceptación general del uso de la Interpol¹³⁹, que se considera como la principal alternativa a la transmisión a través del SIS¹⁴⁰. Se adjunta cuadro ilustrativo de los canales y medios de transmisión admitidos. Aparecen sombreados los países que no tienen operativo el SIS y los que exigen en todo caso original o copia certificada, en este caso según la información suministrada por el MJ francés a finales de 2009.

PAISES		CANAL DE TRANSMISION	MEDIOS ACEPTADOS
AT	Austria	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
BE	Bélgica	S.I.S.	Original o copia certificada. Es posible fax o correo electrónico (caso por caso)
BG	Bulgaria	Interpol	El original suele ser necesario. Pero puede bastar fax o correo electrónico
CY	Chipre	Interpol	Necesario original o copia certificada
CZ	R. Checa	S.I.S.	El fax de la ODE permite iniciar el procedimiento pero es necesario el original
DE	Alemania	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
DK	Dinamarca	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
EE	Estonia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada después de la detención
EL	Grecia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
ES	España	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico

139 De entre los Estados en los que no es operativo el SIS, 7 permiten la remisión directa entre AAJJ: R. Checa, Chipre, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia. Otros 5 no lo autorizan si se conoce el paradero de la persona Estonia, Irlanda, Hungría, Malta y Reino Unido.

140 La versión del sistema que se utiliza actualmente en la denominada SIS1+. En la última extensión que se hizo del SIS, para acoger a los EEMM que se incorporaron a la UE (salvo Chipre) y a Suiza, respectivamente, se utilizó la aplicación SISone4ALL como base para sus N.SIS respectivos. Cuando entre en funcionamiento el SIS de segunda generación (SIS II) y que acogerá definitivamente a Chipre, Reino Unido e Irlanda, la ODE original se escaneará para introducirla en el sistema y estará inmediatamente disponible.

FI	Finlandia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
FR	Francia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
HU	Hungría	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
IE	Irlanda	Interpol	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
IT	Italia	S.I.S.	No cabe correo electrónico pero sí fax con la transmisión de la ODE
LT	Lituania	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
LU	Luxemburgo	S.I.S.	Aunque precisan original o copia certificada, acepta en la práctica fax o correo electrónico por su autenticidad
LV	Letonia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
MT	Malta	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
NL	Países Bajos	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
PL	Polonia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
PT	Portugal	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
RO	Rumanía	Interpol	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
RU	Reino Unido	Interpol	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico[1]
SE	Suecia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
SI	Eslovenia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
SK	Eslovaquia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico

En cuanto a los datos relativos al plazo de remisión de la ODE producida la detención, no coinciden en las distintas fuentes oficiales que los incorporan¹⁴¹. En la práctica se aconseja estar a la exigencia que se haga en la primera comunicación.

¹⁴¹ La divergencia obedece a la falta de suministro de datos oficiales en las diversas comunicaciones realizadas a la Secretaría General del Consejo, por lo que las respuestas dependen de la interpretación que los distintos aplicadores del derecho efectúan de la normativa interna, principalmente en caso de laguna en la ley de trasposición.

LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

PAISES		CANAL DE TRANSMISION	MEDIOS ACEPTADOS
AT	Austria	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
BE	Bélgica	S.I.S.	Original o copia certificada. Es posible fax o correo electrónico (caso por caso)
BG	Bulgaria	Interpol	El original suele ser necesario. Pero puede bastar fax o correo electrónico
CY	Chipre	Interpol	Necesario original o copia certificada
CZ	R. Checa	S.I.S.	El fax de la ODE permite iniciar el procedimiento pero es necesario el original
DE	Alemania	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
DK	Dinamarca	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
EE	Estonia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada después de la detención
EL	Grecia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
ES	España	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
FI	Finlandia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
FR	Francia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
HU	Hungría	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
IE	Irlanda	Interpol	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
IT	Italia	S.I.S.	No cabe correo electrónico pero sí fax con la transmisión de la ODE
LT	Lituania	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
LU	Luxemburgo	S.I.S.	Aunque precisan original o copia certificada, acepta en la práctica fax o correo electrónico por su autenticidad
LV	Letonia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
MT	Malta	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico

NL	Países Bajos	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
PL	Polonia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
PT	Portugal	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
RO	Rumanía	Interpol	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico
RU	Reino Unido	Interpol	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico[1]
SE	Suecia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
SI	Eslovenia	S.I.S.	Necesario el original o copia certificada
SK	Eslovaquia	S.I.S.	No siempre requiere el original. Basta fax o correo electrónico

4. Actuaciones en espera de la decisión

4.1. Información adicional

También en este extremo hay diversidad a la hora de establecer un plazo para suministrarla y sus consecuencias¹⁴². El Informe de Eurojust de 2008¹⁴³ señala como la razón principal esgrimida por los EEMM de no poder aplicar la ODE en los plazos establecidos en el artículo 17 de la DM, el hecho de que se solicitara a la autoridad emisora el suministro de información adicional, y este proceso (recepción de la solicitud, obtención de la información contenida en los ficheros y su correspondiente traducción) retrasó aún más las diligencias. La prestación de garantías a los efectos del art 5 DM una de las principales causas en que la misma se solicita. De ahí la conveniencia de ofrecerse al emitir la ODE con la mayor información posible a través del recuadro f).

4.2. Autorizaciones

Respecto a las inmunidades y privilegios, recordar que el TEDH ha valorado la po-

¹⁴² No tramitan la ODE o dejan en libertad a la persona si la información no se recibe a tiempo o la ODE no es completa Alemania, España, Italia, Lituania, Portugal, Eslovaquia y Suecia. Chipre y Rumanía devuelven la incompleta y exigen casi sistemáticamente una nueva.

¹⁴³ Los formes de Eurojust son accesibles en todos los idiomas: http://www.eurojust.europa.eu/press_annual.htm

sible vulneración del derecho de la víctima al acceso a la vía judicial si no se levanta una inmunidad¹⁴⁴. La STJCE 15-10-2008 (T-3345/05), *Mote*, aborda el tema de los privilegios e inmunidades de un parlamentario europeo afirmando que sólo tienen un carácter funcional, la de evitar se obstaculice el funcionamiento e independencia de las instituciones de la Unión creando un derecho subjetivo a favor de las personas a las que se aplica. Pero no impide una decisión de suspensión de la inmunidad que suprima esta protección¹⁴⁵.

4.3. Declaración y traslado temporal

Los artículos 18 y 19 se han incorporado de forma variada, desde la ausencia de aparente aplicación (inicialmente Malta) a la inclusión por vía de prácticas, como en Dinamarca¹⁴⁶. Varios países no consideran necesaria una mayor transposición por ser suficiente el CEAJMP de 1959, lo que conllevará la intervención de la AC y la invocación de otros motivos de oposición.

4.4. Decisión

Los elementos esenciales del artículo 23 DM se han incorporado en casi todos los EEMM, sin bien países como Irlanda, tienen problemas para cumplir los plazos.

4.5. Efectos de la entrega

4.5.1. Principio de especialidad

Por el momento, se ha pronunciado sobre este concepto la STJCE 1-12-2008 (C-388/08), *Leymann y Pustovaro* permitiendo la acusación y procesamiento si no se adopta medida privativa de libertad¹⁴⁷. La STJUE 16-11-2010 (C-261/09), *Mantello*,

144 En STEDH 3-6-2004, n° 73936/01, *Jorio v. Italia* considera que el demandante no pudo ejercer la defensa de su derecho a la protección de su reputación si quien le difamó disfrutó de inmunidad parlamentaria. Ésta constituye una salvaguarda contra la persecución de los representantes públicos por motivos políticos, objetivo legítimo (STEDH 17-12-2002, n° 35373/1997, *A v. Reino Unido*), pero no un blindaje frente a actuaciones que se realizan fuera del contexto político en relaciones personales (STEDH 30-1-2003, n° 40877/1998, *Cordova c. Italia*)

145 Irlanda, Italia y Suecia lo prevén como motivo obligatorio de refusal (denegación).

146 Luxemburgo, Austria, Polonia y Suecia sólo prevén la declaración pero no la transferencia temporal.

147 Pero admite la privación de libertad en virtud de la ODE inicial. Por infrac-

ha resuelto que el concepto de “los mismos hechos”, a efectos del artículo 3.2 DM es un concepto autónomo de la UE, con posible influencia sobre este principio de especialidad. Sólo Estonia y Austria han declarado que en sus relaciones mutuas se presumirá la renuncia a acogerse al principio de especialidad, mientras que Rumanía lo aplica con los EEMM que haya realizado la misma notificación¹⁴⁸.

4.5.2. Entregas posteriores

A diferencia del supuesto anterior, ningún EM ha recurrido a la presunción de consentimiento en base al artículo 28.1 DM¹⁴⁹.

5. Ejecución de una ODE

5.1 Autoridad competente

La determinación más segura de cuál es la autoridad competente para la ejecución en un país es a través del Atlas de la página de la RJE¹⁵⁰. No obstante, se adjunta un cuadro ejemplificativo de la diversidad de autoridades involucradas conforme a sus distintas declaraciones. Reseñar que Dinamarca ha designado al MJ de emisión y ejecución, otorgando al poder ejecutivo la decisión final¹⁵¹.

ción distinta se entiende que sean los mismos elementos constitutivos de la tipificación.

148 Por su parte, Malta y Reino Unido mantienen una legislación más restrictiva que la DM al permitir la denegación de la entrega si no hay acuerdo con el EM emisor y prescindiendo de otros supuestos en que decae la aplicación del principio. Por lo demás, la trasposición de todas y cada una de las excepciones al principio no resulta homogénea.

149 También en este extremo la trasposición resulta dispar. En cuanto a la posterior extradición que contempla el último párrafo del precepto, Estonia y Lituania la permiten sin el permiso del Estado original de ejecución.

150 http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_EAWAtlas.aspx

151 No obstante, si bien las facultades de detención recae en las fuerzas policiales, el reclamado tiene derecho a revisión judicial de la decisión de entrega ante un tribunal en sus funciones de garantía durante 3 días. El Ministerio no está vinculado por la petición de la fiscalía, que no puede recurrir la decisión de no entrega. La emisión se prepara por el fiscal y acude al Tribunal en casos de detención *en rebeldía*, aprobándose finalmente por el Ministerio.

LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

PAISES		AJ EJECUCIÓN	AC
AT	Austria	Fiscales de la sede de los Tribunales de Distrito del domicilio o de custodia; sino, del lugar de detención. Residual, el de Viena	Ministerio Federal de Justicia (competente en tránsito) y de Interior: Dirección General de Seguridad Pública y Departamento Federal de Investigación Criminal)
BE	Bélgica	Juez de instrucción y la Sala del Consejo (Chambre du Conseil)	Servicio Público Federal de Justicia (MJ). Recepción en tránsito
BG	Bulgaria	Tribunales de Distrito (District courts)	MJ. Recepción y tránsito
CY	Chipre	Juez de 1ª instancia (Judge of the District Court). De Nicosia, si se desconoce el paradero. Recepción por la AC	MJ y Orden Público. Recepción en tránsito
CZ	R. Checa	Fiscalías regionales y municipal de Praga, Tribunal Municipal de Praga. Recepción por Fiscales regionales o el municipal de Praga	MJ, Fiscalía General del Estado y el Presidio de la Policía. Recepción de tránsito por Tribunal Supremo
DE	Alemania	Fiscalías de los Tribunales de 2ª instancia (Oberlandesgerichte) en general. Competentes en tránsito	MJ Federal y de los Länder. La competencia depende del Land
DK	Dinamarca	MJ	MJ
EE	Estonia	Juzgado de 1ª instancia de Tallin y de Tartu. Recepción AC	MJ. Recepción en tránsito. Competencias en plazos de entrega
EL	Grecia	Magistrado Presidente del Tribunal de Apelación, si consiente, Consejo Judicial del Tribunal de apelación si no consiente. Recepción: Fiscal del Tribunal de apelación donde se detenga (sino, Atenas, competente en tránsito)	MJ
ES	España	Juzgados Centrales de lo Penal (recepción) y Audiencia Nacional	MJ. Recepción en tránsito

FI	Finlandia	Juzgados penales (Distric Courts) de Helsinki, Kuopio, Oulu y Tampere. Recepción por Fiscales de distrito	MJ (recepción en tránsito) u Oficina SIRENE. Ambas pueden recibir también la ODE
FR	Francia	Procuradores generales (Procureur General) y órganos de instrucción	MJ. Recepción en tránsito y transmisión en inmunidades y privilegios
HU	Hungría	Tribunal metropolitano (Court of Budapest). Recepción por AC	MJ. Recepción en tránsito
IE	Irlanda	Tribunal Superior (High Court). Recepción de traducción por AC	Ministerio de Justicia, Igualdad y Reforma Legislativa o persona designada. Recepción en tránsito. Competencias en plazo de entrega
IT	Italia	Tribunales de apelación del territorio (subsidiario de Roma). Recepción: MJ o El propio Tribunal	MJ. Competencias en correspondencia y tránsito
LT	Lituania	Oficina del Fiscal General (Prosecutor General) y Tribunal de la provincia de Vilnius Oficina de Policía Judicial en caso de urgencia	Oficina del Fiscal General (Prosecutor General)
LU	Luxemburgo	Fiscalía, Juez de Instrucción y Sala del Consejo ante el Tribunal de 1ª instancia. Cabe apelación	Procureur Général d'Etat. Recepción en tránsito
LV	Letonia	Fiscalía General del Estado (Office of the Prosecutor General)	Office of the Prosecutor General
MT	Malta	Court of Committal	The Office of the Attorney General: otorgamiento de consentimientos . Commissioner of Police and Principal Immigration Officer: recepción en tránsito
NL	Países Bajos	Fiscal del distrito, Juez de Instrucción y Tribunal de Amsterdam (Officier van justitie, rechter-commissaris y el rechtbank d'Amsterdam). Contacto: el fiscal. Oficina SIRENE fuera de las horas de oficina	Fiscal del distrito, Juez de Instrucción y Tribunal de Amsterdam (Officier van justitie, rechter-commissaris y el rechtbank d'Amsterdam). Contacto: el fiscal. Oficina SIRENE fuera de las horas de oficina

PL	Polonia	Juzgado de distrito (Circuit Court). Recepción por Fiscal de Distrito (Circuit prosecutor) o por AC)	MJ-Fiscal General. Recepción en tránsito
PT	Portugal	Audiencias Territoriales (Tribunal de Relação). Recepción: Fiscal del Tribunal de Relação o la Procuraduría General de la República	MJ-Fiscal General. Recepción en tránsito
RO	Rumanía	Tribunales de apelación (Courts of appeal). Por defecto el de Bucarest y el MJ, si se desconoce el paradero del reclamado o no se remite directamente	MJ. Recepción y tránsito
RU	Reino Unido	Inglaterra y Gales: Juez de distrito (District Judge). Escocia Tribunal de 1ª instancia de Lothian y Borders (sheriff). Irlanda del Norte: Juez de un Tribunal del condado (County Court Judge)	Escocia: Scottish Crown Office. Resto: National Criminal Intelligence Service. Recepción en tránsito
SE	Suecia	Fiscales y Tribunales ordinarios. Recepción: Fiscal designado por el Fiscal General del Reino (ayudado por la policía)	MJ (puede ayudar con la correspondencia). Dirección de Policía Nacional: recepción de tránsito
SI	Eslovenia	Tribunales regionales	No designa pero el MJ efectúa labores de auxilio. Recepción en tránsito
SK	Eslovaquia	Fiscales y tribunales regionales del lugar de detención	MJ. Recepción en tránsito

5.2. Actuaciones iniciales: derechos del reclamado

Todos los EEMM incorporan o ya regulaban los derechos del art. 11 DM así como la posibilidad de quedar en libertad del art. 12, aunque algunos, como Polonia, no contemplen medidas para evitar la fuga. Tampoco plantea problemas el derecho a la audiencia del artículo 14 DM, si bien Dinamarca sólo prevé la vista en caso de recurso interpuesto por el reclamado contra la decisión del MJ designado como AJ.

5.3. Procedimiento

Todas las legislaciones recogen la doble vía procedimental según se haya consentido o

no la entrega conforme al artículo 13 DM, si bien algunos, como Francia y Eslovaquia, sólo permite la renuncia al principio de especialidad cuando la persona ha consentido en la entrega. Bélgica, Malta, Holanda, Austria y el Reino Unido lo han regulado de tal manera que cuando se presta el consentimiento a la entrega, automáticamente existe una renuncia al principio de especialidad.

El consentimiento es irrevocable en todos los EEMM excepto en Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Lituania, Finlandia y Suecia, mientras que Austria y Polonia admiten la posibilidad de recurso una vez que se ha prestado.

5.4. Actuaciones hasta la decisión

Si bien todos los EEMM permiten solicitar información complementaria, el anexo al informe de la Comisión destaca la automaticidad de Italia e Irlanda en reclamarla.

5.5. Decisión

La ausencia de sanción ante el incumplimiento del plazo en la DM provoca que los defectos de las legislaciones al incorporar los plazos de decisión previstos en el artículo 17 DM tengan difícil solución. No surgen dificultades cuando el procedimiento se ha seguido con el consentimiento del sujeto a la entrega¹⁵². El anexo a la actualización del Informe de la Comisión alude a una oscilación entre un año a 43 días de media, cuando la entrega se resuelve sin consentimiento, y de 11 días si consiente (salvo Irlanda y Reino Unido que tienen plazos de entrega superiores). Y no siempre se notifica este incumplimiento a Eurojust.

5.5.1. Motivos de denegación obligatorios

Aunque la mayoría traspone los diversos supuestos del artículo 3 DM, lo llamativo es la incorporación de nuevos motivos de denegación obligatorios. Unos, por el mecanismo de incluir motivos facultativos del artículo 4 DM o con base en los derechos fundamentales. Otros al relacionarlos con las garantías del artículo 5 DM.

Protección de los derechos fundamentales.

Para algunos no existe peligro real de su vulneración en la UE por la garantía que de los mismos se hace en los distintos ordenamientos. Pero las SSTEDH en los casos *Soering*, 7-7-1989, n° 14038/88, y *Einhorn*, de 16-10-2001 n° 71555/01 dan pie a esta interpretación, de forma que los EEMM, en cuanto sujetos al TEDH, no pueden acceder a una entrega cuando exista la posibilidad de que se produzca una violación de

¹⁵² El “Conseil d’Etat” belga ha considerado que el uso de un recurso no puede considerarse un supuesto de “casos específicos” a los efectos de la prórroga del artículo 17.4 DM.

estos derechos. Con el alcance que les ha otorgado este Tribunal y siempre que exista una posibilidad real de vulneración, lo que en la UE supondrá una excepción. De ahí su previsión en algunos EEMM como motivo de denegación¹⁵³.

- Amnistía¹⁵⁴

Resulta ilustrativas las conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO del presentadas el 8-4-2008 en el asunto C297/07, *Bourquain*. Según éstas, el Protocolo 2^a de la Convención de Ginebra aproxima la amnistía a un sentimiento de pacificación y de reconciliación, tras periodos de convulsiones que hubiesen aparejado enfrentamientos violentos en el seno de una comunidad. Este “ramillete de medidas de gracia, unívoco por los objetivos a los que sirve”, evidencia sin fisuras auténticos gestos de voluntad política, nutridos por principios de oportunidad que hunden sus raíces en la soberanía de los Estados, como expresión de la gestión de sus propios conflictos. “La mutua confianza no debería albergar, al amparo del *ne bis ídem* comunitario, los supuestos de inejecución de una pena provocados por la excitación de estas facultades exorbitantes de los poderes nacionales, pues la lógica del reconocimiento recíproco deja de operar en la esfera de la aplicación judicial de la ley, adquiriendo otra derrota, propiciada por vientos de fuerte componente sociológica y política”. Y reconoce que no se debe al azar que la DM sobre ODE descubra la amnistía como uno de los motivos obligatorios para su no ejecución, siempre que el Estado requerido tenga la competencia para perseguir el delito según su propio derecho penal. “Con la óptica de los derechos fundamentales, la amnistía tampoco resiste el envite de proporcionar un abrigo capaz de justificar la no ejecución de la pena por aplicación del *ne bis in ídem*, pues, con independencia de que pueda erigirse en un peligroso catalizador para su postergación, nuevamente se constata la presencia de dos dimensiones diferentes, ya que, la base que la inspira no bebe del manantial de los valores que los derechos fundamentales encarnan, al tiempo que actúa bajo parámetros tan difusos y aleatorios que trascienden los clásicos de racionalidad jurídica, cercenando la posibilidad de un control judicial”¹⁵⁵.

153 Estonia aplica el criterio de proporcionalidad para llegar a una decisión con respecto a la surrender application. entrega; Italia introduce motivos que siquiera aparecen en la DM propios de un examen de fondo. De algún modo se deniega en caso de amenaza de violación de derechos fundamentales en Dinamarca, Lituania, Holanda, Polonia, Portugal, Reino Unido... Más problemática es la oposición que puede ejercer por razones de seguridad nacional este último transfiriendo el poder de decisión *de facto* al poder ejecutivo.

154 Aun cuando la mayoría de EEMM contemplan este motivo obligatorio, Holanda y Reino Unido no lo han incorporado, mientras que Irlanda lo refiere a la amnistía o el indulto en el EM emisor en lugar del de ejecución, lo que han justificado por sus peculiaridades procesales.

155 Por su parte, en las conclusiones del Abogado General PAOLO MENGOLZI presentadas el 1-6-2010 en los asuntos acumulados C57/09 y C101/09, caso *B*, (sobre el reco-

- *Non bis in idem*

Ya se ha adelantado en el Nivel I la profusa jurisprudencia del TJUE recaída al respecto. En la STJCE de 11-2-2003, asuntos C-187/01 y 385/01, *Gözütok y Brügge*, lo aplica a procedimientos de extinción de la acción pública por los que el MF entra en el fondo, como cuando ordena el archivo de un proceso penal previa imposición de unas obligaciones, sin intervención de un órgano jurisdiccional, considerando en tal caso que la sanción se ha “ejecutado”. Por el contrario, si no entra en el fondo, el principio no se aplica. Así sucede en la STJCE 10-3-2005, C-469/03, *Miraglia*, dado que el archivo obedece a la decisión del MF de no proseguir la acción penal por haberse iniciado actuaciones penales en otro EM contra el mismo imputado y por los mismos hechos. En la STJCE 22-12-2008, C-491/07, *Turansky*, pese a examinar el fondo del asunto de que conoce, ordena, en una fase previa a la inculpación, el archivo sin extinguir definitivamente la acción pública y sin impedir que se emprendan nuevas diligencias penales. En relación a sentencias firmes, en la STJCE 28-9-2006, c-150/05, *Van Straaten* confirma su aplicación en caso de absolución, incluso si es consecuencia de la apreciación de prescripción, como sucede en la STJCE 28-9-06, c-467/04, *Gasparini*. Dado que tanto el CAAS como la DM excluyen las sentencias condenatorias ejecutables cuya ejecución no ha dado comienzo, también se ha pronunciado sobre el alcance del concepto ejecución. En la STJCE 17-7-2007, c-288/05, *Kretzinger* considera que la sanción impuesta “se ha ejecutado” o “se está ejecutando” cuando la pena ha sido dejada en suspenso; pero no alcanza a la prisión provisional previa a la condena pese a que se compute a efectos de la finalmente impuesta. En la STJCE 11-12-2008, C-297/07, *Bourquain* considera que “ya no puede ejecutarse” una condena aun cuando la inejecución obedezca a la prescripción de la pena, pudiendo ser invocada la sentencia incluso cuando los hechos ya no fueran punibles por haber sido amnistiados y apreciando su firmeza en el momento de dar comienzo el segundo proceso al haber sido juzgado el sujeto en rebeldía. Finalmente y a efectos de invocación de este principio, basta con que su norma reguladora esté vigente en el momento de su apreciación, aunque no lo estuviera en el momento de dictarse la resolución (STJCE 9-3-2006, C-436/04, *Van Esbroeck*).

El Tribunal de Justicia también se ha pronunciado sobre la “identidad de he-

nocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados y las cláusulas de exclusión en relación con la Directiva 2004/83/CE), se reconoce *obiter dicta* cómo la Agencia de la ONU para los refugiados (ACNUR) ha afirmado que en caso de que el solicitante, condenado por un delito grave común, haya sido amnistiado o indultado, se presumirá que no puede aplicarse la cláusula de exclusión prevista en el artículo 1.F.b), de la Convención de 1951, “salvo que se pueda demostrar que, pese al indulto o a la amnistía todavía predomina en el solicitante el carácter de delincuente” debido a su peligrosidad social. Cautela que proyecta en particular respecto de crímenes o actos de particular brutalidad.

chos materiales” a efectos de la aplicación del *bis in ídem*. En la STJCE 9-3-2006, C-436/04, *Van Esbroeck* afirma que esta identidad descansa en la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido¹⁵⁶. Los hechos consistentes en la exportación y la importación de los mismos estupefacientes y perseguidos en diferentes Estados deben considerarse, en principio, como “los mismos hechos” si bien la apreciación definitiva corresponde al juez nacional. Esta doctrina es reiterada en pronunciamientos posteriores, SSTJCE 28-9-2006, c-150/05, *Van Straaten*, 28-9-06, c-467/04, *Gasparini* y 17-7-2007, c-288/05, *Kretzinger* extendiéndola a la comercialización y transporte posterior a la importación si tenía esta intención desde el principio. Pero que los hechos estén relacionados por una misma intención criminal no sería suficiente según la STJCE 18-7-2007, C367/05, *Kraaijenbrink*. En la Sentencia *Van Straaten* afirma además que en los delitos sobre estupefacientes no se exige que las cantidades de droga o que las personas que hayan tomado parte sean idénticas a efectos de identidad de hechos. Pero obviamente este motivo de oposición no se aplica a personas distintas de las que han sido juzgadas en sentencia firme (*Gasparini*).

De hecho y abordando ya la interpretación de la DM, en la STJCE 1-12-2008, c.388/08, *Leymann y Pustovarov* afirma que serán los “mismos hechos” si se mantienen los elementos constitutivos de la infracción, incluso cuando exista un cambio de circunstancias de tiempo y lugar y de la clase de estupefaciente¹⁵⁷. Y se ha planteado una petición de decisión prejudicial el 14-7-09, c.261/09, *Mantello* sobre el alcance de esta identidad a efectos del artículo 3.2 DM, si es de apreciación en el Estado de emisión, en el de ejecución o se trata de un concepto autónomo.

- Minoría de edad

Para la Comisión, ha sido correctamente implementado en todos los EEMM.

5.5.2. Motivos de denegación facultativa

Muchos EEMM han interpretado este artículo como una facultad del legislador, otros no lo han transpuesto al ser opcional y otros delegan la facultad de decisión en la AJ.

¹⁵⁶ Sentencia en la que cobran relevancia el contenido del art. 71 del propio CAAS, en relación con el art. 36.2.A).i del Convenio Único de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961, y el art. 22.2.a) del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971. A reserva de lo dispuesto por su constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada parte, cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1, si se comete en diferentes países, se considerara como un delito distinto (el primero); si se ha cometido en diferentes países una serie de actos relacionados entre sí que constituyan delitos de conformidad con el párrafo 1, cada uno de esos actos será considerado como un delito distinto (el segundo).

¹⁵⁷ En algunos ordenamientos, como el español, la penalidad del delito está en función de la sustancia.

De ahí la aplicación de este artículo se convierta en un verdadero mosaico del que da muestra el cuadro que se adjunta.

Por los problemas que ha creado, es digna de mención la causa de denegación facultativa prevista en el artículo 4.6 DM para ODEs de cumplimiento y la garantía paralela de retorno del 5.3 DM, ambas tendentes al cumplimiento en el país de origen o residencia para facilitar la reinserción. Ya se adelantó que posibilidad de entrega de nacionales ha sido cuestionada por los tribunales nacionales de algunos países a nivel constitucional. Algunos, como Portugal y Eslovenia, han emprendido modificaciones constitucionales para adaptarse a la obligación de entregar a sus nacionales en virtud de la ODE. Algunas quejas, como las de Grecia o la República Checa, finalmente fueron rechazadas¹⁵⁸. Sin embargo, en tres países, Alemania, Chipre y Polonia, su cuestionamiento provocó una decisión contraria del Tribunal Constitucional¹⁵⁹.

El Trybunał Konstytucyjny (Tribunal Constitucional Polaco), en sentencia de 27-4-2005, concluyó que el artículo 607t § 1 de su Código de Procedimiento Criminal modificado por una Ley de 2004, al permitir la entrega de nacionales no era conforme al artículo 55(1) de la Constitución, otorgando un plazo para cambiar ésta de 18 meses. Modificación de la Constitución que fue directamente aplicable el 7-11-2006, pero sólo para hechos cometidos fuera de Polonia y tipificados en el derecho polaco.

Apenas tres meses más tarde, el Bundesverfassungsgericht alemán (Tribunal Constitucional Federal) se pronunció en el mismo sentido respecto de su ley (Sentencia 18-7-2005, Darkanzali) por vulnerar los artículos 16.2 y 19.4 de su Ley Fundamental en los términos en que se había traspuesto, si bien en esta ocasión la declaración de inconstitucionalidad alcanzó a toda la Ley¹⁶⁰. Decisión provocada por petición de

158 Así, se pronunció la Corte Suprema griega en su decisión nº 591/2005 y el Ústavní soud (Tribunal Constitucional checo), en sentencia de 3-5-2006, asunto 66/04.

159 Conclusiones de 12-9-2006 previas a la STJCE 3-5-2007 (C-303/05), Advocaten voor de Wereld. También puede verse en el Estudio sobre la aplicación de la ODE y los equipos conjuntos de investigación encargado por el Parlamento y realizado por el Centro Europeo de Jueces y Abogados del Instituto Europeo de Administración Pública y en los informes de la Comisión que obran en la página del Consejo de la UE.

160 En 5-2002, unos 90 prestigiosos penalistas alemanes firmaron un manifiesto titulado «Toma de posición de los Profesores alemanes de Derecho penal respecto al “Libro verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la protección penal de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sobre la creación de una Fiscalía europea”». Posteriormente, en 6-2003 y en número superior firmaron otro escrito bajo el título «Tesis sobre la “Europeización de la persecución penal mediante el principio de reconocimiento recíproco”» y que terminaba alentando una desobediencia a los órganos comunitarios. Al respecto, GÓMEZ-JARA (texto citado en la bibliografía). La lectura de la sentencia y de los votos particulares, dictada precisamente en una ODE cursada por el JCI nº 5 de la AN contra un ciudadano de nacionalidad alemana y siria, al que se acusaba de

entrega a España de un ciudadano alemán para enjuiciamiento prestando garantías suficientes de devolución, cuya extradición había sido previamente denegada por este motivo y respecto a hechos sólo punibles en Alemania con posterioridad a su comisión. Se volvió al sistema de extradición en tanto se reguló de nuevo y provocó la reacción de algunos países, como España y Hungría, que aplicaron el principio de reciprocidad frente a Alemania, volviendo al sistema extradicional entre el 18-7-2005 y el 2-8-2006.

El Tribunal Supremo de Chipre siguió idéntica estela (STS 7-11-2005, asunto 294/2005) en relación a una persona de doble nacionalidad, británica y chipriota, solicitada por el Reino Unido, al considerar que el art. 11 de su Constitución excluía la extradición de nacionales y que la DM carecía de efecto directo, pese a la explícita referencia al caso *Pupino* del TJCE. La modificación del art. 11 entró en vigor el 28-7-2006 pero sólo se aplica para hechos cometidos después de su ingreso en la Unión (1-5-2004).

Artículo 4DM	Motivo facultativo	Motivo obligatorio
4.1 1er inciso	BG, DK, DE, EL, ES, PL, PT, RO, RU	BE, CZ, FR, IE, IT, LT, LU, HU, MT, NL, AT, SI, SK, FI, SE
4.2	BE, BG, DK, DE, EE, EL (para no nacionales), ES, FR, IE (si se considera procesar), CY, LV, LT, LU, PL, PT, SI (cuando no es obligatorio), FI, RO, RU	CZ, EL (para nacionales), IT, HU, MT, NL, AT, SI (delitos contra nacionales o Eslovenia), SK, SE
4.3 1er inciso	BE, BG, DK, DE, EE, EL, ES, FR, CY, LV, LT, LU, PL, PT, RO, SI, FI	IE, HU, NL, AT (con algunas excepciones a extranjeros), SE, SK

integración en banda armada, organización o grupo terrorista (art. 516.2 en relación con art. 515.2 CP) cuando las AAJJ alemanas habían abierto un sumario debido a la sospecha de participación en una organización terrorista (§ 129 a del Código Penal alemán --*StGB*--) y de blanqueo de dinero (§ 261 *StGB*), evidencian lo forzado de la decisión evitando ofrecer cualquier tipo de solución, recordando la vieja desconfianza de Alemania hacia las instituciones comunitarias y hacia el resto de ordenamientos europeos. Como bien indica en sus Conclusiones RUIZ-JARABO, tal vez se evite la reedición de desencuentros pasados a través de una mayor tutela de los derechos fundamentales en tres planos diferentes pero coextensos: nacional, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, imbuidos de idénticos valores.

4.3 2o inciso	BE, BG, DK, DE, EE, EL, ES, FR, CY, LV, LT, LU, PL, PT, RO, SK, FI	CZ, IE, HU, NL, AT (con algunas excepciones a extranjeros), SI
4.3. 3er inciso	BG, DE, EE, EL, ES, CY, LU, PT, SK, FI, RO	BE, CZ, IE, IT, HU, NL, AT (con algunas excepciones a extranjeros), SI (sólo si la resolución es de SI), SK (con excepciones), SE
4.4	BG, DK, DE, EE, ES, CY, LU, PL, PT, RO, FI	BE, CZ, EL, FR, IE, IT, LT, HU, MT, NL, AT, SI, SK, SE, RU
4.5	BE, BG, DK, EE, EL, ES, CY, LU, FI, RO	CZ, FR, IE, LT, HU, MT, NL, AT, PL, SI, SK, SE, RU
4.6	Para nacionales: ES, FR. Para residentes: EL, CY, IT, LU, PL. Para nacionales y residentes: BE, DK, PT, SI, FI., BG, RO	Para nacionales: EE, HU, LT, AT (si consiente la entrega), LV, SI (para nacionales que consientan la ejecución en SI) Para nacionales y residentes: CZ, DE (si consiente la entrega), PL (incluye los que piden asilo) Otras condiciones: NL (con ofrecimiento de ejecutar la sentencia), SE (si tiene fuertes lazos con el Estado de emisión)
4.7.a	BE, BG, ES, FR, CY, LV, LT, LU, HU, NL, PL, PT, RO, SI, FI	EL, IE (si en IE se ha abierto proceso), IT, MT, AT (para nacionales), SK, RU, y en parte en DK y SE
4.7.b	BE, BG, EE, ES, FR, CY, LV, LU, NL, PT, RO, SI, FI	DK, EL, IE (en la práctica), IT, LT, MT, NT, AT (para nacionales), SK, RU (si la conducta está penada con 12 meses en el RU)

5.5.3. Concurrencia de solicitudes

Aun cuando no todos los Estados prevén el informe de Eurojust, dado el margen de discreción que ofrece el precepto, su trasposición no ha planteado problemas de acomodo a la DM, si bien sí han sido dispares los criterios de prioridad aplicados.

5.5.4. Motivos de condicionamiento

- Rebeldía¹⁶¹

161 Esta garantía ya se previó para el sistema de extradición tradicional desde que

Es doctrina general del TEDH¹⁶² que a pesar de no mencionarse expresamente en el art. 6.1CEDH, el objeto y fin del juicio justo es que los imputados por delito puedan participar en su enjuiciamiento. Pero la condena en rebeldía no es necesariamente incompatible con el art. 6.1 y 3 CEDH¹⁶³, que consagra respectivamente el derecho a un juicio justo y el derecho de defensa, ni con el artículo 2 del 7º Protocolo, que reconoce el derecho a la revisión de una condena por otra instancia. Puede renunciarse al derecho a estar presente en juicio, si bien debe hacerse de forma inequívoca y sin afectar al interés público¹⁶⁴. Renuncia que puede ser implícita, cuando deliberadamente se sustrae el imputado a la justicia, si se acredita que pudo prever razonablemente las consecuencias de su conducta¹⁶⁵. Pero mientras no se notifique personalmente a una persona que es imputado no puede considerarle como “fugitivo”, ni entender que ha renunciado a su derecho a comparecer en juicio y a defenderse. La previsión legislativa del juicio en rebeldía debe ser excepcional y para condenas no desproporcionadas a las circunstancias del hecho.

El TEDH rechaza se haya producido una violación de su derecho a un juicio justo cuando el sujeto conoce la imputación contra él realizada, ha declarado como imputado y se sustrae voluntariamente a la justicia incumpliendo la prohibición de abandonar la localidad de su domicilio sin autorización, contribuyendo activamente a crear la situación que hizo imposible que se le comunicaran las citaciones judiciales para participar en el juicio¹⁶⁶. Por el contrario, sí se aprecia violación de los artículos 6.1 y 6.3 cuando, pese a notificarse a un tercero (generalmente su abogado) no se demuestra que conociera la causa seguida en su contra. Por lo demás, la notificación de las diligencias penales requiere unas condiciones de fondo y de forma que garanticen el ejercicio efectivo del derecho del imputado a conocer la acusación dirigida contra él, debiendo acreditarse que ha tenido real conocimiento de la imputación y sin que baste con un conocimiento indirecto¹⁶⁷. Fórmulas como edictos o anuncios pú-

las primeras reservas al art. 1 del CEEEx realizadas por Holanda y Luxemburgo provocaran la regulación del art. 3 del Segundo Protocolo. Según recoge el informe explicativo al CEEEx la garantía que debe prestar la autoridad de emisión puede variar según el país en cuestión e incluso de acuerdo a cada caso particular, permitiendo no ser un compromiso formal sino de recomendación o una simple declaración de intenciones.

162 STEDH 28-2-2008, nº 68020/2001, Demebukov v. Bulgaria.

163 SSTEDH 12-2-1985, nº 9024/1980, Colozza v. Italia; 18-5-2004, nº 67972/2001, Somogyi v. Italia.

164 STEDH 21-2-1990, nº 11855/1985, Håkansson y Stureson v. Suecia.

165 STEDH 9-9-2003, nº 309000/2002, Jones v. Reino Unido.

166 STEDH 28-2-2008, nº 68020/01, Demebukov v. Bulgaria.

167 SSTEDH 8-2-2007, nº 25701/03, Kollcaku v. Italia; 21-12-2006, nº 14405/05, Zunic v. Italia; 9-6-2005, nº 42191/02, R.R. v. Italia; 12-10-1992, nº 14104/1988, T. v. Italia.

blicos no cubrirían estas exigencias. Incluso habiendo tenido este conocimiento, si le es imposible asistir, por ej. por estar cumpliendo condena en otro Estado, debe tener derecho a la doble jurisdicción¹⁶⁸. Las distintas legislaciones de los EEMM regulan el procedimiento en rebeldía de forma dispar por lo cual resulta difícil que haya una coincidencia entre los criterios de la AJ de emisión y de ejecución. De ahí el criterio de la DM relativo a si la persona ha sido personalmente citada o advertida acerca del procedimiento seguido contra ella. En caso de que no haya sido así, es obvio que la persona ha sido condenada injustamente según los criterios del art. 6 del CEDH y su entrega exige una garantía de parte del Estado que ha condenado al reclamado de que éste podrá ejercer su derecho a la revisión del asunto en el mismo Estado con su participación. Pero no impone que el sujeto ejercite realmente su derecho a la revisión, pudiendo aquietarse con la sentencia si considera que le satisface. Tampoco el derecho de revisión o recurso es igual en todos los EEMM. Esta diversidad de tratamiento puede complicar la cooperación judicial¹⁶⁹, y que van del nuevo procedimiento al derecho a un recurso ante una instancia superior con control sobre los hechos del asunto. Según el TEDH existe vulneración cuando la declaración de rebeldía impide la elección de abogado y el derecho al recurso¹⁷⁰. En concreto, la garantía que prestaba Italia sobre la posible impugnación, que prosperaba sólo si la declaración de rebeldía se considera errónea, no era suficiente¹⁷¹.

La DM 2008/909 ya mencionada, cuya fecha límite de trasposición era el 5-12-2011 (y con una demora para Polonia), recoge el principio de reconocimiento mutuo para ejecución de sentencias penales privativas de libertad¹⁷². Aun cuando incide principalmente en la garantía de retorno del art. 5.3 DM relativa a la ODE, también se refiere expresamente a las sentencias dictadas en rebeldía. Concretamente, prevé éste como motivo facultativo de oposición¹⁷³ si bien permite la consulta entre autoridades

168 STEDH 31-3-2005, nº 43640/1998, Mariani v. Francia. La imposibilidad de acudir a juicio por un hecho ajeno a la voluntad del imputado se recoge en la Resolución (75) 11, 21-5-1975 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, junto con la posibilidad de que pueda interponer los mismos recursos que si hubiera estado presente y de que la comunicación de la sentencia en el procedimiento de extradición no equivalga a su notificación formal.

169 En las conclusiones de 8-4-2008 (C-297/07) Bourquain, el Abogado General señala como causa de entorpecimiento de una fluida cooperación las diferentes regulaciones de los juicios *in absentia*, y la DM 2009/299 (considerando 2).

170 SSTEDH. 20-3-2001, nº 34989/1997, Goedhart v. Bélgica, 20-3-2001 nº 36449/1997 Stroek v. Bélgica, 13-2-2001, nº 29731/1996, Krombach V. Francia.

171 STEDH 10-11-2004, nº 56581/2000, Sejdic v. Italia.

172 Artículo 26. Supera el CTPC y su Protocolo, el CEVISIP y el CAAS en los artículos que regulan esta materia.

173 Artículo 9.1.i).

y la información adicional en el art. 9.3 antes de denegar al traslado. De ahí que el certificado uniforme que debe transmitir el Estado de emisión para la ejecución de la sentencia incorpore un recuadro específico para determinar las condiciones en que se ha dictado la sentencia, el i), aunque nada impide que se especifiquen las circunstancias en que se ha dictado la sentencia en rebeldía en el recuadro l). Ambos preceptos han sido objeto de modificación por la DM 2009/299, art 5, para acomodarlos a su regulación.

Por su parte, la DM 2009/299, cuya fecha límite de trasposición era el 28-3-2011 (excepcionalmente el 1-1-2014 si existen dificultades) parte de la complicación que supone la diversidad de regulaciones en materia de juicios en rebeldía, definiendo motivos claros en que no cabe la denegación por esta cuestión. Toma como base la jurisprudencia del TEDH recaída sobre la materia (considerandos 1º y 7º), suprimiéndolo como motivo de entrega supeditada a condición y añadiendo un artículo 4 bis a la DM sobre ODE pasando a ser un motivo facultativo de oposición. Pero no opera cuando conste una de las cuatro situaciones que regula: 1) el reclamado tuvo conocimiento con suficiente antelación del lugar y fecha del juicio y de que podía ser condenado en rebeldía; 2) tuvo este conocimiento y encomendó su defensa a letrado que le defendió; 3) se le ha notificado su derecho a nuevo juicio o a un recurso efectivo (con derecho a comparecer, examen de sus argumentos y nuevas pruebas) y no hace uso de este derecho; 4) se le va a notificar la sentencia, el derecho al juicio o recurso efectivo y el plazo para interponerlo en breve. La información que sobre la sentencia se suministre en la ejecución de la ODE no sirve como notificación a efectos del cómputo del plazo para recurrir. En consecuencia, sustituye el apartado d) del anexo de la ODE para acomodarla a estas previsiones. Es en cualquier caso la AJ de ejecución la que decide si las garantías ofrecidas son satisfactorias, lo cual es extensible a todas las garantías que prevé la DM¹⁷⁴.

Resultan ilustrativas las conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, 6-7-2010, c.306/09, I.B. en la petición de decisión prejudicial planteada por Bélgica sobre la calificación de las sentencias en rebeldía. Señala cómo Bélgica y Polonia consideran que es una ODE para enjuiciamiento, mientras que Suecia, Alemania, Austria y la Comisión la consideran para cumplimiento. Para el Abogado General, podría considerarse incurso en ambas categorías en función del momento y de la con-

174 El TC español ha planteado cuestión prejudicial (28-7-11, c-399/11, *Melloni*) sobre si el nuevo artículo 4 bis (1) de la DM, en la redacción dada por la DM 2009/299, impide a las AAJJ de ejecución someter ésta a la condición de que la condena pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado, la compatibilidad de esta posibilidad con el dº a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo de los arts. 47 y 48.2 de la Carta, y si estos preceptos, junto con el art. 53, permiten condicionar la entrega otorgando un mayor nivel de protección del que se deriva del derecho de la UE para evitar una interpretación lesiva de un dº fundamental reconocido por la Constitución de ese EM.

ducta de la persona afectada. En principio es dictada como una ODE cumplimiento. Pero si la persona opta por el nuevo juicio se transforma en ODE de enjuiciamiento, mutación que no entraña pérdida de garantías y propone que en el supuesto del artículo 5.1 DM puedan exigirse también las garantías del artículo 5.3 DM. En la STJCE 11-12-2008, (C-297/07), *Bourquain*, considera una condena en rebeldía como sentencia firme a los efectos del principio *non bis in ídem* sólo porque en ese caso ya no era posible su ejecución.

- Pena a perpetuidad

En la STEDH 12-2-2008, nº 21906/2004, *Kafkaris v. Chipre*, el TEDH considera que la condena a perpetuidad no supone un tratamiento inhumano y degradante en el sentido del art. 3 CEDH por sí misma. Para que se hable de malos tratos es preciso un mínimo de gravedad, especialmente por la duración del trato y sus efectos psíquicos y físicos. En el caso de condena a perpetuidad debe valorarse si el reo tiene alguna posibilidad de ser liberado, incluso bajo condición, o de que su pena sea revisada, conmutada o suspendida. En STEDH 11-4-2006, nº 19324/2002 *Léger v. Francia*, reconoce que entraña necesariamente angustias e incertidumbres ligadas a la vida carcelaria, pero no considera que alcancen el umbral de gravedad requerido por el art. 3 CEDH.

- Nacionalidad y residencia

Señalan los Informes de evaluación de la Comisión cómo Holanda incorpora el control de doble tipificación y conversión de la pena para entrega de nacionales conforme al Convenio 1983. Y de hecho, ha formulado una declaración a la DM 2008/909 de forma que seguirá aplicando dicho Convenio para sentencias dictadas durante los tres años siguientes a la entrada en vigor de la DM. En esta última DM el reconocimiento de sentencias penales privativas de libertad se extiende a la ejecución de ODEs para enjuiciamiento de nacionales o residentes a los se ha impuesto la garantía de regreso al país de ejecución y así impedir la impunidad¹⁷⁵. Utiliza conceptos similares a los que viene manejando el TJCE y confirma que el objetivo es la reinserción social del reclamado¹⁷⁶. La nacionalidad y Estado en que vive se utilizan como criterios para la transmisión de sentencias. Prevé la adaptación de la condena si no es posible trasladar la impuesta en el Estado de emisión por su duración o naturaleza, y el derecho por el que se rige la ejecución será el del Estado de ejecución. La garantía de retorno se presta incluso a efectos de dar cumplimiento al principio de especialidad en la entrega¹⁷⁷. La devolución del nacional condenado, entregado en ejecución de una ODE para el ejercicio de acciones penales al Estado del que es nacional, es automática o requiere su consentimiento, exigido por el CTPC. En la actualidad está pendiente una petición de decisión prejudicial planteada por Rumanía, 28-5-2010, c.264/10, *Kita* sobre este artículo 5.3 DM.

175 Conforme al art. 25 de esta DM.

176 Ver artículo 3 de esta DM.

177 Artículos 4, 8, 17 y 18.3 de esta DM.

Apéndice II. Documentación de Referencia

1. Decisión Marco

1.1. Textos oficiales

Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190 de 18-7-2002, p. 1 a 18)

-ES:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018>
:ES:PDF

- FR:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018>
:FR:PDF

- EN:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018>
:EN:PDF

Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión marco (DO L 190 de 18-7-2002, p. 19 a 20)

ES:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020>
:ES:PDF

FR:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020>
:FR:PDF

EN:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0019:0020>
:EN:PDF

1.2. Información y estudios

Datos de la UE sobre las diversas normativas nacionales, evaluaciones e informes de la ODE

- ES:

[http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-\(jai\)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=es&detailId=66](http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-(jai)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=es&detailId=66)

- FR:

<http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/>

[justice-et-affaires-interieures-\(jai\)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=fr&detailId=66](http://www.consilium.europa.eu/justice-et-affaires-interieures-(jai)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=fr&detailId=66)

- EN:

[http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-\(jai\)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=en&detailId=66](http://www.consilium.europa.eu/policies/council-configurations/justice-et-affaires-interieures-(jai)/cooperation-judiciaire/european-arrest-warrant?lang=en&detailId=66)

Datos de España sobre la ODE y los aspectos esenciales de las diversas normativas de los EEMM en la página del Ministerio de Justicia, área temática de cooperación jurídica internacional (en español).

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198003700/Detalle.html

Versión final del manual europeo para la emisión de ODEs

- ES: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st17/st17195-re01.es10.pdd>

- FR: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/10/st17/st17195-re01.fr10.pdf>

- EN: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st17/st17195-re01.en10.pdf>

Localización de las autoridades competentes y asistente para la confección del formulario de ODE (en inglés y francés)

<http://www.ejn-crimjust.europa.eu>

Informes anuales de Eurojust (en todos los idiomas comunitarios)

http://www.eurojust.europa.eu/press_annual.htm

Informe inicial de la Comisión de 23 de febrero de 2005 basado en el artículo 34 de la Decisión Marco 2002/584/JAI [COM(2005) 63 final]

- ES:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:ES:PDF>

- FR:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:FR:PDF>

- EN:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:EN:PDF>

Anexo al informe inicial de la Comisión [SEC (2005) 267] (sólo en inglés)

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN657.pdf

Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la DM desde 2005 [COM(2007/407 final)]

- ES: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/07/st11/st11788.es07.pdf>

- FR: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st11/st11788.fr07.pdf>
- EN: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11788.en07.pdf>

Anexo al Informe de la Comisión relativo a la aplicación de la DM desde 2005 [SEC(2007) 979] (sólo en inglés)

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/07/st11/st11788-ado1.en07.pdf>

Respuestas al cuestionario sobre información cuantitativa sobre el funcionamiento práctico de la orden de detención europea - Año 2010 (únicamente en inglés)

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/sto7/sto7551-re06.en10.pdf>

Estudio sobre la aplicación de la ODE y los equipos conjuntos de investigación encargado por el Parlamento y realizado por el Centro Europeo de Jueces y Abogados del Instituto Europeo de Administración Pública (en inglés y francés)

- FR:

<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=es&file=30129#search=%20european%20Y%20arrest%20%20Y%20warrant%20>

- EN:

<http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?language=es&file=30128#search=%20european%20Y%20arrest%20%20Y%20warrant%20>

Reseña bibliográfica EUR-Lex de la DM 2002/584/JAI

-ES:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:ES:NOT>

FR:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:FR:NOT>

EN:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:EN:NOT>

Ficha de síntesis de la UE sobre la DM 2002/584/JAI

-ES:

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33167_es.htm

- FR:

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33167_fr.htm

- EN:

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33167_en.htm

Iniciativa originaria. Propuesta de Decisión marco del Consejo sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros [COM/2001/0522 final] (cambiar la lengua a través de la pestaña del idioma)

<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=256595:cs&lang=es&list=397616:cs,397503:cs,397255:cs,389561:cs,286347:cs,285795:cs,284030:cs,256595:cs,240434:cs,212030:cs,&pos=8&page=4&nbl=41&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

1.3. Normativa posterior

Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5-12-2008, p. 27 a 46).

- ES:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:ES:PDF>

- FR:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:FR:PDF>

- EN:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:EN:PDF>

Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27-3-2009, p. 24 a 36).

- ES:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:ES:PDF>

- FR:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:FR:PDF>

- EN:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:EN:PDF>

Declaración de Dinamarca, Finlandia y Suecia al amparo del artículo 31.2 de la DM (DO L 246 29-9-2003, p. 1)

- ES:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:ES:PDF>

- FR:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:FR:PDF>

- EN:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:246:0001:0001:EN:PDF>

Orden de Detención Nórdica

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st05/st05573.en06.pdf>

2. Normativa española de trasposición

2.1. Textos oficiales

- Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (BOE 17-3-2003, p. 10244-10258)

<http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/pdfs/A10244-10258.pdf>

- Ley Orgánica 2/2003, complementaria de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (BOE 17-3-2003, p. 10244)

<http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/pdfs/A10244-10244.pdf>

2.2. Información básica

- Información del Ministerio de Justicia español complementaria al Prontuario

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198003700/Detalle.html

- Informe de Evaluación de España en materia de ODE

http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN715.pdf

- Trabajos preparatorios

- Tramitación parlamentaria del proyecto de Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI7&PIECE=IWI7&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=118-118&QUERY=121.cini

- Tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI7&PIECE=IWI7&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=119-119&QUERY=121.cini.

- Informe del CGPJ a los Anteproyectos de Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega y Ley Orgánica complementaria

<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValu e=152785&Download=false&ShowPath=false>

- Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (pese a su denominación, informa sobre el anteproyecto de Ley)

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2002-2920

- Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega (pese a su denominación, informa sobre el anteproyecto de Ley Orgánica)

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2002-2921

Apéndice III. Relativo al Sistema Español

1. Reconocimiento Mutuo y derechos fundamentales

Adoptada la DM sobre ODE y los procedimientos de entrega durante la Presidencia española del primer semestre de 2002 y aun cuando el plazo de incorporación finalizaba el 31-12-2003, en una reunión informal de los Ministros de Justicia e Interior celebrada en Santiago de Compostela el 14-2-2002, Francia, Bélgica, Portugal, la República Federal Alemana, Luxemburgo y España acordaron hacer uso de la posibilidad señalada en el artículo 34.2 DM para adelantar su aplicación y adoptar sus normas de transposición en el plazo más breve posible. España cumplió con este compromiso y el 17-3-2003 publicó sendas leyes, la Ley 3/2003, de 14-3, sobre la orden europea de detención y entrega¹⁷⁸ y LO 2/2003, complementaria de la Ley 3/2003, de 14-3, sobre la orden europea de detención y entrega¹⁷⁹ para incorporar a la LOPJ la nueva competencia en materia de ODE en cuanto AJ de ejecución, convirtiéndose en el primer Estado en llevar a cabo su implementación sin necesidad de adaptación constitucional.

Quizás por la relativa precipitación con que se redactó¹⁸⁰ y pese a los informes preceptivos al Anteproyecto del Consejo de Estado, CGPJ y FGE, la Ley española tiene evidentes lagunas de regulación además de lamentables deficiencias técnicas y que se han de solventar vía interpretación. Muchos de estos problemas derivan del hecho de no asumir que se trata de una ley interna dirigida a autoridades españolas y no de una DM, cuyos destinatarios son los Estados. De ahí la diferencia de terminología utilizada y el margen de discrecionalidad desaprovechado en esta ocasión por el legislador. Vacíos normativos y errores que no impiden su eficaz aplicación ni hacen que pierda agilidad la entrega. La Comisión, sin embargo, considera se ha efectuado una trasposición fiel del articulado de la DM¹⁸¹.

Pese a los nuevos instrumentos de cooperación, y en particular, pese a la nueva concepción que algunos pretenden dar a la ODE frente al sistema de extradición¹⁸²,

178 BOE 17-3-2003, <http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/pdfs/A10244-10258.pdf>

179 BOE 17-3-2003, <http://www.boe.es/boe/dias/2003/03/17/pdfs/A10244-10244.pdf>

180 Como indica MORENO, “la ‘medalla’ que se ha querido poner en esa carrera de velocidad no puede privar a la ley española de serios reproches de fondo, ya que peca de falta de rigor y su aplicación resulta de dudosa eficacia” (texto citado en bibliografía).

181 Conclusiones del Informe de evaluación de España en cuarta ronda de evaluaciones mutuas sobre la aplicación práctica de la ODE (documento 5085/2/07, 6-6-2007). http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN715.pdf

182 Véase el informe del Consejo de Estado al respecto y los votos particulares

no existe un Derecho Penal transnacional. Como afirman los Tribunales ordinarios, la soberanía nacional sigue operando como límite de la persecución penal de cada Estado¹⁸³. La lógica tensión entre eficacia del sistema penal y garantía de los derechos no sólo se ha erigido como la principal objeción realizada a la DM sobre ODE fuera de nuestras fronteras sino que ha tenido profundo eco en nuestra doctrina¹⁸⁴.

Llama la atención que ni el informe del CGPJ ni los debates parlamentarios hicieran referencia a la omisión de cualquier mención a los derechos fundamentales, siquiera como cláusula de estilo, en el texto de regulación nacional de la ODE. Todos ellos partieron de la premisa de que una ODE debía ser emitida con las garantías propias del debido proceso, garantías existentes en nuestro ordenamiento. El TC ha ido más allá y mantiene, no sólo el deber de respeto de estos derechos que pesa sobre el Estado español, con la lógica consecuencia de reconocer la viabilidad del recurso de amparo de los sujetos sobre los que se acuerda la entrega en virtud de una ODE. Por encima del texto de la legislación española, ha mantenido su tesis de posible violación indirecta si con la entrega se contribuye a que ésta se produzca¹⁸⁵.

Ya el informe del Consejo de Estado previó las impugnaciones ante el TC con la consiguiente suspensión de la entrega efectiva. A tal fin y dados los breves plazos del nuevo procedimiento, propuso la reforma de la normativa constitucional, con un régimen sumario y preferente equivalente al existente en materia electoral. Tal reforma no se llevó a cabo en su momento y, pese a que el recurso de amparo se identifica como el principal problema en las dificultades de funcionamiento del TC, la LO 6/2007, 24-5 que modifica la LOTC deja pasar la oportunidad de adoptar un procedimiento que permita una rápida decisión dentro de los plazos previstos en el artículo 19 LOEDE. No obstante, al introducir un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo e invertir el juicio de admisibilidad, es previsible que el número de suspensiones de entrega y pronunciamientos del TC se reduzca drásticamente en esta materia¹⁸⁶.

emitidos principalmente por el Magistrado del TC D. Jorge Rodríguez-Zapata.

183 STS, 2ª, 18-12-2002, rec. 479/2002.

184 Especialmente crítico es GONZÁLEZ-CUÉLLAR (texto citado en bibliografía).

185 Tesis que, sin embargo, es discutida por alguno de sus miembros, como puede observarse en los votos particulares.

186 Es el caso del ATC 188/2008, 21-7. Inadmite el recurso de amparo frente a la prisión por ODE por no cumplir con la carga de justificar la especial trascendencia constitucional. Al tiempo modifica el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 de la LO 6/1985, 1-7, permitiendo su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE, para posibilitar una mayor protección por los Tribunales ordinarios. Por el contrario, en los casos en que la estimación del amparo traiga causa de la aplicación de una ley lesiva de derechos o libertades públicas, la nueva regulación ordena elevar la cuestión al Pleno a fin de que aborde la cuestión de cons-

2. Principios inspiradores e interpretación

Las deficiencias más llamativas de la LOEDE se producen desde el punto de vista pasivo, es decir, respecto de la entrega del reclamado por España, y se atribuye un desmesurado margen judicial en la determinación de las causas de denegación facultativas, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca. No obstante, también se plantean problemas de interpretación en la emisión de la ODE. Aun cuando dedica el capítulo II a ésta, no prevé cuestiones que sí solventa en la entrega por la AN de un reclamado. Precisamente cuando el juez o tribunal ordinario está mucho menos aclimatada a la cooperación internacional.

La cuestión de cómo resolver las lagunas ha de partir, primero, de la naturaleza de la ODE y de los principios que inspiran su regulación recogidos en el Nivel I. Nuestra Ley es desarrollo de la DM. De ahí que, aun cuando ésta carezca de efecto directo, puede ayudar en las labores de interpretación. Tesis ésta asumida por el TJCE al exigir una «interpretación conforme» del ordenamiento nacional con la DM, siempre que ello no conduzca a una interpretación *contra legem* (Sentencia *María Pupino*).

Segundo, la entrega de sujetos es una institución unitaria de una única dirección de doble vía, pese a la habitual clasificación entre entregas pasivas y activas. El núcleo de la misma se aplica en los dos sentidos, variando sólo la posición del Estado. Podrá acudir a la analogía cuando sólo una de las perspectivas ha sido regulada.

Tercero, si se considera que la ODE participa de algún modo de la naturaleza jurídica de la extradición, serían aplicables tanto la doctrina como la jurisprudencia (incluida la del TC) recaída sobre esta materia con las adaptaciones pertinentes¹⁸⁷.

El procedimiento extradicional y el actual de entrega ni supone el ejercicio directo por el Estado Requiriente de la acción penal (*ius ut procedatur*), ni el ejercicio inmediato por el Estado Requerido de la potestad punitiva (*ius puniendi*). No se ventila en él la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en la normativa sobre la entrega¹⁸⁸. Como indica la STC 177/2006, 5-6, la extradición y la ODE son “normas procedimentales o instrumentales que se han su-

titucionalidad interna, lo que es objeto de propuesta por el voto particular del Magistrado D. Pablo Pérez Tremps a la STC 199/2009, 28-9 con carácter subsidiario al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

187 Ver respecto de estas dos últimas propuestas de interpretación DE MIGUEL (texto citado en bibliografía).

188 En este sentido ver SSTC 191/2009, 28-9, 120/2008, 13-10 y 30/2006, 30-1. En la ODE “no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado”. Es decir, sería un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido.

cedido en el tiempo para lograr una más eficaz colaboración en el ámbito jurídico¹⁸⁹. El carácter mixto del procedimiento de entrega ha dado pie a lo que algunos autores denominan “estatuto del reclamado”¹⁹⁰. No obstante, y pese a la incidencia clara que sobre la libertad de la persona entraña una orden de detención, la regulación en España se ha realizado mediante Ley Ordinaria y no Orgánica, como exigiría el artículo 81 de la Constitución¹⁹¹.

Por lo demás, tanto la doctrina como el TC mantienen abierto el debate sobre si la ODE sigue siendo un procedimiento de extradición mejorado aun cuando se suprima el principio de oportunidad. El Consejo de Estado y algunos votos particulares del TC aluden al sistema alternativo y sustitutivo de la extradición que impedirían asumir la doctrina hasta el momento forjada en materia de garantías. Sin embargo, la mayoría del TC se decanta por considerar la entrega en virtud de la ODE un procedimiento extradicional. Y de ahí la extensión de su doctrina, tanto en materia de privación de libertad como en la consideración de los derechos absolutos que España no puede contribuir a violar, si bien con el carácter limitado propio de la naturaleza del procedimiento. Por tanto, es conveniente tener presentes los pronunciamientos del TJUE y del TC en esta materia. Tampoco debe extrañar, por el contrario, que frente a ODEs emitidas por España, las AAJJ de ejecución examinen motivos de oposición basados en la violación de estos derechos al haberse considerado como motivo de oposición las legislaciones de algunos EEMM.

3. Concepto, naturaleza y características de la ODE

Nuestra ley, siguiendo la definición recogida en la DM, atribuye a la ODE la condición de resolución judicial (1.1 LOEDE). Sin embargo, la resolución ha de dictarse previamente a la emisión de la ODE en el proceso penal abierto por la AJ de emisión. Si el proceso se sigue en España, la emisión de la ODE debe ser acordada mediante una resolución judicial, concretamente mediante sentencia o auto de detención o prisión¹⁹²,

189 Esta naturaleza procedimental también se reconoce en la STJCE 12-8-2008, c. 296/08, *Santesteban Goicoechea*.

190 Ver LÓPEZ (2007).

191 Señala el incumplimiento del mandato constitucional CUERDA (texto citado en la bibliografía). Vuelve a recordar la STC 99/2006, de 27-3 que la Ley “por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita”. Y en la STC 147/2000, 29-5 mantuvo que la ley reguladora de supuestos de prisión provisional y de su duración máxima ha de adoptar la forma de ley orgánica, ya que al limitar el derecho a la libertad personal constituye un desarrollo del derecho fundamental, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE.

192 En nuestro país se han dado supuestos de emisión directa de una ODE sin previa

nunca providencia, pues el deber de motivación es más riguroso cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con el valor superior de libertad¹⁹³.

El texto español abandona la denominación de “orden de detención europea” de la DM sobre ésta y los procedimientos de entrega y se refiere a ella como “orden europea de detención y entrega”¹⁹⁴. Ya el Consejo de Estado advirtió del posible equívoco que podía conllevar el uso del término, más aún cuando se utiliza en el texto de la ley de forma reducida. La orden no es europea por su emisión ni se ordena la entrega. Tan sólo el procedimiento que permite concederla. Es siempre la autoridad nacional quien la emite. Son sus efectos los que son europeos, al ejecutarse fuera de las fronteras del Estado de emisión. Por lo demás, el carácter judicial de la ODE es completo en nuestro ordenamiento y la labor de la AC prevista en el art. 2.3. LOEDE es la de mero auxiliador, sin que deba remitirse la ODE al MJ español para su tramitación sino tan sólo la copia que exige el art. 7 in fine de la LOEDE¹⁹⁵.

4. Ámbito de Aplicación

4.1. Ámbito espacial

La DT 2^a no difiere en este sentido del art. 34.2 de la DM. España la aplica a todos los EEMM que la han implementado, con las advertencias ya hechas en el Nivel I¹⁹⁶. Prácticamente es un hecho que el sistema de extradición ha sido sustituido en la actualidad en el seno de la UE¹⁹⁷ salvo, como recoge nuestra LOEDE en su DA 1^a, «lo

resolución que la avalase, lo que ha creado serios problemas al procederse a la detención del reclamado.

193 En este sentido STC 110/2003, 16-6. Por su parte y para la extradición, el art. 825 LECrim. impone la necesidad de auto motivado acordando la prisión o sentencia firme.

194 De ahí la diversidad de abreviaturas utilizadas, ODE, OEDE... Personalmente sigo utilizado el de la DM para evitar confusiones y por fidelidad al instrumento que traspone o implementa.

195 Lamentablemente, también se han dado supuestos en que se ha pretendido como vía de transmisión la AC en nuestro país por puro desconocimiento de la Ley. AC que en España lo es el MJ y no el CGPJ como éste propuso.

196 Varios han sido los casos en que se ha emitido una ODE dirigida a un país antes de que se hubiese adaptado la legislación en el Estado receptor siendo rechazadas. Por lo demás, ejemplo paradigmático de nulidad de una Ley de trasposición lo supuso Alemania, a raíz del caso *Darkazanli* tras la STC alemán de 18 July 2005, the new national legislation in DE distinguishes between three categories o 18-7-2005 que la declaró inconstitucional.

197 El papel de sustitución de estos instrumentos se recoge en el artículo 31 de la

previsto en los convenios bilaterales o multilaterales suscritos por España en los que se simplifique o facilite el procedimiento de entrega»¹⁹⁸.

Un supuesto especial es el de Gibraltar, regulado en la DA 3^a LOEDE, al que el art. 33 DM expresamente incluye en su ámbito espacial. La DA remite al «régimen acordado sobre autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea y Tratados Conexos», conteniendo en el documento del Consejo n^o 7998, de 19-4-2000¹⁹⁹.

4.2. Ámbito temporal

En principio y según la DT 2^a LOEDE, se aplica a las solicitudes “emitidas” a partir del 1-1-2004²⁰⁰, siendo necesario que el Estado de ejecución haya notificado la implementación de la ODE al momento de su recepción. En España la LOEDE permite que puede ir referida a hechos anteriores²⁰¹, precepto que ha sido avalado por el TC en diversas Sentencias²⁰². De hecho, ha sido una práctica habitual la de esperar a la per-

DM, no contemplado en nuestra LOEDE. 16 EEMM han efectuado la correspondiente declaración efectuada al Consejo de Europa en virtud del referido precepto: Bélgica, R. Checa, Alemania, España, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Holanda, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y Reino Unido.

198 Esta disposición no transcribe exactamente el apartado 2^o del art. 31 DM. Lo que indica este precepto es la posibilidad de aplicación de estos convenios cuando “permitan ir más allá de los objetivos de la misma (DM)”. Y el artículo 1.3 de la DM, tampoco traspuesto en nuestra ley, deja bien claro que la DM no podrá tener por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 TUE.

199 La autoridad del Reino Unido será la *The United Kingdom Government/Gibraltar Liaison Unit for EU Affairs of the Foreign and Commonwealth Office* del Reino Unido con sede en Londres, o cualquier organismo del Reino Unido, con sede en Londres que este Gobierno decida nombrar conforme recoge este acuerdo.

200 El art. 32 DM del que deriva este precepto contemplaba como *dies a quo* de la aplicación de la ODE la fecha de “recepción”. Nótese la confusión del legislador destacada por CUERDA, en *ob. cit.*, entre vigencia y eficacia.

201 Esta previsión fue cuestionada por algunos autores al considerar que podría resultar contraria al principio de irretroactividad de las normas penales vigente en Derecho material, por estimar que no todas las normas de la LOEDE tienen carácter procesal. CUERDA, en *ob. cit.*, propone que sólo se aplique en tales casos cuando se beneficie así a la persona reclamada. Para nuestro TC no se plantean problemas de retroactividad.

202 SSTC 120/2008, 13-10, 293/2006, 10-10 y 30/2006, 30-1. Como indica el TC, ciertamente la DT podría haber previsto la retroactividad de la LOEDE. Pero al no ejercerse pretensión penal en este procedimiento no le alcanza la protección del artículo 9.3 CE. Además, dicho precepto se proyecta sobre la selección de la norma aplicable a la entrega, pero no sobre los derechos fundamentales.

tinente trasposición en el Estado de ejecución para cursarla en lugar de la extradición si la persona reclamada no había sido aún detenida. Al igual que reproducir antiguas solicitudes de extradición como ODEs previamente rechazadas, aceptando las AAJJ españolas las cursadas por otros países en las mismas circunstancias. No obstante, el efecto de cosa juzgada de una previa decisión extradicional es objeto de debate intenso ante la AN y el TC, que aun cuando en un margen reducido, no lo descartan si se mantiene la misma causa de pedir y la inicial decisión entró en un examen de fondo²⁰³.

El que sí consideran erradicado en el ámbito de la ODE es el principio de reciprocidad que a nivel constitucional (artículo 13 CE) rige para la extradición clásica. Como indica la STC 177/2006, 5-6, la DM “ha creado un nuevo sistema en el que el principio de reciprocidad pierde el papel que tradicionalmente representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito, toda vez que las obligaciones que con ella se imponen a los EEMM no pueden ser sometidas a dicha exigencia”. Al efecto se apoya en las SSTJCE 30-9-2003 Colegio de Oficiales de la Marina Mercante española, C-405/01 y de 30-6-2005 *Tod's y Tod's France*, C-28/04, cuando se afirma que “el cumplimiento de las obligaciones que el Tratado o el Derecho derivado imponen a los EEMM no puede someterse a una condición de reciprocidad”²⁰⁴. Bajo este argumento se descarta la denegación de una ODE basada en las declaraciones realizadas al art. 32 DM en otros países.

Más problemas ha presentado la entrada en vigor de la ODE y la aplicación retroactiva a procedimientos de extradición en curso, cuestión abordada por el TC. En la 292/2005, de 10-11, al resolver un recurso de amparo presentado por un ciudadano español cuya extradición había sido pedida por Francia antes de que se dictara la DM pero que fue concedida cuando Francia ya la había traspuesto²⁰⁵. Sin embargo, el TC estima el amparo dado que la «retirada de la reserva a la no entrega de nacionales» fue publicada en el BOE después de dictarse el Auto de la AN, por lo que aplicó una

203 Ver SSTC 120/2008, 13-10; 293/2006, 10-10; 177/2006, 5-6, etc. De estas decisiones se ha hecho eco la AN y en el Auto, Secc 4ª, 19-11-2008, ODE 40/06, aprecia cosa juzgada material tras la estimación del recurso de amparo.

204 En las Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo 12-9-2006, c-303/05, *Advocaten voor de Wereld* se explica por la intervención última de responsables políticos, razón por la que criterios como el de reciprocidad o el de doble incriminación se justifican por provenir de esferas diferentes, presuponándose en la ODE.

205 En aplicación de la DT, la AN siguió los trámites de la extradición para resolver la petición. Sin embargo, consideró que ello no era obstáculo para resolver teniendo en cuenta los principios que inspiran la ODE, considerando que en el nuevo contexto de la euroorden Francia sí extradita a sus nacionales, y concluyó que no había razones para denegar la entrega.

norma que aún no formaba parte de nuestro derecho interno. Esta doctrina fue reiterada en las STC 328/05, de 12-12 y la 37/2007, de 12-2.

4.3. Ámbito material

La legislación española reproduce la necesidad de que la ODE se dicte en el curso de un procedimiento penal (artículo 1.1 de la LOEDE) diferenciando igualmente la finalidad para la que puede ser emitida: enjuiciamiento o cumplimiento de pena. Mantiene el sistema dual de la DM que desarrolla en los artículos 5 y 9 LOEDE (emisión y ejecución respectivamente) con los mismos umbrales de pena y sin control o con exigencia de doble incriminación según se haya o no incluido la infracción en alguna de las categorías del listado que transcribe en el artículo 9 LOEDE. Lo habitual es que se desconozca en el momento de la emisión si el delito cumple o no con este principio²⁰⁶.

5. Emisión de una ODE

España mantiene la dualidad de finalidades por las que puede emitirse la ODE (artículo 5.1 LOEDE), de forma que el sujeto reclamado puede ser un imputado, procesado, acusado o condenado.

En concreto y por lo que a España acontece, al copiar literalmente el listado de categorías del artículo 2 de la DM en el art. 9, crea problemas de interpretación y subsunción de conductas²⁰⁷. La integración a través de los instrumentos europeos de interpretación consignados en el Nivel II puede resultar útil.

Como signo de buena práctica y si el reclamado se ha sustraído ya a la acción de la justicia, convendría dejar constancia de ello en la ODE al suponer un plus respecto del peligro de fuga ínsito en todo reclamado que, como recuerda el ATC 118/2003, 8-4, para ello ha huido del territorio del Estado reclamante o se niega a regresar a él.

El delito por el que se emite no debe estar extinguido²⁰⁸. No ya sólo conforme a nuestro ordenamiento. Caso de tener constancia de la existencia de una resolución firme por los mismos hechos dictada por otro EM, cabría considerar el efecto de cosa

206 Como acertadamente recuerda RODRÍGUEZ (texto citado en bibliografía) “el principio *iura novit curia* no alcanza lógicamente al derecho extranjero”

207 Como botón de muestra ver los más significativos evidenciados por LÓPEZ (2007).

208 BLANCO y SÁNCHEZ analizan lo que parece ser una tendencia inversa dentro del ámbito internacional, la acentuación del principio *non bis in ídem* y el debilitamiento del principio de doble incriminación, correlativa al fortalecimiento de los derechos fundamentales y reconocimiento mutuo que antes he expuesto (en texto citado en la bibliografía final).

juzgada en nuestro procedimiento²⁰⁹. Primero, porque opera como motivo de denegación imperativo en la DM y en nuestra LOEDE. Segundo, por cuanto la propia Carta de Derechos Fundamentales, ahora parte del Tratado de Lisboa, recoge el principio *non bis in ídem* (art. 50²¹⁰ y Explicaciones²¹¹) y es reconocido por la jurisprudencia del TJCE²¹².

La imputabilidad es una cuestión del procedimiento de fondo²¹³ por lo que cabe pedir la entrega de un inimputable²¹⁴, máxime cuando se le pueden aplicar medidas de seguridad privativas de libertad²¹⁵.

5.1. Autoridad competente

En España lo es el Juez o Tribunal que conoce de la causa (art. 2.1 LOEDE). Dependiendo de la fase en que se dicte podrá ser el Juez de Instrucción, el JCI, el Juez de lo Penal, el Juez Central de lo Penal, la Audiencia Provincial, la AN, y el TSJ y el TS en caso de aforamiento. En cuanto a la jurisdicción castrense y en aplicación del CP

209 Atendiendo a su fundamento constitucional, y cuando la sentencia ha recaído en terceros Estados, la AN advierte al Estado requirente de su existencia por considerar que corresponde a los órganos de aquél Estado su apreciación al formar parte del enjuiciamiento. Ver CEZÓN y LÓPEZ (2003) (texto citado en la bibliografía).

210 Según este precepto, cuyo título es el de «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley. No obstante, resulta interesante la lectura de las conclusiones de la abogada general ELEANOR SHARPSTON presentadas el 5-12-2006 en el Asunto C-288/05 en relación a la expresión «los mismos hechos» y el concepto de «ejecución» de una sanción penal en el artículo 54 CCAS y si incide en la definición de ejecución la aplicación en el Derecho nacional de la DM sobre ODE.

211 Se afirma en las Explicaciones que el principio *non bis in ídem* no se aplica únicamente en el ámbito jurisdiccional de un mismo Estado, sino también entre las jurisdicciones de varios EEMM.

212 Nótese que pese a la ausencia de control de doble tipificación, si la AJ de ejecución es competente, podría abrir procedimiento y dictar sobreseimiento libre por no ser constitutivo de delito, con efecto de cosa juzgada. Rehúye entrar en la cuestión por falta de alegación previa la STC 191/2009, 28-9. Como indica el voto particular del Magistrado Pablo Pérez Tremps, no deja de ser contradictorio que esta exigencia no se aplique al procedimiento seguido en rebeldía en otro Estado y sí para las violaciones dentro de nuestro territorio.

213 Ver ATC 121/2000, 6-5.

214 Así lo ha entendido nuestra AN frente a la extradición en AA 16-3-2001 y 30-3-2001.

215 Arts. 101 y concordantes del CP.

Militar, ésta tiene competencia para acordar penas de prisión²¹⁶ por lo que nada impide que pueda actuar como AJ emisión. Y en cuanto a la jurisdicción de menores, nuestro CP considera a quienes no han cumplido 18 años “inimputables”. Pero no por ello quedan exentos de toda responsabilidad. El art. 19 remite para la exigencia de esta “responsabilidad criminal” a la ley que la regule, lo que ha venido a hacer la LO 5/2000, 12-1²¹⁷ para mayores de 14 años y menores de 18 y con posible aplicación a mayores. De hecho, se denomina “de responsabilidad penal de los menores”. Y entre las medidas que permite imponer se encuentra la de internamiento que cuando se impone en régimen cerrado puede considerarse como verdadera medida privativa de libertad. Nada, pues, impide al Juez de Menores que curse una ODE. La cuestión no será tanto la facultad de este órgano para la emisión, dependiendo de la interpretación que de la LOEDE haga, como la posición de la autoridad de ejecución, quien interpretará la irresponsabilidad penal por razón de la edad conforme a su propio ordenamiento²¹⁸. Nótese que la LOEDE sólo alude como AJ de emisión al Juez o Tribunal que conoce de la causa sin mayor especificación (art. 2 LOEDE)²¹⁹.

No podrán emitirla los Fiscales, pues quedan fuera de los órganos establecidos en dicho precepto pese a la residual competencia para acordar la detención provisional de una persona²²⁰. No obstante, sí podrá instar la emisión de la ODE, al igual que el resto de las acusaciones. Posibilidad que contempla el art. 824 y ss. LECrim para la extradición y el art. 829 permite acordarla de oficio. No obstante esta última posibilidad, ha de recordarse que la prisión requiere en nuestro ordenamiento la petición

216 Ver arts. 24 y 26 del Código Penal Militar, LO 13/1985, de 13-12.

217 Avanzó ya esta cuestión MANZANARES (texto citado en bibliografía).. Para este autor el problema sería complejo pues, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán, cuya Ley de Tribunales Juveniles (JGG) contiene no sólo medidas educativas (§ 9) y correctivas (§ 13) sino también una pena general con ese mismo nombre (§§ 17 y ss.), nuestra Ley Orgánica únicamente contempla unas «medidas» que no califica, no siendo ni penas ni medidas de seguridad. De otro lado, recuerda cómo tampoco establece una determinada duración de las medidas en relación a los distintos hechos. Sin embargo y dada la duración que éstas podrían alcanzar (ver art. 9 de la Ley), nada impediría que se impusieran medidas de duración superior al mínimo exigido en la ODE.

218 Comparte este criterio CASTILLEJO (texto citado en bibliografía).

219 El informe de la FGE al Anteproyecto ya evidenciaba el problema que se planteaba en este caso y la peligrosidad de la delincuencia organizada juvenil, mientras que en la evaluación de España se reclama una clarificación de esta cuestión, principalmente a efectos de la incorporación de esta información a las fichas francesas.

220 Así se recoge en el art. 5 de su Estatuto, Ley 50/1981, 30-12, aunque no podrá imponer medidas cautelares o limitativas de derechos, ni en las diligencias a prevención de la LECrim, ni en el ámbito de los menores, según el art. 17.5 de la LO 5/2000, pese a las facultades de instrucción que se le otorga.

de parte (art. 505 LECrim). De ahí que resultase una buena práctica que su emisión se solicitara por el MF pues, de accederse a la entrega y puesto a disposición de la AJ de emisión el reclamado, será necesaria la petición de la prisión por alguna de las acusaciones²²¹. El Informe de evaluación de España evidencia la dispersión de Tribunales en nuestro territorio, que contabiliza en 1.704, así como la posibilidad de que se emita de oficio sin intervención del MF, haciendo especial hincapié en la obligación de remitir copia a la AC²²².

5.2. La solicitud

Se seguirá el procedimiento descrito en el Nivel I para cumplimentarlo. Necesariamente debe utilizarse el modelo de la DM y que nuestra ley incorpora como anexo sin que sea en principio necesario que se adjunte la resolución en que se acuerda su emisión. Basta con la mera indicación de su existencia²²³. Muchas han sido las dificultades surgidas cuando el órgano judicial ha reducido por su cuenta y riesgo el modelo oficial o, lo que es más frecuente, ha ordenado nuevamente su traducción pese a constar en todos los idiomas comunitarios.

La labor de rellenar el formulario y, en concreto, la inclusión en una de las categorías del listado, difícilmente podrá ser objeto de recurso dentro de nuestro procedimiento penal pues la resolución previa que necesariamente ha de dictarse acordando la privación de libertad no tiene por qué aludir a estos datos, que sólo figuran en el impreso de ODE. Frente a la resolución previa sí cabría recurso siguiendo el régimen general. Aunque la calificación la hace la AJ de emisión, el reclamado podría combatirla en el procedimiento de entrega ante la AJ de ejecución por sus consecuencias de cara al control de doble tipificación. Máxime teniendo en cuenta que la trasposición al

221 Lo considera imprescindible CEZÓN (texto citado en bibliografía), para quien al requerir previo auto de prisión y ser necesaria que ésta se solicite por la acusación, debe entenderse que la entrega sólo puede solicitarse a instancia de éstas. Aunque en teoría, nada impide que se acuerde la detención internacional sin necesidad de petición por la acusación o si se trata de ejecutar una sentencia, sería contrario al principio de proporcionalidad tener que dejar en libertad al entregado en virtud de una ODE por no pedir su prisión ya en nuestro país el MF.

222 Deja claro que los fiscales no emiten ODEs, pero sí menciona como positivos los protocolos y guías prácticas elaboradas por el Fiscal Jefe y el CGPJ, así como la intervención de la REJUE y la paralela Red de Fiscales, las funciones de asistencia y estadística del MJ, a las que añade la elaboración de buenas prácticas y coordinación en materia tránsito y decisión ante la concurrencia entre una ODE y una solicitud de extradición. Finalmente alude a las funciones consultivas del CGPJ y a la herramienta del Prontuario.

223 art. 3 LOEDE, trasposición del art. 8 de la DM y apartado b) del formulario.

respecto es dispar por los distintos países. De ahí el recordatorio de que no se acuda fraudulentamente el listado de categorías del artículo 9 LOEDE.

En España puede emitirse la ODE a lo largo de todo el procedimiento, bien durante la instrucción, bien para la celebración del juicio o para la ejecución de la sentencia. Lo que debe determinar la emisión es la necesidad procesal de la presencia del sujeto en nuestro territorio. La no comparecencia voluntaria determina la orden de prisión o detención. Pero en aras al principio de proporcionalidad, si luego no va a permanecer privado de libertad, una eventual declaración como puro elemento de investigación puede obtenerse por otros medios, supuesto contemplado por el Manual europeo, advirtiendo sobre este peligro expresamente el Informe de evaluación a España²²⁴. En ningún caso es suficiente con que la persona esté privada de libertad en otras diligencias o en el extranjero, pues la ODE es subsiguiente a una resolución por la que se acuerda la privación de libertad. Y no resulta ocioso reiterar el elevado coste económico que conlleva la entrega procesal de un sujeto desde otro país. Recordar que en nuestro ordenamiento está prevista la videoconferencia y que en ocasiones puede resultar ésta una fórmula alternativa²²⁵.

Sí conviene llamar la atención sobre una técnica procesal muy usual dentro de nuestro territorio: cursar orden de búsqueda y captura a los efectos de practicar una notificación. En tales casos, una vez realizada ésta se procede a la inmediata puesta en libertad. Este supuesto no satisface el canon de proporcionalidad y, de hacer un uso indebido de esta práctica, se generaría desconfianza en el resto de EEMM con el riesgo de incrementarse las denegaciones sistemáticamente a España²²⁶.

En España se dispone de información, además de en los sitios europeos oficiales, en el Prontuario colgado en el portal del CGPJ²²⁷ y en la página oficial del MJ, Área temática de Internacional²²⁸. Los principales problemas que se están planteando

224 El problema surge por la terminología del artículo 1.1 DM y las exigencias procesales en España sobre la necesidad de que el imputado sea oído con carácter previo a que se formule acusación contra él, extremo que está dando muchos problemas cuando la detención del reclamado se en produce en un Estado del *common law*. Debe especificarse claramente que no se utiliza como medida para iniciar una investigación sino como exigencia procesal para formular la acusación.

225 La referencia al posible uso de la videoconferencia la echó de menos el informe del CGPJ al Anteproyecto, si bien la mayoría de autores admiten que es posible acudir a este instrumento si la legislación del Estado de ejecución lo permite.

226 Podrían plantearse fórmulas alternativas a la misma, como el auxilio judicial o incluso retrasar esta notificación hasta un momento procesal en que fuera imprescindible la presencia del sujeto subsanando posteriormente lo actuado.

227 www.prontuario.org

228 http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197995954/Tematica_C/1215198003700/Detalle.html

obedecen a las dificultades de acceder a Internet, por lo que convendría mantener un ejemplar en papel. También hay quejas sobre la no aptitud del formato electrónico para todos los procesadores de texto, por lo que no siempre quedará constancia informática de su emisión²²⁹.

Cuando la oficina SIRENE o INTERPOL advierten deficiencias en la cumplimentación y al responsabilizarse de la “validación técnica”, las subsanan en la medida de lo posible, lo que supone una evidente sobrecarga en la tarea que realmente les es encomendada y sin que puedan invadir funciones que sólo a los órganos judiciales competen. En ocasiones, en lugar de la descripción de los hechos, algunos órganos judiciales han remitido un “auto” en documento anexo²³⁰. Documento que SIRENE no acepta a efectos de realizar un señalamiento en el SIS, por lo que ha de resumirse y concentrarse el contenido del mismo dentro de la propia ODE. Esta Oficina sólo puede consignar los datos que figuren en formulario y no los documentos anexos.

Pese a que en España la ODE se vincula a un solo procedimiento, el reclamado puede haber cometido varios hechos y seguirse por ellos un mismo procedimiento. Razones procesales, además de la necesidad de una resolución que ampare la emisión de la ODE, impedirían que se incluyesen diversos delitos seguidos en procesos diferentes, lo que plantea muchos problemas en relación al principio de especialidad²³¹.

En cuanto a los recuadros del formulario, el MJ aconseja tachar los supuestos que no proceden. Concretamente en relación a la pena a perpetuidad y la rebeldía. Pero ello no es del todo así y de hecho constituye uno de los supuestos de petición de información adicional por otros países pues en nuestro ordenamiento sí son posibles juicios “en ausencia”. Lo normal es que, de haber recaído sentencia, el imputado haya sido citado personalmente y haya estado presente en juicio, en cuyo caso procede tachar los dos últimos párrafos del apartado, dejando tan sólo el primero. Sin embargo, la actual regulación procesal permite que los juicios se celebren en ausencia sin citación personal (art. 775 LECrim). No sólo se permite esta posibilidad sino que se ha ampliado la posibilidad de enjuiciamiento en estos términos para penas previstas de hasta 2 años de privación de libertad (art. 786 LECrim). Si se ha hecho uso del precepto y no se ha procedido a la citación personal practicándose en el domicilio proporcionado a efecto de notificaciones, se deberá informar sobre la existencia del

229 Dado que los medios materiales están transferidos, en algunos territorios se está haciendo un esfuerzo por los especialistas informáticos para incorporarlo, siempre y cuando se les sugiera esta necesidad, labor que perfectamente podría realizar el correspondiente de la REJUE penal.

230 Así se ha pretendido en algún territorio, siendo una corruptela que utilizan algunos JCI con INTERPOL.

231 En la STC 181/11, 21-11, se declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haber sido declarada la ampliación de una ODE *in audita parte*.

recurso de revisión y de su contenido (art. 793 LECrim), concretando las posibilidades de anulación.

Por lo demás, SIRENE-INTERPOL advierten de la inutilidad de incluir la previsión de prescripción conforme a la Ley española porque, considerando que este dato sólo puede ser examinado por la autoridad de emisión y podría llevar a equívocos si la inserción es la primera. Cuando se incorpora, SIRENE-INTERPOL lo suprime.

Finalmente, el penúltimo recuadro suele inducir a confusión en nuestro país. La AC, el MJ (art. 2.3 LOEDE), tiene atribuidas en la Ley funciones de mero auxilio, pero no de transmisión ni recepción, como posibilitaba el art. 7 DM. De ahí que se haya de tachar el mismo o consignar que “no procede”.

Con la ODE se retiraron en España todos los indicadores de validez conocidos como *flags*, y que incluye un EM para que el señalamiento en el SIS no tenga eficacia o la tenga limitada en su país. De forma que si la AN deniega una ODE o libera a una persona sometida a una ODE debe de comunicarlo a SIRENE-INTERPOL para que no vuelva a ser detenido. Y lo mismo cuando la ODE se deja sin efecto por la AJ de emisión.

5.3. Transmisión

- Paradero conocido del reclamado

Es el supuesto contemplado en los arts. 6.1 y 6.3 LOEDE. Aun cuando la LOEDE no lo diga expresamente, podrán auxiliar los miembros de la RJE y REJUE, los Magistrados de Enlace y Eurojust. Y en España en particular es aconsejable acudir a las redes internas: REJUE y Red de Fiscales, cuyos datos obran en el Prontuario.

La LOEDE no impide en este supuesto la posibilidad de introducir una descripción en el SIS (art 6.3 LOEDE), por lo que abre las puertas a la utilización de SIRENE aun siendo conocido el paradero, con la ventaja de que esta Oficina nos facilita una traducción de apoyo y nos sirve de canal de remisión a la autoridad competente. Dada la “informatización” de la Oficina, en la que para la gestión de los expedientes se toma como índice el “número de identificación Schengen” del SIS, las ODEs transmitidas directamente de juez a juez (sin señalamiento en el SIS), complican la tramitación de las posteriores gestiones de información adicional y en el momento de la entrega efectiva, si se precisan. Y en todo caso impiden que pueda advertirse a otras autoridades españolas la existencia de la ODE de forma que si se accede a la misma el sujeto puede estar amparado por el principio de especialidad. De ahí la conveniencia de comunicar a SIRENE la existencia de la ODE y ordenar la creación del correspondiente señalamiento en el SIS pese a la remisión directa, si ésta es la opción elegida, para posterior uso de este canal, bien en la información adicional, bien en la entrega. No obstante la previsión del art. 9.2 y 10.4 de la DM, Francia no ha venido aceptando la remisión vía SIRENE en el supuesto de que se conozca el paradero del reclamado²³².

232 El informe de la Comisión deja constancia de un caso entre España y Francia en

- Paradero desconocido del reclamado

Es el supuesto más habitual, regulado en los arts. 6.2 y 6.5 LOEDE en términos similares a los de la DM. En tal caso es imprescindible que en el encabezamiento se añada a «ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN» el texto «E INTERNACIONAL»:

ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN E INTERNACIONAL

Igualmente debe reseñarse en el apartado f) dedicado a la información facultativa: “en caso de que se produzca la detención en país ajeno a la ODE se interesa la detención preventiva a efectos de extradición. Si se procede a su detención, la autoridad emisora se compromete a solicitarla incluso por vía diplomática”.

En tales supuestos, a la hora de rellenar el formulario y ante la posible detención del sujeto buscado en algún territorio del mundo anglosajón (Reino Unido, Chipre e Irlanda dentro de Europa, EEUU, Australia, Canadá y Japón en el resto), se aconseja se rellene el formulario lo más detalladamente posible, pues estos países extreman las exigencias de cara a la entrega del sujeto, tanto en la descripción de los hechos como en la traducción y pruebas existentes²³³.

El Informe de evaluación de España señala el avance existente en la dirección única SIRENE-INTERPOL. Cualquier duda que pueda surgir al respecto se atiende por el órgano que actualmente lo centraliza, el CENCI²³⁴, servicio que permanece de Guardia 24 horas. De todos los datos relativos a España, éste será el más importante que debemos retener en cuanto ventana única a la que dirigir la ODE, encargándose de su distribución entre las oficinas SIRENE e INTERPOL-España.

CENCI (24 horas)
Teléfono: (34) 91-582-29-00
Fax: (34) 91-582-29-80
cenci@dgp.mir.es

Suele plantearse la cuestión del nº de ejemplares. El original se mantiene en los autos

que la ODE fue entregada por un piloto de avión ante la necesidad de transmitir el original que exige Francia.

²³³ El SOCA británico (agencia contra el crimen organizado) debe revisar todas las ODEs que reciba en aplicación de la Ley británica. Las dudas que puedan surgir al respecto se pueden consultar a la Unidad de Fugitivos, tfno. +44 207 238 8555 o por correo electrónico a London@soca.x.gsi.gov.uk en inglés. Para consultas en castellano se recomienda acudir al contacto europeo en Interpol o a un miembro del grupo de traducciones del SOCA, a través del mismo correo electrónico o en el tfno. +44 207 238 8066.

²³⁴ Centro Nacional de Cooperación Internacional.

hasta que el sujeto es hallado, para poder remitirlo en su caso a la AJ de ejecución. Además del enviado al CENCI (SIRENE e INTERPOL), será necesario hacer llegar una copia a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del MJ (art. 7 in fine LOEDE)²³⁵. La copia para el MJ resulta necesaria a los efectos estadísticos pues, desaparecido el antiguo papel de transmisor de la AC y sin que exista ningún otro mecanismo de control, sólo podrá conocerse el número ODEs remitidas, deficiencias detectadas y grado de cumplimiento por los otros EEMM a través de este canal, quien además será nuestro interlocutor en los foros internacionales, como recuerda el Protocolo del MJ²³⁶ y hace especial hincapié nuestro Informe de evaluación.

No está permitido insertar en el SIS dos señalamientos del mismo país sobre la misma persona²³⁷. Por esta razón, cuando conste una alerta (modelo “A”), el resto de ODEs emitidas desde España frente a un mismo sujeto quedarán en el expediente a través de múltiples modelos “M” hasta que se produzca la detención del reclamado. Rellenados el modelo “A” y cuantos modelos “M” sean necesarios, se ofrece una traducción de apoyo. Si un Estado pide ampliación de información se comunica a la AJ de emisión. Si otros Estados introducen *flags*, también se da cuenta inmediata a la AJ de emisión.

Cuando se produce la detención, la respuesta positiva (*hit*) se comunica a la AJ de emisión (si no es posible contactar con él, al Juzgado de Guardia) mediante fax²³⁸ y copia a INTERPOL y al MJ, remitiendo el material de reseña de identificación que pueda recabar. De existir múltiples ODEs, todas ellas se envían al Estado de ejecución a la espera de recibir instrucciones de la AJ de emisión.

Mención aparte merece la cuestión de la traducción. El Informe de evaluación de España recoge que se nos brinda en apoyo policial. El SIS por lo general en inglés (salvo se conozca el paradero y en él se utilice otro idioma). INTERPOL opera

235 SUBDIRECCIÓN GENERAL DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, C/ San Bernardo 62, 28015 Madrid, Tfno. (34) 91 390 2228, Fax (34) 91 3904457. Oficinas SIRENE e INTERPOL: c/ Julián González Segador, s/n, 28043 Madrid. SIRENE: tfno. (34) 915823013; fax (34) 915372324, correo electrónico: sirene@ses.mir.es; INTERPOL ESPAÑA: Tfno. (34) 915822966; fax (34) 915822980/2972. Correo electrónico: ocninterpol@dgp.mir.es Datos todos ellos facilitados por la página del MJ.

236 El incumplimiento de dicho deber, sin embargo, no está sancionado específicamente y resultará difícilmente detectable, salvo que surjan problemas en el procedimiento de entrega.

237 Ver exposición detallada en MARIA (texto citado en la bibliografía).

238 Con un texto del siguiente tenor: “...En relación con la ODE contra la persona reclamada arriba citada, difundida al SIS, adjunto se remite formulario «G» procedente de SIRENE_ xxxx_, por el que informan de la detención del reclamado.....Se procede a adelantar por fax copia de la ODE, al tiempo que rogamos que nos faciliten la dirección, fax y teléfono de la autoridad judicial de ejecución en su país...”

con francés, inglés, español y árabe. Los mayores problemas se plantean con lenguas como el polaco, checo, búlgaro, esloveno o griego. Y si este es un problema generalizado se acentúa cuando se sale de las principales ciudades, pues no siempre se dispone de intérpretes de todas las lenguas comunitarias y puede coincidir con días festivos²³⁹. Con Portugal, a pesar del Convenio bilateral hispano-luso²⁴⁰, en la práctica se exige la traducción al portugués.

Las vías de transmisión se regulan en el artículo 7 LOEDE. Pese a la previsión contenida en la DA 2ª, el sistema de comunicaciones protegido de la RJE aún no se encuentra operativo. La DT 2ª de la LOEDE dispone su aplicación para órdenes emitidas con posterioridad a su entrada en vigor. No obstante, con anterioridad ya se encontraba en funcionamiento el SIS, además de quedar pendientes múltiples órdenes de búsqueda internacional cursadas a INTERPOL. Según el Informe de evaluación de España, la mayoría de alertas antiguas han sido reeditadas como ODEs.

Aun cuando la DT 2ª recoge el mantenimiento de los procedimientos de extradición en curso, sin embargo y a los efectos de emisión, nada dice sobre las solicitudes de búsqueda ya cursadas. Ha sido el propio MJ como AC quien ha procedido a la devolución de las diferentes peticiones de entrega conforme al régimen anterior, a medida que los distintos EEMM fueron trasponiendo la DM.

Detención del sujeto. SIRENE-INTERPOL comunica la detención en el extranjero a todos los Juzgados en que le consten requisitorias para que puedan emitir una ODE y salvar el principio de especialidad que cubre la entrega del sujeto. SI la emisión se hace directamente de AJ a AJ, se recomienda remitir una copia a SIRENE-INTERPOL a estos efectos.

5.4. Actuaciones en espera de la decisión

5.4.1. Información adicional

El art. 7.3 LOEDE prevé la posibilidad de transmisión facultativa por la AJ de emisión de cuanta información adicional pueda ser de utilidad para proceder a la ejecución de la ODE. En cuanto a la que se nos requiera por la AJ de ejecución, dependerá de la

239 Por ello resulta útil ponerse en contacto con los traductores que vengamos utilizando en cada territorio, al efecto de explicar esta función. 1º, Se dispone en Internet del formulario ya traducido a todos los idiomas de la Unión; 2º, lo único que ha de traducirse es lo que la autoridad de emisión cumplimenta; 3º, esta traducción debe incorporarse finalmente al formulario en la lengua deseada (bien por el traductor, bien en la oficina judicial).

240 Convenio relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19-11-1997, BOE 21-1-1999 y que por vía del 31 DM podría entenderse eximiría de traducción a las ODEs entre ambos países.

legislación de dicho Estado. En algunos supuestos se fijan plazos perentorios que han de respetarse al penalizarse su incumplimiento.

Cabe que en este trámite se nos reclame como AJ de emisión la prestación de garantías e información de cuáles serían éstas. Si lo son de devolución del sujeto a la autoridad de emisión (será poco usual que se haya juzgado en ausencia y no cabe pena perpetua), el MJ puede emitir un certificado estándar si la AJ de ejecución no considera suficientes las ofrecidas como AJ de emisión²⁴¹. Lo que debe quedar claro es que el compromiso de devolución es vinculante. La base jurídica es la propia ODE, aunque algunos países han invocado las disposiciones del CTPC, que incluye la posibilidad de convertir la pena conforme al art. 11 del Convenio.

5.4.2. Declaración y traslado temporal

Tales supuestos se regulan desde el punto de la ejecución en el artículo 16 LOEDE. De solicitarse por una AJ de emisión española al amparo de los artículos 18 y 19 DM, habrá de estarse a la regulación del Estado de ejecución y eventuales acuerdos que puedan alcanzarse con su AJ.

5.5. Actuaciones posteriores a la decisión

5.5.1. Denegación

Si se deniega la entrega se podría dar cuenta al MJ como interlocutor internacional, y a Eurojust si se considera vulnera es espíritu de la DM. En nuestro proceso, si la causa no puede seguirse sin la presencia del reclamado y la ODE lo era para enjuiciamiento, el archivo que procedería sería provisional, no definitivo. Si desaparecen los obstáculos que impidieron acceder a la entrega en su día (siempre y cuando la autoridad de ejecución considere que existe una modificación de la *causa petendi* y que no produce la denegación efecto de cosa juzgada, decisión que habrá que adoptar ante la nueva solicitud). También cabe pensar en el seguimiento de la pieza de responsabilidad civil del condenado.

5.5.2. Entrega

Cuando la AJ de ejecución informa de la decisión de entrega incluyendo condiciones y plazo para llevarla a efecto, la AJ de emisión comisiona a los servicios policiales para que realicen las gestiones administrativas y se hagan cargo del sujeto. A la llegada al

²⁴¹ En este caso la garantía se expresa en el sentido de comprometerse a que si el reclamado es nacional o residente en el Estado de ejecución, éste podrá cumplir la condena en su país de origen, si así lo desea.

territorio nacional se conduce al Juzgado de Guardia de Madrid, salvo que la AJ de emisión sea la AN o en casos de urgencia que deberán comunicarse al CENCI.

En tanto que supone la puesta a disposición de un detenido a la autoridad judicial, deberá practicarse la comparecencia del art. 505 LECrim. Están resultando bastante frecuentes, principalmente con Francia, las entregas materiales en frontera, de forma que una vez comunicada ésta a las Fuerzas de Seguridad españolas, proceden a poner al sujeto a disposición del Juzgado de la localidad más cercana para evitar costes de viaje.

Producida la entrega, la declaración o enjuiciamiento del reclamado no debería producirse de forma inmediata, sino otorgando un mínimo de descanso si el viaje ha sido largo²⁴². Y resultaría útil comunicar a la Subdirección General de Cooperación del MJ como interlocutor internacional la entrega producida a los efectos de constancia, al igual que cualquier otra incidencia que pudiera haberse producido.

5.5.3. Tránsito

Nuestra LOEDE sólo regula el tránsito por territorio español, pero no solventa qué sucede caso de que la entrega de un reclamado a España deba realizarse a través del territorio de otro u otros EEMM. Por aplicación analógica del art. 25 LOEDE y 25 DM, se ha mantenido la competencia de la AJ de emisión a fin de cursar la información sobre la identidad y nacionalidad de la persona²⁴³, existencia de una ODE, carácter y calificación del delito y descripción de las circunstancias de comisión, incluidos lugar y fecha, datos todos ellos que constan en la ODE.

5.6. Efectos de la entrega

5.6.1. Cómputo de la privación de libertad

El art. 26.2. DM establece que la autoridad de ejecución deberá proporcionar “toda la información relativa a la duración de la privación de libertad”. Si no lo hace deberá reclamarse. Esta referencia nos permitirá, además de cumplir con el art. 5.4 LOEDE, plantearnos este tiempo a los efectos del cómputo del art. 504 LECrim²⁴⁴.

²⁴² La llamada de atención se realiza teniendo en cuenta la STEDH de 6-12-1988, caso *Barberá, Masegué y Jarabo*, y en la que se critica que los acusados fueran trasladados el día antes del juicio recorriendo durante la noche más de 600 km, pues en estas circunstancias debieron quedar en un estado de menor resistencia física y moral frente a un juicio de gran importancia. Ver CUERDA (texto citado en la bibliografía).

²⁴³ Ver CASTILLEJO (texto citado en la bibliografía).

²⁴⁴ Conforme tiene afirmado el TC (Sentencia. 13/1994, 17-1), no nos resultan ajenas las dilaciones coetáneas del procedimiento extranjero. Cabría también recordar la

5.6.2. Principio de especialidad

La regulación del este principio y sus efectos sobre entregas sucesivas se recoge en los artículos 24, 26 y 27 LOEDE que poco difiere de la regulación de la DM. Si la persona que se reclama invoca este derecho, lo normal es que lo haga ante la AJ de ejecución. Si se nos ha entregado y lo invoca posteriormente en futuras entregas a otro EM, corresponderá a la AN pronunciarse en cuanto AJ. Pero puede suceder que, una vez entregado a España por otros hechos, invoque este principio respecto de una ODE emitida por autoridad española sobre la que no ha recaído resolución. Habrá que solicitar, entonces, la autorización prevista en el artículo 24.2 LOEDE sin que pueda mantenerse privado de libertad²⁴⁵. Se recomienda en casos problemáticos el contacto directo entre las AAJJ de emisión y ejecución así como la intervención de Eurojust.

5.7. Gastos

Pese a la dicción literal del precepto que los regula, art. 4, del espíritu de esta norma y del art. 30 DM, los gastos de emisión correrán a cargo de España, incluidos los de tránsito pero no los ocasionados en territorio del Estado de ejecución²⁴⁶.

6. Ejecución de una ODE

6.1. Autoridad competente

doctrina del TEDH en los casos Quinn contra Francia (Sentencia de 22-3- 1995), Scott contra España (18-12- 1996), asumida a su vez por el TC en Sentencia 305/2000, de 11-11 y la STEDH de 17-6- 2003, caso Raf contra España y ATC 118/2003, de 8-4. De esta forma, el plazo máximo de prisión incluirá la suma de los distintos periodos de libertad sufridos. Realiza un estudio sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de extradición ORAA y sobre la prisión provisional de los reclamados NISTAL (textos citados en la bibliografía).

245 En la práctica son frecuentes supuestos en que, como consecuencia de una ODE emitida por una autoridad española, el sujeto es entregado para enjuiciamiento y finalmente absuelto. Puesto en libertad, aparecen otras causas pendientes, bien ante éste, bien ante otro órgano. Al estar amparado por el principio de especialidad y en tanto se solicita autorización, no cabe acordar auto de prisión. Se recomendó que al tiempo de solicitar esta autorización se cursara ODE al resto de los EM en previsión de que huyese de nuestro país. De permanecer en España, a los 45 días podría ser detenido.

246 No obstante y como curiosidad, se participa que en alguna ODE cursada desde la AN al Reino Unido se ha interesado por la autoridad de ejecución inglesa provisión de fondos para atender los gastos producidos por la remuneración extra del Magistrado encargado de la resolución.

El artículo 2.2 LOEDE señala como AAJJ de ejecución los JCI y la Sala de lo Penal de la AN. Mediante modificación de la LOPJ por la LO 2/2003, los artículos 65 y 88 de la LOPJ recogen esta competencia para la tramitación de los expedientes de ejecución de ODEs²⁴⁷.

Los JCI son competentes para: i) la tramitación inicial del procedimiento; ii) adoptar la decisión sobre la entrega si el reclamado consiente y el MF no advierte causas de denegación o condicionamiento de la entrega.

La Sala de lo Penal de la AN, para la decisión sobre la entrega: i) si la persona reclamada no consiente a la entrega o ii) el MF advirtiera la existencia de causas de denegación o condicionamiento a la entrega.

El Consejo de Estado, al informar sobre el anteproyecto, si bien aplaudía la competencia centralizada de la AN por asimilación de la ODE a extradición²⁴⁸, propugnaba una distinta distribución de funciones JCI-AN. Reparto funcional doble y sucesivo²⁴⁹ que suscita reparos al no aprovechar la oportunidad de introducir la doble instancia otorgando facultades resolutorias al JCI, que asegurarían la inmediatez, una mayor coherencia con el contenido de la vista, y mayores garantías con el sistema de recursos (que sí operan en la privación de libertad²⁵⁰). La FGE proponía que fuera la Sala quien celebrara vista y ante ella se practicase la prueba para luego resolver. Ninguna de las dos propuestas fue acogida. Pese a las deficiencias del sistema adoptado por el legislador, la STC 177/2006, 5-6 ha avalado esta distribución pese a que la audiencia no se haga ante la Sala y se prive de todo recurso ordinario.

Otros organismos o autoridades pueden intervenir de forma auxiliar. La RJE, la REJUE y la Red del MF podrán efectuar labores de asesoramiento y coordinación. El MJ, como AC, asume funciones, además de las estadísticas para cuyo fin recibirán copia de las ODES recibidas²⁵¹, en el caso de concurrencia de solicitudes de extradición²⁵² y tránsito²⁵³. En cuanto el MJ es el órgano encargado de participar en las reuniones del Consejo de la UE en las que se procede a evaluar la aplicación de las DM, es conveniente que disponga de la información necesaria para llevar a cabo su cometido.

247 CONDE-PUMPIDO ofrece una visión crítica acerca de la atribución de competencia como AJ de ejecución a los JCI y a la AN, cuestionando igualmente la ausencia de doble instancia (en texto citado en la bibliografía final).

248 También lo hace la Comisión en la evaluación a España.

249 Ver MORENO (texto citado en la bibliografía).

250 La STC 132/11, 18-7, aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso al no haber dado trámite a los instrumentos de impugnación por una causa no prevista en la ley: no estar el reclamado a disposición del Tribunal.

251 Artículo 10.3 LEODE.

252 Artículo 23 LOEDE.

253 Artículo 25 LEODE.

Finalmente, Eurojust, podrá facilitar la aplicación de las ODEs conforme al artículo 3 de la Decisión de Eurojust, dar asesoramiento en caso de ODEs concurrentes²⁵⁴ y recibir informes sobre el incumplimiento de plazos establecidos²⁵⁵.

6.2. Actuaciones iniciales

6.2.1. Incoación del procedimiento

-Remisión directa de una ODE²⁵⁶

Cuando la ODE es remitida directamente por la AJ de emisión a los JCI, es objeto de reparto. Si se recibe en cualquier otro órgano judicial, lo deberá enviar sin demora al Decano de los JCI en aplicación del artículo 10.1 LOEDE, comunicando a la AJ de emisión dicha circunstancia.

El JCI que conoce de la ODE abre el procedimiento dando cuenta al MF, como parte en el procedimiento, y al MJ, por así disponerlo el artículo 10.3 LEODE. En tal caso, la ODE deberá estar traducida al español²⁵⁷. De no estarlo, se suspende el procedimiento, comunicándolo a la AJ de emisión a fin de que remita la traducción en el más breve plazo posible sin que la Ley imponga ninguno.

Una vez recibida la ODE con su traducción, el JCI examina si contiene la información requerida en el art. 3 LOEDE, trasposición fiel del artículo 8 DM, necesaria y exigible para la tramitación del procedimiento. No se procederá al control de la doble tipificación de ser un delito castigado en el Estado de emisión con una pena o medida de privación de al menos 3 años y el delito lo es de alguna de las categorías recogidas en el listado del art. 9.1 de la Ley, que reproduce el 2.2 DM. En los restantes supuestos, el control lo es del mínimo punitivo correspondiente a la finalidad de la ODE y si los hechos son constitutivos de delito conforme a la legislación española con independencia de los elementos constitutivos y calificación que de los mismos realice la autoridad de emisión²⁵⁸. Y realizará las comprobaciones de su efectiva localización en España. Si el sujeto no se encuentra en nuestro país, procedería comunicarlo a la AJ de ejecución para que difundiera la ODE a través de los canales pertinentes.

Si se cumplen estos requisitos, se dicta auto de detención y presentación del re-

²⁵⁴ Artículo 16 DM, 23 LOEDE.

²⁵⁵ artículo 17 DM, 19 LOEDE.

²⁵⁶ Recordar que conforme al artículo 19.1 LOEDE se tramitará y ejecutará con carácter de urgencia. La tramitación sigue la información proporcionada por ANDREU como Magistrado de un JCI en la AN (textos citados en la bibliografía).

²⁵⁷ Artículo 10.2 LOEDE.

²⁵⁸ Para ANDREU, en Procedimiento..., cit., este supuesto se dará fundamentalmente en casos en los que la legislación española tipifique como faltas hechos que la legislación del Estado emisor califique como delitos.

clamado cursando las órdenes a las Fuerzas de Seguridad. Orden de detención nacional pues la internacional ha sido dictada por la AJ emisora. Si carece de información suficiente se solicita a la AJ de emisión²⁵⁹.

- Comunicación a través de SIRENE o INTERPOL

Si la detención de la persona reclamada se comunica al JCI en virtud de la inserción de la ODE en el SIS²⁶⁰ o vía INTERPOL, es entonces cuando se incoa el procedimiento, con la misma dación de cuenta al MF y AC. Pero a diferencia de la remisión directa, si la ODE no está traducida, es el propio JCI quien ordena su traducción de oficio. Mientras el SIS no pueda contener todos los datos que se exigen en la ODE, la descripción que en dicho sistema se contiene es título bastante para proceder a la detención de la persona, si bien se deberá requerir de la autoridad emisora que remita la ODE. A diferencia de otras legislaciones, la ley española nada dice sobre el plazo en que la autoridad emisora debe cumplir con tal exigencia. Ello ha significado en la práctica la existencia de una disparidad de criterios que el legislador podría haber evitado²⁶¹. Una vez recibe la ODE, se procede a su examen.

6.2.2. Detención y puesta a disposición judicial

La detención de la persona reclamada se practica por cualquiera de los cuerpos policiales españoles conforme al régimen general de los artículos 520 y ss. LECrim. El plazo máximo de detención no puede exceder de las 72 horas²⁶², si bien lo deseable es que la puesta a disposición judicial se practique de forma inmediata al no ser necesario más que la información al detenido de sus derechos y del motivo de su detención. Si la detención se produce en una localidad distinta a Madrid, se plantean problemas de traslado en el plazo previsto por la Ley. Cuando no puede cumplirse esta obligación, el reclamado se lleva al Juzgado de guardia del partido en que es detenido y ahí se pone a disposición del JCI, quien recibirá un exhorto para la práctica de las correspondientes diligencias de legalización, incluida la declaración por videoconferencia

²⁵⁹ Artículo 15 LOEDE.

²⁶⁰ Conforme a la DT 1ª LOEDE con carácter provisional, hasta el momento en que el SIS tenga capacidad para transmitir toda la información que figura en el art. 3, la descripción equivaldrá a una ODE mientras la AJ de ejecución recibe el original.

²⁶¹ Alude ANDREU, *ibídem*, al hecho de haberse establecido plazos varios, o a la aplicación del principio de reciprocidad, otorgando el mismo plazo que la legislación del estado emisor exige cuando actúa como autoridad de ejecución. Entiende que este plazo nunca podrá exceder de 10 días, conforme a los plazos máximos establecidos en el artículo 19 de la Ley.

²⁶² Dados los óbices opuestos en los distintos informes, se corrigió el inicial Anteproyecto que reducía el plazo a 24 horas.

si existen medios al efecto. El JCI comunicará la detención a la AJ de emisión, a la Fiscalía y al MJ²⁶³.

6.2.3. Audiencia del reclamado

En esta audiencia²⁶⁴ se concentran una serie de trámites preceptivos conforme a los artículos 13 y 14 LOEDE: información al detenido, posibilidad de consentir a la entrega y renunciar al principio de especialidad, examen de motivos de oposición o condicionamiento y legalización de la situación personal.

En el plazo máximo de 72 horas desde la puesta a disposición, el JCI realiza la audiencia de la persona detenida en los términos del artículo 14 LOEDE: ante el Juez y Secretario Judicial, con la presencia del detenido asistido de abogado (designado por el mismo como recuerda el TC²⁶⁵ o por turno de oficio en caso contrario) e intérprete si no conoce el idioma y el MF. Tras informar al detenido de los derechos que le asisten²⁶⁶ conforme a la LECrim, se le pone en conocimiento la existencia de la ODE y en concreto, qué AJ la ha emitido, mediante qué tipo de resolución y en qué fecha; hechos por los que se le reclama; calificación jurídica que ha realizado la AJ emisora; y si se trata de una reclamación para enjuiciamiento o para cumplimiento de una pena impuesta.

A continuación se oye al reclamado para que manifieste si presta su consentimiento a la entrega inmediata y si renuncia o se acoge al principio de especialidad, previa información de las consecuencias de dicho consentimiento y renuncia, así

263 Cuando SIRENE recibe de los homólogos de la UE una ODE, se consulta con la AN y se ordena su difusión en las bases de datos de todas las fuerzas y cuerpos de seguridad para su detención caso de ser localizado. Procede a su traducción y a un estudio técnico formal previo antes de iniciar la búsqueda, incluidos residencia y centros penitenciarios. Si el sujeto es detenido, el cuerpo policial actuante lo comunica a SIRENE y éste a la oficina homóloga en el Estado de emisión reclamando el material fotográfico y dactilar a efectos de identificación así como del formulario de la ODE y proporciona los datos de la AJ de ejecución. El JCI suele requerir se informe de la pendencia de responsabilidades en nuestro territorio, consultándose el CNP, la GC, Ertzaintz, Mossos d'Esquadra y centros penitenciarios.

264 Para la STC 81/2006, 13-3, la comparecencia consiste básicamente en determinar si el detenido se opone o no la entrega, si aduce causas de denegación y solicita se practiquen pruebas al efecto, y si renuncia al principio de especialidad.

265 SSTC 81/2006, 13-3 y 339/2005, 20-12: el derecho a la asistencia letrada incluye el de un Letrado de elección propia.

266 La STC 339/2005, 20-12 afirma que la lectura de derechos se acredita mediante la firma correspondiente y la información sobre la ODE se practica en la audiencia, no en el traslado como detenido.

como de su carácter irrevocable. Si se presta el consentimiento y, en su caso, la renuncia, el JCI debe asegurarse que se realiza de forma libre y voluntaria, y con pleno conocimiento de las consecuencias que conllevan²⁶⁷.

Si la persona reclamada es nacional español y la ODE se ha dictado para el cumplimiento de una pena, se le pregunta si consiente cumplirla en el Estado de emisión o si prefiere hacerlo en España. Si se ha dictado para ser enjuiciado, se le pregunta, para el supuesto de que finalmente sea condenado a una pena privativa de libertad, si desea ser devuelto a España para cumplir la pena o si acepta hacerlo en el Estado emisor.

Con independencia de las respuestas anteriores, el JCI debe oír al MF para que informe si, a su juicio, existen causas de denegación o condicionamiento de la entrega.

Si el reclamado no consiente a la entrega, tras informar el MF, también se oye al letrado sobre estas causas. En el curso de sus intervenciones, las partes podrán proponer los medios de prueba para acreditar su existencia, pronunciándose el Juez en el mismo acto sobre su admisión y debiendo fijar el plazo para su práctica, que en ningún caso podrá superar los señalados en el artículo 19 LOEDE. Frente a la denegación de los medios de prueba guarda silencio la Ley, por lo que se acudirá al régimen general de reforma y apelación.

En la misma audiencia se abre turno final (MF, abogado y el propio reclamado) sobre la situación personal del mismo que se resolverá mediante auto susceptible de recurso de apelación (artículo 17.4 LOEDE). A diferencia del régimen general de prisión, la única finalidad del mantenimiento de la privación de libertad es la de asegurar la ejecución de la ODE (artículo 503.3.a LECrim: riesgo de fuga) y en base a las circunstancias del caso²⁶⁸. No sólo las estrictamente jurídicas (incluido en consentimiento a la entrega) sino también las personales-familiares-laborales y factores de arraigo, ponderando riesgo de huida o de no comparecencia al llamamiento judicial²⁶⁹. Si considera que procede la libertad provisional del reclamado se deberán adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar la plena disponibilidad del reclamado. Sin embargo, no especifica cuáles son éstas. El artículo 17.1 LOEDE hace una llamada especial a las previstas en el LECrim: imposición de una fianza, presentaciones periódicas, retirada de pasaporte. Pero se plantea si estarían abiertas igualmente las establecidas en la Ley de Extradición Pasiva como propusieron en sus informes al Anteproyecto la FGE y el Consejo de Estado y parte de la doctrina²⁷⁰. De todo ello

267 El Informe de evaluación de España señala cómo en una ocasión las deficiencias de interpretación llevaron a considerar nulo el consentimiento prestado.

268 Artículo 17.2 LOEDE.

269 Ver ANDREU en Las medidas cautelares... (texto citado en la bibliografía).

270 Al respecto, confrontar LÓPEZ (2007), texto citado en la bibliografía. La cuestión es si esta previsión cumple el canon de legalidad exigible a la luz de la STC 169/2001,16-7, como plantea ANDREU en Las medidas... (texto citado en la bibliografía). Este autor tam-

se levantará acta firmada por los asistentes y Secretario. El Juez puede en cualquier momento, previa audiencia del MF, reformar la prisión acordando la libertad provisional del reclamado, pero adoptando alguna de las medidas cautelares referidas para asegurar que se mantienen las condiciones materiales para la entrega efectiva²⁷¹. Cláusula que se reitera en los supuestos en que surjan dificultades que supongan un retraso en el curso de aquélla²⁷².

La especialidad de la prisión provisional a efectos extradicionales venía siendo reconocida por el TC (SSTC 207/2000, 24-7; 147/2000, 29-5 y 305/2000, 11-12). Si bien produce unos mismos efectos materiales que cualquier otra privación de libertad, se diferencia por acordarse en el seno de un procedimiento dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio jurisdiccional internacional, sin que en él se ventile la existencia de responsabilidad penal sino el cumplimiento de las garantías previstas en las normas sobre extradición. No se valora la implicación del detenido ni se requieren indicios racionales de criminalidad. Su adopción, mantenimiento y duración se regula por la Ley reguladora de esta cooperación y se dirige exclusivamente a evitar la fuga, decretándose sobre quien no está dispuesto a comparecer ante los Tribunales que lo reclaman. Estas reflexiones se mantiene respecto de la ODE.

Las SSTC 95/2007, 7-5 y 99/2006, 27-3 se han encargado de recordar esta doctrina y el carácter instrumental de la prisión en el al procedimiento de entrega. De ahí que, cumplidos los plazos de los artículos 19 y 20 LOEDE, se imponga la libertad del sujeto, pues la privación de libertad sólo cumple un papel instrumental de asegurar la entrega.

Finalmente, se recomienda acumular las OEDEs de ejecución para evitar que al resolver la primera pueda quedar el sujeto en libertad e imposibilitar la resolución efectiva de las siguientes ODEs pues el señalamiento SIS es único.

6.3. Actuaciones hasta la decisión

6.3.1. Información complementaria

Pese a que en la privación del derecho libertad de un detenido rigen los principios de inmediación, oralidad y contradicción, en el diseño de la LOEDE sorprende la ausencia de intervención que a la defensa se otorga tanto en la información complementaria

bien se plantea otras medidas además de las del artículo 8.3 de la Ley 4/1985, 21-3, como la posibilidad de prohibir la salida del territorio español consecuencia de la retirada de pasaporte o la vigilancia electrónica que parece contempla el artículo 48 CP.

²⁷¹ Artículo 17.3 LOEDE.

²⁷² Artículo 19.4, cuando la decisión no puede adoptarse en el plazo de 60 días; 27.2 mientras se tramita la autorización del Estado que ha extraditado para proceder a la entrega de una ODE; 29.2, mientras se resuelve la retirada de inmunidad o privilegio...

como una vez practicada la prueba sobre los motivos de no ejecución, que la decisión de la Sala se adopte sin haber visto al detenido y la no posibilidad de recurso cuando el JCI sea el competente para resolver²⁷³.

6.3.2. Autorizaciones

Conforme a la guía del MJ, la autoridad competente para otorgarlas sería el JCI, pudiendo surgir la necesidad de que se inste a lo largo del procedimiento que se levante la inmunidad o privilegio que ampara al reclamado en España, o se notifique a la AJ de emisión su existencia en un tercer Estado u organismo oficial. Nuestra regulación parece contemplar este supuesto desde el punto de vista pasivo en el art. 29 LOEDE. De hecho, este precepto reitera en el número 4º la regulación de la entrega ulterior a una extradición en los mismos términos que ya lo hiciera el artículo 27 LOEDE.

6.3.3. Declaración y traslado temporal

Si la ODE lo es para enjuiciamiento, la AJ de emisión puede interesar recibir declaración al reclamado, o la entrega temporal del mismo al amparo de los artículos 18 y 19 DM, que nuestra LOEDE recoge en el artículo 16.

- Toma de declaración

Si así se solicita, el JCI puede acceder a ello. Llama la atención que la LOEDE no contemple otra forma de llevarla a cabo que mediante el desplazamiento a España de la AJ emisora cuando ésta dependerá de su regulación y disponibilidad para ello. Máxime el elevado coste que conlleva y posibilidad de practicarla mediante videoconferencia. La declaración se realizaría por la AJ de emisión, pero conforme a lo previsto en la legislación procesal española: derecho a la asistencia letrada, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y de ser asistido de intérprete²⁷⁴.

- Entrega temporal

Si así se solicita por la AJ emisora, podrá ser autorizada por el JCI, por el plazo y en las condiciones que el mismo establezca de común acuerdo con la AJ de emisión²⁷⁵.

6.4. Decisión

- Si la persona reclamada consiente a la entrega

²⁷³ Por ejemplo, sobre si concurre un vicio en la prestación del consentimiento a la entrega o renuncia al principio de especialidad.

²⁷⁴ Para ANDEU en Procedimiento... se haría a presencia del JCI o de un Secretario judicial que de fe del cumplimiento de las condiciones mencionadas.

²⁷⁵ En este mismo sentido economicista se pronuncia el MJ sobre utilización de videoconferencia.

Los artículos 18 y 19 LOEDE contemplan los dos supuestos de la DM según haya prestado o no consentimiento. En el primero, si el MF no ha apreciado la existencia de causas de denegación o condicionamiento a la entrega y la persona reclamada no tiene pendiente ninguna causa penal en España, se dicta resolución en forma de auto accediendo a la entrega.

En dicha resolución se deberá hacer constar la fecha de detención de la persona reclamada; que ha prestado su consentimiento irrevocable a la entrega; si el mismo ha renunciado al beneficio de especialidad; la AJ de emisión a la que se concede la entrega; los hechos a los que se concreta la ODE, con indicación del nº de procedimiento o expediente en el que se ha dictado la misma; la inexistencia de causas de denegación o condicionamiento a la entrega.

El plazo para dictar dicha resolución es de 10 días desde la fecha en la que la persona reclamada consiente a la entrega, pues puede prestarse en cualquier momento durante el curso del proceso. Contra dicha resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno.

- La persona reclamada no consiente a la entrega

El JCI elevará la causa a la Sala de lo Penal de la AN para su resolución. La Sala cuenta con un plazo de 60 días desde la fecha de la detención, para resolver mediante Auto y sin recurso ordinario alguno.

Si el MF alega alguna causa de denegación o de condicionamiento de la entrega, tampoco el JCI puede resolver sobre su concurrencia elevando la causa a la Sala para su resolución aun cuando la persona reclamada haya consentido a la entrega.

Prórroga del plazo para resolver. Mediante resolución motivada, por razones justificadas, los anteriores plazos pueden prorrogarse por 30 días más, comunicando dicha circunstancia a la AJ emisora. Si aún así, no pueden cumplirse, deberá comunicarse a Eurojust los motivos de la demora. El incumplimiento de estos plazos sólo conlleva la puesta en libertad del sujeto pero no la denegación de la ODE ni la nulidad de la entrega, lo que ha avalado el TC en las Sentencias 95/2007 y 99/2006 citadas.

6.4.1. Motivos de denegación obligatorios

Para su interpretación, recordar que la STJCE 13-12-1989, c-322/89, *Grimaldi*, por la que se obliga a los EEMM a tener en cuenta los actos no vinculantes de la UE (*soflaw*) sirvió de base al TC en Sentencia 224/1999, 13-12 para erigirlos en parámetros del alcance de los derechos fundamentales. En caso de que se aprecie un motivo obligatorio o facultativo y se deniegue la entrega, la resolución deberá ser motivada y notificarse a la AJ de emisión. Lo que no aclara ni la DM ni la LOEDE es si en tal caso puede reiterar una nueva solicitud, volviendo a plantarse el efecto de cosa juzgada de estos pronunciamientos, principalmente cuando de deniega por motivos de fondo. España ha recogido los motivos (“causas”) obligatorios de oposición en el artículo 12.1 LOEDE.

- Protección de los derechos fundamentales

Cabe interpretar que la responsabilidad de la autoridad de ejecución no se limita a su propia actuación. También ha de prevenir la violación de los derechos que puedan prevenir de una autoridad extranjera, lo que impone proyectar «ad extra» el contenido absoluto de los derechos fundamentales. En este sentido se pronunció el TEDH²⁷⁶ y se han planteados las dos interesantes peticiones de decisión prejudicial antes mencionadas ante el TJUE, si bien la segunda ha sido objeto de desistimiento. De hecho, algunos EEMM han acogido como motivos de oposición en su normativa de trasposición estas cuestiones. Nuestro TC, en la Sentencia 199/2009, 28-9, sostiene que la no incorporación en la LOEDE de una causa de denegación de la entrega en supuestos de riesgo serio y fundado de sufrir el reclamado torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de emisión no puede llevar a ignorar la exigencia de denegar la entrega en tales supuestos, interpretando la DM y su considerando 13. Pero exige que esté suficientemente motivada.

- *Non bis in ídem*²⁷⁷

Trasposición fiel del artículo 3.2 DM, los mayores problemas que puede plantear en nuestro ordenamiento proceden de la extensión que el TJCE está realizando de este principio y su aplicación a las resoluciones definitivas con efecto de cosa juzgada. Sin embargo, la LOEDE concibe el sobreseimiento libre como un causa de denegación facultativa²⁷⁸. Lo mismo sucede con las resoluciones definitivas con efecto de cosa juzgada dictadas por otros EEMM, amparadas por este principio según el STJCE²⁷⁹. Por su parte, la aplicación como motivo obligatorio se limita a la UE, no a terceros Estados, donde nuevamente se convierte en motivo facultativo de denegación²⁸⁰. Por lo demás, normalmente será el reclamado el que ponga en conocimiento de la AN

276 STEDH 7-7-1989, nº 14038/88, *Soering v. Gran Bretaña*, citada en las ExPLICACIONES a la Carta de Derechos Fundamentales. Siempre que un Estado entienda que con la entrega de un reclamado pueda cooperar a una violación de los derechos fundamentales que se consideran absolutos, surge la necesidad de protección y el deber de no acceder la entrega. El TEDH se pronunció en contra de que ese ciudadano alemán reclamado a Gran Bretaña por los EE.UU, fuera entregado a este último país, aun cuando no era parte del CEDH, pues el sufrimiento que podía acarrear el corredor de la muerte suponía una pena inhumana contraria al artículo 3 del Convenio y la entrega por Gran Bretaña una violación indirecta al mismo. Más recientemente, STEDH 16-12-2009, nº 16012/06, *Gurguchiani v. España*.

277 Artículo 12.1.a LOEDE. Algún autor, como MORENO (texto citado en la bibliografía), plantea la posibilidad de que la resolución apreciando el *bis in ídem* la adoptase la AJ de emisión, en cuanto es la que conoce de la pretensión penal.

278 Artículo 12.2.c LOEDE.

279 Artículo 12.2.d LOEDE.

280 Artículo 12.2 e LOEDE.

la existencia de la causa seguida por los mismos hechos. Y nada impide que pueda alegarse con posterioridad en la causa seguida en el Estado de emisión una vez producida la entrega.

- Minoría de edad²⁸¹

Al abordar el ámbito material de aplicación ya se aludió a la “responsabilidad penal” de los menores de 18 años y mayores de 14 conforme a la LO 5/2000, 12-1. Aun cuando en el Informe de evaluación de España afirma no se han dado supuestos de reclamación, es lo cierto que por la AN se está procediendo a la entrega cuando son menores responsables penalmente conforme a nuestra legislación, sorprendiendo que siquiera se plantee la cuestión de la minoría de edad como motivo de denegación²⁸². En otras ocasiones referidas a menores de edad conforme la legislación del Estado de emisión, se ha instado información adicional al respecto²⁸³. En cualquier caso, el momento del cómputo de esta minoría de edad será el de la fecha de comisión de los hechos, pues caso contrario bastaría con esperar a que cumpliera la mayoría para efectuarse la entrega. También puede plantear problemas que algún EEMM establezca la diferencia, no en razón de una concreta edad sino de la capacidad intelectual, como sucede con Inglaterra.

- Indulto²⁸⁴

Dentro de la gama de medidas de perdón de la pena, España ha reducido éstas al indulto del reclamado por los hechos objeto de la ODE, acentuando las potestades que el ejecutivo se reserva en materia punitiva. En el CP se contempla como causa de extinción de la responsabilidad penal (artículo 130 CP). Siempre y cuando fuera perseguible por la jurisdicción española²⁸⁵.

6.4.2. Motivos de denegación facultativos

Se regulan en el mismo precepto 12, si bien en su número 2. Tampoco en este caso se ha realizado una trasposición literal de los motivos establecidos en la DM, siendo el rasgo más característico el amplio margen de discrecionalidad que otorga a la Sala de

281 Artículo 12.1.b. LOEDE.

282 Ver Auto AN, Secc 4ª, 28-408, orden nº 57/08. El menor en cuestión tenía 14 años a la fecha de comisión de los hechos.

283 Auto AN, Secc 3ª, 5-5-08, orden 86/08. Se solicitó información sobre el cumplimiento de la “pena de menores” y se concedió finalmente su entrega al Tribunal de menores reclamante.

284 Artículo 12.1.c LOEDE.

285 De otra forma el ejecutivo se abrogaría facultades desorbitantes de oposición a una ODE, pues permitiría indultar a cualquier sujeto reclamado por otro EEMM. Para nuestro TC (Sentencia 227/2007, 22-10) el indulto se incluye dentro del concepto de cosa juzgada, con independencia del órgano que lo haya acordado.

lo Penal de la AN para su apreciación. para el TC (STC 191/2009, 28-9) si las causas invocadas para oponerse a la entrega tienen un carácter meramente facultativo, queda al arbitrio del órgano judicial su decisión, ciñendo el examen del tribunal a comprobar si ha cumplido con el deber de motivación (que reconoce debe ser reforzada en la ODE), por lo que queda prácticamente en manos de la AN el criterio a seguir en cada caso.

- Motivos relacionados con el *bis in ídem* por el efecto de cosa juzgada

Doble incriminación para delitos no integrados en el listado del art. 9 LOEDE²⁸⁶

Planteadas en la STC 191/2009, 28-9 varias de estas causas de denegación invocando el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y el principio non bis in ídem, si bien no entra en este último por falta de alegación previa, sí se pronuncia sobre el principio de legalidad extradicional recogido en el art. 13.3 CE. Y como ya afirmara en la STC 83/2006, 13-3, considera no hallarían acomodo en el art. 25.1 CE referido exclusivamente a las normas penales o sancionadoras administrativas sustantivas, aunque admite la posibilidad de lesión del derecho a la legalidad penal si los requisitos legales habilitantes de la entrega guarden una directa relación con el haz de garantías que contempla el derecho fundamental recogido en el art. 25.1 CE, lo que considera sucedería en el caso “paradigmático” de doble incriminación²⁸⁷.

- Sobreseimiento libre²⁸⁸

En la STC 191/2009, 28-9 citada, no se entra en su examen por cuanto, pese a su alegación, materialmente el sobreseimiento que había recaído era provisional y no libre, sin impedir su reanudación posterior. No obstante, de la resolución base de la AN parece deducirse que, caso de concurrir, sí denegaría la entrega por el efecto de cosa juzgada que produce.

- Resolución impeditiva²⁸⁹

Al igual que en el supuesto anterior, la doctrina del TJUE parece extender a este tipo de resoluciones la eficacia obstativa como motivo obligatorio de oposición.

- *Bis in ídem* de un tercer Estado²⁹⁰

286 Artículo 12.2.a LOEDE.

287 En Sentencia 102/97,20-5 recordó su doctrina afirmando que “la regla de la doble incriminación, que cabe incluir en el derecho constitucional a la legalidad penal, no significa tanto identidad de las normas penales de los Estados concernidos como ‘que el hecho sea delictivo y con una determinada penalidad (mínima) en las legislaciones penales del Estado requirente y del Estado requerido’”. Sin embargo, no fue tan claro en las SSTC 162/2000, 12-6 y 82/2006, 13-3 citadas por la Sentencia objeto de comentario.

288 Artículo 12.2.c LOEDE.

289 Artículo 12.2.d LOEDE: “Cuando sobre la persona que fuere objeto de la orden europea haya recaído en otro EEMM de la UE una resolución definitiva por los mismos hechos que impida definitivamente el posterior ejercicio de diligencias penales”.

290 Artículo 12.2.e LOEDE.

- Por la ausencia de confianza recíproca.

- Litispendencia²⁹¹

Cuando la persona está sometida en España a un procedimiento por los mismos hechos²⁹². Al ser un motivo facultativo y en cuanto la decisión de entrega corresponde a la AN pero afecta al órgano judicial que conoce de la causa, éste se verá obligado a dictar un archivo en base a una causa procesalmente no prevista en la LECrim. Para abordar los conflictos de jurisdicción ver la DM 2009/948/JAI.

- Prescripción²⁹³

Si bien no figuraba esta causa en el anteproyecto, tanto la FGE como el Consejo de Estado aluden a su omisión. En nuestro ordenamiento el sobreseimiento libre puede recaer por aplicación de la prescripción, en cuanto extingue la responsabilidad penal (artículo 130 CP). Sin embargo, el precepto no exige que se haya seguido causa en España, pues en tal supuesto hubiera podido recaer resolución de este tenor²⁹⁴. Contrasta, no obstante, con la decisión que respecto al Convenio de Dublín efectuó España de mantener los indicadores de validez referidos a la prescripción para oponerse a las entregas por este motivo en base a la jurisprudencia de la AN²⁹⁵.

- Territorialidad²⁹⁶

i) Cuando los hechos se hubieran cometido en España total o parcialmente²⁹⁷.

ii) Cuando se hubieran cometido fuera del Estado de emisión y nuestro ordenamiento no permita en estos supuestos la extensión de la jurisdicción penal.

- Nacionalidad²⁹⁸

Ya tratado con carácter general en el Nivel I y II, la especialidad más llamativa de

291 Artículo 12.2.b LOEDE.

292 No aclara el precepto si el momento en que debe apreciarse es en el de emisión de la ODE o el de recepción de esta por la AJ de ejecución.

293 Artículo 12.2.i LOEDE.

294 Ya se ha dicho que para el TC el examen se limita al deber de motivación, quedando la prescripción extramuros del principio de legalidad extradicional. Y en este sentido, en la STC 191/2009, 28-9 considera suficiente la desestimación que hace de este motivo la AN, partiendo de la inexistencia de obligación legal de denegar la entrega, al considerarse que no estaban prescritos según la ley del Estado de emisión además de por la gravedad y reprochabilidad de los hechos. Sin embargo, en el AAN 7-5-2007, Secc 5ª, orden nº 36/07, se deniega la entrega por estar los hechos prescritos conforme a la legislación española, donde se había seguido procedimiento archivado provisionalmente.

295 Documento del Consejo de la UE 13475/99, 26-11-99 en relación al art. 8.1 del CExtUE.

296 Artículo 12.2. g y h LOEDE

297 Ver AAN Secc 4ª, 19-5-05, orden 58/05, denegatoria de la entrega por razones de territorialidad.

298 Artículo 12.2.f LOEDE

la regulación española, al igual que sucede con las garantías que cabe imponer, es su limitación a nacionales españoles, sin recoger la posibilidad de que los “residentes” y, en el caso ODE para cumplimiento, “habitantes” gocen de la posibilidad de reinserción social que, sin embargo, es prevista en nuestra Constitución como finalidad de la pena (artículo 25 CE)²⁹⁹. Exclusión que por esta razón y dada la interpretación que al efecto viene haciendo el TJUE podría ser dudosa³⁰⁰. En España, sin embargo, la prohibición de entrega de nacionales no tiene rango constitucional, tal y como afirma la STC 30/2006, de 30-1³⁰¹. Pese al predicamento de las tesis alemanas contra el principio de reconocimiento mutuo, en nuestra doctrina los Tribunales ordinarios permanecen completamente ajenos a este debate. De hecho, la entrega de un nacional español a efectos de extradición se acordó mediante Auto del Pleno de la AN de 30-7-1998, avalado posteriormente por el TC en sentencia 87/2000, 27-3, salvo que se aplicase el principio de reciprocidad. Para los defensores de que opere como motivo de oposición, apelan a que la decisión de no entregar no conllevaría la impunidad por la pervivencia del principio *aut dedere, aut punire*, además de verse afectados otros derechos además del de la privación de libertad y que convendría ser considerados en esta decisión, como el derecho a la vida privada y familiar (art. 18 CE)³⁰² a través de una ponderación del principio de proporcionalidad que tuviera en cuenta la gravedad de los hechos, el grado de vinculación con el territorio y las posibilidades de enjuiciamiento y ejecución en España.

6.4.3. Concurrencia de solicitudes

El artículo 23 LOEDE reproduce básicamente el artículo 16 DM, siendo la AC la com-

299 En las conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, 6-7-2010, c.306/09, I.B. a la petición de decisión prejudicial planteada por Bélgica alude expresamente a esta finalidad que considera de todo el derecho penal en España, para compatibilizar las garantías del juicio dictado en rebeldía con el derecho a la reinserción social.

300 Ver STJCE 6-10-2009, C-123/08, *Wolzenburg*.

301 Argumenta la referida sentencia que “en el ámbito de los países firmantes del Convenio de Roma ... no puede suscitar sospechas genéricas de infracción de los deberes estatales de garantía y protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos, dado que se trata de países que han adquirido un compromiso específico de respeto de los derechos humanos y que se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del TEDH, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio”. Incluso se admite la entrega de nacionales a Francia respecto de hechos anteriores al 1-11-1993, época en que este país no regía la euroorden y no extraditaba nacionales (ver STC 177/2006,5-6).

302 Ver LÓPEZ (2007).

petente para resolver la concurrencia de ODEs con solicitudes de extradición, quien lo elevará al Consejo de Ministros y notificará su decisión a la AJ española.

6.4.4. Motivos de condicionamiento

Si bien se accede a la entrega, la resolución incorpora una condición o garantía que el Estado de ejecución debe cumplir en todo caso. En este precepto regulado en el artículo 11 LOEDE no implementa todas las garantías que sí recoge la DM omitiendo toda referencia al supuesto de la rebeldía³⁰³.

- Rebeldía

Este es el supuesto del que el legislador ha prescindido pese a la abundante jurisprudencia del TC a propósito de la posible vulneración indirecta que provocaría la entrega de un sujeto condenado en ausencia, mantenida a partir de la STC 177/2006, 5-6 para los procedimientos de entrega. En la STC 199/2009, 29-9³⁰⁴ esta tesis se aplica pese a que compareció al juicio su abogado, pues el derecho del acusado a estar presente lo considera instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de auto-defensa (puede presar su conformidad, la declaración del acusado se convierte en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, y puede coordinarse la defensa). Sin embargo, el voto particular del Magistrado Pablo Pérez Tremps pone de relieve cómo esta protección sólo puede alcanzar el contenido absoluto de los derechos fundamentales y en este caso va más allá, tanto de la doctrina del

303 El informe al anteproyecto del CGPJ tan sólo señaló esta omisión. La FGE lo justificó en compromisos bilaterales asumidos por España, concretamente, el acuerdo de 28-11-2000 con Italia considerando zanjada la doctrina del TC recaída frente a los juicios celebrados en ausencia en este país. Sin embargo, el Consejo de Estado la tildó de “drástica” teniendo en cuenta las numerosas objeciones del TC al respecto y advertía de que debía sopesarse cuidadosamente esta cuestión.

304 El TC argumenta la relevancia constitucional de la decisión de acceder a la entrega para cumplimiento de condenas graves dictadas en ausencia del reclamado declarada en reiteradas ocasiones por el TC. Desde la STC 91/2000, 30-3 declaró que la autorización judicial de entrega incondicionada para cumplir una pena impuesta en rebeldía “constituye una vulneración “indirecta” de las exigencias dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana en casos de delito muy grave (SSTC 134/2000, 16-5; 162/2000, 12-6; 156/2002, 23-7; y 183/2004, 2-11). La anterior doctrina ha sido considerada aplicable a la ODE a partir de la STC 177/2006, 27-6. Aunque la DM no la prevea como condición sine qua non, es inherente al contenido esencial de un derecho fundamental a un proceso -en este caso extradicional- con todas las garantías y debe ser respetado por la Ley nacional, aunque la DM no obliga imperativamente a los EEMM a establecer dicha condición. Tales conclusiones vendrían sustentadas en la doctrina del TEDH según el TC.

TEDH en materia de juicios en ausencia como de las previsiones de la DM 2009/299, que limita la discrecionalidad de la AJ de ejecución al respecto³⁰⁵. Máxime cuando no exige la previa denuncia de vulneración de derechos fundamentales al valorar la conducta de un tercer país que sí exige cuando la vulneración se ha producido a nivel nacional. Quizás por ello se haya planteado la cuestión prejudicial sobre la posibilidad de imponer un mayor nivel de protección que el derivado del derecho de la UE³⁰⁶.

- Pena a perpetuidad (artículo 11.1 LOEDE)

Cubre las exigencias de la jurisprudencia del TEDH citada en Nivel II y TC 91/2000, 30-3 sobre pena a perpetuidad. La pena será inhumana o degradante, no por su duración sino por el contenido material, sin reproche de violación indirecta. Pero a diferencia de la DM, impone la exigencia de prestar garantía en todo caso. Bien la previsión de una revisión de la pena, bien de medidas de clemencia en la práctica las que el reclamado se acoja.

- Nacionalidad (artículo 11.2 LOEDE)

Tampoco en este caso efectúa una trasposición fiel de la garantía prevista en el artículo 5.3 DM pues se reduce a los nacionales españoles sin incluir a los residentes, que sí pueden beneficiarse del derecho de retorno en otros EEMM. España sin embargo considera que el regreso puede llevarse a cabo sobre la base de la DM y no del CTPC de 1983, lo que es aplaudido por el Informe de evaluación de España pues no son ambos regímenes asimilables en cuanto a la judicialización, plazos, consentimiento y doble incriminación. En el mismo sentido se pronuncia la STC 37/2007, 12-2, considerando ambos institutos distintos.

6.5. Entrega

6.5.1. Entrega ordinaria

Si finalmente se acuerda la entrega de la persona reclamada, ésta debe materializarse

³⁰⁵ Resulta interesante la STC 123/2009, 18-5 en cuando evidencia un posible supuesto de fraude por las autoridades italianas incumpliendo las condiciones impuestas por España con la entrega. Sin embargo, no entra en su enjuiciamiento pues lo que se examina es el traslado del sujeto nuevamente a España, traslado que consintió.

³⁰⁶ Cuestión prejudicial (28-7-11, c-399/11, *Melloni*). Plantea si el nuevo artículo 4 bis (1) de la DM, en la redacción dada por la DM 2009/299, impide a las AAJJ de ejecución someter ésta a la condición de que la condena pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado, la compatibilidad de esta posibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo de los arts. 47 y 48.2 de la Carta, y si estos preceptos, junto con el art. 53, permiten condicionar la entrega otorgando a esos derechos un mayor nivel de protección del que se deriva del derecho de la UE para evitar una interpretación lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese EM..

en un plazo máximo de 10 días y con las mismas prórrogas que prevé la DM (artículo 20 LOEDE). Si transcurrido el plazo señalado la entrega no se ha podido llevar a cabo, se deberá decretar la inmediata libertad del reclamado, si estuviere privado de ella, sin perjuicio de que pueda ser objeto de una nueva ODE de detención y entrega. Nótese que la LOEDE es más restrictiva en cuanto a esta prórroga que la DM, pues ésta permite extenderla a los 10 días siguientes “a la nueva fecha acordada”, cuando nuestra Ley refiere el cómputo “a la fecha inicialmente fijada”. La STC 99/2006, 27-3 sostiene que no pueden aducirse razones humanitarias cuando concurren problemas instrumentales de Interpol.

SIRENE-INTERPOL informa a la AJ de emisión de la decisión de ejecución de la ODE y antes de proceder a la entrega se vuelve a constatar la inexistencia de causas judiciales pendientes (con los problemas inherentes de falta de datos centralizados de los procesos penales en España si no consta un atestado previo).

6.5.2. Entrega condicionada o aplazada

Como afirma la STC 95/2007, 7-5, el artículo 21 LOEDE prevé la suspensión de la entrega cuando la persona reclamada tenga un proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto hasta la celebración del juicio o el cumplimiento de la pena. Pero ni éste ni ningún otro permite que la prisión pueda prorrogarse durante el periodo de dicha suspensión, pues en tal caso se introduce como factor decisivo para adoptar la resolución acordada un elemento ajeno a la medida cautelar e incierto e imprevisible para el recurrente: la pendencia de un procedimiento distinto ante la jurisdicción española.

Si el sujeto del que se pide la entrega tiene una causa pendiente en España, la AN sólo suspende la entrega para que depure las responsabilidades en nuestro territorio si por dicha causa tiene acordada la prisión provisional por los problemas en cuanto al plazo de prisión advertidos por el TC y el riesgo de fuga de permanecer en libertad.

7. Dificultades surgidas en su aplicación

- Desconocimiento e infrautilización

Muchos han sido los esfuerzos para dar a conocer la Euroorden en España y estimular su utilización destacados en el Informe de evaluación de España. Además de llamar la atención el alto grado de incumplimiento del deber de remitir copia al MJ, su uso se concentra en órganos judiciales que conocen o están especializados en delincuencia organizada transnacional. Sin embargo, estudios de campo evidencian el escaso empleo de esta herramienta una vez que el sujeto a huido de la acción de la justicia si no consta expresamente que lo haya hecho al extranjero, siendo alarmante

el grado de desconocimiento de su funcionamiento por los juzgados de la periferia de Madrid³⁰⁷: un 97 % en el año 2006.

- La cosa juzgada de una denegación

La DM deja claro que puede ir referida a hechos anteriores por tratarse de normas procesales³⁰⁸. Se plantea en tal supuesto el efecto de cosa juzgada de una extradición previamente denegada. Ya desde el Auto 60/2004, de 3-6, la AN resolvió que el instituto de la cosa juzgada material o prohibición del *non bis in idem* no puede predicarse sino de aquellas resoluciones que se pronuncien sobre la culpabilidad o inocencia y concurren los tres elementos de identidad (identidad subjetiva, de objeto y de acción). Y una denegación extradicional carece de eficacia de cosa juzgada material respecto de una petición de detención y entrega en el marco de la llamada euroorden, sin perjuicio de que siempre que concorra la misma causa denegatoria de la entrega la resolución sea igualmente denegatoria por falta de un mismo supuesto habilitante. Nuestro TC, en SSTC 37/2007, 2-2; 83/2006, 13-3 y 177/2006, 5-6, participa de la tesis mayoritaria en la AN, negando eficacia de cosa juzgada a las resoluciones extradicionales, pudiendo en determinados supuestos ser sustituidas por otras, bastando en principio con que hubiera mediado una mínima mutación de la *causa petendi* (por ej. entrega denegada a efectos de enjuiciamiento y reiterada para cumplimiento de condena), pasando en la primera de las citadas a establecer un criterio jurisprudencial claro al respecto, al no existir una condena o absolución en el procedimiento de entrega de sujetos. Sin embargo, tras la STC 120/2008, 13-10, que otorga amparo por haber incurrido la AN en error al examinar la anterior extradición denegada, dicta nuevo Auto la Secc 4ª, de 19-11-08 estimando cosa juzgada (denegación en que se apreció indulto, prescripción y rebeldía).

- Reforma inevitable

La entrada en vigor de la DM 2009/299va a obligar modificar la LOEDE antes del 28-3-2011³⁰⁹. Aprovechando la necesidad de reforma se ha aconsejado una re-

307 Estudio en la Comunidad de Madrid realizado por el Colegio de Abogados con el auxilio de la REJUE. El seguimiento fue realizado por Rosa Bedregal, Coordinadora Comisión de Relaciones con la Administración de Justicia del Colegio de Abogados de Madrid.

308 Así lo entiende la STJCE 12-8-2008, (C-296/08), *Santesteban Goicoechea*, que aborda la relación de la ODE con el resto de instrumentos extradicionales. Dada la disposición transitoria del artículo 32 DM, que permite seguir aplicando la extradición por hechos cometidos antes del 7-8-2002, nada impide que incluso pueda aplicarse el Convenio de Dublín de 27-09-1996, pese a que la entrada en vigor se ha producido después de la entrada en vigor de al ODE. Sólo se sustituyen los convenios cuando el régimen de la ODE sea aplicable. También señala la compatibilidad con otros instrumentos que permitan ir más allá de los objetivos de la DM, simplificando o facilitando la entrega de personas.

309 El artículo 2 de la DM 2009/299 introduce un nuevo artículo 4 bis en la DM

distribución de funciones dentro de la AN para dotar al procedimiento de mayores garantías de intermediación y recursos. Y se otorgue amparo legal a la posibilidad de que la primera comparecencia del detenido en España como consecuencia de una ODE se haga en el lugar de detención a través de videoconferencia, limitada a la legalización y a determinar si presta el consentimiento para su entrega. El coste económico del traslado inmediato es muy alto y dispara el peligro de ser interceptado durante el mismo³¹⁰.

2002/584 y suprime el apartado 1 del artículo 5 de la LOEDE. El punto d) del formulario de OEDE es sustituido por uno nuevo.

³¹⁰ Estas recomendaciones se efectuaron por un grupo de expertos en el último Encuentro de la REJUE en el que convergieron miembros de SIRENE-INTERPOL, MJ, Eurojust, AN y REJUEs.

LA ORDEN EUROPEA DE EMBARGO PREVENTIVO
Y ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS, DECOMISO
Y EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS

Andrés Salcedo Velasco

1. Relegación del apartado material o real del delito frente al personal, en los
iniciales instrumentos de cooperación

Como hemos visto en los módulos precedentes, la asistencia judicial penal internacional europea, asienta sus bases actuales en la segunda mitad del siglo pasado, tras la segunda gran guerra, en el seno de la Europa amplia, en el Consejo de Europa; donde los instrumentos iniciales, esencialmente el *Convenio Europeo de 1959*, fue el instrumento vigente de referencia durante el siglo XX, aunque en la última década por interacción con la normativa de la Unión Europea, se desencadena un desarrollo de dimensiones difícilmente previsible. Pero con la particularidad de que los múltiples instrumentos que en la Unión, regulan esta materia, incluso los que surgen emitidos al amparo del reconocimiento mutuo, se han promulgado con profusión, pero como material de aluvión, pues generalmente nacen con voluntad de coexistencia con estos tratados primigenios, que sin derogarlos, se superponen con mera voluntad de perfeccionamiento para singulares apartados.

Sucedo también, que el Convenio del 59, en su origen obedecía a ser instrumento auxiliar del Convenio de Extradición de 1957 y ello motivó una atención preferencial a las diligencias de investigación o de instrucción y medidas cautelares de carácter personal, sobre las reales y materiales, los objetos en definitiva. De forma que si bien entre las comisiones rogatorias (artículo 3º) se contemplaba aquellas que tuvieran por objeto realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos; si fuera preciso realizar un registro, a su vez se posibilitaba de manera amplia, declaraciones que condicionasen o limitasen su cumplimiento, como resulta

de su artículo 5¹. Todos los Estados Parte, salvo Francia, Grecia, Israel, Italia y Letonia optaron voluntariamente por restringir la cooperación en solicitudes de embargo², de forma que la posibilidad real de que prosperase una petición internacional de embargo era escasa; en especial por cuanto, aunque no hubieren formulado reservas, podían oponer falta de reciprocidad ante los Estados que las hubieran alegado. Pero además, aún en ausencia de reservas, el comportamiento reacio a la cooperación era frecuente; y así en el informe de evaluación mutua realizado por el Unión Europea³, aunque con régimen diferenciado según que la finalidad ulterior sea el decomiso o el aseguramiento de pruebas, aún cuando no se hubieran formulado reservas, en la práctica, la doble incriminación y la adecuación a la legislación nacional también era exigida.

Inclusive en el *Protocolo Adicional de 1978 al Convenio de 1959* (STC nº 99), acordado con la finalidad de suprimir la posibilidad de denegar la asistencia judicial en la investigación de infracciones fiscales; además de no haber sido ratificado por Andorra, Bosnia-Herzegovina, Liechtenstein, Mónaco, Israel, San Marino y Suiza, existen declaraciones y reservas relevantes por parte de Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, España, Georgia y Luxemburgo, en su mayoría tendentes precisamente a la exigencia de la doble incriminación o a reservarse la posibilidad denegar la asistencia para practicar embargos por razón de infracciones fiscales.

El primer intento para paliar este déficit, aún en el seno del Consejo de Europa, fue el *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen*, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre

1 1. Toda Parte Contratante, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su Instrumento de Ratificación o de adhesión, podrá, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, reservarse la facultad de someter la ejecución de las comisiones rogatorias que tengan como fin un registro o un embargo de bienes, a una o varias de las condiciones siguientes: a) Que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible según la ley de la Parte requirente y de la Parte requerida; b) Que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a la extradición en el país requerido; c) Que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con la ley de la Parte requerida; 2. Cuando una Parte Contratante hubiere formulado una declaración conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, cualquier otra Parte podrá aplicar la regla de la reciprocidad.

2 Además Bosnia-Herzegovina, la ex República yugoslava de Macedonia y Serbia-Montenegro, no formularon declaración ni reserva alguna al firmar y ratificar el Convenio.

3 Sirva de ejemplo el doc. 7254/00 CRIMORG 52.

de 1990 (STC nº 141), con la expresa vocación de facilitar la cooperación judicial en estas materias, en la conciencia de la diversidad de las legislaciones europeas en estas materias e incluso de la carencia y defecto de una completa legislación al respecto.

Convenio tendente a lograr de manera eficaz asistencia judicial en la privación patrimonial ilícita, con diferentes instrumentos escalonados según los diferentes momentos procesales: identificación, seguimiento y embargo como medidas tendentes bien al aseguramiento cautelar de bienes susceptibles de ulterior decomiso o confiscación; el comiso mismo en el momento de la sentencia; y en su defecto, en segundo escalón como criminalización secundaria, la privación patrimonial de las ganancias provenientes del delito a través de la tipificación del blanqueo de capitales. Convenio de gran trascendencia y que no lleva el apellido “europeo”, porque en el comité ad hoc encargado de su redacción, no sólo participaron representantes del viejo continente, sino que también se adhirieron al mismo expertos de Australia Canadá y Estados Unidos, así como de diversos organismos, desde la propia Comunidad Europea a las Naciones Unidas, Interpol o la Asociación Internacional de Derecho Penal. Ratificado por los 47 Estados europeos e incluso por Australia, su dimensión trasciende el ámbito continental, pues es uno de los modelos que indican las 40 recomendaciones GAFI en materia de cooperación judicial contra el blanqueo de capitales.

El segundo peldaño, en la ponderación de la materia real del delito, viene con el *Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen* (CAAS), que además de facilitar con carácter general la asistencia judicial, especialmente al posibilitar el contacto directo entre autoridades judiciales, facilita el seguimiento y localización de objetos, pero sobre todo amplía las posibilidades de cumplimentar una solicitud de embargo internacional, al limitar las posibilidades denegatorias en las solicitudes de asistencia judicial que tuvieran por objeto la realización de un embargo (artículo 51)⁴, además de evitar las reservas que se hubieran formulado al Convenio de 1959.

4 Bastaría para deber ser atendido: a) Que el hecho que motive la comisión rogatoria sea sancionable según el Derecho de ambas Partes contratantes a una pena privativa de libertad o a una medida de seguridad que restrinja la libertad durante un período máximo de, al menos, seis meses, o sea sancionable con arreglo al Derecho de una de las dos Partes contratantes con una sanción equivalente y, según el Derecho de la otra Parte contratante, constituya una infracción de reglamentos perseguida por autoridades administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante una jurisdicción competente, en particular en materia penal; b) Que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con el Derecho de la Parte contratante requerida.

En orden a la localización de objetos buscados *con vistas a su incautación o como pruebas en un procedimiento penal*, el Sistema de Información de Schengen, de conformidad con el artículo 100.3 CAAS contiene diversas categorías de objetos que hayan sido robados, sustraídos u ocultados fraudulentamente: a) vehículos de motor (> 50 cc.); b) remolques y caravanas (> 750 Kg); c) armas de fuego d) documentos vírgenes; e) documentos de identidad expedidos (pasaportes, documentos de identidad, permisos de conducción); y f) billetes de banco (registrados); y en una paulatina incorporación ulterior documentos de viaje; certificados de matriculación de vehículos y placas de matrícula y valores mobiliarios y medios de pago (tales como cheques, tarjetas de crédito), bonos, valores y acciones. El acceso a esta base de datos, se limitaba en el artículo 101 CAAS a las autoridades competentes en materia de control de fronteras, aduanas (y policía en relación con estas actividades), visados y permisos de residencia; pero con la Decisión 2005/211/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, de conformidad con su destino a la investigación delictiva, se establece de forma explícita el derecho a consultar estos datos directamente por las autoridades judiciales nacionales, especialmente las competentes para incoar el proceso penal y la instrucción judicial previa a una imputación, en el desempeño de sus funciones, según disponga la legislación nacional.

Después, ya en el ámbito del tercer pilar, seguirían una serie instrumentos normativos que intentaban avanzar en esta materia, como la DECISIÓN MARCO 2001/500/JAI, del Consejo *relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*, de 26 de junio de 2001, que sustituye a la acción común de 1998 de igual título; o la DECISIÓN MARCO 2005/212/JAI, de 24 de febrero, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*, tendentes fundamentalmente a la inoperatividad entre los EMM de la UE de las declaraciones y reservas que hubieran formulado a los instrumentos citados del Consejo de Europa.

Incluso en el ámbito intergubernamental, la UE trata con el Convenio 2000 incorporar las nuevas tecnologías y nuevas instituciones procesales al ámbito de la asistencia judicial, pero los avances, en esta materia real o material del delito fueron pocos. Si bien el Protocolo al Convenio de Asistencia Judicial 2000, firmado el 16 de octubre de 2001⁵, fue un importante

5 DO C 326 de 21.11.2001. Cuenta a su vez con informe explicativo aprobado el 14.10.2002 por el Consejo (DO C 257, de 24.10.2002).

avance para el logro de información y documentación bancaria, aunque se permite a los Estados subordinar su cumplimiento a las mismas condiciones que aplican a las solicitudes de registro y embargo (es decir condicionar su cumplimiento a la existencia del requisito del doble tipicidad y la compatibilidad con su derecho interno –Austria formuló una declaración expresa en este sentido–); además de limitar su ámbito a determinados delitos, especificados por una triple alternativa que abraza un amplio y extenso catálogo: a) delitos sancionados con cuatro años en el Estado miembro requirente y dos años en el Estado miembro requerido; b) delitos contemplados en el Convenio Europol; y c) infracciones contempladas en los instrumentos relativos a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas⁶. Las solicitudes en esta materia, deben ser motivadas en orden a su pertinencia e indicarán la información que dispongan y los indicios o elementos que justifica la suposición de la existencia de la cuenta bancaria en cuestión; de modo que facilite en todo lo posible la ejecución de la solicitud, además de vedar las diligencias de “pesca”.

También desde el Consejo de Europa se entendió necesario perfeccionar los mecanismos de asistencia previstos en el Convenio de 1990; y así, a finales de 2003, se inició la redacción de un Protocolo adicional a este Convenio, que recogiera los avances manifestados en instrumentos y actividades aparecidos tanto de Naciones Unidas, Unión Europea, como en el GAFI o el propio Grupo Egmont; especialmente para incorporar disposiciones relevantes a la prevención del blanqueo (identificación y verificación de clientes, identificación de los titulares beneficiarios, informes sobre operaciones sospechosas, regulación de los centros de inteligencia financiera o la transparencia de las personas jurídicas) así como a la financiación del terrorismo. Como el texto resultante conllevaba modificaciones sustanciales del Convenio, se concluyó que era preferible un instrumento autónomo; y así surge el *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen*

6 Fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; utilización o presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos o que tengan el mismo efecto (si no son ya punibles bien como infracción principal, bien por complicidad, instigación o tentativa de fraude); corrupción pasiva que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; corrupción activa que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; y blanqueo de capitales relativo a los productos del fraude mencionados, al menos en los casos graves, y a la corrupción activa y pasiva mencionada.

y a la financiación del terrorismo (STC n° 198), abierto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

La interacción entre los instrumentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea, se revelan aquí de forma privilegiada; pues así como el Convenio 2000 de la Unión Europea, perfecciona y desarrolla el Convenio de asistencia del Consejo de Europa de 1959, el Convenio 2005 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo, en sus artículos 17, 18 y 19, reproduce las medidas de investigación de cuentas bancarias que contiene el Protocolo de 2001 al Convenio 2000. Si bien el Convenio 2005, amplía le ámbito de aplicación de estas investigaciones, al posibilitar que las partes las apliquen a instituciones financieras no bancarias y no limita los delitos sobre los que se proyecta.

Así, hasta que llegan los instrumentos de *reconocimiento mutuo*; cuyo origen y concepto ha sido ampliamente desarrollado en temas precedentes y que en una primera aproximación, tal expresión de reconocimiento mutuo, supone que una vez adoptada una resolución dictada por un juez en el ejercicio de sus competencias en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones extranacionales, será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros, y surtirá allí los mismos efectos o, al menos, similares que en el Estado de su adopción; y ello siempre sin merma de los derechos fundamentales reconocidos a las personas, pues su fin explícito es tanto facilitar la cooperación entre autoridades como la protección judicial de los derechos individuales. Por lo que las resoluciones dictadas bajo este régimen en un EM; se ejecutarán en los demás, de forma directa e inmediata, como si hubiese sido dictada por una autoridad judicial del Estado requerido.

Conviene en todo caso recordar que el art. 82 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos especificados en su apartado segundo, de la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, los derechos de las personas durante el procedimiento penal, los derechos de las víctimas de los delitos; u otros elementos específicos del procedimiento penal, determinados previamente por decisión del Consejo.

2. Ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas

Cuando se decide iniciar la puesta en marcha del proceso que llevará al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, se opta por comenzar por la materia del embargo preventivo de bienes⁷; y para su planificación la Secretaría General del Consejo, elabora un estudio⁸ a partir de los informes de evaluaciones mutuas sobre asistencia judicial y sobre las denominadas “fichas belgas”. Advierte que a diferencia de los procedimientos habituales de cooperación donde el Estado requirente hace una solicitud y el Estado requerido acepta o no darle curso, el reconocimiento mutuo implicaría que al Estado requerido le corresponde aplicar la solicitud que se le presenta sin analizarla desde el punto de vista de su Derecho interno; la resolución dictada tendría el carácter de título ejecutorio válido en todo el espacio de la Unión. A partir de la asunción de esta consecuencia elemental de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, que genera una asistencia judicial de mayor vinculación que la iniciada por el Convenio del 59, desgrana las líneas de trabajo que deben desbrozarse para conseguir su plasmación normativa: a) naturaleza del instrumento, que en cuanto conlleve aproximación legislativa si debe existir una a) regulación común mínima, debería ser una decisión marco; b) la necesidad de suprimir la doble tipificación; c) para evitar en lo posible las diferencias de idiomas, la adopción de un modelo único de orden de embargo preventivo de bienes (con indicaciones pre-impresas) en todos los idiomas de la Unión; d) necesaria simplificación y rapidez del procedimiento de validación; e) tipos de recursos; f) identificación del bien cuyo embargo se solicita; g) ámbito de infracciones donde resulta posible su aplicación; y h) motivos de denegación.

Este esquema, señala las líneas básicas tanto de los trabajos preparatorios como de las Decisiones marco aprobadas, adoptando este principio del reconocimiento mutuo.

La formalización del proceso de adopción surge con la Iniciativa de los Gobiernos de la República Francesa, del Reino de Suecia y del Reino de Bélgica encaminada a que el Consejo adopte una decisión marco relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo

⁷ Reunión del Comité del artículo 36 de 14 de enero de 2000.

⁸ Doc. 6522/00 CATS 16 CRIMORG 34 COPEN 14, de 2 de marzo de 2000.

y de aseguramiento de pruebas⁹, que abocó en la Decisión marco del Consejo 2003/577/JAI, de 22 de julio, *relativa a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas*¹⁰, si bien el atentado del 11-S, determinó que fuera antes aprobada la Decisión marco 2002/584/JAI, sobre la orden de detención europea¹¹.

Expresa como *objeto*, el establecer las normas en virtud de las cuales un Estado miembro deberá reconocer y ejecutar en su territorio una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas dictada por una autoridad judicial de otro Estado miembro en el marco de un procedimiento penal.

Define la resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas como cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente cualquier operación de destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un bien que pudiera: a) ser decomisado por el Estado de emisión; o b) constituir elementos de prueba.

Por tanto, quedan excluidas de su ámbito, medidas cautelares tendentes a asegurar las responsabilidades patrimoniales en el proceso penal; o garantizar la responsabilidad civil derivada del delito; o asegurar el abono de las sanciones pecuniarias; o garantizar el abono de los gastos y costas del proceso. Aunque algunos Estados Miembros de la Unión europea, conozcan de las responsabilidades civiles dentro del proceso penal, la ejecución de este apartado civil, debe tramitarse conforme a los instrumentos de reconocimiento mutuo civiles. Si bien dentro del ámbito del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen, su artículo 49 establece que también se prestará asistencia judicial en las acciones civiles conexas a las acciones penales, mientras el órgano jurisdiccional penal aún no se haya pronunciado definitivamente sobre la acción penal (apartado d).

En definitiva, conforme indica la doctrina, los requisitos que deben observarse para no exceder el *ámbito* de la aplicación de la orden de embargo o aseguramiento de pruebas, son:

- a) Tratarse de medidas judiciales, adoptadas por una autoridad judicial en un procedimiento penal.
- b) De naturaleza provisional, cautelar, anteriores a sentencia firme.

9 DO C 75, de 07.03.2001.

10 DO L 196, de 02.08.2003, pp 45-55.

11 DO L 190, de 18.07.2002.

c) Con una finalidad específica, impedir provisionalmente la destrucción, transformación desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes.

d) Los bienes, objetos, datos o documentos, objeto de la medida, deben ser susceptibles de ser ulteriormente sometidos a decomiso, o bien, servir como elementos de prueba.

Su *justificación* resulta tanto por la insuficiencia de los instrumentos clásicos para el auxilio judicial que hemos examinado, como por las especialidades que presenta frente al resto de resoluciones penales, al requerirse para que fuera mínimamente eficaz la solicitud de asistencia en esta materia, la celeridad en su cumplimiento, prácticamente inmediata. Basado en relaciones de confianza, determina el reconocimiento de la resolución judicial que lo acuerda sin trámite alguno, de manera que su ejecución deviene directa e inmediata, como si hubiese sido dictada por una autoridad judicial del Estado requerido; con el sólo requisito del acompañamiento de un certificado firmado por la autoridad competente del Estado de emisión que haya dictado la medida, dando fe así de la exactitud de su contenido; y en cualquier caso posibilitando si falta, su subsanación.

Por tanto, en cuanto al *procedimiento*, la primera advertencia, es que a diferencia con la orden de detención y entrega, donde la propia emisión de la orden conforme a la cumplimentación del formulario que acompañaba a la Decisión Marco, constituía la resolución judicial y por tanto suponía un título único europeo, en la orden de embargo o aseguramiento de pruebas, el título judicial viene integrada por la resolución judicial que conforme a su legislación nacional dicte la autoridad judicial, que debe remitir acompañada, ahora sí, por el certificado cuyo modelo incorpora la Decisión Marco.

La *transmisión* directa entre autoridades judiciales de la solicitud de embargo se prevé como medio ordinario¹²; la transmisión, deberá ir acompañada de una solicitud ulterior de transferencia de los elementos de prueba o del comiso, según la finalidad de la medida cautelar previa adoptada; o bien una instrucción de para que el bien siga inmovilizado, en cualquiera de las dos alternativas, hasta que se concrete esa solicitud consecutiva.

Pero especialmente debe acompañar a la solicitud el *certificado*. Su falta o su integración incompleta es la causa de denegación de la solicitud de embargo; no obstante aún en estos casos debe concederse plazo para subsa-

¹² Aunque a Irlanda y Reino Unido podrán formular excepciones, especificando una autoridad central u otras autoridades específicas.

nación, o bien aceptar un documento equivalente; o incluso si se considera suficientemente ilustrado, dispensar la obligación de su presentación. De dicho certificado se prevé su traducción a la lengua oficial o entre las declaradas admisibles por el Estado requerido.

Otras *causas de denegación* son la existencia de inmunidad o privilegio, o quebranto del *non bis in idem*, o falta de doble tipicidad salvo el listado de las treinta y dos infracciones exentas integrantes del listado habitual¹³ de estos instrumentos, siempre que estén sancionados con penas privativas de libertad cuya duración máxima al menos de tres años. Como meras causas de suspensión se prevén que la ejecución impida el buen desarrollo de una investigación penal en curso, o la media de embargo ya haya sido acordada en otra causa penal.

La resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas será *reconocida* por la autoridad competente del Estado de ejecución sin más trámite y ejecutada sin demora del mismo modo que lo sería una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas nacional; y también sin demora, y por cualquier medio que deje constancia escrita, se dará cuenta de la ejecución a la autoridad competente del Estado de emisión (si fuera posible la decisión se comunicará dentro de las 24 horas siguientes a la recepción). La *ejecución* si fuera preciso para el Estado de emisión, podrá adecuarse al criterio de *forum regit actum*; pero si hubieran de adoptarse resoluciones coercitivas complementarias, se tomarán según el procedimiento aplicable en el Estado de ejecución. Dado que se trata de medidas cautelares, se prevé la posibilidad de limitar su temporalidad.

Así mismo se contemplan la posibilidad de *recursos* no suspensivos por parte del imputado, la víctima o cualquier persona física o jurídica que invoque buena fe, ante la autoridad competente del Estado de emisión o del Estado de ejecución, de acuerdo con la legislación nacional respectiva; si bien el recurso en el Estado de ejecución no podrá formularse por motivos atinentes al fondo.

Por último se regula la responsabilidad del Estado de emisión que eufe-

13 En la versión francesa del listado de infracciones exentas de doble incriminación, las relativas a tráfico (de estupefacientes, armas, sustancias hormonales, material nuclear), mientras en la Decisión marco sobre la orden de detención europea, precisaba que debía tratarse de tráfico *ilícitos*, este adjetivo se había suprimido en esta decisión marco (salvo para los bienes culturales). Omisión de estilo debida exclusivamente al traductor, que sin embargo, causó recelos dada la crítica doctrinal a esta enumeración por categorías, tan escasamente precisa.

místicamente aparece bajo el epígrafe de *reembolsos*, cuando la información contenida en el certificado, fuese inexacta en el momento de su transmisión y hubiese dado lugar a la ejecución de una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas que hubiese perjudicado a alguna persona, en cuya consecuencia el Estado de ejecución hubiese debido de indemnizar por esta causa.

La fecha límite de *transposición* al derecho interno, era el 2 de agosto de 2005; aunque no ha sido cumplimentado aún por la totalidad de los Estados Miembros, conforme indica la Secretaría General del Consejo, doc. 16921/10¹⁴, de 7 de diciembre de 2010, en base a las comunicaciones de los propios Estados, si bien el proceso e encuentra muy avanzado. En base al mismo, con ligeros matices, la Red Judicial Europea, elaboró el siguiente cuadro:

Member State	Implementation date	Member State	Implementation date
Austria	2 August 2005	Latvia	1 January 2008
Belgium	16 September 2006	Lithuania	
Bulgaria		Luxembourg	x
Cyprus		Malta	
Czech Republic	1 July 2006	Netherlands, The	1 August 2005
Denmark	22 December 2004	Poland	2 August 2005
Estonia		Portugal	
Finland	2 August 2005	Romania	13 November 2008
France	4 July 2005	Slovakia	1 January 2006
Germany	30 June 2008	Slovenia	25 November 2007
Greece	x process ongoing	Spain	7 June 2006
Hungary		Sweden	1 July 2005
Ireland	1 September 2008	United Kingdom	x process ongoing
Italy	x process ongoing		

Las comunicaciones de los Estados miembros sobre las *autoridades competentes y el idioma* en que debe ir redactado el certificado y en su caso los documentos anejos, se puede consultar en la página web de la Red Judicial Europa: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=24>

14 <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st16/st16921-re01.en10.pdf>

3. Consecuencias de la previsión de la cooperación en dos tiempos

Como se ha indicado, en la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, relativa a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, la transmisión, debería ir acompañada de:

- a) una solicitud de transferencia de los elementos de prueba al Estado de emisión, o
- b) una solicitud de decomiso, o
- c) una instrucción para que el bien permanezca en el Estado de ejecución en espera de que el Estado de emisión solicite una de las dos medidas anteriores.

EMBARGO CON FINES DE DE DECOMISO U OBTENCIÓN DE PIEZAS PROBATORIAS tras DM 2003/577		
1. Identificación del bien		Solicitud de asistencia judicial clásica
2. Seguimiento y detección o localización del bien		Solicitud de asistencia judicial clásica
3. Aprehensión o "embargo" provisional		Reconocimiento M° D-Marco 2003/577/JAI
4. Destino	a) Decomiso	Solicitud de asistencia judicial clásica
	b) Transferencia pruebas	Solicitud de asistencia judicial clásica

De forma que el embargo formalizado conforme a criterios de reconocimiento mutuo, podía devenir estéril, pues, la entrega ulterior de la prueba incautada o el decomiso subsiguiente, se tenían que resolver por criterios de clásicos de asistencia judicial, donde al ser el cauce más estrecho, podría no resultar fructífera la petición.

De ahí que hubo que adoptarse sendos instrumentos, donde esta última fase también se resolviera conforme a criterios de reconocimiento mutuo: el relativo a la ejecución de las resoluciones de decomiso y el relativo al exhorto de obtención de pruebas, que posibilitarían este esquema:

EMBARGO CON FINES DE DE DECOMISO U OBTENCIÓN DE PIEZAS PROBATORIAS tras DM 2003/577		
1. Identificación del bien		Solicitud de asistencia judicial clásica
2. Seguimiento y detección o localización del bien		Solicitud de asistencia judicial clásica
3. Aprehensión o "embargo" provisional		Reconocimiento Mutuo D-Marco 2003/577/JAI
4. Destino	a) Decomiso	Reconocimiento Mutuo D-Marco 2006/783/JAI
	b) Transferencia pruebas	Reconocimiento Mutuo D-Marco 2008/978/JAI

En los dos epígrafes siguientes contemplamos estos dos instrumentos concatenados de reconocimiento mutuo.

4. Ejecución de las resoluciones de decomiso

La Unión Europea, fundamentalmente en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada, cuenta con varios instrumentos, algunos ya citados, que regulan el comiso, tendentes a privar a estas organizaciones de los productos de su ilícita actividad, con diversa vinculación normativa entre ellos. Así:

- La Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio *relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*, tendente a posibilitar la asistencia judicial de las solicitudes de decomiso; regula también el decomiso del valor cuando no se pueda incautar el producto directo del delito y obliga a cumplimentar todas las solicitudes presentadas por los demás Estados miembros con la misma prioridad que los procedimientos nacionales;

- La Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*, que armoniza las normativas sobre decomiso. Conviene precisar que este instrumento no integra la modalidad asistencial de reconocimiento mutuo. Mantiene las mismas definiciones que el Convenio Europeo de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito; y reitera al igual

que la Decisión marco 2001/500/JAI, la obligación de la adopción de medidas para decomisar los instrumentos y productos de los delitos que lleven aparejadas penas privativas de libertad superiores a un año de libertad o de bienes cuyo valor corresponda a dicho producto; pero incluso los bienes procedentes de infracciones fiscales, respecto de los cuales permite aplicar procedimientos no penales, para lograr la privación del producto de la infracción.

Obliga también a los EEMM a disponer de una *potestad de decomiso ampliada* en relación a determinados delitos susceptibles de generar un gran beneficio económico cometidos en el ámbito de la criminalidad organizada o de ámbito terrorista, siempre que estén sancionados con penas máximas entre 5 y 10 años al menos (sólo cuatro en el caso del blanqueo): i) cuando un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior (razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto); o ii) cuando esté plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por el delito; o iii) alternativamente se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional basándose en hechos concretos llega a estar plenamente convencido de que la propiedad en cuestión se deriva de la actividad delictiva de la persona condenada¹⁵.

Además, insta a considerar la posibilidad de aplicar este decomiso ampliado, a los bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y a los bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados;

15 Así el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, {casos *Welch* (S. 9.II.1995) y *Phillips* (S. 5.VII.2001) contra Reino Unido}, ha manifestado que la legislación inglesa sobre tráfico de drogas de Reino Unido (ulteriormente ampliado su ámbito en *Proceeds of crime Act 2002*, en base al concepto de “estilo de vida criminal”), que autoriza a un tribunal a tomar como hipótesis que todos los bienes de una persona condenada por tráfico de drogas durante los seis años anteriores representan el producto de dicho tráfico, no integra quebranto al derecho a un juicio justo, por cuanto dicha hipótesis habría podido ser rechazada si el inculpado hubiera demostrado, de manera verosímil, que había adquirido los bienes por medios distintos al tráfico de drogas; e incluso el Tribunal tenía la opción de no aplicar la hipótesis si hubiese considerado que su aplicación corría riesgo de integrar una injusticia.

al igual que cuando la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica; e incluso permite recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal¹⁶ para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate. Y también regula vías de recurso a las personas interesadas en el decomiso acordado y reitera expresamente la obligación de observar la presunción de inocencia.

- La Decisión Marco 2003/577/JAI, que regula, el *reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo preventivo*, con fines de decomiso, antes desarrollada en el epígrafe 2..

- La Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre. Recordábamos que la obtención de un embargo obtenido al amparo de la Decisión marco 2002/577/JAI, precisaba una ulterior solicitud de decomiso, que para maximizar su eficacia, precisaba de un nuevo instrumento, que respondiera a los mismos principios de reconocimiento mutuo. A este fin obedece la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*, donde se establecen las normas en virtud de las cuales un Estado miembro deberá reconocer y ejecutar en su territorio, una resolución de decomiso dictada por un órgano jurisdiccional competente en materia penal de otro Estado miembro.

Transmisión.- La resolución de decomiso debe ir acompañada de un certificado, cuyo modelo se incorpora a la Decisión marco, firmado por la autoridad competente del Estado de emisión que a su vez dará fe en el mismo de la exactitud de su contenido. Deberá haberse traducido al idioma oficial del

16 Ejemplos americanos, los encontramos en *Colombia con la Ley 333 de 1996 de "Extinción del Dominio sobre los Bienes"* o en la *Ley de Reforma del Decomiso Civil de Bienes de Estados Unidos, del año 2000*, donde al contrario que sucede en el ámbito penal, que precisa probar la procedencia ilícita de los bienes objeto de comiso más allá de toda duda razonable, basta superar la preponderancia comparativa de pruebas que debe realizarse frente a las presentadas por el demandado. En Europa, Irlanda para bienes de valor superior a 10.000 libras irlandesas; o Italia en su legislación Antimafia respecto de bienes que no guardan proporción con los ingresos legítimos de su propietario. El Tribunal de Casación francés, ha validado una decisión civil de decomiso italiana (asunto *Crisafulli*) aunque en Francia sólo existía el decomiso penal. En España, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de octubre de 2012, en su art. 127 ter, establece asimismo algunos supuestos de "decomiso sin condena".

país de ejecución o a otro idioma oficial de la Unión que indique tal país, y se envía directamente a la autoridad competente del país de la UE en donde la persona (física o jurídica), tenga bienes o ingresos si se trata de decomisar dinero, o donde se encuentren los bienes concretos objeto de la resolución; y si no hubiera motivos concretos para determinar un Estado miembro concreto se podrá transmitir al Estado donde la persona física resida habitualmente o en su caso la persona jurídica, tenga su domicilio social.

La transmisión de una resolución de decomiso no limita el derecho del Estado emisor a ejecutar él mismo la resolución. Pero entonces, deberá informarse al Estado de ejecución.

Ejecución.- El Estado de ejecución reconocerá y ejecutará la resolución sin demora y sin que sea precisa ninguna otra formalidad. El procedimiento de ejecución será de acuerdo con la Ley del país de ejecución y según las formalidades que sus autoridades decidan. Las resoluciones de decomiso dictadas contra personas jurídicas deberán ser ejecutadas inclusive cuando el país de ejecución no haya previsto la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Si varias solicitudes de ejecución se refiriesen a la misma persona, el país de ejecución debe decidir el orden de ejecución habida cuenta de la gravedad de los delitos y de cualquier otra circunstancia pertinente.

Las cantidades decomisadas corresponden al Estado de ejecución si la cantidad decomisada es inferior a 10.000 euros; si la cantidad recaudada fuera superior, deberá transferirse la mitad de su importe al Estado emisor.

Tanto el Estado de ejecución como el de emisión, pueden conceder el indulto o la amnistía, pero sólo el Estado emisor es competente para conocer las solicitudes de revisión del fondo de la resolución de decomiso.

Motivos de denegación del reconocimiento.- En la misma línea que el resto de instrumentos de reconocimiento mutuo, se recogen diversos supuestos donde el reconocimiento puede ser denegado:

- La falta de certificado, integración incompleta o manifiestamente no se corresponda con la resolución.

- Conculcación del *ne bis in idem*.

- Falta de doble tipicidad, salvo en el caso del listado de las 32 infracciones exentas, cuando son sancionadas al menos con tres años de prisión de duración máxima.

- Previsión en el país de ejecución de inmunidades o privilegios que impidan la ejecución.

- Cuando los derechos de las partes interesadas o de los terceros de buena fe, hicieran imposible la ejecución de la resolución conforme la legislación del país de ejecución.

- Si la sentencia se dictó en ausencia, en los términos explicitados en la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, *destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.*

- Cuando las infracciones que originaron el decomiso, se hubieren cometido en parte o en su totalidad en el territorio del país de ejecución o fuera del territorio del país emisor y en la normativa del país de ejecución no figure un procedimiento legal contra dichas infracciones.

- Si la resolución de decomiso ha prescrito, conforme a la aplicación del Derecho nacional del país de ejecución, siempre que los hechos se encuentren bajo la jurisdicción de tal país de acuerdo con su código penal.

Aplazamiento.- Se faculta en el caso de que la ejecución de la resolución de decomiso pueda resultar perjudicial para una investigación o un procedimiento penal en curso en el país de ejecución; o bien cuando se considere necesaria la traducción omitida de la resolución de decomiso.

Recursos.- Se impone a los Estados la obligación de disponer recursos para garantizar a las personas interesadas y a los terceros que actúan de buena fe, la posibilidad de presentar recurso ante un tribunal del país de ejecución. Si la normativa nacional del Estado de ejecución así lo establece, el recurso legal puede tener efecto suspensivo de la resolución de decomiso. Pero los recursos sobre los motivos de fondo en los que se basa la resolución de decomiso; sólo cabe interponerlo ante el Estado de emisión.

Implementación.- La fecha para dar cumplimiento a la Decisión marco, era de 24 de noviembre de 2008, pero a pesar del tiempo transcurrido faltan algunos Estados por transponer la Decisión marco.

La Comisión, el 23 de agosto de 2010, elaboró un informe sobre su implementación, incorporado al documento COM(2010) 428 final¹⁷; la Secretaría general del Consejo, lo hace con fecha de 24 de abril de 2012, en su docu-

17 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0428:FIN:EN:PDF>

mento 9006/12¹⁸. Por su parte la Red Judicial Europea, elabora el siguiente cuadro:

Member State	Implementation date	Member State	Implementation date
Austria	1 July 2007	Latvia	14 July 2009
Belgium	14 April 2012	Lithuania	x
Bulgaria	27 February 2010	Luxembourg	x
Cyprus	25 June 2010	Malta	22 October 2010
Czech Republic	1 January 2009	Netherlands, The	1 June 2009
Denmark	1 January 2005	Poland	5 February 2009
Estonia	x process ongoing	Portugal	31 August 2009
Finland	24 November 2008	Romania	13 November 2008
France	9 July 2010	Slovakia	x
Germany	22 October 2009	Slovenia	25 October 2007
Greece	x	Spain	10 March 2010
Hungary	8 January 2009	Sweden	1 July 2011
Ireland	x	United Kingdom	
Italy	x		

Las notificaciones, declaraciones y comunicaciones de los Estados miembros, consecuentes al proceso de implementación, sobre las autoridades designadas competentes e idioma admitidos, pueden consultarse en la siguiente página de la web de la Red Judicial Europea:

<http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=34>

- Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, *sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito*.

Omnipresente la idea de que la mejor manera de luchar contra la criminalidad organizada, es la privación de sus beneficios económicos, tendente a su logro se pretende organizar el rápido intercambio de toda información que pueda llevar a la localización y embargo de los productos de actividades delictivas y facilitar el ulterior decomiso en su caso. A tal fin, en conexión con las

¹⁸ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/sto9/sto9006.en12.pdf>

previsiones del Programa de la Haya, sobre la creación en los Estados miembros de la UE de unidades de inteligencia especializadas en activos delictivos, surge la Iniciativa austriaca, belga, y finlandesa¹⁹ que obliga a los Estados miembros a organizar Organismos de Recuperación de Activos encargados de facilitar la localización e identificación de los productos de actividades delictivas con vistas a su ulterior embargo, incautación o decomiso por parte de la autoridad judicial competente.

La eficacia de estas instituciones, se puso de manifiesto en el informe consecuente con la evaluación mutua en relación con la asistencia judicial, practicado en Irlanda²⁰, donde opera una “Oficina de Bienes de Procedencia Criminal”, creada el 15 de octubre de 1996, integrada por funcionarios de distinta procedencia²¹ que gozan del anonimato de sus trabajos, donde sus objetivos principales consistían en detectar aquellos bienes, dondequiera que estuvieren, que procedan o se sospecha que proceden, directa o indirectamente, de la actividad delictiva, y tomar a continuación las medidas oportunas para privar a los delincuentes de dichos bienes. El juez del Tribunal de Distrito, tras oír la declaración de un oficial adscrito a la Oficina, puede, si le consta que hay motivos razonables para sospechar que en un lugar pueden hallarse pruebas relativas a bienes o productos procedentes de una actividad delictiva, dictar una orden de registro de dicho lugar y de cualquier persona que allí se encuentre. Si como resultado de ésta u otra medida se hallan bienes, la Oficina de Bienes de Procedencia Criminal solicita al Tribunal Superior, con arreglo a la Ley de Productos del Delito, en primer lugar una orden provisional de embargo preventivo o incautación de bienes, y a continuación, una providencia cautelar con un plazo de validez de siete años. Si, en esos siete años, no queda probado a satisfacción del Tribunal que los bienes detectados no son productos del delito, dichos bienes pasan a disposición del Estado. Mientras la orden de embargo preventivo o incautación de bienes o una providencia cautelar, se encuentre en vigor, la persona contra la que se dictó la orden podrá ser obligada a declarar la totalidad de sus ingresos y la procedencia de los mismos durante los diez años anteriores. Narra el informe que los tribunales irlandeses han considerado que esta disposición no vulnera el principio de no autoinculpación, por cuanto el procedimiento es civil y

19 Doc. 15628/05 CRIMORG 156, de 14.12.2005.

20 Doc. 9079/99 CRIMORG 70, de 19.08.1999.

21 Agentes de la Garda Síochána, de la Administración de Hacienda y del Ministerio de Asuntos Sociales y Comunitarios y de la Familia.

no penal. Por ello, tampoco es necesario demostrar que una persona ha sido condenada por un delito para privarla de bienes, incluso podría incluso haber sido absuelta. Basta demostrar que se ha beneficiado de la actividad delictiva. En compensación, existen disposiciones con una detallada normativa sobre la indemnización a que puede optar una persona si se demuestra que ha sufrido pérdidas a raíz de una orden de las descritas cuando los bienes no eran en realidad productos del delito.

Otras Oficinas de Confiscación o Decomiso, existen en Holanda (BOOM) o Bélgica (COSCO), a cuya iniciativa se constituyó CARIN (Camden Asset Recovery Inter-Agency Network), en septiembre de 2004, en cooperación con Irlanda, Reino Unido, Austria, Eurojust y ulteriormente Alemania, con apoyo de la Comisión europea; integra una red informal de profesionales y expertos con la intención de mejorar el conocimiento común de las metodologías y técnicas en el ámbito de la identificación, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito. La presidencia es compartida entre Holanda y Bélgica; la secretaría permanente es sustentada por Europol; prevé dos puntos de contacto operativos (uno policial y otro judicial) por país; e incluye expertos de más de 50 países y jurisdicciones, entre ellos 26 Estados miembros de la UE.

La Decisión 2007/845/JAI obliga a los Estados miembros a crear o designar organismos nacionales de recuperación de activos («ARO») como puntos centrales de contacto nacionales que facilitan, mediante una cooperación mejorada, el seguimiento más rápido posible a escala de la UE de los activos derivados del delito.

Permite a los ARO intercambiar información y buenas prácticas, previa solicitud o también de manera espontánea, independientemente de su estatus (autoridades administrativas, policiales o judiciales). La Decisión insta a los ARO a intercambiar información con arreglo a las condiciones establecidas en la Decisión Marco 2006/960/JAI²² («la iniciativa sueca») y con arreglo a las disposiciones aplicables de protección de datos.

La Decisión también está encaminada a apoyar la red CARIN (Camden Assets Recovery Inter-Agency Network, «Red Camden entre Organismos para la Recuperación de Activos»), que como se ha descrito es una red mundial de profesionales y expertos cuyo objetivo es mejorar el conocimiento mutuo sobre los métodos y técnicas para la identificación transfronteriza, la inmovilización, embargo y decomiso de activos ilícitamente adquiridos.

22 Véase en el Módulo III, las concreciones del principio de disponibilidad.

Conforme indica la Comisión en su doc. COM(2011) 176 final, de 12 de abril, en la designación de los ARO, se han establecido principalmente en los servicios policiales; el resto casi por igual entre los integrados por autoridades judiciales y los ARO dotados de una estructura multidisciplinaria; además siete Estados, conforme permite el art. 1.2, han designado dos ARO; y como la Decisión trata también de establecer estructuras formales para apoyar las actividades de la red CARIN, casi todos los ARO designados incluyen el punto o puntos de contacto de la red CARIN.

Concretamente, los designados han sido:

ESTADO	AROS DESIGNADOS
AUSTRIA	Policía Judicial Federal (Bundeskriminalamt – Referat «Vermögenssabhöpfung»)
BÉLGICA	Organe Central pour la Saisie et la Confiscation (Organismo Central de Embargo y Decomiso – OCSC)
BULGARIA	Comisión para Determinar los Productos de la Actividad Delictiva (CEPACA, que posteriormente cambió su nombre por CEPAIA) y la Fiscalía Suprema.
CHIPRE	Unidad para la Lucha contra el Blanqueo de Dinero (MOKAS-FIU Chipre).
REPÚBLICA CHECA	Unidad para la Lucha contra la Corrupción y los Delitos Financieros (UOKFK), Departamento de Cooperación Internacional.
DINAMARCA	Fiscalía del Estado para los Delitos Económicos Graves (Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet).
ESTONIA	V División, Departamento de Investigación, Policía Judicial Central.
FINLANDIA	Oficina Nacional de Investigación, División de Inteligencia Criminal/Centro de Comunicaciones
FRANCIA	Dirección Central de Investigación Judicial (Plateforme d'Identification des Avoirs Criminels - PIAC); y La Agencia para la gestión y recuperación de los activos embargados y decomisados (AGRASC).
ALEMANIA	Policía Judicial Federal (Bundeskriminalamt Referat SO 35 « Vermögensabschöpfung ») y el Ministerio de Justicia (Bundesamt für Justiz).
GRECIA	Unidad para los Delitos Financieros y Económicos en el Ministerio de Finanzas.
HUNGRÍA	Centro Nacional de Investigación (Nemzeti Nyomozó Iroda).
IRLANDA	Oficina de Activos de Origen Delictivo.

LETONIA	Departamento de Policía Económica del Departamento Central de Policía Judicial de la Policía del Estado.
LITUANIA	Policía Judicial (Lietuvos kriminalines policijos biuras) y la Fiscalía General (Lietuvos Respublikos generaline prokuratūra).
LUXEMBURGO	Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, Section éco-fin.
PAÍSES BAJOS	Servicio de Fiscalía de la Oficina de Privación de Activos de Origen Delictivo (Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie - BOOM).
POLONIA	Unidad de Recuperación de Activos, Oficina Judicial, Dirección General de la Policía.
ESLOVAQUIA	Unidad de Inteligencia Financiera de la Oficina de Lucha contra la Delincuencia Organizada de la Jefatura de Policía.
ESPAÑA	Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) y la Fiscalía Especial Antidrogas del Ministerio de Justicia.
SUECIA	Servicio Nacional de Policía de Inteligencia Criminal y la Oficina Nacional de Delitos Económicos (Ekobrottsmyndigheten).
REINO UNIDO	Agencia de Lucha contra la Delincuencia Organizada Grave (Serious Organised Crime Agency – SOCA -) para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, y Agencia Escocesa de Lucha contra la Delincuencia y la Droga (Scottish Crime and Drug Enforcement Agency – SCDEA -) para Escocia.

La existencia de de las Oficinas de Recuperación de Activos –ARO-, determina su vez, la consecuencia de la previsión de organismos destinados a la custodia y administración de bienes confiscados y/o incautados a favor del Estado (Assets Management Office –AMO-) con competencia para afectación temporal o definitiva anticipada de esos bienes e incluso, si fuera necesario, el recurso al *outsourcing*.

- Propuesta de Directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, COM(2012) 85 final, de 12 de marzo.

La práctica y ámbito de los instrumentos anteriores, se entendía aún insatisfactoria, por lo que se intenta la configuración de un instrumento que facilita la posibilidad de decomiso, en sus más extensas modalidades, con vistas fundamentalmente a combatir la criminalidad organizada transnacional, pero

con vocación extensiva a un amplio espectro delictivo. Concretamente se ha optado por determinar su proyección sobre un determinado y concreto *listado de infracciones*, con remisión de su definición a los Decisiones marcos o Directivas donde se contiene su regulación²³.

Los *antecedentes* de su ámbito y finalidad, expresamente mencionados en la Propuesta son tres:

a) Las conclusiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior sobre el decomiso y la recuperación de activos adoptadas en junio de 2010²⁴, donde interesan un enfoque más coordinado entre los Estados miembros, con vistas a la posibilidad de reforzar el marco jurídico para instituir unos regímenes más eficaces para el decomiso de terceros y el decomiso ampliado, con atención a todas las fases del proceso de decomiso y recuperación de activos, sin obviar las medidas preventivas para preservar el valor de los activos durante dicho proceso.

23 Por infracción penal entiende la regulada en: (a) el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea; (b) la Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; (c) la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo; (d) la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo[modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 9 de diciembre de 2008; (e) la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento preventivo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito; (f) la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; (g) la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; (h) la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información; (i) la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada; (j) la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo; (k) la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco del Consejo 2004/68/JAI.

24 Documento n° 7769/3/10.

b) El informe del Parlamento sobre la delincuencia organizada²⁵ de 2011, solicita a la Comisión que proponga nueva legislación sobre decomiso lo antes posible que regule especialmente el uso eficaz del decomiso ampliado y el decomiso no basado en condena, el decomiso de activos transferidos a terceros y normas que atenúen la carga de la prueba tras la condena de una persona por infracciones graves respecto el origen de los activos en su posesión.

c) La Comunicación de la Comisión titulada «La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción»²⁶ donde ya existe la previsión sobre una propuesta legislativa con objeto de reforzar el marco jurídico de la UE en materia de decomiso, que contemple especialmente el decomiso de terceros y el decomiso ampliado, y para facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso no basado en condena entre los Estados miembros.

Objeto.- Normas mínimas sobre el embargo preventivo de bienes con vistas a su posible incautación posterior y sobre el decomiso de bienes en asuntos penales

Modalidades.- Junto al decomiso basado en condena, regula el decomiso ampliado, el decomiso no basado en condena y decomiso de terceros.

A la vez, indica su respecto por los derechos humanos y libertades reconocidas, de modo que precisa en la exposición motivada de la propuesta que: a) la introducción de disposiciones armonizadas sobre el decomiso no basado en condena sólo está prevista en circunstancias muy limitadas, esto es, cuando el acusado no pueda ser procesado por causa de fallecimiento, enfermedad o fuga.; b) el decomiso ampliado solo está permitido cuando un órgano jurisdiccional concluya, basándose en hechos concretos, que una persona condenada por una infracción penal posee activos que es considerablemente más probable que procedan de otras actividades delictivas similares que de otro tipo de actividades; en todo caso, se da a la persona condenada la posibilidad efectiva de refutar dichos hechos concretos; y de ningún modo puede aplicarse a los presuntos productos de actividades delictivas respecto de las cuales el interesado haya sido absuelto en un juicio anterior o en otros casos en los que se aplique el principio ne bis in idem; y c) el decomiso de terceros solo se permite en determinadas condiciones, a saber, cuando el tercero adquirente hubiera pagado un importe inferior al valor de mercado y debiera haber sospechado que los activos eran productos del delito y tras una evaluación que indique que no es probable decomisar con éxito los activos directamente a la

25 2010/2309(INI).

26 COM(2010) 673 final de 22.11.2010.

persona que los transfirió; el tercero al igual que el imputado o sospechoso debe ser informado sobre el proceso, tiene derecho a contar con representación letrada y deben serle comunicadas todas las decisiones que afecten a la propiedad lo antes posible y debe disponer de la posibilidad efectiva de interponer recurso contra esas decisiones.

Derogaciones.- Sustituiría las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI.

5. Exhorto europeo de obtención de pruebas

El *origen y finalidad* de complementar la Decisión marco del Consejo 2003/577/JAI, de 22 de julio, *relativa a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas*, determina el actual contenido fragmentario del exhorto europeo, regulado por DECISIÓN MARCO 2008/978/JAI 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*. Finalidad que expresamente reconoce en los considerandos 5º y 6º de su Expositivo.

Meramente integra *un primer paso, para la obtención de los elementos de prueba que existen ya y que están directamente disponibles*; la próxima etapa sería prever el reconocimiento mutuo de resoluciones para la obtención de los otros tipos de pruebas. Éstas, que aún restan fuera del ámbito de este instrumento, pueden dividirse en dos categorías:

a) Aquellas que no existen todavía pero que están directamente disponibles. Esto incluye la obtención de pruebas mediante declaraciones de sospechosos, testigos o expertos, y a través de la intervención de llamadas telefónicas o control de transacciones bancarias.

b) Los elementos de prueba que, aunque existan, no están directamente disponibles sin una investigación o análisis. Esto incluye el tomar de pruebas del cuerpo de una persona (tales como muestras del ADN). Esta categoría también incluye situaciones que requieren otras investigaciones, en especial mediante la obtención o análisis de objetos, documentos o de datos existentes. Un ejemplo sería encargar un informe a expertos.

En concreto, no puede ser objeto de solicitud, a través de este instrumento:

a) que se mantengan entrevistas, tome declaraciones o inicie otros tipos de interrogatorios con sospechosos, testigos, expertos cualquier otra persona;

b) que se lleven a cabo registros corporales u obtenga materiales orgánicos o datos biométricos directamente del cuerpo de cualquier persona, como muestras de ADN o impresiones dactilares;

c) que se obtenga información en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, vigilancia discreta o control de cuentas bancarias;

d) que se analicen objetos, documentos datos o existentes;

e) que se obtengan datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones electrónicas accesible al público o de una red de comunicaciones pública.

f) solicitud de intercambio de información sobre condenas penales extraída del registro de antecedentes penales se llevará cabo con arreglo la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005²⁷.

No obstante, anuncia una etapa final normativa, donde estos actos separados podrán reunirse en un solo instrumento consolidado que incluirá una parte general con disposiciones aplicables a toda cooperación.

Su consecución a pesar de todo, no ha sido fácil, ha cambiado notablemente la redacción original de la iniciativa de 2003; de modo que incluso ha sido objeto de tres remisiones a informe del Parlamento.

El exhorto europeo, aquí contemplado, puede *definirse* como la resolución judicial emitida por una autoridad competente de un Estado Miembro con objeto de recabar objetos, documentos, datos de otro Estado Miembro para un procedimiento “penal”²⁸.

27 Esta Decisión es derogada por la Decisión Marco 2008/315/JAI DEL CONSEJO, de 26 de febrero de 2009, *relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros*, cuyo plazo de transposición acabó el 26 de marzo de 2012 (DO L 93, de 7.04.2009).

28 Así definido en le artículo 5: a) en los procesos penales entablados por una autoridad judicial o que van entablarse ante una autoridad judicial por hechos constitutivos de delito con arreglo la legislación nacional del Estado de emisión; b) en los procedimientos incoados por autoridades administrativas por hechos tipificados en la legislación nacional del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales, y cuando la decisión pueda dar lugar a un procedimiento ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular, en materia penal; c) en los procedimientos incoados por autoridades judiciales respecto a hechos tipificados en la legislación nacional del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales, y cuando la decisión pueda dar lugar a ulteriores procedimientos ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular, en materia penal; d) en relación con los procedimientos mencionados en las letras a), b) y c) que se refieran delitos o infracciones por los cuales una persona jurídica pueda ser considerada responsable o ser castigada en el Estado de emisión.

Sólo debe expedirse cuando los objetos, documentos o datos recabados son necesarios y proporcionados al objeto de los procedimientos enumerados; y siempre y cuando pudieran obtenerse conforme a la Ley del Estado de emisión, si estuvieran *disponibles* en su territorio. Si bien, basta la existencia de motivos razonables para suponer que se hallan en el Estado de ejecución. En el caso de los datos electrónicos, que sean directamente accesibles conforme a la legislación del Estado de ejecución²⁹.

Para mejor delimitar su contorno, se asevera una *delimitación de su ámbito positiva*: objetos, documentos y datos cuando ya obren en poder de la autoridad de ejecución antes de la emisión del exhorto. También los hallazgos causales: cualquier otro objeto, documento o dato que la autoridad de ejecución descubra al ejecutar el exhorto y que, sin mediar otras investigaciones complementarias, considere pertinente para los procedimientos a cuyos efectos haya sido emitido. E incluso, si se solicita, las declaraciones de las personas presentes durante la ejecución del registro, directamente relacionadas con el asunto.

Y también una *delimitación negativa*, de modo que no puede ser utilizado para solicitar:

- a) que se realicen entrevistas, tomen declaraciones o inicien otros tipos de interrogatorios con sospechosos, testigos, expertos cualquier otra persona;
- b) que se lleven a cabo registros corporales u obtengan materiales orgánicos o datos biométricos directamente del cuerpo de cualquier persona, como muestras de ADN o impresiones dactilares;
- c) que se obtenga información en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, vigilancia discreta o control de cuentas bancarias;
- d) que se analicen objetos, documentos o datos existentes;
- e) que se obtengan datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones electrónicas accesible al público o de una red de comunicaciones pública.
- f) intercambio de información sobre condenas penales extraída del registro de antecedentes penales, pues se indica que es objeto de regulación

29 Previsión que tiene su origen en el Convenio de Cibercriminalidad, al posibilitar que el Estado requerido obtenga pruebas en formato electrónico que son legalmente accesibles en su territorio mediante una red de comunicaciones electrónica, a condición de que se refieran a servicios proporcionados a su territorio, aunque se almacenen en el territorio de otro Estado miembro; siempre que su legislación nacional no prohíba al Estado de ejecución miembro acceder a ellos.

específica por la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005³⁰.

El exhorto está llamado a *coexistir* con los actuales procedimientos de asistencia judicial³¹, pero dicha coexistencia ha de considerarse transitoria hasta el momento en que, conforme al Programa de La Haya, los tipos de obtención de pruebas excluidos del ámbito de aplicación de la presente Decisión Marco estén sujetos igualmente a un instrumento de reconocimiento mutuo, cuya adopción dará lugar a un régimen completo de reconocimiento mutuo que sustituirá los procedimientos de asistencia judicial actuales.

Aunque debe recurrirse al exhorto europeo cuando todos los objetos, documentos datos que necesiten solicitar al Estado de ejecución estén incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Decisión Marco. De modo que cuando la solicitud tuviere un ámbito más amplio de asistencia, la utilización de esta Decisión Marco para la obtención objetos, documentos y datos, sería facultativa.

Las *autoridades competentes* para emitir e exhorto europeo, son

- i) un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal, o
- ii) cualquier otra autoridad judicial según se defina por el Estado de emisión y que, en el caso de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas en casos transfronterizos con arreglo a la legislación nacional.

Mientras que para ejecutar, la designada en cada caso por la legislación

30 Esta Decisión es derogada por la Decisión Marco 2008/315/JAI DEL CONSEJO, de 26 de febrero de 2009, *relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros*, cuyo plazo de transposición acaba el 26 de marzo de 2012 (DO L 93, de 7.04.2009).

31 En la redacción de la iniciativa, se resaltaba la vocación de sustituir los siguientes convenios, cuando la solicitud de asistencia fuese la obtención de pruebas comprendidas en el ámbito de su aplicación: a) Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y sus Protocolos adicionales de 17 de marzo de 1978 y 8 de noviembre de 2001; b) Convenio europeo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990; c) Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; d) Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su Protocolo de 16 de octubre de 2001. Y congruentemente, derogaba el artículo 51 del Convenio de aplicación de Schengen y el artículo 2 del Protocolo de 2001 al Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000.

nacional al incorporar la Decisión Marco; con la posibilidad a su vez de designar una Autoridad central (o varias).

En su emisión debe cumplimentarse el correspondiente *formulario* que acompaña a la Decisión marco, que también deberá ser firmado y certificado como “exacto”; además de redactado o traducido a una de las lenguas oficiales o de las designadas por el EM de ejecución. En su integración, debe indicarse cuando el exhorto complementa otro enviado con anterioridad y muy especialmente si es consecutivo a una resolución de embargo preventivo expedida en virtud de la Decisión marco 2003/5777/JAI.

La previsión de su *transmisión* es la habitual en los instrumentos de reconocimiento mutuo: directamente entre autoridades, por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita en condiciones que permitan establecer su autenticidad. O por el sistema protegido de telecomunicaciones de la Red Judicial Europea. Red que auxiliará en la averiguación de quien sea en cada caso la autoridad de ejecución. En caso de recepción por una autoridad no competente, deberá remitirlo a la competente y comunicarlo a la autoridad de emisión.

Ejecución.- La autoridad de ejecución deberá reconocer sin requerir otra formalidad, y adoptará inmediatamente las medidas necesarias para que se ejecute de la misma manera que si los objetos, documentos o datos fueran recabados por una autoridad del Estado de ejecución.

Le corresponde al Estado de ejecución, elegir las medidas que, con arreglo a su legislación, garanticen la obtención de los objetos, documentos o datos solicitados en un exhorto y decidir si es necesario el uso de medidas coercitivas para prestar esta asistencia.

No obstante, si fuera preciso realizar un *registro*, si la autoridad de emisión no hubiese sido, juez, autoridad judicial, juez de instrucción o fiscal; o no hubiese sido validado por alguna de estas autoridades, el Estado de ejecución, puede negarse en el caso concreto a ejecutar el registro o la incautación. También se posibilita una declaración para la exigencia en todo caso de dicha validación. Aunque a su vez, en el caso del listado de infracciones reiterada en los instrumentos de reconocimiento mutuo, se llevará a cabo, sin exigencia de que concurra doble incriminación.

En su ejecución, se observarán las *formalidades y procedimientos* expresamente indicados por el Estado de emisión, siempre que los mismos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución;

aunque ello no da origen a una obligación de adoptar medidas coercitivas; que si se adoptan seguirán las normas de procedimiento aplicables en el Estado de ejecución.

En cuanto a los *motivos de denegación*, indica que “podrá” denegarse, en locución en principio dirigido a la autoridad judicial, no al legislador, en los casos siguientes:

a) si su ejecución infringe el principio de *ne bis in idem*;

b) si, en los casos especificados de territorialidad accesorias, el exhorto se refiere a actos que no constituyen un delito con arreglo a la legislación del Estado de ejecución;

c) si no es posible ejecutar el exhorto mediante ninguna de las medidas de que dispone la autoridad de ejecución en el caso específico de inexistencia de medidas para un caso nacional semejante;

d) si una inmunidad o un privilegio conforme a la legislación del Estado de ejecución hace imposible ejecutar el exhorto;

e) si, habiendo sido emitida por autoridad no judicial, no ha sido objeto de validación;

f) si el exhorto se refiere a hechos delictivos que se consideran territorialmente propio; o siendo extraterritoriales el Estado de ejecución no permite la acción penal contra tales delitos en caso de haber sido cometidos fuera del territorio de aquel Estado.

g) si, en un caso concreto, su ejecución pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de la información, o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia, o

h) si el formulario previsto en el anexo está incompleto o es manifiestamente incorrecto y no se ha completado o subsanado en el plazo razonable otorgado al efecto.

No integra motivo de denegación, la verificación de *doble tipificación*. Salvo que se a precisely, proceder a una registro o a una incautación; aunque en este caso tampoco, como se ha anticipado, en el caso del listado de infracciones incorporado al efecto, que coincide con la habitual en los instrumentos de reconocimiento mutuo, si en el Estado de emisión, resulta castigado con una pena privativa de libertad de al menos tres años en grado máximo.

Establece unos *plazos* de decisión y ejecución muy expeditivos; así la decisión de denegación: cuanto antes y a más tardar en 30 días. La toma de posesión de los objetos, documentos o datos, por la autoridad de ejecución: 60

días, desde la recepción del exhorto. Si no fuere posible observar los plazos, lo comunicará e indicará el plazo aproximado de ejecución. Y la entrega de los objetos, salvo recurso o motivo de aplazamiento: sin demora.

Estos *motivos de aplazamiento*, se pueden proyectar sobre el reconocimiento, en relación con un formulario incompleto o manifiestamente incorrecto, o preciso de validación en caso de necesidad de registro; y sobre la ejecución, si puede resultar perjudicada una investigación o actuaciones penales; o que los objetos, documentos o datos, estén siendo utilizados en otros procedimientos. Las resoluciones de aplazamiento, en el caso de que el exhorto hubiera sido emitido o validado por una autoridad judicial, la resolución de denegación también deberá ser acordada por una autoridad judicial.

Establece la obligatoriedad de un sistema de *recursos*, en virtud de los cuales, cualquier parte interesada, incluidos terceros de buena fe, pueda recurrir contra el reconocimiento y ejecución de un exhorto, para preservar sus intereses legítimos. Aunque faculta a los Estados Miembros para que limiten los recursos legales a los casos en que el exhorto se ejecute mediante medidas coercitivas. El recurso deberá interponerse ante una autoridad jurisdiccional del Estado de ejecución de conformidad con el ordenamiento jurídico de dicho Estado. Si bien, como es habitual, los motivos de fondo por los que se haya expedido el exhorto, sólo podrán impugnarse mediante un recurso interpuesto ante una autoridad jurisdiccional del Estado de emisión.

También introduce una cláusula indemnizatoria, bajo el epígrafe de *reembolso*, a favor del Estado de ejecución, a cargo del Estado de emisión, en caso de perjuicio ocasionado como consecuencia del exhorto y del que deba responder.

Regula expresamente las condiciones aplicables a los *datos personales obtenidos* por el exhorto europeo; y permite su utilización por el Estado de emisión para. a) procedimientos para los que el exhorto puede emitirse; b) procedimientos judiciales y administrativos relacionados directamente con los anteriores; y c) prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. Para cualquier otra finalidad, se precisa consentimiento previo del Estado de ejecución, o bien consentimiento del interesado. Términos excesivamente amplios, cuya holgura, es criticada por la doctrina.

El *plazo de incorporación* al derecho interno, finalizó el 19 de enero de 2011.

De manera novedosa, frente a instrumentos de reconocimiento mutuo anteriores, exige que cuando fueren a incorporarse a la legislación interna

motivos de denegación relacionados con la territorialidad (cometidos en territorio considerado propio o tuvieren origen en atribución extraterritorial que su legislación no comprende), deberá notificarlo mediante una *declaración* a la Secretaría General del Consejo en el momento de la adopción.

A su vez, se permite específicamente a *Alemania*, la declaración por la cual, cuando la ejecución de un exhorto europeo de obtención de pruebas exija el registro o la incautación, reservarse el derecho de supeditar la ejecución a la verificación de la doble tipificación en el caso de los delitos relacionados con el terrorismo, los delitos informáticos, el racismo y la xenofobia, el sabotaje, el chantaje y la extorsión y la estafa, a menos que la autoridad de emisión haya declarado que el delito de que se trate cumple con el contenido y definición que de los mismos desarrolla en su declaración.

6. Iniciativa con vistas a la adopción de una Directiva relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal

Cuando aún no había pasado el plazo para la adopción interna de la precedente Decisión marco, siete Estados, Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia, formularon una iniciativa que lleva fecha de 21 de mayo de 2010³², con base al reconocimiento mutuo de resoluciones para la obtención de cualquier tipo de prueba y no sólo las previamente existentes y disponibles³³; se trataba de adelantar la consecución de esa segunda etapa donde el exhorto no tuviera limitación o restricción en función del tipo de prueba a lograr y evitar por tanto la excesiva fragmentación que conllevaba la persistencia de las Decisiones Marco 2003/577/JAI y 2008/978/JAI, donde podíamos asegurarlas pero la etapa ulterior de instar su remisión o transferencia, salvo las existentes y disponibles, sólo era posible en base a criterios de cooperación clásica.

Surge así la propuesta sobre el *exhorto europeo de investigación (EEI)*, donde se *define* a este instrumento como <<la resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial competente 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 prue-

32 Documento nº 9288/10. La última redacción del texto aprobado por el Consejo como orientación general, se contiene en el documento nº 18918/11, de 21 de diciembre.

33 Diario Oficial nº C 165 de 24/06/2010 pp. 22 – 39.

bas con arreglo a las disposiciones de la Directiva. También se podrá emitir un EEI para obtener pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución>>.

De modo, que dos son las notas fundamentales en el avance del reconocimiento mutuo que propone este instrumento para la obtención de pruebas transnacionales:

a) Su *voluntad codificadora*, o al menos unificadora; por cuanto además de aplicarse al aseguramiento de los elementos de prueba en sustitución de las disposiciones correspondientes de la Decisión marco 2003/577/JAI, derogar la Decisión Marco 2008/978/JAI, sustituye en las relaciones entre los Estados Miembros, al menos al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del 20 de abril de 1959 y sus dos protocolos adicionales; al Convenio de 19 de junio de 1990 relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985; y al Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE y su Protocolo de 16 de octubre de 2001. No obstante, expresa en su apartado expositivo que no se aplica a las observaciones transfronterizas contempladas en el artículo 40 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen; fundamentalmente por entenderse fundamentalmente de medida policial. En todo caso se anuncia un Anexo con las Disposiciones afectadas por esta Directiva, previendo ya que no resultará afectado el Convenio de Nápoles II.

b) Su *amplio ámbito horizontal*, al aplicarse a casi todas las medidas de investigación; la excepción la integra la medida de creación de un equipo conjunto de investigación y la reunión de pruebas en su seno, con la lógica contraexcepción del supuesto de que el equipo conjunto de investigación necesite ayuda de un Estado miembro que no haya participado en la creación del equipo o de un tercer Estado, las autoridades competentes del Estado en el que actúe el equipo también podrán formular la petición de ayuda a las autoridades competentes del otro Estado afectado, de conformidad con este instrumento. En las sucesivas redacciones de esta iniciativa se han suprimido algunas restricciones que la su inicial contenido preveía respecto de alguna modalidad de interceptación de telecomunicaciones y su transmisión inmediata. A su vez contiene *regulación específica* sobre alguna de las medidas:

- *Traslado temporal de detenidos al Estado de emisión con el fin de llevar a cabo una medida de investigación.*

- *Traslado temporal de detenidos al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una medida de investigación.*

- *Audición por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual*

- *Audición por conferencia telefónica.*

- *Información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras.*

- *Información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras.*

- *Medidas de investigación que impliquen la reunión de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, como las entregas vigiladas y el control de transacciones bancarias.*

- *Investigaciones encubiertas.*

- *Intervención de telecomunicaciones, con distingo de la necesidad de asistencia técnica de otro Estado miembro; o la mera notificación al Estado miembro en el que se encuentre la persona y cuya asistencia técnica no sea necesaria.*

- *Medidas cautelares.*

En cuanto a su *ámbito territorial*, Reino Unido e Irlanda han notificado su deseo de participar en la adopción de esta Directiva (art. 3 del Protocolo nº 21 anejo a los Tratados), mientras que Dinamarca ha decidido no participar (arts. 1 y 2 del Protocolo nº 22 anejo a los Tratados).

Potencial fungibilidad de la medida de investigación.- Si bien el Estado de emisión es quien determina, dentro de los criterios de proporcionalidad y adecuación, cuando la medida requerida no exista con arreglo al Derecho nacional del Estado de ejecución o no estuviese disponible en ese caso, la autoridad de ejecución deberá, siempre que sea posible, recurrir a otro tipo de medida; salvo que la medida se refiera a:

a) la audición de un testigo, una víctima, un sospechoso o un tercero en el territorio del Estado de ejecución, o

b) cualquier medida de investigación no coercitiva;

c) la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución siempre que, con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado de ejecución, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines del EEI;

d) la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles a la autoridad de ejecución en el marco de un procedimiento penal;

e) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados;

f) el registro y la incautación, cuando se hayan solicitado en relación con las 32 categorías de delitos habituales (exentas tradicionalmente en otros instrumentos de reconocimiento mutuo del requisito de la verificación de la doble criminalidad), conforme a lo indicado por la autoridad de emisión en el EEI, si en el Estado de emisión son punibles con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años.

También se permite recurrir a otro tipo de medida de investigación cuando ésta consiga el mismo resultado que la medida prevista en el EEI por medios que supongan una injerencia menor en los derechos fundamentales del interesado; una menor afectación de su intimidad; si bien en este caso, salvo el listado de las 32 infracciones, puede exigirse la verificación de la doble criminalidad.

En cuanto a las *autoridades competentes* para la emisión y ejecución del exhorto, así como los *tipos de procedimientos* para los cuales puede emitirse, mantiene esencialmente la redacción de la Decisión marco 2008/978/JAI.

El *contenido y forma* del EEI debe ajustarse al correspondiente *formulario* que acompaña a la Directiva, que también deberá ser firmado y certificado como “exacto” por la autoridad de emisión; además de redactado o traducido a una de las lenguas oficiales o de las designadas por el EM de ejecución. Deberá indicarse así mismo si el exhorto emitido está relacionado con un exhorto anterior.

Procedimiento.- en la medida de lo posible y sin perjuicio de los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución, de conformidad con las formalidades y procedimientos que indique explícitamente el Estado de emisión. Puede interesarse que participen una varias autoridades del Estado de emisión, en cuyo caso, la autoridad de ejecución deberá cumplir dicha solicitud, si fuere preciso fijando las condiciones relativas al alcance y la naturaleza de la presencia de estas autoridades del Estado de emisión. Si bien en las medidas de investigación que impliquen el *acopio de pruebas en tiempo real*, de manera continua o durante un determinado periodo de tiempo, se otorga a la autoridad de ejecución la suficiente *flexibilidad*, habida cuenta de las diferencias existentes en los derechos nacionales de los Estados miembros.

Motivos de denegación de reconocimiento y de ejecución.- Con carácter general contiene supuestos habituales de estos instrumentos como: a) inmunidades y privilegios; b) pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad

nacional, comprometer a la fuente de la información, o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia; c) se refiera a procedimientos de infracciones de disposiciones legales (no delitos) y su ordenamiento no previera la medida en esos supuestos; d) *ne bis in idem*; e) extraterritorialidad del Estado de emisión o territorialidad propia, suponga el EEI medida coercitiva y el hecho no es delito conforme a la legislación del Estado de ejecución.

Destaca que en el Expositivo incluya entre los supuestos de inmunidad o privilegio, protecciones aplicables a las profesiones de médicos y abogados; y expresamente en la normativa asimila a los supuestos de inmunidad o inviolabilidad, las normas sobre determinación y limitación de la responsabilidad penal en relación con la libertad de la prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación.

Además recoge motivos específicos de denegación, en relación con determinadas medidas de investigación.

Plazos.- Debe adoptarse el EEI y la medida de investigación llevarse a cabo, con la misma celeridad y prioridad que en casos nacionales similares y, en cualquier caso, dentro de los plazos previstos en la Directiva. La resolución de reconocimiento o ejecución lo antes posible y, a más tardar 30 días después de la recepción; y la medida de investigación igualmente sin demora a más tardar en 90 días desde la anterior resolución. Además, si la autoridad de emisión ha indicado en el EEI que, debido a los plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias particularmente urgentes, se requiere un plazo más corto; o si la autoridad de ejecución ha indicado en el EEI que la medida de investigación tiene que llevarse a cabo en una fecha concreta, la autoridad de ejecución tomará debida cuenta en la medida de lo posible de este requisito. Y el traslado de las pruebas, deberá ser inmediato.

Recursos.- Las vías de recurso que deben ser garantizadas, incluida la información de su posibilidad y existencia, deberán ser, como mínimo, iguales a las existentes en el caso nacional contra la medida de investigación de que se trate. Cuando la parte interesada presente objeciones contra un EEI en el Estado de ejecución aduciendo motivos de fondo en relación con la emisión del EEI, es aconsejable que la información sobre esta impugnación se transmita a la autoridad de emisión y se informe de ello a la parte interesada.

Gastos.- Como es habitual, los gastos causados en el territorio del Estado miembro de ejecución por la ejecución de un EEI, deberán ser sufragados exclusivamente por dicho Estado miembro. No obstante, en el caso de costes

excesivamente elevados (por ejemplo, informes periciales complejos, o bien actividades policiales operativas o de vigilancia de gran envergadura o prolongadas en el tiempo) la cuestión de los costes podrá ser objeto de consultas entre los Estados miembros interesados; e inclusive, como último recurso, la autoridad de emisión podrá decidir retirar el EEI o mantenerlo y asumir la parte de los costes que el Estado de ejecución considere excepcionalmente elevados y que resulten absolutamente necesarios.

Los *motivos de aplazamiento* son los habituales, que pueda resultar perjudicada una investigación o actuaciones penales; o bien que los objetos, documentos o datos, estén siendo utilizados en otros procedimientos.

Equipara los *funcionarios del Estado de emisión*, que hayan actuado en el Estado de ejecución en aplicación de la Directiva, a efectos de exigencia de responsabilidad civil y penal.

Además establece una obligación general de confidencialidad de la investigación, además de exigir medidas tendentes a evitar que los bancos revelen al cliente bancario interesado ni a otros terceros el hecho de que se ha transmitido información al Estado de emisión o de que se está llevando a cabo una investigación.

SANCIONES PECUNIARIAS

Ignacio Pando Echevarría

1. Introducción

1.1. El principio de reconocimiento mutuo. Breve análisis

Todo estudio que analice las disposiciones de derecho europeo dirigidas a la cooperación en materia penal en la Unión Europea debe iniciarse con una mención obligada al principio de reconocimiento mutuo. Pero dicho lo anterior, y precisamente por ello, deberemos convenir que en este tema, el tercero de este módulo IV, titulado “el principio de reconocimiento mutuo y su desarrollo”, seguir definiendo este principio y su evolución en los últimos años puede resultar un ejercicio infructuoso, por repetitivo; y poco práctico a los efectos formativos del curso. Así que nos limitaremos a un breve esbozo de la evolución de este principio.

El principio del reconocimiento mutuo puede ser definido como aquél por el que la resolución de una autoridad judicial de un Estado miembro, en tanto contenga implicaciones transnacionales, será automáticamente reconocida en otros Estado miembros y tendrá idénticas o al menos similares consecuencias legales que las que tendría en el país en que se dictó. Los criterios en los que el mutuo reconocimiento se apoya son por tanto la equivalencia y la confianza entre los Estados, como elemento vertebrador de su implementación, lo que a su vez deriva en la adopción de otra serie de acciones dirigidas a incrementar dicha confianza y aproximación, tanto entre las autoridades judiciales de los Estado como en sus propios sistemas legales.

Para llegar a este punto ha sido necesaria una progresiva evolución en la cooperación internacional, acelerada como consecuencia del libre movimiento de los ciudadanos entre los Estados miembros de la Unión, que ha forzado a incrementar y facilitar la cooperación judicial, tanto para evitar la impuni-

dad como para la mejor protección de los derechos individuales. Sin embargo hasta finales del pasado siglo, los Estados eran reticentes a la aplicación de este principio, ya común en materia de colaboración civil, a la cooperación penal, en tanto que esta materia, el *ius puniendi*, se revela como uno de los pilares de la soberanía de los Estados.

El primer paso de este proceso se dio en el Consejo Europeo de Cardiff, en el que en relación con la cooperación penal se solicitó del Consejo determinara el margen existente para un mayor reconocimiento mutuo, tomando este concepto de la cooperación civil, de las resoluciones penales. Seguidamente el Plan de Acción de Viena de 3 de diciembre de 1998¹, adoptado por el Consejo y la Comisión, volvió a introducir esta idea como forma de desarrollar el área de Libertad, Seguridad y Justicia del Tratado de Amsterdam. Pero fue el Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, en el que se decidió que el principio de reconocimiento mutuo debía ser *“la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión Europea”* (apartados 33 a 37). Además se instaba al Consejo y Comisión que desarrollasen un programa de medidas para poner en práctica este principio, lo que se plasmó en las orientaciones básicas dadas por la Comisión en su comunicación de 26 de julio de 2000²; y se concretaron en el “Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo en las resoluciones en materia penal”³, de 15 de enero de 2001.

Este Programa define la finalidad del reconocimiento mutuo y diseña el marco de actuación de las instituciones comunitarias para impulsarlo, programa que ha sido confirmado y completado por la comunicación de la Comisión de 19 de mayo de 2005⁴ y la adopción por el Consejo del Plan de Acción del Programa de la Haya⁵.

Dentro de este marco se han ido desarrollando distintas Iniciativas de los Estados miembros para adoptar Decisiones marco en relación con las materias contempladas en dichos programas, y entre las cuales se encuentra la que vamos a estudiar, sobre reconocimiento de sanciones pecuniarias.

En la actualidad, el Tratado de Lisboa de 2007 consagra de forma “constitucional” el principio de reconocimiento mutuo como base de la Coopera-

1 DOUE C 19 de 13 de enero de 1999.

2 Documento COM (2000) 495 final, de 26 de julio.

3 DOUE C 12 de 15 de enero de 2001.

4 Documento COM(2005) 195 final, de 19 de mayo.

5 DOUE C 53 de 3 de marzo de 2005.

ción Judicial Penal en la Unión, al dar nueva redacción la TUE incluyendo los artículos 69 A a 69 E.

1.2. Antecedentes en la ejecución transfronteriza de sanciones pecuniarias

La ejecución transfronteriza de sanciones pecuniarias no es evidentemente un problema nuevo, sino que con anterioridad al desarrollo del reconocimiento mutuo ya existía, y se englobaba en los problemas comunes a la ejecución de sentencias penales extranjeras.

El primer Convenio en que se contemplaba la ejecución de sanciones pecuniarias fue el Convenio del Consejo de Europa sobre validez internacional de Sentencias penales (CEVISP) de 28 de mayo de 1970⁶. Si bien está en vigor, sólo ha sido ratificado por nueve de los veintisiete Estados miembros⁷, y en sus artículos 45 a 48 regulaba la forma de ejecución de las sanciones pecuniarias. Se trata de un convenio internacional clásico, en el sentido que prevalecen principios de oportunidad de los estados a la hora de la ejecución de las sentencias, exigiendo en todo caso la doble incriminación, la transmisión por medio de las autoridades centrales y el procedimiento de exequátur para el reconocimiento de la resolución. Un segundo antecedente más próximo es el Convenio Europeo sobre la ejecución de condenas penales extranjeras, aprobado en Bruselas el 13 de noviembre de 1991, en el marco de la Cooperación Política Europea. Este convenio, también inspirado en la forma clásica de la cooperación internacional, ni siquiera ha entrado en vigor.

Igualmente dentro del marco de cooperación de Schengen debe destacarse por su mayor proximidad el Acuerdo, de 28 de abril de 1999, sobre cooperación en procedimientos por infracciones de tráfico y la ejecución de sanciones pecuniarias⁸, en el que se establece la forma de ejecutar las sanciones pecuniarias definiendo las infracciones de tráfico en idéntica forma a como luego lo hará la DM 2005/214/JAI, y equiparando las sanciones penales y administrativas a estos efectos. Pese a la mayor agilidad que se contempla en el acuerdo, con transmisión directa entre autoridades competentes y limitación de las causas de denegación, se sigue manteniendo el principio de la doble incriminación, tanto en el tipo como en la sanción máxima, exigiéndose la

6 BOE 78 de 30 de marzo de 1996.

7 Austria, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Lituania, Holanda, Rumania y Suecia.

8 Decision of the Executive Committee of 28 April 1999 (SCH/Com-ex (99) 11 rev 2).

ratificación por los Estados miembros del Convenio de Schengen de 1990. De la misma forma, y como antecedente de la no diferenciación entre sanciones penales y administrativas, hemos de mencionar el Convenio del Consejo de 17 de junio de 1998 sobre decisiones de privación del permiso de conducir⁹; convenio que tampoco ha entrado en vigor por falta de ratificaciones (en 2001 sólo había sido ratificado por España).

1.3. Antecedentes de la Decisión Marco

Como vemos, el panorama expuesto no era muy alentador cuando se desarrollaron las bases del reconocimiento mutuo, pues el único convenio en vigor y sólo en cinco de los quince Estado miembros de entonces era en el CEVISP de 1970.

Ante ello la Comunicación de la Comisión de 26 de julio de 2000 (en su punto 9.2) y el Programa de medidas del Consejo (punto 3.2) indicaron la necesidad de elaborar una disposición para conseguir una extensa aplicación del reconocimiento mutuo a las sanciones pecuniarias. En el caso del Programa estas consideraciones se plasmaron en dios medidas concretas, la 17, con grado de prioridad 1, destinada a la integración a escala de la Unión del acuerdo del Convenio Schengen de 28 de abril de 1999, relativo a las infracciones de tráfico y ejecución de sanciones pecuniarias, mencionado en el apartado anterior, entendiendo que debía ser objeto de un acto del Consejo; y la medida 18, con grado de prioridad 2, dirigida a la *“elaboración de un instrumento que permita garantizar la recaudación por el Estado de residencia de las multas impuestas con carácter definitivo por otro Estado miembro a personas físicas o jurídicas”*.

Fruto de la primera medida fue la Iniciativa de Alemania de 27 de junio de 2001 para la adopción por el Consejo de un Acto en el que se celebre un Convenio relativo a las infracciones de tráfico y ejecución de sanciones pecuniarias por infracciones de tráfico, propuesta de convenio que no es sino la reproducción literal (salvo en su adaptación al ámbito del Consejo) del Acuerdo de abril de 1999 del que hemos hablado en el apartado anterior, que al menos por el momento no se ha materializado en norma positiva, si bien como veremos, la DM que vamos a estudiar se ha adoptado para incluir también la ejecución de estas sanciones. Como consecuencia de la segunda de las medidas, por parte del Reino Unido, Francia, y Suecia se presentaba en septiembre

9 DOUE C 216 de 10 de julio de 1998.

de 2001 una Iniciativa “con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias”¹⁰.

La base jurídica de este propuesta estaba, según se explicaba en la nota explicativa, en el artículos 31.a) y 34.2b) del TUE, en tanto que le primero contempla la “*facilitación y aceleración de la cooperación judicial entre los ministerios o autoridades judiciales...*” y el segundo establece la facultad del Consejo para “*adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*”.

La Iniciativa contemplaba una decisión marco más sencilla que la que finalmente ha sido aprobada, que si bien se extendía a las sanciones administrativas en la forma definitiva, se dejaba para una lista en anexo las infracciones a que sería aplicable, sin que se contemplase el sistema de lista que es el que se ha convertido, después de la DM sobre la Orden Europea de Detención, referente en la normativa relativa al reconocimiento mutuo.

El Parlamento Europeo emitió su dictamen al respecto el 17 de enero de 2002¹¹, volviendo al Consejo que el 8 de mayo de 2003 adoptó una orientación general sobre el proyecto, y pendiente del estudio de determinados aspectos de la resolución, adoptándose un acuerdo sobre ellos en febrero del 2004, pasando seguidamente a la formalización del documento por parte de los juristas-lingüistas; siendo finalmente sometido a la aprobación del Consejo, junto con las declaraciones anejas, en fecha 8 de febrero de 2005¹², culminando en la Decisión Marco 2005/214/JAI, que pasamos a estudiar.

2. La Decisión Marco 2005/214/JAI¹³

Una vez examinados los antecedentes, tanto en materia convencional como más concretamente en el iter legislativo de la Decisión Marco, en este capítulo procederemos a su examen detallado, tratando de resolver, desde un punto de vista lo más práctico posible las cuestiones que al respecto puedan surgir;

10 Documento del Consejo 11178/01COPEN 40 de 12 de septiembre de 2001 (DOUE C 278 de 2/10/01), con memoria explicativa publicada en Documento 10710/01 COPEN 37 ADD 1, de 16 de julio de 2001.

11 DOUE C 271 E de 7 de noviembre de 2002.

12 Documento del Consejo 5871/1/05 Copen 23 REV 1 de 8 de febrero de 2005.

13 DOUE L 76 de 22 de marzo de 2005.

tanto en lo referente a su ámbito de aplicación, como al procedimiento a seguir y a las consecuencias de la petición.

No obstante y con carácter previo habrá que decir que, como es regla general en materia de reconocimiento mutuo, la propia Decisión Marco dispone que la misma no será obstáculo para la aplicación de otros acuerdos entre los Estados miembros que permitan superar lo dispuesto en ella y facilitar los procedimientos de ejecución de las sanciones pecuniarias (artículo 18).

2.1. Ámbito de aplicación

La Decisión Marco determina el procedimiento de reconocimiento aplicable a las resoluciones que establecen sanciones pecuniarias, lo que conlleva de forma necesaria y en primer lugar a definir los conceptos básicos de qué debe entenderse por resolución, y por sanción pecuniaria; así como a establecer las clases de infracciones a las que será aplicable y su propio ámbito territorial.

2.1.1. Definiciones básicas

El artículo 1 de la Decisión Marco define los conceptos de resolución y de sanción pecuniaria a los efectos de esta normativa, lo cual es importante en tanto que el concepto resolución, como el de sanción pecuniaria no es común en todos los ordenamientos europeos, lo que exige una necesaria armonización a los efectos que nos ocupan.

2.1.1.1. Concepto de resolución

Según el punto a) del art. 1, por resolución debe entenderse “*una resolución firme por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica*”, siempre que esa resolución emane de alguno de los siguientes órganos:

a) De un órgano jurisdiccional del Estado de emisión respecto de una infracción penal contemplada en la legislación de dicho Estado.

b) De una autoridad del Estado de emisión distinta de un órgano jurisdiccional respecto de una infracción penal contemplada en la legislación de ese Estado, siempre que la persona interesada tenga la oportunidad de que su caso sea juzgado por un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales.

c) De una autoridad del Estado de emisión distinta de un órgano ju-

jurisdiccional respecto de hechos punibles con arreglo al derecho nacional de ese estado por constituir infracción a normas legales, siempre que la persona afectada haya tenido la oportunidad de que su caso sea juzgado por un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales.

d) De un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales, siempre que la resolución se dicte conforme a una resolución correspondiente al inciso anterior.

En el apartado a) nos hallamos ante la más habitual de las decisiones, dictadas por un tribunal por un hecho de relevancia penal. De todas formas hay que tener en cuenta que la Decisión Marco, si bien dispone que la resolución se adopte sobre una infracción de carácter penal, no exige que el órgano que haya adoptado tal resolución sea de carácter penal, frente a la exigencia explícita que se hace en los siguientes puntos,

Por otra parte la competencia judicial en las decisiones se completa con el apartado d), que incluye las resoluciones dictadas por un tribunal penal respecto de infracciones contrarias a las normas legales, que por oposición al apartado b) debe entenderse disposiciones sancionadoras legales de carácter no estrictamente criminal.

En cuanto a los supuestos b) y c) , permiten que esta decisión sea ejecutable, sin perjuicio del compendio concreto de materias que a continuación examinaremos, a las decisiones administrativas que se adopten, ya sea respecto de una infracción de carácter criminal, ya sea respecto de una infracción de derecho administrativo sancionador, siempre que en cualquiera de los casos dicha decisión pueda ser enjuiciada ante un tribunal penal, lo que según la doctrina equivale a la posibilidad de que sea susceptible de recurso ante un tribunal penal. El supuesto previsto en el apartado b) se refiere a un tipo especial de sanciones ausentes en algunos sistemas legales, como el español, pero existente en otros sistemas legales europeos, como en Suecia o Finlandia, en que se admite; así en Suecia, para delitos menos graves, la imposición de sanciones directamente por la Fiscalía o la Policía si existe conformidad del sospechoso (y no olvidemos que Suecia fue uno de los Estados que presentó al iniciativa de esta Decisión Marco). En cuanto al apartado c) contempla la posibilidad en varios sistemas europeos, como en Alemania (Ordnungswidrigkeit), de que infracciones administrativas (algunas procedentes de antiguos ilícitos penales despenalizados), sean revisadas ante los jueces penales.

Respecto de las sanciones administrativas nos encontramos por tanto ante una solución intermedia en tanto que no se acepta la totalidad de las

resoluciones sancionadoras, sino sólo las susceptibles de recurso o enjuiciamiento ante la jurisdicción penal. Esta solución fue objeto de amplios debates entre los Estados Miembros, en su intento de ampliar o reducir el margen de resoluciones a reconocer, destacando el difícil encaje de la materia administrativa sancionadora en el marco de Tercer Pilar. Muestra de ello es por una parte la farragosidad de redacción de este precepto, frente a la relativa simplicidad que hacía gala la iniciativa original presentada por Reino Unido, Francia y Suecia; y por otra la posibilidad prevista en el art. 20.2 para que los Estados Miembros, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor (22 de marzo de 2005) puedan limitar su aplicación a los supuestos i) y iv) -las a) y d) que acabamos de ver- del art. 1.a), esto es a las resoluciones dictadas por un órgano jurisdiccional, mediante su declaración ante la Secretaría General del Consejo en el momento de la adopción de la DM.

En cualquier caso, la decisión adoptada respecto de las sanciones administrativas no es extraña a los antecedentes existentes, puesto que en el Convenio del Consejo de Europa de 1970 sobre el valor internacional de las sentencias extranjeras (art.1.b) o en el Convenio Europeo de 1991 sobre ejecución de condenas penales extranjeras (art.1.1.a) se contemplaba su aplicación a estas sanciones administrativas, inspiración expresamente reconocida en la nota explicativa emitida por Francia Reino Unido y Suecia respecto de su iniciativa. Por otra parte la Comunicación de la Comisión de 26 de julio de 2000, en relación con el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, admite expresamente la inclusión en este campo de las resoluciones sancionadoras administrativas, por considerar que sin ellas el régimen del reconocimiento mutuo no estaría completo, entendiendo también conveniente desde un punto de vista operativo su inclusión en relación con las personas jurídicas, en tanto existen estados en los que su responsabilidad penal aún no estaba contemplada, y una distinción en base a la autoridad sancionadora podría tener efectos distorsionadores.

Finalmente, se trate de resolución administrativa o penal, en cualquier caso se exige que las mismas sean firmes. Concepto de firmeza que no está expresamente contemplado en la DM, y que dados los distintos sistemas legales pudiera dar lugar a problemas en el orden teórico (pues en la práctica será el estado emisor el que califique su decisión como firme, como se aprecia en el apartado h)1. del modelo de certificado). Sobre esta problema se ha pronunciado ya la Comisión, que en su Comunicación de 26 de julio de 2000 antes citada, sugería una definición de trabajo, incluyendo todas las resoluciones

que resuelven sobre el fondo de un asunto penal, y contra las que no cabe recurso ordinario, o que, en caso de haber, carece de efectos suspensivos, definición coherente con las disposiciones relativas al reconocimiento mutuo de resoluciones civiles y mercantiles.

2.1.1.2. Concepto de sanción

El siguiente apartado del art. 1 de la Decisión Marco se centra en definir qué debe entenderse por sanción pecuniaria a los efectos de esta norma. Y es que la definición de sanción pecuniaria es más amplia que lo que ordinariamente se considera como una simple sanción pecuniaria, o multa.

Así el apartado b) del art. 1 dispone que por sanción pecuniaria se entiende la obligación de pagar:

a) Una cantidad de dinero en virtud de una condena por una infracción, impuesta mediante una resolución.

b) Una compensación impuesta en la misma resolución en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano actúe en su competencia penal.

c) Una cantidad de dinero impuesta como costas judiciales o gastos administrativos.

d) Una cantidad de dinero destinada un fondo público u organización de apoyo a las víctimas, impuesta en la resolución.

A su vez también se define de forma negativa excluyendo expresamente dos categorías: las órdenes de confiscación de instrumentos o productos del delito; así como las resoluciones de carácter civil derivadas de una demanda de daños y perjuicios o una restitución y que deban ejecutarse de acuerdo con el Reglamento (CE) 44/01 del Consejo.

El apartado a) es el supuesto clásico de sanción pecuniaria, esto es la multa impuesta por efecto de una condena o una sanción administrativa. Debe resaltarse que si bien en la Decisión Marco sólo se utiliza el término condena (“condemnation” en francés o “conviction” en la versión inglesa), exclusivo de la actividad jurisdiccional, ha de entenderse aplicable asimismo al ámbito sancionador administrativo. Por otra parte el apartado c) tampoco reviste peculiaridad alguna, en tanto que se trata del concepto de costas procesales (o gastos administrativos en caso de una resolución de esta clase), aparte de la evidente ampliación del concepto de “sanción”. En cuanto al d), la fijación de una cantidad para un fondo público o entidad de apoyo a las víc-

timas evita su consideración como acción civil y su carácter tiene una mayor semejanza con una pena accesoria, aunque deberá tenerse en cuenta que sólo será de aplicación a los supuestos estrictos en que se fije dicha cantidad sin que pueda verse ampliado a órdenes de comiso o confiscación de productos o beneficios del delito, aunque luego éstos puedan dedicarse al fin expresado.

El apartado b) es el que causa mayor problema, derivado precisamente de la duda que puede surgir en cuanto a su naturaleza. En él se contempla una figura particular el derecho anglosajón (Reino Unido e Irlanda), la conocida como “compensation order”¹⁴. Se trata de una institución peculiar, con una caracterización mixta, civil (puesto que se trata de una indemnización al perjudicado por el delito) y penal (es impuesta como parte de la condena penal, no es ejercitada por la parte, y para su imposición se atiende a criterios de capacidad del penado además de al daño causado). La Comisión ha venido considerando hasta ahora que estas declaraciones judiciales tienen un componente esencialmente civil y que por lo tanto deben enmarcarse en el primer Pilar y para su ejecución y reconocimiento es de aplicación el Reglamento 44/01¹⁵; por lo que su encaje en esta Decisión Marco será discutida. Al no existir pronunciamientos al respecto por parte del TJCE dicha cuestión no está definitivamente resuelta, pero la transposición llevada a cabo en el derecho británico de la decisión Marco, incluye de forma expresa las “compensa-

14 Artículos (sections) 130 a 134 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 para Inglaterra y Gales; artículos 249 a 254 Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, reformada en 2007, para Escocia. Se trata de una institución propia derivada de la ausencia en el proceso penal de acusación particular o parte civil (y de ahí su expresa mención en el texto de la Decisión Marco). Consiste en una cantidad que el juez penal fija en el fallo condenatorio (sentence) con una finalidad resarcitoria para la víctima que ha sufrido un daño o perjuicio. Sin embargo esa cantidad no es solicitada por la víctima sino que su valoración es determinada en el juicio, pero permitiéndose que en los casos en que la prueba de la valoración sea compleja no se imponga y dejando abierta la reclamación de la víctima por la vía civil. Lo peculiar de esta figura es que para su determinación no se tiene en cuenta de forma exclusiva el valor del daño causado, sino que se atiende asimismo a la capacidad económica del acusado y sus posibilidades de satisfacerla. Por otra parte la fijación de esta cantidad no impide el ejercicio por la víctima de la acción civil en dicha jurisdicción, si bien la cantidad impuesta o la que efectivamente se hubiese abonado será descontada en la ejecución de la cuantía a cuyo pago se le condene civilmente, que no tendrá en cuenta para la condena la que se hubiese fijado por dicha orden.

15 Así se hace constar por la Comisión en la declaración del acta del Consejo (Nota de la Secretaría del Consejo de 8 de febrero de 2005).

tion orders” como sanciones pecuniarias sobre las que se puede solicitar por el juez británico su ejecución al amparo de la DM¹⁶.

Por otro lado y como ya hemos indicado, para despejar posibles dudas se acude también a una definición negativa, mediante la exclusión de las órdenes de confiscación (comiso) de instrumentos o productos. La ejecución internacional de las confiscaciones, fue expresamente excluida en el Proyecto, por entender que ya estaba regulada en el Convenio Europeo de 8 de Noviembre de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (ratificado por todos los estados Miembros y específicamente por España el 22 de julio de 1998). Actualmente el reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso tiene su encaje en su propia Decisión Marco, la 2006/783/JAI, a su vez relacionada con la Decisión Marco 2005/212/JAI de 24 de febrero sobre el decomiso de instrumentos y productos del delito y bienes relacionados con el delito.

En segundo lugar se excluyen las resoluciones ejecutables por la vía del Reglamento (CE) 44/01 del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; precisamente por tratarse en tales casos de resoluciones de carácter civil y establecer el Reglamento de forma expresa la indiferencia por el órgano jurisdiccional en que se dicte dicha resolución, lo que conlleva que la acción civil derivada del delito será reconocida y ejecutada por esta vía, haya sido decidida por un tribunal penal o por uno civil, lo que conlleva los problemas que ya hemos analizado respecto de la dual naturaleza de las “compensation orders”.

2.1.2. Infracciones de aplicación

Definido el concepto de resolución y de sanción pecuniaria, el siguiente paso exige conocer a qué resoluciones imponiendo una sanción pecuniaria es de

16 La trasposición de la DM ha sido efectuada en el derecho inglés y norirlandés por la Criminal Justice and Immigration Act 2008, que en su parte 6 regula la cooperación internacional en la ejecución de sanciones pecuniarias, en cuyo art. 80 (5) para Inglaterra y Gales y en su art. 82 (4) para Irlanda del Norte define la expresión “financial penalties” incluyendo la compensation order. A su vez en Escocia, en el artículo 56 de la Criminal Proceedings etc. (reform) (Scotland) Act 2007, se contemplan las definiciones del art.1 DM, haciendo simple mención a “fines and other financial penalties” definiéndose precisamente la “compensation order” como una “financial penalty”. La notificación a la Secretaría del Consejo de la Unión ha tenido lugar el 23 de noviembre de 2009.

aplicación la presente Decisión Marco. El artículo 5 es el que determina el ámbito de aplicación.

Como ya se ha indicado en anteriores temas, el principio de reconocimiento mutuo exige la confianza entre los países miembros y si este reconocimiento mutuo se convierte en la piedra angular de la cooperación en la Unión Europea; el no cuestionamiento de las infracciones constituye la piedra de clave, como punto crítico, de esta construcción. Para solventar el obstáculo esencial en este cuestionamiento, el principio de la doble incriminación, desde la Decisión Marco 2002/584/JAI¹⁷, relativa a la orden de detención europea se ha usado un nuevo sistema, como es el de la lista de infracciones, lista que es adoptada de acuerdo por parte de los estados miembros y que supone que todos ellos asumen que reconocerán la decisión que se refiera a una infracción de las descritas en la lista sin cuestionar si constituye infracción en el estado de ejecución. De hecho la iniciativa de la DM originalmente presentada el 12 de septiembre de 2001, no contenía previsión alguna de infracciones a las que fuese de aplicación. Pues bien, la lista cerrada de infracciones prevista en la Decisión Marco sobre la Orden de detención Europea, con treinta y dos infracciones y que ya se ha tenido ocasión de examinar en el tema 10, se ha convertido en un clásico y es recogida asimismo en la Decisión Marco 2003/577/JAI sobre la ejecución en la Unión Europea de órdenes de embargo y aseguramiento de prueba¹⁸; en la Decisión Marco 2006/783/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso¹⁹; o en la Decisión Marco 2008/909/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas de prisión a efectos de su cumplimiento en la Unión Europea²⁰, entre otras.

En la decisión Marco que ahora analizamos, sin embargo se ha procedido a una ampliación de esa lista de 32 infracciones, incluyendo además:

- a) Las conductas contrarias a la legislación de tráfico, incluidas las infracciones sobre tiempos de conducción y descanso y transporte de mercancías peligrosas,
- b) contrabando de mercancías,
- c) infracciones a derechos de propiedad intelectual e industrial,

17 DOUE L 190 de 18 de julio de 2002.

18 DOUE L 196 de 2 de agosto de 2003.

19 DOUE L 328 de 24 de noviembre de 2006.

20 DOUE L 327 de 5 de diciembre de 2008.

d) amenazas y actos de violencia contra las personas, incluida la violencia en eventos deportivos,

e) vandalismo,

f) robo,

g) infracciones establecidas por el estado de emisión e incluidas en las obligaciones de aplicación que se derivan de los instrumentos adoptados en virtud del TCE o del Título VI TUE.

La razón de esta ampliación se deriva precisamente de la finalidad de la Decisión Marco, el reconocimiento de las sanciones pecuniarias. Por una parte y respecto de los hechos delictivos la lista de los 32 delitos está referida a infracciones relativamente graves, mientras que las sanciones pecuniarias, y la multa como la más típica, tiene su natural ámbito de desarrollo en los delitos menos graves, lo que exigía una ampliación e la tipificación, incluyendo así sanciones para delitos contra la seguridad del tráfico, robos, daños vandálicos, amenazas y cualquier clase de lesiones. Pero por otra parte también se incluyen sanciones administrativas, y por ello en ninguna de estas nuevas menciones se expresa que sean constitutivas de infracción penal, sino que se habla de infracciones en general, lo que permite la persecución por esta vía de la infracción administrativa (siempre con la limitación que la misma permita su enjuiciamiento o recurso ante la jurisdicción penal). Y de hecho la mejor constatación de esta pretensión de incluir cualquier clase de infracción es la aparente redundancia en que incurre la lista de la DM, puesto que en la general de las demás DM, se incluye la “violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías”, y entre las infracciones añadidas se incluye, como hemos visto “infracciones a los derechos de propiedad intelectual e industrial”, repetición que sólo puede obedecer a la intención de que se castiguen estas infracciones sean o no ilícitos penales.

Esta lista no tiene la consideración de cerrada, puesto que se prevé la posibilidad, como por otra parte sucede en las demás decisiones marcos de que pueda ser ampliada o modificada, a la vista del informe que debe emitir la Comisión tras recibir los informes de los Estados, sobre el estado de adaptación a los textos nacionales de la DM, como dispone el art. 20.5²¹.

21 El informe, que debería haber sido emitido como plazo final el 22 de marzo de 2008, ha sido emitido con fecha 24 de febrero de 2009, poniendo de relieve la lentitud con que los estados miembros están llevando a cabo la transposición, y sin hacer valoración alguna respecto a la modificación de la lista de infracciones.

Pero de esta ampliación merece una mención especial las infracciones de tráfico. El considerando cuarto de la DM hace una mención expresa al hecho que esta decisión marco incluirá también las infracciones de tráfico. Este considerando no figuraba en la propuesta o iniciativa de la Decisión Marco y su inclusión tendría sentido si no se hubiese acudido al sistema de lista de infracciones. Una vez optado por este sistema, su cita expresa parece redundante. Sin embargo pone de relieve, como decimos la importancia que se daba a su inclusión. En la Iniciativa presentada en 2001 por Reino Unido, Suecia y Francia ya se hacía constar en su nota explicativa que Alemania había presentado una propuesta de Decisión relativa a la ejecución de sanciones pecuniaras por infracción a la legislación de tráfico, basada en el Acuerdo de Schengen de Abril de 1999²², y se proponía un examen conjunto para combinarlas. A su vez en las declaraciones anejas a la aprobación de la Decisión marco se tomaba nota por el Consejo de la intención de Alemania de presentar una iniciativa para una nueva Decisión marco conteniendo medidas sobre cooperación entre los Estados Miembros en los procesos por infracciones de tráfico. El especial interés de Alemania se centra en que una parte muy considerable del tráfico rodado intraeuropeo transita por su territorio y por lo tanto una de sus prioridades es la ejecutividad de las decisiones relativas a infracciones de tráfico. De ahí la cita expresa a las infracciones de tráfico en el considerando y de la mención detallada en la lista, contemplando supuestos que pudieran ir más allá de la mera contravención de las normas de circulación, lo que fue objeto de concreción por Alemania que en acta de aprobación de la DM definió su concepto de infracciones de tráfico a estos efectos²³.

No consta que finalmente se haya presentado o esté en trámite propuesta alguna de Alemania para una Decisión Marco en relación con las infracciones de tráfico, ni que la propuesta de Convenio de 2001 haya visto la luz. A cambio sin embargo atendemos a un nuevo proceso de comunitarización de la normativa de tráfico y su deslizamiento hacia el primer Pilar, como pone de relieve que en fechas relativamente recientes (18 de marzo de 2008) la

²² Iniciativa de 21 de junio de 2001, que ya hemos mencionado en los antecedentes de la Decisión marco.

²³ La declaración de Alemania dice así: “Únicamente las infracciones a la legislación de tráfico y a legislación para la protección de las instalaciones de tráfico serán consideradas infracciones y no los delitos penales generales o las infracciones a disposiciones reglamentarias generales. Por lo tanto, se entenderán como disposiciones que regulan el tráfico únicamente aquellas disposiciones que se proponen proteger la seguridad del tráfico o el mantenimiento de las instalaciones de tráfico.”

Comisión haya adoptado una propuesta del Parlamento y el Consejo de una Directiva dirigida a facilitar la persecución transfronteriza de las infracciones de tráfico, que ha desembocado en la Directiva 2011/82/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial²⁴ Esta situación tiene su base en la competencia comunitaria en materia de transportes, y con ello de la seguridad vial; y si bien es cierto que su alcance está limitado a las infracciones graves más comunes, también lo es que permite su aplicación en cualquier caso de sanción administrativa, sin necesidad de su posterior revisión en vía penal²⁵. En todo caso la propia directiva salva la posible concurrencia con la Decisión Marco que ahora examinamos considerando que mientras la directiva se aplica a los momentos iniciales del procedimiento sancionador (tiene como finalidad la identificación y notificación de la denuncia al residente en otro estado miembro), la DM está dirigida a la ejecución de la sanción definitiva; por lo que expresamente declara su compatibilidad con ésta.

Doble incriminación.

Sin embargo, la lista no limita la posibilidad que se pueda usar esta vía para resoluciones imponiendo sanción pecuniaria por otras infracciones. En tal caso, sin embargo el estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento y ejecución de la resolución al filtro de la doble tipificación (como dispone el apartado 3 del artículo 5), esto es que el hecho constituya una infracción punible en el Estado de ejecución, por lo que queda abierto a los textos que traspongan la DM en cada estado miembro la inclusión de esta garantía. En

²⁴ DO L 288 de 5 de noviembre de 2011.

²⁵ La memoria explicativa del proyecto se cuida mucho de dejar patente sus límites competenciales, respecto de la competencia de los estados y establece expresamente: “The proposal does not deal with harmonising road traffic rules, nor with harmonisation of penalties for road traffic offences, since these matters are best left to the Member States. It merely contains provisions of a purely administrative nature for putting in place an effective and efficient system of cross-border enforcement of the main road traffic offences. It does not interfere with Member States qualifications of these traffic offences, which can be either of an administrative or of a penal nature. Neither does it interfere with Member States’ laws in terms of who should be liable for the offences in question.

The text applies without making any distinction between the offences concerned in terms of their legal qualification as being criminal or administrative, since this is different in the different Member States; it can readily be applied irrespective of such a qualification”.

este sentido podemos apreciar cómo el modelo de certificado que incorpora la DM establece un apartado especial para que en caso de que la infracción no esté en la lista que se acompaña, en cuyo caso bastaría con marcar la casilla correspondiente, se describa de forma detallada la infracción por la que se impone la sanción.

2.1.3. Ámbito territorial

El ámbito territorial de aplicación de la DM es evidente: todos los Estados Miembros de la Unión Europea, que tiene la misma obligación de adaptar su normativa interna para permitir la aplicación de esta DM. Debe señalarse en este punto, como es regla habitual en las demás DM basadas en el reconocimiento mutuo la específica mención que se hace a su aplicación a Gibraltar en su artículo 19. Como es sabido el status internacional de Gibraltar suscita discrepancias entre el Reino Unido y España, derivada de su especial situación, puesto que a efectos de derecho internacional se trata de una colonia y por lo tanto no forma parte del territorio metropolitano del Reino Unido ni por ello de la Unión Europea. Dada la reivindicación española sobre la soberanía de dicho territorio en caso de cambio de status, la inclusión del mismo en los instrumentos de la Unión Europea exige una aceptación expresa, por vía de excepción o de ampliación a un territorio que no formaría parte de la Unión, única forma de compatibilizar las posiciones de las partes implicadas en el conflicto²⁶.

En el artículo 1, apartados c) y d) se define el concepto de Estado de emisión y Estado de ejecución, lo que no plantea dificultad alguna, debiendo indicarse al respecto únicamente que esa mención, de emisión y ejecución no es casual sino que obedece a una expresa finalidad de resaltar el ámbito del reconocimiento mutuo en que se mueve la DM, superando las tradicionales menciones convencionales a estado requirente y estado requerido. Por Estado de ejecución habrán de entenderse aquel en el que la persona física o jurídica sancionada o condenada tenga su residencia habitual (en el caso de persona jurídica, la sede), o en el que posea propiedades u obtenga ingresos (artículo 4.1 DM).

Dentro de este ámbito territorial ha de mencionarse por último el he-

²⁶ Quizá esta observación resulte superflua para el lector español, como para el británico, pero cabe concebir la perplejidad que esta disposición especial, aislada de contexto en el texto de la DM, pueda producir en un lector letón, eslovaco, búlgaro... en los que la situación internacional de Gibraltar puede ser desconocida.

cho que si bien una resolución puede ser objeto de reconocimiento en toda la Unión, no podrá serlo en más de una ocasión cada vez, en tanto que el art. 4.4 DM dispone que la resolución sólo podrá ser transmitida a un solo estado cada vez. La razón de esta disposición no es otra que evitar la multiplicidad de ejecuciones y su posible solapamiento, tratando de evitar la vulneración del principio non bis in idem y además la causación de actividades, y gastos, inútiles.

2.2. Causas de no reconocimiento

En este apartado vamos a analizar las distintas causas o motivos por los que el Estado de ejecución puede rehusar el reconocimiento ejecución de una resolución sancionadora y las consecuencias que conllevará. En todo caso haya que indicar que la disposición de la DM ya expresa que la denegación será la causa excepcional y que la regla general, una vez transmitida una resolución en la forma prevista será su reconocimiento y ejecución (artículo 6 DM), salvo que concurra alguno de los motivos que pasamos a exponer.

2.2.1. Motivos

Es el artículo 7 DM el que dispone los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de una resolución remitida por el Estado de emisión. En primer lugar se establecen los defectos formales, como es cuando se presenta sin el certificado mencionado en el artículo 4, y que es el que figura anexo a la Decisión Marco, está incompleto o no se corresponde manifiestamente con la resolución. La trascendencia del certificado es evidente, porque desde el momento en que no se reconoce propiamente la existencia de un título sancionador común europeo, es este certificado el que habilita a la resolución nacional a convertirse en documento homologable o reconocible en cualquier otro estado de la Unión. El certificado es prolijo en su exigencia de datos (son ocho páginas de formulario) y por lo tanto no es descartable la existencia de errores o lagunas en el mismo.

Además de esta causa formal, se establecen otras causas, como son:

a) Que se haya dictado una resolución contra la misma persona respecto de los mismos hechos en el Estado de ejecución o en un Estado distinto del de emisión y del de ejecución, y, en este último caso, que dicha resolución ha sido ejecutada, lo que constituye la constatación del principio non bis in idem.

b) Que en uno de los supuestos de infracciones no incluidas en la lista y en los que se permite aplicar la doble tipificación (art.5.3 DM), la resolución

se refiera a hechos no constitutivos de infracción en virtud del Derecho del Estado de ejecución.

c) Que la ejecución de la resolución haya prescrito con arreglo a la legislación del Estado de ejecución y la resolución se refiere a hechos que son competencia de dicho Estado según su propio derecho; criterio coherente con el hecho que la ejecución de la sanción se rige por el derecho del estado de ejecución.

d) Que la resolución se refiera a hechos que el derecho del Estado de ejecución considere cometidos en su totalidad o en parte en su territorio, o que se hayan cometido fuera del territorio del Estado emisor y el derecho del Estado de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio.

e) Que exista inmunidad con arreglo a la legislación del Estado de ejecución que impida la ejecución de la resolución.

f) Que la resolución se haya impuesto a un menor de edad penal con arreglo a la legislación del Estado de ejecución por los hechos que hayan motivado la resolución.

g) La ausencia de información al sancionado que le haya impedido ejercitar sus derechos de defensa o su incomparecencia, de forma que en caso de procedimiento escrito, no hubiera sido informado, en virtud de la legislación del Estado de emisión, personalmente o por medio de un representante competente con arreglo a la legislación nacional, de su derecho a impugnar la resolución y de los plazos para la interposición de dicho recurso; o en otro caso que no compareciera en persona, salvo que en el certificado se indique que se ha notificado el procedimiento al interesado personalmente o a través de un representante competente con arreglo a la legislación nacional, o que el interesado ha indicado que no impugna la resolución.

h) Cuando la sanción pecuniaria sea inferior a 70 € o a un importe equivalente, lo que por su menor cuantía se estima no compensa el gasto de la exacción de la sanción pecuniaria. Debe tenerse en cuenta que esta es una posibilidad que se brinda al Estado de ejecución y no una prohibición de reconocimiento, por lo que quedará al arbitrio de la legislación de transposición del Estado de ejecución la admisión o no de esta posibilidad²⁷.

Si tuviésemos que sintetizar estas causas de no reconocimiento, podría-

²⁷ En este sentido ya existen algunas legislaciones que han dispuesto la posibilidad de no reconocimiento, como sucede con la legislación francesa (article D48-22 Code de Procedure Pénale, Partie Réglementaire).

mos decir que quitando las causas a) aplicación del *ne bis in idem*, de la b) consecuencia de no estar incluida la infracción en la lista, y de la h) incluida por la escasa trascendencia de la sanción; las demás causas c), d) e) y f) tiene su fundamento más o menos próximo en la ejecución de la resolución según el derecho del estado de ejecución (art. 9 DM), pues todas ellas tiene relación con circunstancias específicas de cada legislación interna, que impedirían en ese estado la ejecución de una resolución sancionadora propia.

Los juicios en ausencia: cuestión en debate.

En cuanto al motivo expuesto en el apartado g), con él se hace referencia a la rebeldía o de forma más amplia juicio en ausencia. Este es uno de los puntos candentes en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones, por las distintas soluciones que dan los sistemas legales de los Estados Miembros a la ausencia del imputado en el juicio, y que ya planteó en su momento problemas respecto de la orden de Detención Europea, ya estudiada. La preocupación por las consecuencias que estas diferencias en los derechos procesales de los ciudadanos dependiendo del estado miembro tienen en la consecución del principio de reconocimiento mutuo, ya han sido puestas de relieve por el Consejo en el Programa de la Haya²⁸ (punto 3.3.1 de las orientaciones específicas).

De hecho y con la intención de refinar los derechos procesales de los ciudadanos afectados por el principio del reconocimiento mutuo se presentó ante el Consejo una Iniciativa²⁹ en la que se proponía la modificación de varias DM, aprobadas o en proyecto, en lo relativo a la ejecución de resoluciones dictadas en ausencia, entre las que se proponía modificar la DM 2005/214/JAI, que ahora estudiamos. En dicha iniciativa se pretendía añadir un nuevo apartado al art. 1 DM, añadiendo una nueva definición; la de “resolución dictada en rebeldía”, considerando como tal una resolución (según viene definida en el propio artículo), dictada en un procedimiento en el que el interesado no haya comparecido personalmente³⁰. Esta Iniciativa ha desembocado en la

28 DOUE C 53 de 3 de marzo de 2005.

29 DOUE C 52 de 26 de febrero de 2008, “Iniciativa de la República de Eslovenia, la República Francesa, la República Checa, el Reino de Suecia, la República de Eslovaquia el Reino Unido y la República Federal de Alemania, con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo, relativa a la ejecución de resoluciones dictadas en rebeldía...”

30 En la versión inglesa de la Iniciativa de DM la expresión usada es “*in absentia*” (en cursiva en el original) o en la francesa “*par défaut*”, expresión al menos en la acepción inglesa más próxima la hecho fáctico de la falta de presencia del acusado en el juicio.

reciente DM 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009³¹, y en ella dicha definición expresa desaparece, limitándose a modificar el artículo 7.2.g), esto es el apartado que ahora estamos examinando, que queda circunscrito exclusivamente al supuesto de falta de notificación en caso de procedimiento escrito, con casi idéntica redacción; y se añaden dos nuevos apartados, el i) y el j) relativos a los procesos no escritos, permitiendo el no reconocimiento si la resolución fue dictada sin la presencia del acusado, salvo que en el certificado se haga constar que:

“i) según el certificado previsto en el artículo 4, el imputado no compareció en el juicio del que deriva la resolución, salvo que en dicho certificado conste que el imputado, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado de emisión:

i) con suficiente antelación

– fue citado en persona e informado así del lugar y la fecha previstos para el juicio del que deriva la resolución, o recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que el imputado tenía conocimiento del juicio previsto, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo, y

– fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia;

o

ii) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio;

o

iii) tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso –en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios–, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial:

– declaró expresamente que no impugnaba la resolución

o

– no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso dentro del plazo establecido;

j) según el certificado previsto en el artículo 4, el imputado no compare-

31 DOUE L 81 de 27 de marzo de 2009.

ció en el juicio, salvo que en dicho certificado conste que el imputado, explícitamente informado del procedimiento y de la posibilidad de asistir en persona a un proceso, ha declarado explícitamente que renuncia al derecho de una vista oral y ha indicado explícitamente que no impugna la resolución.”

Igualmente se propone la modificación del art. 7.3 para adaptar la obligación de consultar con la autoridad emisora antes de rechazar la solicitud, como se preveía en la antigua letra g), así como el modelo de certificado para adaptarlo a esta nueva regulación. Esta nueva normativa deberá ser aplicable en un plazo de 24 meses desde su publicación salvo expresa declaración por lo estados de imposibilidad de adopción de acuerdo con su legislación interna actual, permitiendo su dilación hasta 2014.

Como vemos, aunque su redacción es prolija e incluso confusa, mucho más si la comparamos con la relativa sencillez que presentaba la Iniciativa original mostrando las diferencias existentes a este respecto entre distintos Estados³², su finalidad es clara: deslindar de forma más exacta el cumplimiento de los derechos procesales del sancionado, de forma que no baste con la simple “notificación del procedimiento”, sino que debe especificarse que el interesado haya sido citado expresamente la juicio y advertido de las consecuencias de su ausencia, o que se le ha notificado la resolución dictada en rebeldía y de su derecho a la revisión de su caso, siguiendo con ello los requisitos establecidos por la doctrina del TEDH respecto de los juicios en ausencia (así *Yabuz vs. Austria*, *Ekbatani vs. Suecia*; *Stanford vs. UK*, *C. vs. Italia*, *Colozza vs. Italia*, *Poitrimol vs. Francia...*).

Ejecución múltiple.

Igualmente y aunque no esté expresada como causa de no ejecución en la Decisión Marco deberíamos incluir otra causa más, como es que la ejecución se esté llevando a efecto en otros estados miembros. Como ya hemos dicho en el apartado 2.1.3 de este tema, el artículo 4.4 DM establece de forma taxativa que la resolución sólo podrá remitirse a un estado de ejecución cada vez, y a su vez el artículo 15.1 establece que la remisión de la resolución supondrá la pérdida de la ejecución en el Estado emisor. Ya hemos visto antes la finalidad de estas disposiciones. Pero, ¿qué sucede si una autoridad remitiese, por error, o no, a varios Estados la resolución para su ejecución?

Se estima que en este supuesto, si dicha circunstancia llega a ser conocida

³² De hecho Italia en fecha 13 de marzo de 2009 ha efectuado una declaración, al amparo del art. 8.3 de la DM haciendo constar que las modificaciones de la misma no serán aplicables en su territorio hasta el 1 de enero de 2014, como ese precepto autoriza.

por la autoridad de ejecución (habitualmente porque el ejecutado se persone y así lo haga constar), previa evacuación de consulta con la autoridad emisora, la autoridad de ejecución estará capacitada para denegar la ejecución de la resolución remitida, aunque no se disponga de forma expresa tal circunstancia, pues en otro caso se estaría atentando contra la propia Decisión Marco.

Las personas jurídicas como causa de no ejecución.

Ciertamente nada se menciona en el artículo 7 DM, pero como ya hemos anticipado la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es un criterio unánime entre los Estados de la Unión Europea, y que esta es una de las razones por las que se incorpora a la DM el reconocimiento de sanciones administrativas, que en ocasiones se imponen a las personas jurídicas en lugar de sanciones penales. La posición de la Comisión es clara en este punto y pretende que las legislaciones nacionales reconozcan la responsabilidad autónoma de las mismas. Ese objetivo no se ha alcanzado aún de una forma completa (Luxemburgo, la República Checa y Eslovaquia no prevén responsabilidad penal de las personas jurídicas).

Como regla general, la Decisión Marco dispone en su art. 9.3 que la sanción pecuniaria deberá ejecutarse en el Estado de ejecución aun cuando en el mismo no se reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero al mismo tiempo, consciente de estas divergencias legislativas, la DM ha previsto la posibilidad de que cada Estado miembro pueda limitar su aplicación respecto de las personas jurídicas durante un periodo de cinco años a partir de su entrada en vigor (22 de marzo de 2005), a las resoluciones relacionadas con conductas para las que los instrumentos comunitarios dispongan del principio de responsabilidad de las personas jurídicas, y sólo a éstas (artículo 20.2.b), lo que a su vez conlleva que cualquier estado miembro pueda aplicar el principio de reciprocidad frente al Estado que haya adoptado esta limitación (artículo 20.4). Esta exclusión temporal, que deberá ser declarada ante la Secretaría General del Consejo en el momento de adopción de la DM, hará que en los Estados en que se haya manifestado la misma, el hecho que la resolución se dirija contra una persona jurídica (y salvo la excepción de los instrumentos comunitarios) sea causa de no reconocimiento.

Esta declaración, como tal, no ha sido efectuada por ninguno de los Estados hasta el momento pero a la fecha de adopción de la Decisión Marco por el Consejo, pero Portugal y Austria ya declararon antes de la publicación de la DM que harían uso de esta excepción. Y más recientemente, el 3 de junio de 2008, la República Checa ha presentado su declaración ante la Secretaría

del Consejo y ha manifestado su imposibilidad de ejecutar las penas contra personas jurídicas al no admitirlo su legislación interna, aunque no haya hecho mención al art. 20.2.b). De hecho en su norma interna de transposición, ésta última ha establecido como causa de no ejecución que la petición se dirija contra una persona jurídica.

La cláusula de los derechos humanos: ¿motivo de no ejecución?

Finalmente no podemos dejar de hacer mención a otro motivo de denegación de reconocimiento por parte del Estado de ejecución, como es la vulneración de derechos fundamentales. Algunos autores habían venido propugnando que la supresión, cuando menos parcial de la regla de la doble tipificación, debería conllevar que la protección de determinados intereses esenciales de los Estados se sustituyese por la cláusula de la protección de los derechos humanos³³, entendiéndose que debe permitirse en todo caso el no reconocimiento de resoluciones si se estima que en su adopción se han vulnerado los mismos. Ciertamente se podrá contraponer a esta idea que, dado que todos los países miembros han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos y que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE les afecta por igual, dicha prevención resultaría superflua; más aún, parece instalar un criterio de desconfianza opuesto a la confianza que basa el principio de reconocimiento mutuo. Esta cuestión ya fue objeto de debate en relación con la misma cláusula existente en la ODE. Lo cierto es que los trabajos preparatorios de la propuesta de Decisión Marco sobre garantías procesales muestra que los Estados miembros implementan los standards del CEDH de forma diversa, lo que unido al margen de apreciación que reconoce el propio Convenio en relación con cada sistema nacional, autoriza a quienes sostienen la pervivencia de este criterio de salvaguarda de los derechos humanos a mantenerlo.

Es verdad que el artículo 7 DM que es el que en principio regula las causas de denegación, no hace mención alguna a este supuesto, pero también lo es que el art. 3 DM dispone expresamente que *“la presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del Tratado”*. A su vez el considerando 5 de la DM (que junto con el 6 viene a formar parte de los considerandos generales de otras decisiones marco que versan sobre el reconocimiento mutuo, como la DM sobre la orden de detención europea, considerando 12) entiende que la DM cumple con los derechos fundamentales y principios reflejados en la Carta de Derechos Fun-

33 Así Vogel, J. en Grützner/Pötz: IRG-Kommentar, 2001, vol I.

damentales de la Unión Europea, en especial su título VI³⁴, pero igualmente específica, como regla de interpretación, que nada de lo dispuesto en la DM podrá ser interpretado de forma que impida el no reconocimiento de una resolución cuando existan razones objetivas para suponer que ha sido dictada con fines o por motivos discriminatorios en cualquier sentido (raza, religión, lengua, nacionalidad, ideas políticas u orientación sexual).

A la vista del artículo mencionado y de esta norma de interpretación debe admitirse que los Estados, a la hora de adaptar sus legislaciones a esta DM podrán disponer de forma expresa como motivo de no ejecución dicha afectación a los derechos fundamentales, y de la misma forma, aun cuando una resolución cumpla con todos los requisitos del artículo 7, si afectase a derechos fundamentales y de manera muy especial al de igualdad, la autoridad de ejecución tendría que valorar su no ejecución, pues no podría ampararse en el texto literal de la DM, ni con ello de la norma que lo trasponga, para permitir la contravención de tales derechos. En este sentido además no podemos olvidar que el TJCE ya se ha pronunciado sobre el valor interpretativo de las Decisiones Marco, concluyendo que deben servir de referencia para interpretar la legislación interna en el sentido de permitir su aplicación³⁵.

En todo caso y sobre esta cuestión, distintos países europeos ya se han posicionado en la adaptación de sus normas a favor de dicha causa de no ejecución, y así el Reino Unido, en relación con la Orden de Detención Europea, y partiendo de una Decisión Marco con unas citas idénticas a las que se acababan de hacer en relación con los derechos humanos, incluye entre las causas a examinar en el acto de la vista de forma específica la posible vulneración de los derechos humanos por parte del estado miembro emisor, como causa para denegar la entrega de un ciudadano (section 21, Extradition Act 2003).

De todos modos, la posible discusión sobre esta cuestión queda superada en la propia Decisión marco a la vista de lo dispuesto, bastante asistemáticamente, en el artículo 20.3, apartado introducido a última hora a instancias de Alemania, en el que se confirma definitivamente la aplicabilidad de este motivo de no ejecución, al disponer, desarrollándolo, que cualquier Estado podrá, cuando el certificado suscite una posible violación de los derechos fundamentales, oponerse al reconocimiento, si bien como única limitación se establece que deberá procederse a la consulta, previa a la decisión, con la

34 DOUE C 364 de 18 de diciembre de 2000.

35 STJCE 16 de junio de 2005, asunto C-105/03.

autoridad competente en el Estado de emisión³⁶. Pese a ello, o quizá precisamente por ello, se ha incluido una previsión especial de control respecto de esta causa de no reconocimiento de forma que el artículo 20.8 DM dispone que cada Estado miembro deberá informar al Consejo y a la Comisión de las resoluciones que no haya admitido con base en esta causa en el curso del año, concluyendo que con base en los informes que se remitan, y en un plazo de siete años (esto es para el 2012), la Comisión emitirá un informe con el que el Consejo decidirá si procede conservar este apartado 3 del artículo 20 o sustituirlo por una disposición más específica.

2.2.2. Consecuencias

La consecuencia básica del no reconocimiento es evidente, la resolución no se ejecutará en el Estado de ejecución, afirmación de Perogrullo que sin embargo conlleva otras consecuencias, sin que en todo caso una primera apreciación de la existencia de una causa de rechazo deba conllevar de forma automática ese no reconocimiento.

Y así en los supuestos previstos en el apartado 1, en las letras c) y g) del apartado 2 del artículo 7, y en el apartado 3 del artículo 20, es decir en casos de defectos formales, de prescripción de la ejecución, de resoluciones *in absentia*, o de posible vulneración de derechos fundamentales; el artículo 7.3 dispone que previamente a denegar definitivamente la ejecución la autoridad del Estado de ejecución deberá consultar con la autoridad del Estado de emisión y solicitar cualquier información que estime necesaria. Esta consulta deberá llevarse a cabo por cualquier medio que entienda adecuado, lo que implica la comunicación directa o por medio de los canales establecidos en la Unión Europea para la cooperación penal. La finalidad de este intercambio de información tiene su base en la filosofía general de la Decisión marco de permitir la ejecución de las resoluciones de otros estados y por lo tanto de evitar no reconocimientos que se puedan adoptar por una insuficiencia de información y su trascendencia se manifiesta en el art. 20.7 DM en relación con el incumplimiento u obstaculización por algún estado miembro en el reconocimiento de estas cuestiones “*sin que aquéllas se hayan resuelto mediante consultas*

³⁶ En este sentido la ley española para la adaptación de la DM, establece la vulneración de los derechos fundamentales como causa de no reconocimiento; y en la reforma procesal francesa de adaptación, se establece como causa de no reconocimiento la vulneración del derecho a la no discriminación, en el sentido del considerando quinto de la DM.

bilaterales”. Y así en el caso de defectos formales esta comunicación permitirá subsanar los que puedan existir en el certificado, cuando no sean esenciales; solicitar aclaraciones o detalles respecto de las actuaciones judiciales o administrativas llevadas a cabo en el estado emisor para computar los plazos prescriptivos del derecho propio del ejecutante, o de las circunstancias detalladas en que el juicio en ausencia se ha producido; o valorar el procedimiento seguido a efectos de concretar la posible vulneración de derechos.

Si tales consultas no llevan a modificar la duda inicial o si nos hallamos ante cualquiera otra de las causas de no reconocimiento, la autoridad del Estado de ejecución deberá comunicar a la autoridad del estado de emisión la resolución de no reconocimiento, resolución que deberá ser motivada pues así lo dispone expresamente el art. 14 b) DM, lo que conllevará como consecuencia que el Estado de emisión volverá a asumir la competencia sobre la ejecución de la sanción, salvo que dicha resolución de no ejecución se haya adoptado por aplicación del principio *non bis in idem* (porque ya se haya dictado una resolución sobre los mismos hechos en el estado de ejecución o en un tercer estado y en este caso se haya ejecutado), o porque se adopte por vulneración de derechos fundamentales (artículo 15.2.b) DM).

Este último supuesto hace que la cláusula de derechos humanos (“human right clause”) revista una trascendencia que supera el ámbito interno del Estado de ejecución, puesto que su estimación supondrá que se atribuya a la autoridad de este Estado la facultad de calificar la adaptación del procedimiento por el que se condenó al sancionado a su propia forma de valorar la aplicación del CEDH o de la Carta de derechos fundamentales, vinculando al Estado en el que se dictó la resolución y en el que pudo haberse recurrido la resolución condenatoria con tal base. Esta circunstancia tiene el riesgo que pueda llevar a los Estado miembros a una especie de “guerra de reciprocidades” (como por ejemplo ya sucedió en la ODE en relación con la no extradición de nacionales por Alemania y la aplicación del principio de reciprocidad por España) y a una inflación garantista respecto de las resoluciones a ejecutar en otros Estado miembros.

2.3. Procedimiento

Debemos pasar al examen del procedimiento a seguir para la emisión y ejecución de una resolución sancionadora. Para ello atenderemos en primer lugar a la determinación de las autoridades competentes para dicha emisión o

ejecución, para analizar a renglón seguido los trámites a cumplimentar para llevarla a efecto, tanto para emitirla como para ejecutarla, así como la forma y peculiaridades que la ejecución pueda dar lugar.

2.3.1. Competencia

El artículo 2 DM dispone que cada Estado deberá informar a la Secretaría General del Consejo de la autoridad o autoridades que en virtud de su legislación nacional sean competentes para emitir o ejecutar una resolución. Es evidente que deberemos estar a las trasposiciones al derecho nacional de la DM para que los Estados declaren cuáles son las autoridades competentes.

En cualquier caso hay que tener en cuenta que la autoridad competente no necesariamente habrá de ser una autoridad judicial, en tanto que existe la posibilidad de ejecución de sanciones administrativas. Por ello y si bien la forma de comunicación ordinaria será la directa entre autoridades competentes (artículo 4.3 DM), el propio artículo 2 prevé la posibilidad que los Estados puedan designar una o más autoridades centrales encargadas de la transmisión y recepción administrativas de las resoluciones y de asistir a las autoridades competentes, cuando su organización interna así lo requiera; lo que además es reafirmado para el caso concreto del Reino Unido e Irlanda (artículo 7.7 DM) derivado de la no aplicación a los mismos a la fecha de adopción de la DM de las disposiciones relativas a asistencia judicial del Convenio de Schengen, siendo por otra parte la vía que han mantenido en los demás instrumentos de reconocimiento mutuo³⁷.

Todas las declaraciones sobre las autoridades competentes serán puestas en conocimiento de los Estados miembros y de la Comisión. Sin embargo ello no oculta la dificultad que pueda representar en un futuro la identificación de la autoridad competente a quien remitir una resolución. Esta eventualidad es contemplada en el apartado 5 del artículo 4, que de una forma un tanto retórica, expresa que la autoridad de emisión efectuará todas las investigaciones necesarias, incluso recurriendo a los puntos de contacto de la Red Judicial

³⁷ En la notificación de transposición de 23 de noviembre de 2009 se establecen las autoridades competentes para la emisión o ejecución, que son las correspondientes autoridades judiciales, pero dispone de unidades centrales para la transmisión y recepción administrativa, dependiendo de que se dirijan a Inglaterra y Gales (Mutual Recognition of Financial Penalties Central Authority), Escocia (The Sheriff Clerk) o Irlanda del Norte (Business Development Group).

Europea, lo que es obvio, pues esa es una de sus funciones. En este punto hay que destacar que ya en la propia Red Judicial Europea se ha puesto de relieve la conveniencia de crear un atlas judicial respecto de esta Decisión marco como el existente en relación con la ODE. Pese a ello, todavía no se llevado a efecto la elaboración de dicho documento de consulta.

En todo caso y en previsión de posibles errores en la remisión, la DM dispone en su artículo 4.6 que si la autoridad de ejecución a quien se remite no es la competente para dicha ejecución, ésta procederá de oficio a su reenvío a la que lo sea, informando de ello a la autoridad de emisión. No se especifica si dicha remisión se limita al territorio del estado de ejecución o no, pero dado que el artículo 4.4 establece que sólo se remitirá la resolución a un Estado miembro cada vez, parece que en el improbable caso que se hubiese confundido el Estado de ejecución lo procedente será su devolución al emisor.

2.3.2. Tramitación

En lo que respecta a la tramitación, en principio es bien sencilla: la autoridad emisora remite directamente a la autoridad de ejecución (o en su caso por medio de la autoridad central) la resolución o una copia certificada de la misma, acompañada del certificado que figura en el anexo de la DM, debidamente completado y firmado por la autoridad competente. Una vez recibida la resolución junto con el certificado, si no se advierten causas de no reconocimiento la resolución se ejecuta como si se tratase de una sanción pecuniaria propia, aplicando por tanto el derecho interno del Estado de ejecución.

Ahora bien, ciertos detalles deben matizarse. En primer lugar y en cuanto al idioma, el art. 16 establece que el certificado deberá estar traducido a alguna de las lenguas aceptadas por el estado de ejecución (la o las oficiales o las que así declare ante el Consejo), sin que en principio sea exigible la traducción de la resolución en sí; pudiendo no obstante el estado de ejecución traducirla a su costa, suspendiendo entretanto la ejecución de la misma.

En cuanto a la forma de remisión, el art. 4.3 dispone que la misma se realizará por cualquier medio que deje constancia escrita, en condiciones que permitan al estado de ejecución establecer su autenticidad. Cabría por tanto una remisión por correo electrónico o fax pero en tal caso la autoridad de ejecución puede solicitar la remisión del original de la resolución o copia certificada, así como del certificado.

En el ámbito de la autoridad de ejecución, una vez recibida y aunque la

DM nada exprese, parece correcto que se remita a la autoridad de emisión acuse de recibo de su recepción, acuse en el que se hagan constar los datos de identificación de órgano y del titular y la forma de contactar con el mismo, pudiendo añadir las lenguas en que dicho contacto podrá llevarse a cabo, todo ello con el fin de permitir, de ser necesaria, una mayor agilidad en la comunicación entre las partes. Se trata de una regla que se puede tildar de cortesía, pero que tiene su respaldo legal en la Acción Común de buenas prácticas de 1998³⁸.

Lo que sí se establece como obligación en el artículo 14 DM es la comunicación, por parte de la autoridad de ejecución, y de forma que quede constancia escrita, del resto de las incidencias, tales como: a) la transmisión de la resolución a otra autoridad competente, b) la denegación de ejecución o la no ejecución parcial, c) el cumplimiento de la ejecución, o d) la aplicación de sanción alternativa (artículo 14). Parece evidente que además de estas informaciones habrá otras que deban realizarse, como sería al hilo de esta última, la comunicación de que la sanción alternativa ha sido ejecutada.

2.3.3. Ejecución

Como hemos dicho, la ejecución se llevará a cabo con arreglo al derecho nacional del Estado de ejecución, como si una resolución nacional se tratase. Ello implica que la posible personación de las partes en la ejecución dependerá de la legislación interna de cada Estado, aunque parece regla común que siendo preciso el requerimiento de pago, la personación o audiencia del sancionado será posible, como por otra parte da por hecho la DM cuando admite que el interesado pueda aportar pruebas en la ejecución (por ejemplo de pago o de la concurrencia de alguna causa de no reconocimiento). Pero a fin de cuentas se trata de una resolución de un tercer estado, lo que determina la existencia de algunas especialidades que se recogen en la DM.

Cuantía de la sanción.

Así en primer lugar, y en cuanto a la cuantía de la sanción, se ejecutará en principio por la cantidad que figure en el certificado, pero en la moneda nacional del Estado de ejecución, lo que conllevará que en los países ajenos a

³⁸ “Acción Común de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal”, DOUE L 191 de 7 de julio de 1998.

la zona euro se deba convertir, disponiendo el art. 8.2 que el tipo de cambio será el vigente a la fecha en que se impuso la sanción³⁹.

Pero esta regla general puede quebrar en determinados supuestos, como es en el caso que la infracción que da lugar a la sanción se hubiese cometido fuera del Estado de emisión. En ese caso, si el hecho sancionado fuese también competencia del Estado de ejecución, éste podrá reducir la multa impuesta al máximo previsto en su legislación nacional (artículo 8.1 DM)

Por otra parte en el caso que el ejecutado acredite que ha realizado algún pago, total o parcial de dicha sanción en cualquier Estado, la autoridad de ejecución, previa consulta con la de emisión, procederá a decidir la cantidad abonada de la que está ejecutando (artículo 9.2 DM). Si el pago se hubiese realizado en el Estado de emisión después de remitida la certificación, será la autoridad emisora la que deberá comunicarlo sin demora a la de ejecución con el fin antedicho (artículo 15.3).

Penas alternativas.

La DM prevé expresamente la posibilidad de la aplicación de penas alternativas en caso de impago de la sanción pecuniaria impuesta. Para ello será preciso que el Estado de emisión haya previsto dicha posibilidad y así se haga constar en el correspondiente apartado del certificado (en el que se establecen las medidas que se pueden adoptar y la cuantía máxima). En ese caso si la aplicación de penas sustitutorias por impago de la sanción pecuniaria están previstas en la legislación del Estado de ejecución, éste podrá aplicarlas según su propio derecho, con el límite máximo establecido en el certificado por el Estado de emisión. Algunos estados han declarado la imposibilidad de ejecutar estas penas alternativas en virtud de su sistema nacional, ni en su territorio ni en el exterior, como Francia o Finlandia, o sólo en su territorio, como Dinamarca.

Otras incidencias.

El artículo 11.1 DM dispone que el indulto o amnistía podrá ser concedido tanto por el Estado de emisión como por el de ejecución. De adoptarlo el primero deberá comunicar inmediatamente al estado de ejecución que deberá proceder a suspender la ejecución (art. 12.2). Parece lógico que si la comunicación de suspensión es por razón de amnistía, indulto o cualquier otra circunstancia que deje sin efecto la resolución (recurso de revisión estimado,

39 Como excepción a este principio, en la notificación del Reino Unido se establece que las “compensation orders” que deban hacerse directamente a víctimas en el Reino Unido se abonen en libras esterlinas.

por ejemplo) lo lógico no será una simple suspensión, sino el archivo definitivo de la ejecución, aunque el texto literal de la DM no lo mencione.

De la misma forma procederá la suspensión de la ejecución cuando en el Estado de emisión se adopte cualquier decisión que implique la anulación del efecto ejecutorio de la resolución, lo que deberá dar lugar, aunque nuevamente la DM nada exprese al respecto, a que por la autoridad del Estado de emisión se especifique si dicha anulación de la fuerza ejecutiva de la resolución es definitiva (anulación o revocación de la resolución) o provisional (suspensión del procedimiento), y en este segundo caso se deberá informar a la autoridad de ejecución cuando dicha suspensión quede sin efecto, a fin de poder continuar la ejecución; lagunas en la DM que quizá convendría haber completado.

Por otra parte el estado de emisión seguirá manteniendo la disposición sobre la ejecución, en el sentido que podrá retirarla del Estado de ejecución, con las mismas consecuencias que acabamos de examinar.

Finalmente y aunque sea obvio, el artículo 11.2 DM dispone que el Estado de ejecución carece de competencias para revisar la resolución, competencia que seguirá atribuida al Estado de emisión de la resolución.

Consecuencias.

Una vez cobrada la sanción, las cantidades recaudadas quedarán en poder de la autoridad de ejecución, excepto que se haya acordado otra cosa con el Estado de emisión, en particular en lo que se refiere a las “compensation orders”, esto es a las cantidades fijadas a favor de las víctimas (artículo 13)⁴⁰. En contraprestación, los gastos que genere la ejecución de estas resoluciones no podrán ser objeto de reclamación al Estado de emisión (artículo 17).

Concluida la ejecución, el Estado de ejecución lo comunica al de emisión. Si esta ejecución fuese parcial, fuese infructuosa o hubiese sido retirada por el Estado de emisión, el derecho a la ejecución de la resolución volverá al Estado de emisión, salvo los casos ya examinados para el supuesto de denegación de la ejecución (infracción de derechos fundamentales o cosa juzgada), o porque la no ejecución obedezca a indulto o amnistía por el Estado de ejecución (artículo 15.2.a).

40 Así en la adaptación francesa, el art. D48-29 del CPP (partie Réglementaire) se establece que todas las cantidades recaudadas se imputarán al presupuesto del Estado francés, salvo acuerdo expreso con el Estado de emisión. Por el contrario la ley española (LO 1/08), en su art. 5 dispone que las cantidades en beneficio de las víctimas serán entregadas al Estado de emisión.

3. Estado actual de transposición

En este último capítulo vamos a examinar la situación actual de la Decisión marco en relación con su adaptación a las legislaciones nacionales.

La Decisión marco fue publicada el 22 de marzo de 2005 y establecía un plazo de dos años, hasta el 22 de marzo de 2007, para que los Estados miembros adaptaran sus legislaciones a las disposiciones de ésta (artículo 20.1). A su vez dispone que los Estados miembros transmitirán el texto de las disposiciones de adaptación a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión; y que con base en un informe de la Comisión, el Consejo verificaría a más tardar el 22 de marzo de 2008 la medida en que los estados miembros han adoptado la Decisión marco (artículo 20.5).

Con base en este artículo (20.5 DM) la Comisión elaboró el informe que debía servir de base para esa verificación, informe publicado el 12 de enero de 2009⁴¹, y en fecha 21 de enero de 2011, la Secretaría General del Consejo ha emitido un documento⁴² en que se describe a esa fecha el estado de implementación de la DM. Según dicho documento, en su fecha de emisión quedaban por trasponer la DM a sus legislaciones Bélgica, Italia, Grecia, Irlanda y Eslovaquia (si bien ésta tenía prevista su entrada en vigor el 1 de abril de 2011). Desde entonces hasta la fecha de actualización de este tema (marzo de 2012) no se ha publicado ninguna otra notificación de alguno de estos países.

Las fechas de comunicación de las adaptaciones a las legislaciones nacionales son: Finlandia (declaración de 29 de marzo de 2007), Dinamarca (declaración de 18 de junio de 2007), Francia (declaración de 21 de junio de 2007), Holanda (declaración de 17 de enero de 2008), Austria (declaración de 14 de marzo de 2008) República Checa (declaración 3 de junio de 2008), Eslovenia (declaración 19 de septiembre de 2008), Estonia (declaración 16 de octubre de 2008), Letonia (16 de octubre de 2008), Lituania (16 de octubre de 2008), Chipre (25 de noviembre de 2008), Rumania (1 de diciembre de 2008), Hungría (11 de febrero de 2009), España (24 de febrero de 2009), Reino Unido (23 de noviembre de 2009), Luxemburgo (22 de abril de 2010), Bulgaria (25 de octubre de 2010), Suecia (24 de noviembre de 2010, y Alemania (22 de diciembre de 2010).

En algún caso, como en Italia, se está tramitando dicha adaptación. Así,

41 Informe de la Comisión de 22 de diciembre de 2008, COM (2008) 888 final. doc. Consejo 5201/09.

42 Documento Consejo 16924/2/10, de 21 de enero de 2011.

por ley de 25 de febrero de 2008 se delegó en el Gobierno para que adaptase la normativa por medio de Decreto Legislativo⁴³; pero dicho desarrollo aún no se ha llevado a cabo. Recientemente, el 13 de febrero de 2012, se ha presentado una propuesta de Ley en el Parlamento dirigida a trasponer la DM en el ordenamiento italiano (proposta di Legge C.4951).

En el informe de la Comisión de 12 de enero de 2009, se realiza una evaluación de las distintas transposiciones al hilo de los diferentes artículos de la DM⁴⁴, referido a las once que hasta la fecha de elaboración estaban vigentes alcanzando como conclusión, tras lamentar el escaso nivel de transposición efectuado hasta ese instante y que impedía una evaluación plena, que en general, las disposiciones nacionales de aplicación se ajustaban a la DM, especialmente en lo que se refería a los problemas más importantes, tales como la supresión de los controles de doble tipificación y el reconocimiento sin más trámites de las resoluciones. Sin embargo, en cuanto a los motivos de denegación del reconocimiento o la ejecución se criticaba que los estados hayan transpuesto dichos motivos en su mayoría como obligatorios, añadiendo incluso motivos adicionales de denegación, lo cual considera contrario a la propia Decisión Marco.

43 Legge n. 34, Gazzetta Ufficiale n.56 del 6 marzo 2008. En su artículo 28 se concede un plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley para su adaptación y en el artículo 32 se fijan los principios y criterios que debe seguir, sin nos conste que se haya publicado el decreto legislativo

44 Para conocer más a fondo las declaraciones y transposiciones de los Estados, se recomienda la lectura del siguiente nivel en que se estructura el tema (“saber más”).

Bibliografía

- BUJOSA VADELL, Lorenzo M. “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales”. Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de derecho Judicial, CGPJ, año 2003.
- GRACIA RUBIO, María. “Potestad Sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: Comentario a la sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984: el caso Öztürk”. Revista de Administración Pública num. 104, mayo-agosto 1984.
- LIGETI, Katalin. “Mutual Recognition of financial penalties in the European Union”. *Revue Internationale de Droit Penal*, 1^o/2^o trimestres 2006.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel. “El Reconocimiento mutuo de las sanciones pecuniarias en la Unión Europea”. *Revista General de Derecho Europeo*, num.10, 2006.
- MARTIN, Maik. « Franchir l’infranchissable? Cooperation judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté et sécurité » . *Cultures & Cinfacts*, num. 62, 2006.
- MORÁN MARTÍNEZ, Ana María. “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones y el comiso: Las Decisiones marco”. Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, año 2003.
- PALOMO DEL ARCO, Andrés. “Cooperación judicial penal en Europa”. *Sistemas penales europeos*. Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, año 2002.

Apéndice I. Para saber más

1. Introducción

Como ya hemos anticipado, en este segundo nivel vamos a examinar con mayor detenimiento las diversas trasposiciones que se han llevado a cabo de la Decisión Marco por los Estados que hasta el momento han cumplido con su obligación de transposición.

Antes de nada debe indicarse que aunque las Decisiones Marco son obligatorias para los Estados en cuanto a los resultados a lograr, no existe posibilidad por parte de la Comisión de obligar a los Estados a la transposición, ni por tanto de iniciar un procedimiento de infracción, por lo que por parte de ésta no cabe sino exhortar al cumplimiento de esta obligación estatal, y quizá esa sea una de las razones de que a más de siete años de su aprobación, y transcurridos cinco años desde la teórica finalización del plazo para la transposición, aún queden cuatro Estados que no han notificado esa transposición.

Como ya hemos indicado en el nivel anterior, los Estados que han notificado haber transpuesto la DM son Finlandia (declaración de 29 de marzo de 2007), Dinamarca (declaración de 18 de junio de 2007), Francia (declaración de 21 de junio de 2007), Holanda (declaración de 17 de enero de 2008), Austria (declaración de 14 de marzo de 2008) y República Checa (declaración 3 de junio de 2008), Eslovenia (declaración 19 de septiembre de 2008), Estonia (declaración 16 de octubre de 2008), Letonia (16 de octubre de 2008), Lituania (16 de octubre de 2008), Chipre (25 de noviembre de 2008), Rumania (1 de diciembre de 2008), Hungría (11 de febrero de 2009), España (24 de febrero de 2009), Reino Unido (23 de noviembre de 2009) y Luxemburgo (22 de abril de 2010), Bulgaria (25 de octubre de 2010), Suecia (24 de noviembre de 2010), y Alemania (22 de diciembre de 2010).

A su vez, otros Estados están llevando a cabo la transposición, como Italia, que por ley de 25 de febrero de 2008 se ha delegado en el Gobierno para que adapte la normativa por medio de Decreto Legislativo⁴⁵, criterio de delegación que ha sido también adoptado en otros ordenamientos, como el escocés⁴⁶, pero dicho desarrollo aún no se ha llevado a cabo. Recientemente, el 13 de febrero de 2012, se ha presentado

45 Legge n.34, Gazzetta Ufficiale n.56 del 6 marzo 2008. En su artículo 28 se concede un plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley para su adaptación y en el artículo 32 se fijan los principios y criterios que debe seguir, sin que hasta la fecha (abril 2009) se haya publicado el decreto legislativo.

46 En este sentido el artículo 56 de la Criminal Proceedings etc. (reform) (Scotland) Act 2007 (mencionado en la nota 17) en que se contemplan las definiciones del art.1 DM, delega en los "Scottish Ministers" (gobierno autónomo escocés) el desarrollo de la adaptación de la DM, previa aprobación del proyecto por el parlamento (art. 81).

una propuesta de Ley en el Parlamento dirigida a trasponer la DM en el ordenamiento italiano (proposta di Legge C.4951). Portugal, en fecha 1 de septiembre de 2009, ha promulgado la Ley 93/09⁴⁷, trasponiendo la DM.

2. Declaraciones

Las notificaciones realizadas por los Estados se han limitado en su mayoría a anunciar la transposición y limitarse a designar las autoridades competentes para la ejecución de los certificados, en cumplimiento del art. 2.1, designar las autoridades centrales, según el art. 2.2 DM, y establecer la lengua de comunicación a los efectos del art. 16.1 DM.

En este punto resulta de suma utilidad el documento elaborado por el Consejo al que nos hemos referido en el nivel anterior, 16924/2/10, COPEN 269, de 21 de enero de 2011, en el que en cuadro explicativo se concretan los aspectos que ahora se exponen⁴⁸.

2.1. Lenguas

En este último sentido, de los países que han realizado declaración al respecto, la mitad sólo admite la traducción a su propia lengua oficial: Austria, Dinamarca, Francia, Hungría, Rumania, Reino Unido y Luxemburgo (que admite alemán y francés, ambas cooficiales junto al luxemburgués), Bulgaria, República Checa (por notificación de fecha 9 de julio de 2010⁴⁹, en que se actualiza la carta de notificación, ratifica que la falta de mención en la primera notificación implica que sólo se admita el checo), Polonia, Alemania y Portugal.

Rumanía, Eslovaquia y España no hacen previsión alguna al respecto, por lo que hay que entender que sólo admiten el certificado en su lengua oficial.

En los Estados que admiten una lengua distinta además de la nacional se impone el inglés: Estonia, Letonia, Lituania, Eslovenia, Países Bajos (que admite además el certificado en cualquier otra lengua oficial si va acompañado de traducción al inglés), Malta y Chipre (que admite griego y turco como lenguas oficiales), admiten el inglés como idioma alternativo. Finlandia admite, además del finés y el inglés, el sueco; y Suecia, además del sueco y el inglés, el danés y el noruego.

Finalmente, Austria admite que la certificación vaya en otro idioma si viene

47 Lei nº 93/2009, de 01 de Setembro de 2009. Diário da República 1-9-2009, nº 169.

48 <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st16/st16924-re02.en10.pdf>

49 <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st11/st11439-co01.es10.pdf>

acompañada de traducción al alemán, y Portugal se reserva el derecho de aceptar certificados en otros idiomas.

2.2. Autoridades

Por otro lado y respecto de las autoridades de emisión o de ejecución, los Estados han adoptado distintas soluciones dependiendo de su idiosincrasia jurídica, pero en general se ha optado por una ejecución descentralizada, con atribución a los tribunales locales, lo que refuerza la idea ya planteada en el nivel anterior de la creación de un atlas europeo respecto de esta DM. Y se habla de la ejecución porque en cuanto a las autoridades de emisión no existe discusión, y todos los Estados atribuyen a los tribunales que dictan la resolución sancionadora la facultad para solicitar su ejecución.

En este punto, y para clarificar las distintas declaraciones relacionaremos en primer lugar las designaciones efectuadas al amparo del art. 2.1 DM (esto es autoridades competentes a efectos de emisión o ejecución de las solicitudes), las efectuadas en virtud del art. 2.2 DM (autoridades centrales), y por otro las declaraciones efectuadas para supuestos de sanciones administrativas, extremo que no ha sido considerado por alguno de los estados que han transpuesto la DM.

En cuanto al primer punto, no todos los estados optan por un sistema descentralizado de transmisión directa entre los tribunales. Así Finlandia ha declarado como autoridad competente a los efectos del art. 2.1 (sin distinción entre emisión y ejecución) a una autoridad central (Legal Register Centre), al igual que Alemania, Dinamarca y Estonia que han designado al Ministerio de Justicia, y Holanda ha designado una única autoridad competente para la ejecución y emisión (el Fiscal de distrito de Leeuwarden); como también ha hecho Luxemburgo, que ha designado, tanto para la emisión como para la ejecución al Parquet Général (Fiscalía General). Suecia ha designado como autoridad a la Autoridad Sueca de Ejecución (Kronofogdemyndigheten -The Swedish Enforcement Authority-). El Reino Unido, si bien establece en su declaración los tribunales competentes tanto para la emisión o la ejecución en cada uno de los sistemas jurídicos (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte), de acuerdo con la norma específica establecida en el art. 4.7 DM, designa autoridades centrales para la transmisión y recepción administrativa de las solicitudes⁵⁰.

Los restantes han optado por un sistema descentralizado. Francia ha designado

⁵⁰ Nos remitimos a la legislación que se ha mencionado en las notas 2 y 3, destacando que en la legislación interna inglesa se establece que los tribunales recibirán las solicitudes (certificados) de la oficina del Lord Chancellor (arts. 81 a 85). Según la declaración dichas unidades son: en Inglaterra y Gales la Mutual Recognition of Financial Penalties Central Authority, en Escocia The Sheriff Clerk y en Irlanda del Norte el Business Development Group; todos ellos dependientes de los organismos administrativos de gestión de los tribunales.

como autoridades de emisión a los jueces y fiscales y como autoridad de ejecución a las Fiscalías de cada territorio; de la misma forma que Austria, que designa para la ejecución de sanciones penales a los tribunales regionales. La República Checa, por su parte, sigue el sistema austriaco y designa como autoridades de ejecución los tribunales regionales y el municipal de Praga. Rumania opta también por el sistema descentralizado y designa como órganos competentes los distintos tribunales del Estado (locales, de distrito o de apelación). España sigue este sistema y declara competentes a efectos de emisión los órganos judiciales penales y de ejecución a los juzgados de lo penal. Chipre opta también por considera como órganos de emisión los tribunales penales o provinciales y como órgano de ejecución los tribunales provinciales. Lituania acude a idéntico sistema y considera como competentes a efectos de emisión a los tribunales de competencia general de la república, y como órganos de ejecución a los tribunales de distrito. Letonia establece como autoridad a efectos de emisión cualquier tribunal u oficina del fiscal, y como autoridad de ejecución los tribunales de primera instancia. Hungría declara como autoridades tanto de emisión como de ejecución a sus órganos jurisdiccionales, sin especificación alguna. Finalmente, Eslovenia solamente declara los órganos competentes para la ejecución, declarando como tales, para resoluciones judiciales, a los tribunales de distrito, y específicamente al de Liubiana cuando no sea posible determinar la competencia territorial en Eslovenia. Finalmente Bulgaria, Hungría, Malta, Polonia y Portugal declaran autoridades competentes los tribunales penales de distrito o regionales.

En cuanto a la designación de autoridades centrales, a los efectos del art. 2.2 DM, no todos los estados hacen tal designación. La mayor parte de los estados que hacen esta declaración designan como autoridad central al ministerio de Justicia, o departamento de cooperación internacional del mismo (Chipre, Estonia, Lituania Letonia, Rumania). Holanda ha designa una autoridad distinta como autoridad central (Central Justitieel Incassobureau) que se constituye como autoridad competente para la transmisión y recepción administrativa de las solicitudes. Hungría designa autoridad central a los efectos del art. 2.2 DM sólo para las resoluciones administrativas, el Cuerpo Nacional de Policía. El Reino Unido designa las autoridades centrales que se acaban de expresar en nota al pie. Los restantes Estados no hacen previsión expresa alguna designando autoridad central.

Igualmente, tampoco todos los estados contemplan la designación de autoridades administrativas para la emisión o ejecución de solicitudes por sanciones administrativas. Y si bien en el caso de las autoridades de emisión sería comprensible en aquellos estados que no contemplan en su legislación interna resoluciones como las contempladas en el art. 1 .a) ii o iii DM, no lo es tanto a la hora de ejecutarlas, en que parecería oportuna la designación de una autoridad administrativa para su ejecución, especialmente en las resoluciones señaladas en el apartado iii. En este aspecto sólo

se establecen previsiones en las declaraciones de Austria, en que se consideran competentes las autoridades administrativas de distrito o a los departamentos de policía, que desarrollan mediante lista anexa; Eslovenia, que establece la competencia de los tribunales locales (para las sanciones judiciales son los de distrito); y Hungría, en que se establecen tanto las autoridades de emisión, con un amplio catálogo de autoridades sancionadoras, con una autoridad central, y de ejecución, que se centra en el Cuerpo Nacional de Policía. Chipre por su parte sólo declara las autoridades de emisión en este aspecto administrativo pero no para la ejecución. El resto de los estados nada disponen al respecto, lo que si bien en el supuesto de designación de autoridad de ejecución centralizada (Finlandia, Dinamarca y Estonia), permitirá diferenciar en clave interna cada autoridad o unidad de ejecución diferenciada, en los restantes Estados dará lugar a que órganos judiciales puedan verse en la necesidad de ejecutar resoluciones estrictamente administrativas de un tercer estado.

Por último, y en cuanto las técnicas de designación de las autoridades, es diversa en cada declaración. Así, y dejando aparte aquellos estados que tienen centralizada la ejecución, varios de los estados hacen un listado detallado de los tribunales competentes, con nombre y direcciones (Austria, República Checa, Eslovenia, Rumania), mientras otros remiten a una página web (Lituania). Por último otros hacen la simple mención de los tribunales pero sin dar elemento alguno de localización (Chipre, Francia, España, Hungría, Letonia), lo que se estima provoca una dificultad innecesaria, en tanto que al estado notificante no le supone esfuerzo alguno identificar, ya sea por anexo o por remisión *on line*, a los órganos competentes para la ejecución, lo que se agrava en los supuestos en que tampoco se designa una autoridad central a la que dirigirse (Francia, España). La solución que parece más adecuada para solucionar este problema, sería que se elaborase un atlas judicial para esta DM, como se ha hecho con la euroorden, y así se ha recomendado, como hemos visto en el nivel anterior, pero hasta la fecha dicho proyecto no se ha llevado a cabo, según informaciones de Eurojust.

3. Transposiciones

El art. 20.5 DM exige que los estado transmitan a la Secretaría General del Consejo y de la Comisión los textos de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales, lo que permita la valoración de su encaje dentro de las previsiones de la DM, y en base a estas comunicaciones se ha elaborado el informe presentado por la Comisión el 22 de diciembre de 2008⁵¹.

⁵¹ Informe de la Comisión de 22 de diciembre de 2008, COM (2008) 888 final. doc. Consejo 5201/09.

3.1. Definiciones

De acuerdo con dicho informe y en cuanto al art. 1 DM, La República Checa, Hungría, Holanda y España, así como el Reino Unido, han recogido todas las definiciones que en ese precepto se configuran, pero la mayoría de los estados miembros (Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Eslovenia) sólo han recogido las definiciones de resolución y sanción pecuniaria. Lituania y Letonia sólo han transpuesto la definición de sanción pecuniaria. Varias leyes de transposición carecen de disposiciones sobre ciertos elementos de estas definiciones, siendo de destacar el no reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, como ya hemos expuesto, en la legislación interna de la República Checa.

3.2. Ámbito

En lo que respecta al ámbito de aplicación y en relación con el art. 5 DM, la mayor parte de los estados han transpuesto la lista (Austria, Dinamarca, Estonia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Letonia, Holanda y Reino Unido). Sin embargo la República Checa, Lituania y Eslovenia no la han transpuesto en su integridad.

3.3. Motivos de denegación

En lo que respecta a las causas de no reconocimiento del art. 7 DM, se pone de relieve que aunque todos los estados los han transpuesto, lo ha sido como motivos obligatorios de denegación en su gran mayoría, añadiendo algunos Estados motivos adicionales de dudoso encaje con la sistemática y finalidad de la DM. Así, en cuanto a la no presentación o presentación defectuosa del certificado se ha transpuesto como opcional por Finlandia, Francia y Hungría, y como obligatorio los demás Estados. Respecto de principio *ne bis in idem* (art. 7.2.a DM), el principio de doble tipificación (7.2.b), y la prescripción de la ejecución (7.2.c) se transponen como opcionales por Dinamarca y Finlandia y obligatorios por los restantes. Respecto del de territorialidad. El principio de territorialidad como causa de denegación (7.2.d) se contempla como opcional en las legislaciones de Finlandia, Francia, Hungría y Holanda, sin que se haya transpuesto en las de Estonia y Letonia, siendo obligatorio para el resto. En cuanto a la inmunidad (art. 7.2.e), o a la minoría de edad penal (7.2.f) sólo es opcional en Finlandia, al igual que sucede respecto de las resoluciones dictadas en ausencia previstas en el apartado g) (que no es transpuesta por Hungría). Por último y en cuanto a la cuantía de la sanción (7.2.h) es opcional en Finlandia, Francia y Holanda, y obligatorio en el resto.

Por otra parte y fuera del ámbito de las causas del art. 7 DM, la cláusula de los derechos humanos como motivo de denegación también ha sido objeto de distintas

valoraciones en las transposiciones, y así mientras algunos Estados como Holanda o Dinamarca han entendido que este motivo no requiere de especial transposición, o Letonia, que invoca su legislación nacional a este respecto, otros como Austria, Hungría o España lo han aplicado como motivo obligatorio para denegar la ejecución. A su vez otros Estados han realizado transposiciones específicas: Finlandia ha transpuesto esta disposición añadiendo como motivo obligatorio de denegación el que existan motivos razonables para sospechar que se han violado las garantías procesales en los procedimientos que dieron lugar a la ejecución; Francia y Lituania han incluido como motivo obligatorio el que haya motivo para creer que la sanción se ha impuesto por motivos de raza, religión, etnia, orientación sexual u opinión política; y Eslovenia, además de este motivo, cuando la ejecución esté en conflicto con la constitución eslovena. Estonia, en fin, entiende como causa de negación que la resolución haya sido dictada por un tribunal que no sea considerado independiente.

Finalmente algunos Estados han añadido motivos adicionales no contemplados en la DM, como el ya expresado por la República Checa de denegación de la ejecución de solicitudes dirigidas contra personas jurídicas al no reconocer su responsabilidad penal; o Hungría, que expone como motivo adicional que haya pasado un año desde la entrada en vigor de la resolución extranjera.

3.4. Tramitación

En cuanto a la forma de transmisión y en relación con el art. 4 DM, la República Checa, Finlandia, Hungría, España, Letonia, Lituania y Holanda han transpuesto todos los elementos de este precepto a su legislación interna, mientras Austria, Dinamarca, Francia y Eslovenia y Estonia han hecho una transposición parcial. En cuanto a la obligación de reconocimiento automático si se cumplen todos los requisitos del certificado, en general los Estados (art. 6 DM) ha sido transpuesta de forma específica por República Checa, Dinamarca, Finlandia, España, Francia, Lituania y Holanda.

En lo que respecta al procedimiento y las lenguas de transmisión, ya hemos hecho su análisis al examinar las declaraciones, y en cuanto al deber de información (art. 14 DM), Austria, República Checa, Finlandia, Hungría, España, Lituania, Letonia, Holanda, Eslovenia y Francia lo han transpuesto.

3.5. Ejecución

En cuanto a la ejecución, atendiendo en primer lugar a la determinación de la cuantía de la sanción (art. 8 DM), con la posibilidad de limitación atendiendo a la legislación nacional y de conversión, han sido transpuestas por Austria, Dinamarca, República Checa, Finlandia, España, Francia, Hungría, Letonia, Holanda y Eslovenia, mientras Estonia no lo ha hecho y Lituania sólo hace referencia a la conversión de la moneda.

En cuanto a la aplicación de la legislación del estado de ejecución a ésta y las consecuencias de pagos parciales (art. 9.1 y 2 DM), ha sido transpuesta por todos los Estados. Algunos de ellos no ha transpuesto el párrafo tercero relativo a la obligación de ejecución aunque el Estado no reconozca la responsabilidad de las personas jurídicas (Dinamarca, Estonia, Hungría, Letonia y Lituania) y otros se han remitido a su legislación nacional, como Austria, Francia u Holanda. En este punto nuevamente destaca la postura expresamente contraria de la República Checa.

Respecto de las penas alternativas por impago de la sanción (art. 10 DM), Austria, República Checa, Holanda, Letonia, España y Eslovenia han transpuesto esta disposición; Estonia la ha transpuesto especificando como penas de conversión la prisión o trabajos en beneficio de la comunidad, y Lituania la ha transcrito de forma parcial. Finalmente algunos Estados han manifestado la imposibilidad de aplicar penas alternativas en virtud de su legislación nacional, ni en su territorio ni en el extranjero (Francia y Finlandia), o sólo en su territorio (Dinamarca).

En cuanto a los supuestos de amnistía, indulto o revisión de la sentencia previstos en el art. 11 DM ha sido transpuesta por algunos estados como Finlandia, Holanda y España. Otros sólo se refieren a la concesión de indulto en su territorio (República Checa y Dinamarca). Letonia ha transpuesto la disposición respecto al amnistía y el indulto pero sin hacer mención a la revisión de la resolución. En la transposición de Estonia, el indulto queda atribuido como la revisión, al estado emisor. Lituania contempla la situación en que la amnistía e indulto del estado emisor son obligatorias en Lituania. Austria y Eslovenia han transpuesto como motivo obligatorio de denegación la amnistía e indulto y Hungría la ha establecido como motivo de denegación (sin que haya transpuesto este artículo de forma específica) cuando la infracción penal en la que se basa la resolución del Estado miembro entre en el ámbito de aplicación de la legislación húngara, y la infracción penal está cubierta por una amnistía en virtud de la legislación húngara. Francia no ha transpuesto esta disposición, pero ha invocado las normas pertinentes existentes en su derecho nacional.

Respecto de la suspensión de la ejecución en cuanto se comunique por el estado emisor de cualquier resolución que tenga por efecto anular el carácter ejecutivo de la resolución a ejecutar, contemplada en el art. 12 DM, todos los estados menos Estonia la han transpuesto.

En cuanto al destino de las cantidades percibidas en concepto de ejecución de las resoluciones, que según el art. 13 DM quedarán en poder del estado de ejecución salvo que se acuerde otra cosa entre dicho Estado y el de emisión, todos los estados excepto Estonia y Lituania la han transpuesto. Respecto de la información del resultado de la ejecución que impone el art. 14 DM, todos los estados la han transpuesto excepto Dinamarca que consideró que esta disposición no requiere transposición y Estonia. En cuanto a las consecuencias de la transmisión de una resolución, y los casos en que ese

derecho de ejecución vuelve al estado emisor (art. 25 DM) todos lo Estados excepto Letonia lo han transpuesto.

Por último y en lo que se refiere a la renuncia recíproca a reclamarse el reembolso de los gastos de la aplicación de esta DM, Austria, República Checa, Finlandia, Holanda, Eslovenia y España la han transpuesto. Dinamarca, Francia y Letonia han declarado que no requería transposición, mientras Estonia, Hungría y Lituania no la han transpuesto.

Apéndice II. Documentación de Referencia

En este nivel se harán constar las referencias de localización de la documentación mencionada en el Tema. La indicación de textos legales europeos se hace a su versión en español. De no estar disponible se hace constar la versión en inglés.

Decisión marco

Decisión Marco 2005/214/JAI de 8 de febrero de 2005: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:076:0016:0030:ES:PDF>

Informe de la Comisión de 22 de diciembre de 2008, sobre implementación de la Decisión Marco: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0888:FIN:ES:PDF>

DECISIÓN MARCO 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:ES:PDF>

Documento del Consejo 16924/2/10, COPEN 269, de 21 de enero de 2011, sobre implementación de la Decisión Marco:

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st16/st16924-re02.en10.pdf>

Tratados europeos

Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:ES:HTML>

Tratado de Lisboa: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>

Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht): http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002M/htm/C_2002325ES.000501.html

Tratado de la Unión Europea (Versión consolidada 1997): <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11997M/htm/11997M.html#0145010077>

Antecedentes

Conclusiones del Consejo Europeo de Cardiff: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/54316.pdf

Plan de Acción de Viena de 3 de diciembre de 1998: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1999:019:0001:0015:EN:PDF>

Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/00200-r1.es9.htm

Comunicación de la Comisión al Consejo y la Parlamento de 26 de julio de 2000: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0495:FIN:ES:PDF>

Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo en las resoluciones en materia penal: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:012:0010:0022:ES:PDF>

Comunicación de la Comisión de 19 de mayo de 2005: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0195:FIN:ES:PDF>

Plan de Acción del Programa de la Haya: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:ES:PDF>

Convenio del Consejo de Europa sobre validez internacional de Sentencias penales (CEVISP) de 28 de mayo de 1970: <http://www.boe.es/boe/dias/1996/03/30/pdfs/A12228-12244.pdf>

Acuerdo Schengen de 28 de abril de 1999, sobre cooperación en procedimientos por infracciones de tráfico y la ejecución de sanciones pecuniarias: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/SCH.ACQUIS-EN.pdf> (pgs. 522 a 532)

Convenio del Consejo de 17 de junio de 1998 sobre decisiones de privación del permiso de conducir: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:216:0001:0012:ES:PDF>

Trabajos preparatorios

Iniciativa “*con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias*”: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:278:0004:0008:ES:PDF>

Dictamen del Parlamento Europeo de 17 de enero de 2002: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0444+0+DOC+PDF+Vo//ES&language=ES>

Notificaciones de adaptación

RUMANÍA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st16/st16283.en08.pdf> <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/09/st06/st06934.es09.pdf>

CHIPRE <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st16/st16239.en08.pdf>

ESTONIA: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st14/st14381.es08.pdf>

LETONIA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st14/st14385.es08.pdf>

LITUANIA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st14/st14389.es08.pdf>
REPÚBLICA CHECA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/sto8/sto8390.en08.pdf>
ESLOVENIA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st13/st13174.es08.pdf>
AUSTRIA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/sto7/sto7026-re01.es08.pdf>
PAÍSES BAJOS
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/sto5/sto5388.es08.pdf>
<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/sto5/sto5388-re01.es08.pdf>
FRANCIA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/07/st11/st11080.es07.pdf>
DINAMARCA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/07/st10/st10909.es07.pdf>
FINLANDIA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/07/sto7/sto7965.es07.pdf>
HUNGRÍA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/09/sto6/sto6356-re02.es09.pdf>
ESPAÑA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/09/sto6/sto6448.es09.pdf>
REINO UNIDO <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/09/st16/st16457.es09.pdf>
LUXEMBURGO <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/sto8/sto8897.es10.pdf>
BULGARIA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st15/st15217.en10.pdf>
ALEMANIA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st17/st17526.en10.pdf>
SUECIA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st16/st16720.en10.pdf>
MALTA <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/sto5/sto5466.en11.pdf>

Legislaciones nacionales

Por limitaciones lingüísticas, sólo se recogen los textos legislativos de los Estados miembros que consta han realizado adaptaciones de su legislación nacional en español, inglés, francés o italiano.

ESPAÑA: Ley 1/08, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias: <http://www.boe.es/boe/dias/2008/12/05/pdfs/A48679-48691.pdf>

REINO UNIDO (Inglaterra e Irlanda del Norte): Criminal Justice and Immigration Act 2008 (Part 6): http://www.bailii.org/uk/legis/num_act/2008/ukpga_20080004_en_1.html#pt6

REINO UNIDO (Escocia): Criminal Proceedings etc. (reform) (Scotland) Act 2007 (s.56): http://www.bailii.org/scot/legis/num_act/2007/asp_20070006_en.html

REINO UNIDO (Escocia): The Mutual Recognition of Criminal Financial Penalties in the European Union (Scotland) Order 2009:

http://www.bailii.org/scot/legis/num_reg/2009/ssi_20090342_en_1.html

FRANCIA: Code de Procédure Pénale (Partie Réglementaire -Décrets simples)

SANCIONES PECUNIARIAS

(art. D48-18 a D48-29):

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=03629FD34E31C1E6C458BC077957F70582070&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20090602>

ITALIA: Legge n.34, Gazzetta Ufficiale n.56 del 6 marzo 2008.(Legge Comunitaria 2007) Capo III: <http://www.parlamento.it/leggi/eelenium.htm>

PORTUGAL: Lei nº 93/2009, de 01 de Setembro de 2009. Diário da República 1-9-2009, nº 169: <http://dre.pt/pdfgratis/2009/09/16900.pdf>

Bibliografía

- BUJOSA VADELL, Lorenzo M. “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales”. Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de derecho Judicial, CGPJ, año 2003. <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm> (*Publicaciones-Búsqueda Base de datos publicaciones*)
- GRACIA RUBIO, María. “Potestad Sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: Comentario a la sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984: el caso Öztürk”. Revista de Administración Pública num. 104, mayo-agosto 1984. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1984_104_375.PDF
- LIGETI, Katalin. “Mutual Recognition of financial penalties in the European Union”. Revue Internationale de Droit Penal, 1^o/2^o trimestres 2006. <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-1.htm> (*acceso previo abono*)
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel. “El Reconocimiento mutuo de las sanciones pecuniarias en la Unión Europea”. Revista General de Derecho Europeo, num.10, 2006. http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=405223&d=1 (*acceso previo abono*)
- MARTIN, Maik. «Franchir l’infranchissable? Cooperation judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté et sécurité». Cultures & Conflicts, num. 62, 2006. <http://www.conflicts.org/index2058.html>
- MORÁN MARTÍNEZ, Ana María. “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones y el comiso: Las Decisiones marco”. Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, año 2003. <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm> (*Publicaciones- Búsqueda Base de datos publicaciones*)
- PALOMO DEL ARCO, Andrés. “Cooperación judicial penal en Europa”. Sistemas penales europeos. Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, año 2002. <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm> (*Publicaciones- Búsqueda Base de datos publicaciones*)
- YBARRA BORES, Alfonso. “La implantación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de las sanciones administrativas pecuniarias en la Unión Europea”. Revista electrónica de Estudios Internacionales, núm.11, año 2006. [http://www.reei.org/reei%2011/A.Ybarra\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/A.Ybarra(reei11).pdf)

Apéndice III. Relativo al Sistema Español

1. Introducción

En este nivel hemos de analizar, desde la óptica del ordenamiento español, la Decisión marco y sus consecuencias, que en España se ciñen a su transposición al ordenamiento interno, lo que nos llevará a analizar la Ley 1/08, de 4 de diciembre.

2. Decisión marco en relación con derecho español

El análisis de la decisión marco debe llevar a una serie de reflexiones propias de nuestro sistema legal, como son las peculiaridades que se presentan a la hora de examinar las definiciones que contempla.

Y así en cuanto al concepto de resolución cabe destacar que en el apartado a) del art. 1 DM se define la más habitual de las decisiones, dictadas por un tribunal por un hecho de relevancia penal. Pero hay que tener en cuenta que la Decisión Marco, si bien dispone que la resolución se adopte sobre una infracción de carácter penal, no exige que el órgano que haya adoptado tal resolución sea de carácter penal, frente a la exigencia explícita que se hace en los siguientes puntos. Es verdad que parece difícil concebir que un Tribunal sin competencias penales pueda decidir sobre una infracción penal, de la misma forma que es difícil concebir, en nuestro sistema jurídico, a un órgano administrativo imponiendo sanciones por hechos criminales; pero no podemos dejar de tener en cuenta el carácter europeo de esta decisión y por lo tanto la posibilidad de una situación como la descrita. En todo caso lo que este apartado pone de relieve es la ausencia de formalismo en la definición del órgano, siendo relevante que tenga legalmente atribuida esa competencia, sin perjuicio de su caracterización formal.

Por otra parte también se destaca la posibilidad de resoluciones de carácter penal dictadas por autoridades administrativas, o resoluciones administrativas sancionadoras recurribles ante órganos jurisdiccionales con competencia penal (art. 1.a) iii DM). En este punto concreto, desde la doctrina española se ha echado en falta la definición de qué deba entenderse por un “*órgano judicial con competencia en particular en asuntos penales*”⁵². Se sostiene que dadas las diferentes estructuras judiciales de los Estados miembros, podría haber sido oportuno especificar a qué extremo llega esa consideración, habiéndose planteado la cuestión en España respecto de los Tribunales Superiores de Justicia, en tanto que tienen una Sala Penal, y si esta situa-

⁵² En este sentido Rosa Ana Morán Martínez, en “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco” (pg. 402).

ción permitiría la extensión a las resoluciones de otras Salas de dicho Tribunal (por ejemplo de las Salas de lo Contencioso-Administrativo); solución que ha sido desechada en España, como se expresa en el último párrafo del exponendo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 1/08, y que se concreta a en su art. 4.1, que considera como única jurisdicción autorizada a ejercitar esta solicitud a la penal, al referirse a la “cualquier juez o tribuna penal competente para su ejecución en España”.

Con esta norma se pone fin a todo debate acerca de las resoluciones españolas que pueden ser objeto de aplicación de esta DM, y quedan claramente limitadas al ámbito penal. Más aún, la norma que transpone la DM limita de forma expresa las sanciones pecuniarias a aquéllas que se derivan de una infracción penal (art. 1.1), lo que excluye la posibilidad de ejecución por parte de los tribunales penales de infracciones que no tengan su origen en un tipo penal (p.e. sanciones gubernativas impuestas en las funciones de policía de vistas y contempladas en la LOPJ).

3. Transposición española

En España se ha adaptado la legislación a la Decisión Marco por medio de la Ley 1/08 de 4 de diciembre⁵³ “para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias”. Este título mejora sensiblemente el del Anteproyecto que en su día se presentó en que se la proponía como Ley “para la ejecución de resoluciones judiciales que impongan sanciones pecuniarias por la comisión de infracciones penales”, título incompleto en tanto que no sólo se ejecutarán sanciones penales sino también administrativas.

Su Exposición de Motivos resume el principio del reconocimiento mutuo y su evolución, y reconoce la inaplicabilidad de la Decisión Marco a las decisiones sancionadoras administrativas españolas, por ser ajenas a la jurisdicción penal, como acabamos de expresar. Se estructura en tres capítulos (disposiciones generales, transmisión por las autoridades españolas para la ejecución en otro Estado, y ejecución en España de resoluciones de terceros Estados), a las que se añaden dos disposiciones adicionales (una relativa al especial régimen del Reino Unido e Irlanda y la segunda respecto de la remisión de estadísticas), una transitoria y tres finales, más un anexo, en el que obra el modelo del certificado.

Como elementos más resaltables en este momento inicial, pues constituyen los elementos que deben ser notificados de forma expresa a la Secretaría General del Consejo (arts. 2 y 16.1 DM), cabe señalar la determinación de las autoridades competentes y de la lengua de transmisión. El artículo 4 establece como autoridad de emisión a cualquier juez o tribunal penal competente para su ejecución en España; y como autoridad de ejecución a los Jueces de lo Penal del lugar de residencia del eje-

53 BOE nº293, 5 de Diciembre de 2008.

cutado, la sede social de la entidad o donde se encontrasen las propiedades o fuentes de ingresos. Como lengua de transmisión del certificado sólo se admite el español, estipulándose la devolución a la autoridad de emisión para su traducción si no viniese traducida a nuestra lengua (artículo 13.1 del Anteproyecto).

3.1. Disposiciones generales

Como ya hemos expresado la ley distingue tres capítulos distintos. En cuanto al primero, el de Disposiciones Generales, incluye las definiciones de la DM, tales como los conceptos de estado de emisión y de ejecución (art. 2), y de sanción (art.3), preceptos que reproducen las correspondientes definiciones de la DM. En cuanto a la definición de resolución, no se considera de forma autónoma, como se hace con los otros conceptos, pero el art. 1.1 define lo que se entiende por resolución a los efectos de actuar como estado de emisión, que como hemos dicho se limita a “resolución firme que exija el pago de un sanción pecuniaria a una persona física o jurídica como consecuencia de la comisión de una infracción penal”, y el art. 1.2 define resolución a los efectos de la ejecución, esto es de los terceros Estados, supuesto en el que se recoge la definición del art. 1.a) de la DM, aunque parece haberse omitido el supuesto previsto en el apartado iii de dicho precepto (sanción no penal impuesta por tribunal penal).

Finalmente en este capítulo se definen las autoridades judiciales españolas competentes (art.4) a las que ya hemos hecho mención. En este punto y en relación con los Jueces de lo Penal como autoridades de ejecución, debe ponerse de relieve el cambio existente desde el anteproyecto, en que se preveía atribuir esta competencia a los Jueces de Instrucción. Pese a este cambio competencial en realidad en esta cuestión subsiste un cierto problema, como es el de ejecución de las sanciones administrativas. Frente a otros Estados que sí lo ha legislado, España no ha designado una autoridad administrativa competente para la ejecución de esta clase de sanciones⁵⁴, pero dado que admite que sea ejecutables en España, significará que el Juzgado de lo Penal se vea obligado a la ejecución de resoluciones en principio ajenas a su jurisdicción (pensemos por ejemplo en sanciones de tráfico impuesta por una autoridad administrativa extranjera).

Por otra parte, la ley omite una referencia expresa a la competencia territorial, y simplemente establece la competencia funcional al disponer serán competentes los jueces de los penal del lugar donde se encuentren las propiedades o fuente de ingresos o la residencia habitual de a persona física o sede social de la jurídica. Quizá

54 Lo cual tampoco es una excepción dentro de los estados que hasta el momento han transpuesto la DM, pues aparte de los que designan un autoridad central, la mayoría de ellos sólo han designado autoridades judiciales (Francia, República Checa, Chipre, Lituania, Letonia, Rumania, Austria, España, Portugal, Eslovenia, Bulgaria, Hungría, Malta y Polonia).

hubiera sido conveniente establecer un cierto orden en la determinación del órgano penal competente para el supuesto, pues puede ser perfectamente posible que se haga constar que el ejecutado reside en un lugar y tiene propiedades en otro, dado que no es posible la ejecución de varias solicitudes al tiempo, como ya hemos visto en el nivel 1. En este sentido el art. 13 se limita a mencionar al “juez de lo penal competente”, y a establecer qué ha de hacer si no lo es (transmitirla de oficio al competente y comunicarlo a la autoridad de emisión), pero no se establece cómo fijar la regla de competencia territorial, como tampoco se establece especialidad alguna para la cuestión de competencia (es posible que el receptor se considere competente al que se ha abstenido de conocer), por lo que será de aplicación la normativa general de la LECr., en este caso del procedimiento abreviado, al desarrollarse en sede del juzgado de lo penal, con comunicación de esta incidencia a la autoridad de emisión.

Dado que la LECr. nada establece a este respecto, pues se da por sentado que la competencia para la ejecución corresponde al tribunal que dictó la sentencia (a salvo de los Juzgados de Ejecutorias), podríamos acudir de forma subsidiaria a la LEC, que en su art. 545 establece el tribunal competente para las demandas de ejecución de sentencias, y que si con carácter general atribuye la competencia al órgano que dictó la sentencia o aprobó la transacción judicial, en caso de otros títulos (art. 545.3) establece la competencia del Juzgado que corresponda con arreglo a los arts. 50 y 51 LEC, en los que se fija el fuero general del domicilio del demandado y en su defecto el de su residencia, permitiendo también la elección del fuero por el ejecutante al lugar donde el ejecutado tenga bienes susceptibles de ser embargados. Por tanto, cabría concluir con esta tesis que el fuero general de la residencia del ejecutado sería prevalente, pero la propia redacción del precepto, haciendo figurar en primer lugar el lugar donde se encuentran las propiedades o fuentes de ingresos, podría dar lugar a una interpretación diversa. Se estima que en todo caso, una vez determinada la competencia de uno u otro, el designado será competente para la ejecución única de la resolución.

Concluyendo este capítulo se hace una mención al destino de las cantidades cobradas y a los gastos. Respecto de la primera (art.5) parece que su encuadre sistemático más coherente sería en el capítulo tercero, en la ejecución de sanciones extranjeras en España, aunque su relación con los gastos (art.6) pudiera justificar su presencia en este lugar. En él se transpone el precepto del art. 13 DM y se recalca, remache añadido al proyecto de ley⁵⁵ en sede parlamentaria, que solamente podrá acordarse la entrega al Estado emisor y previo acuerdo con el mismo de las cantidades a favor de las víctimas (las *compensation orders* anglosajonas). Como decimos, su relación con el artículo siguiente en cuanto a los gastos es evidente por ser la otra cara de la misma moneda económica, y en él se transpone lo dispuesto en el art. 17 DM respecto de la no reclamación de gastos entre los Estados por dichas ejecuciones.

55 BOCG 16 de mayo de 2008, serie A.núm.2-1.

3.2. España como estado de emisión

El segundo capítulo tiene por objeto la transmisión por las autoridades españolas de una resolución. En su primer precepto (art. 7) se dispone con carácter general que resoluciones pueden ser transmitidas para su ejecución estableciendo además el sistema de transmisión directa, y especificando al posibilidad de que el juez emisor haga uso de los medios e investigaciones necesarias para la averiguación de esa autoridad, mención ciertamente retórica, pues es evidente que si el juez o tribunal español es competente para la remisión, deberá averiguar como pueda, se establezca o no en la Ley, el órgano competente para la ejecución. En la norma se hace mención a los Puntos de Contacto de la Red Judicial Europea. En nuestro caso es evidente que contaremos en primer lugar con el apoyo de la REJUE, y cabe que en el futuro se elabore, como se ha propuesto un atlas judicial como el ya existente para la ODE.

Por otra parte también se especifica la prohibición de remisión de varias solicitudes de ejecución a la vez, como exige la DM en su art. 4.4.

Se describe seguidamente la documentación a remitir y su modo de transmisión, con transposición exacta de la DM, insistiendo en la comunicación directa con la autoridad a quien se dirige la resolución, exigencia que en este precepto resulta redundante, pues la comunicación directa, que efectivamente deberá producirse siempre que sea posible por las lógicas limitaciones idiomáticas, deberá existir cuando sea precisa y en el mismo precepto en que se menciona esta obligación ya se hace constar que la remisión del certificado y la resolución se realiza directamente a la autoridad encargada de la ejecución. En todo caso y a este respecto se podría haber afinado algo más, dado que la transmisión del certificado no se tiene por qué realizar en todos los casos a “la autoridad encargada de la ejecución”, pues existen estados que han designado autoridades centrales (Dinamarca, Estonia, Luxemburgo o Finlandia) y otras han designado una autoridad para la recepción de las solicitudes distinta de la autoridad de ejecución (Holanda, el Central Justitiele Incassobureau, por lo que la comunicación directa posterior con esta oficina no será posible en este caso en que existe otra autoridad central de ejecución, el Fiscal de distrito de Leeuwarden; o el Reino Unido, ya sea Inglaterra y Gales, Escocia o Irlanda del Norte con respectivas autoridades centrales de recepción y transmisión administrativa). Más correcto habría sido indicar, y así debe interpretarse, que la comunicación directa deberá hacerse con la autoridad designada por el estado de ejecución a tal fin.

Igualmente se transcribe el art. 15.1 DM, que establece la pérdida de la competencia de ejecución cuando se remite la resolución a otro estado (art.9.1), pero se salva, considero que acertadamente, que esa paralización en al ejecución se limitará a los extremos objeto de ejecución en el otro Estado y a que se refiere la DM, esto es multa y costas, pues en el ordenamiento penal español no se contemplan las otras figuras que se establecen en la DM y en el art. 3.2 de la ley como sanciones pecuniarias.

También se recuerda la obligación de comunicar a la autoridad encargada de la ejecución de cualquier decisión que tenga por objeto dejar sin efecto ejecutorio la resolución e interesar la devolución (art.10), de la misma forma que se hará en el caso de que se estime algún recurso o se apruebe amnistía o indulto que afecte a alguna de las cantidades comprendidas en la sanción (art.11.2), añadiéndose en sede parlamentaria un párrafo disponiendo que el indulto o amnistía no podrán afectar a las costas o a las cantidades en favor de la víctima, mención que sobra en este precepto que se refiere a amnistía o indulto concedido en España, y que en su caso deberá contemplarse en la legislación sobre el indulto o en la ley que publique la amnistía.

Por último se establece la competencia exclusiva del tribunal español para conocer de los recursos contra la resolución, entendiéndose recurso contra su fondo y no contra la ejecución (ver art. 19.4 Ley), que se regirán por los trámites del estado de ejecución. Con esta redacción se mejoró la franca equivocación del anteproyecto de ley en que se establecía al competencia de juez español para conocer también de los recursos contra la ejecución en contradicción con los art. 9 y 11.2 DM.

3.3. España como estado de ejecución

Respecto al tercer capítulo, esto es la ejecución en España de resoluciones de otros Estados miembros, lo primero que se establece son las sanciones para cuya ejecución se es competente (art. 12) en que se hace una transcripción literal de la lista del art. 5 DM, así como del principio de la doble tipificación en caso que la infracción no esté contemplada en la lista.

El procedimiento a seguir se ajusta, con una transposición casi literal, a lo previsto en la DM, incluyendo no obstante la mención expresa que cuando el certificado no venga traducido al español, se devolverá inmediatamente a la autoridad de emisión para su traducción. Nada se dice sobre la resolución en sí (cuya traducción no es obligatoria según la DM), por lo que debe entenderse que el legislador español ha renunciado a la posibilidad prevista en el art. 16.2 DM de suspender la ejecución en tanto se procede a su traducción⁵⁶. En todo caso, no prevista esta posibilidad en la ley española, ha de entenderse que el juez deberá proceder a ejecutar la resolución tal y como se derive del certificado traducido sin que por tanto tenga acceso a interpretar aquélla.

En cuanto a las causas de denegación del reconocimiento, se transcribe de forma literal el art. 7.2 DM (añadiendo además la causa del 7.1, defectos en el certificado), aunque se establece la obligatoriedad de todas las causas para la denegación (en la DM eran optativas), incluyendo entre ellas la vulneración de algún derecho fundamental (art. 14.1.k), recogiendo de una forma más correcta, sistemáticamente hablando, la

⁵⁶ Desconocemos si en ello tendrá que ver que los gastos de esa traducción corresponden al estado de ejecución, en este caso España.

disposición combinada de los arts. 3 y 20.3 DM, lo que supone una novedad en relación con la adaptación a la legislación española de la Orden de Detención Europea.

Respecto a la forma de ejecución, se remite a la legislación interna española, con la especialidad de permitir la ejecución de sanciones contra personas jurídicas aun cuando el derecho español no prevea su responsabilidad. También se establece, lo que fue introducido en sede parlamentaria, la no obligación de representación letrada en esta fase de ejecución (hay que tener en cuenta que en todas las ejecutorias del Juzgado de lo Penal existe representación letrada derivada de que el acusado tiene designado letrado para su defensa de forma necesaria desde el auto de apertura del juicio oral), sin perjuicio de la obligación de notificación al ejecutado de las resoluciones que se dicten y de su derecho a personarse en la causa con letrado. Se transponen igualmente como especialidades de esta ejecución de sanción pecuniaria, la revisión de la cuantía de la sanción (art. 16) o la aplicación de sanciones alternativas (art.17), con reproducción de los arts. 8 y 10 DM, de la misma forma que se hace constar la obligación del Juez de lo Penal de suspender la ejecución cuando se le comunique cualquier decisión del Estado emisor que suspenda o deje sin efecto la resolución, reverso del art. 10 de esta ley para el juez español como autoridad de emisión y reproducción a su vez del art. 12 DM.

Para concluir, la ley establece un sistema específico de recursos contra las resoluciones dictadas en la ejecución (art. 19), fijando los de reforma y apelación, subsidiario o no, sin efectos suspensivos, siguiendo los trámites del procedimiento abreviado, respecto de los autos dictados por los Juzgados de lo Penal. En caso de interposición de recursos se deberá informar al órgano judicial de emisión de la interposición del recurso dando la posibilidad a la autoridad de emisión a que en cinco días pueda manifestar lo que estime oportuno, debiendo en todo caso comunicarse el resultado del recurso.

Como cláusula de cierre de este artículo 19, se establece que no se admitirán recursos que vayan dirigidos a impugnar la resolución ejecutada por motivos de fondo, pues éstos deberán alegarse ante la autoridad del estado de emisión, disposición ésta cuya redacción puede no ser muy afortunada (*“los motivos de fondo por los que se haya adoptado la resolución sólo podrán ser impugnados mediante un recurso interpuesto en el Estado miembro de la autoridad judicial de emisión”*), pues su forma de redacción parece hacer suponer que existirá un recurso en el Estado de emisión, lo cual ni puede imponer la ley española ni tiene por qué conocer el legislador español, y por otra se hace mención a la autoridad judicial de emisión, cuando como ya hemos visto la autoridad de emisión no tiene por qué ser una autoridad judicial. Menos barroco y más práctico habría sido limitarse a establecer que las impugnaciones sobre el fondo de la resolución deberán impugnarse en su caso en el Estado de emisión por el procedimiento que allí corresponda.

Concluyendo el análisis de la Ley 1/08, la Disposición Adicional Primera estable-

ce un régimen específico para Reino Unido e Irlanda, en el sentido que la transmisión de las resoluciones a estos Estados se hará según esta ley, salvo que éstos declaren ante la Secretaría general del Consejo que optan por una autoridad central especificada en su declaración. Como hemos visto del análisis de las transposiciones de la DM, esta disposición hoy día carece de sentido, por más que se ajuste a la disposición específica del art. 4.7 DM y a la especial situación de estos dos Estados en relación con el espacio Schengen, pues limita al Reino Unido y a Irlanda una opción que ha sido acogida por otros países, al amparo de una interpretación quizá algo forzada del art. 2 DM.

Respecto a la aplicación práctica de esta DM en el Estado español, derivada de la aplicación de la Ley 1/08, a la fecha de actualización de este tema, agosto de 2010, es pronto para llegar a conclusiones, pues no consta exista una doctrina asentada de los órganos judiciales que permita un análisis medianamente riguroso de su evolución y aplicación, ni por tanto para plantear problemas y/o soluciones que se hayan dado en supuestos concretos.

EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y SU DESARROLLO

Fabio Licata

1. Los instrumentos de reconocimiento mutuo

1.1. Los Programas de Tampere, de La Haya y de Estocolmo

El reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y la armonización de las legislaciones de los Estados miembros se han visto impulsados con la adopción de dos instrumentos programáticos: los Consejos Europeos celebrados en Tampere, en octubre de 1999, y en La Haya, en marzo de 2004.

En particular, el denominado Programa de La Haya ha contribuido a la creación progresiva de un marco jurídico común en el ámbito de la justicia y de los asuntos internos, así como a la integración de esta política en las demás políticas de la Unión.

Desde el punto de vista de las políticas criminales, los objetivos perseguidos son la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros; para la salvaguarda de los derechos fundamentales, las garantías procesales mínimas y el acceso a la justicia para facilitar protección a las personas que la necesitan a tenor de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados y otros tratados internacionales; la regulación de los flujos migratorios; el control de las fronteras externas de la Unión; la lucha contra la delincuencia organizada transfronteriza; la represión de la amenaza del terrorismo; el desarrollo del potencial de Europol y de Eurojust, y la profundización del reconocimiento mutuo de las resoluciones y de los actos judiciales. Además, el documento del Consejo promueve el pleno respeto de los derechos fundamentales que se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y en la Carta de los Derechos Fundamentales.

Los resultados obtenidos pueden encontrarse en las directrices del re-

conocimiento mutuo y de la armonización de las disposiciones de Derecho penal material y de Derecho procesal.

Desde el punto de vista específico de la aproximación de las disposiciones procesales, cabe destacar la Decisión marco de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹ y la Decisión marco de 26 de junio de 2001 sobre el blanqueo de capitales y la investigación, el embargo y el decomiso de los productos del delito².

Desde el punto de vista específico del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, la medida con diferencia más importante es la ya mencionada Decisión marco relativa a la orden europea de detención³, la cual ha sido aceptada, aunque con algunas dificultades, por todos los Estados miembros.

Son especialmente relevantes, asimismo, la Decisión marco n° 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, y la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias.

El Consejo también ha abordado el problema de la lucha contra la acumulación de riqueza de procedencia ilícita con la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito y con la Decisión marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso⁴.

El impulso normativo del Consejo se siguió articulando a través de la adopción de la Decisión marco sobre el intercambio de información de los registros de antecedentes penales [2005/0267(CNS)]⁵.

Por otra parte, el sistema del llamado registro europeo de antecedentes penales se ha completado recientemente con la Decisión marco 2009/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros y con la Decisión 2009/316/JAI, de 6 de abril de 2009, por

1 En *DO* L 13 de 20.1.2004.

2 En *DO* L 82 de 22.3.2004.

3 En *DO* L 182 de 5.7.2001.

4 *DO* L 328 de 24.11.2006.

5 Ambas Decisiones marco están publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea de 7 de abril de 2009.

la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), en aplicación del artículo 11 de la Decisión marco 2009/315/JAI ya mencionada.

Asimismo, adquieren una especial relevancia en el plano de la armonización las intervenciones en materia de delincuencia organizada, xenofobia y terrorismo: Decisión marco 2008/841/JAI en materia de delincuencia organizada y definición común del delito; Decisión marco 2008/913/JAI en materia de racismo y xenofobia; Decisión marco 2008/919/JAI, que modifica la decisión marco en materia de lucha contra el terrorismo.

En lo que se refiere al equilibrio entre las exigencias de cooperación y la protección de los derechos, recuérdese la Decisión marco 2008/977/JAI sobre la protección de los datos personales en el ámbito de la cooperación judicial y policial en materia penal⁶.

No obstante, el mayor empeño del Consejo Europeo se ha manifestado en una serie de decisiones marco destinadas a ampliar y consolidar el sistema del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

En este sentido, recientemente se han adoptado las siguientes decisiones marco:

- Decisión 2008/978/JAI, de 18/12/2008, sobre el exhorto europeo de obtención de pruebas⁷;

- Decisión 2008/909/JAI, de 27 noviembre de 2008, relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea⁸;

- Decisión 2008/947/JAI, de 27 noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad y las penas sustitutivas⁹.

También hay que destacar la extrema importancia de la recentísima Decisión marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, reforzando los derechos procesales de las

6 DO L 350 de 30.12.2008, p. 60. 60.

7 DO L 350 de 30.12.2008, p. 72. 72.

8 DO L 327 de 5.12.2008, p. 27. 27.

9 DO, L 337 de 16.12.2008, p. 102.

personas y promoviendo la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en ausencia del imputado en el proceso¹⁰.

Sin embargo, ante esta significativa producción normativa, se observa, desde el punto de vista de la aplicación práctica del principio del reconocimiento mutuo, que el proceso de implementación de los instrumentos normativos europeos en los ordenamientos internos de los Estados miembros resulta extremadamente lento, tanto por razones técnicas como por razones políticas.

Por tanto, si bien es cierto que el modelo del reconocimiento mutuo está programáticamente destinado a sustituir con el tiempo al corpus normativo contenido en los convenios multilaterales en el ámbito de la extradición y la asistencia judicial en materia penal, la amplitud de los resultados alcanzados a lo largo de casi cincuenta años, que ratifica la complejidad de la política criminal europea, no debe hacernos olvidar los límites del proceso en curso.

En realidad, si bien hasta ahora los Estados miembros no han podido ser llamados a responder ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en caso de incumplimiento de sus obligaciones de aplicación de las decisiones marco en los respectivos ordenamientos nacionales, hay que subrayar también que la unanimidad que se requiere para la adopción de los actos del tercer pilar hace farragoso el proceso de decisión.¹¹

El posterior desarrollo de la acción de la Unión Europea en materia de reconocimiento mutuo se refleja igualmente en las líneas programáticas del quinquenio 2009-2014, establecidas de conformidad con el Programa de Estocolmo¹², cuyo contenido subraya las etapas del próximo programa operativo

10 Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de marzo de 2009.

11 Para una reconstrucción crítica de la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, véase: Lorenzo Salazar, *“La lotta alla criminalità nell’Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l’Europa ed il Programma dell’Aia”*, en *Cassazione Penale*, noviembre de 2004.

12 Documento del Consejo de la UE 17024/09, Bruselas, 2 de diciembre de 2009. Sobre el origen del programa, se recuerda que la Comisión envió al Consejo Europeo, en calidad de institución responsable de la definición de las estrategias de la Unión, la comunicación [COM(2009) 262] *Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos*, en la que se contemplaban las posibles prioridades para el periodo 2010-2014. En concreto, las principales líneas de esta comunicación son las siguientes: 1) promover los derechos de los ciudadanos; 2) facilitar la vida de los ciudadanos; 3) proteger a los ciudadanos; 4) promover una sociedad más integrada para el ciudadano.

de las instituciones europeas en su labor de construcción del espacio común de libertad, seguridad y justicia.

En este sentido, el Consejo Europeo reiteró su *«determinación de seguir desarrollando un espacio de libertad, seguridad y justicia, que sirva y proteja al ciudadano de la UE y a los que se residen en este espacio [...] para responder con eficacia a los nuevos desafíos, aprovechando plenamente las oportunidades que ofrece el Tratado de Lisboa»*.

En particular, las prioridades políticas relevantes directa o indirectamente en materia de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales se especifican en los siguientes puntos, todos ellos estrechamente relacionados entre sí: la ciudadanía europea y los derechos fundamentales; el logro de la Europa del derecho y la justicia; la seguridad interna.

El documento subraya que la aplicación real de los principios establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es el requisito fundamental para que se desarrolle la ciudadanía europea.

Los derechos y deberes de esta ciudadanía únicamente pueden entenderse en un espacio judicial común, regido por los principios del derecho y de la justicia, cuyos pilares son la armonización de normas, el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, la formación de los juristas y los profesionales del sector, y el acceso a la justicia.

El complemento de esta estructura es una estrategia eficaz de seguridad interna, que se caracterice por el fomento de la cooperación judicial en materia penal y que permita combatir adecuadamente la delincuencia organizada y el terrorismo.

El Consejo Europeo invitó a la Comisión a presentar un plan de acción, que debería adoptarse a más tardar en junio de 2010, con una revisión intermedia antes de que concluya el mes de junio de 2012.

A tal efecto, y de conformidad con el programa que había indicado el Consejo, la Comisión adoptó el pasado mes abril, el Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo¹³, en el que, entre otras cosas, se estable-

13 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 - Garantizar un espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos - Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo [COM(2010) 171 final – no publicada en el Diario Oficial].

cen, en relación con el espacio judicial europeo, medidas adicionales con las que se pretende promover en lo sucesivo la armonización de las normas y conseguir el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales¹⁴.

En concreto, la Comisión manifiesta su intención de promover propuestas legislativas destinadas a sentar una base procesal común, especialmente en relación con la obtención de pruebas y el intercambio de información entre las autoridades judiciales y policiales.¹⁵

En definitiva, para que el principio del reconocimiento mutuo funcione de un modo eficaz, se prevén acciones futuras destinadas a reforzar la confianza recíproca, como aquellas con las que se desarrollará una serie de normas mínimas comunes en el Derecho civil y penal o aquellas otras con las que se pretende crear una fiscalía europea.

1.2. Los instrumentos de reconocimiento mutuo: la cooperación integrada

Teniendo en cuenta el dato indiscutible de que el incremento de la cooperación judicial y del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales se basa fundamentalmente en el alto grado de confianza recíproca en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión, es preciso señalar que el desarrollo y la radicación de dicho elemento no solo se derivan de las medidas

14 En este sentido, el fundamento filosófico de la Comisión en lo relativo al espacio penal europeo se refleja con claridad en las siguientes afirmaciones de la Comunicación: «*El Derecho penal es un ámbito relativamente nuevo de la acción de la UE respecto del cual el Tratado de Lisboa establece un marco jurídico claro. La política de la UE en materia de aproximación del Derecho penal sustantivo y procesal debe basarse en una estrategia de justicia penal que respete plenamente los principios de subsidiariedad y coherencia. Esta estrategia se llevará a cabo en estrecha colaboración con el Parlamento Europeo, los parlamentos nacionales y el Consejo y en ella se reconocerá que la cuestión principal sigue siendo el reconocimiento mutuo, y que la armonización de los delitos y las sanciones se realizará en casos determinados*».

15 Una vez más, merece la pena citar las esclarecedoras palabras de la Comisión: «*La administración de justicia no debe ser obstaculizada por diferencias injustificables entre los sistemas judiciales de los Estados miembros: no se debe permitir que los delincuentes eviten la acción judicial y la cárcel cruzando fronteras y aprovechando las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales. Es necesaria una sólida base procesal común europea. Un sistema nuevo y completo de obtención de pruebas en asuntos transfronterizos y un mejor intercambio de información entre las autoridades de los Estados miembros sobre los delitos cometidos son instrumentos esenciales para desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia que funcione*».

normativas que se acaban de mencionar y que se caracterizan directamente por sus objetivos de armonización e integración entre los diversos aparatos legislativos de los Estados miembros.

La confianza en la eficiencia, la legalidad y el carácter democrático de los sistemas es un fenómeno complejo, cuyo desarrollo es también el resultado del trabajo cotidiano y común de las instituciones de los países miembros en los organismos de la Unión y en la aplicación de todos los instrumentos convencionales y legislativos que permiten implementar el espacio común de libertad, seguridad y justicia. Asimismo, hay que subrayar la actividad desarrollada por determinadas agencias, creadas específicamente para coordinar las instituciones de cada uno de los Estados miembros que operan en sectores concretos de la justicia y los asuntos internos.

Dichas medidas pueden entrar en una categoría eficazmente definida como «cooperación integrada»¹⁶.

En ese campo ha asumido una especial relevancia la aplicación del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, adoptado el 29 de mayo de 2000¹⁷, y su posterior protocolo, firmado el 16 de octubre de 2001¹⁸, específicamente destinado a garantizar una asistencia judicial eficaz incluso en el intercambio de información sobre cuentas y sobre las operaciones bancarias y los controles sobre estas últimas.

De hecho, dicho instrumento convencional ha introducido una serie de innovaciones que han contribuido a dar un nuevo impulso a la cooperación entre los Estados miembros, en particular en el marco de las investigaciones en materia de delincuencia organizada e, indirectamente, a incrementar la confianza recíproca entre las instituciones nacionales comprometidas en tal frente.

Recuérdese la introducción del principio general según el cual, en los procedimientos de asistencia judicial entre los Estados miembros, la solicitud debe realizarse en la forma, el modo y los plazos «expresamente» indicados por el Estado requirente, en lugar de la ejecución en la forma prevista por la legislación del Estado requerido.

16 La definición es de Lorenzo Salazar, «La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia», en *Cassazione Penale*, noviembre de 2004.

17 DO C 197 de 12.7.2000, p.1.

18 DO C 326 de 12.11.2001.

De particular importancia operativa han sido, además, la «entregas controladas» y las operaciones de infiltración a través de agentes encubiertos, así como la constitución de «equipos conjuntos de investigación».

Desde otro punto de vista, la confianza recíproca entre los Estados miembros ha encontrado preciosos vehículos de desarrollo en organismos intergubernamentales y de cooperación como Eurojust y Europol.

En particular, Eurojust, constituida en forma de «agencia» de la Unión, ha contribuido a la resolución de las dificultades encontradas en el tratamiento de las solicitudes de cooperación judicial, incluso a través de la ya consolidada práctica de promover reuniones de coordinación entre las autoridades investigadoras competentes en su propia sede o en los Estados interesados.

Desde dicha perspectiva, la Unión ha experimentado positivamente la creación de «redes de contacto» entre las instituciones que actúan en determinadas materias relevantes en el campo de la justicia y de la seguridad.

Piénsese en la Red Judicial Europea, constituida desde 1998 y con vocación seguramente generalista en materia penal, así como en la creación de «corresponsales nacionales», tanto de policía como judiciales, con el fin de intensificar y facilitar la cooperación con Europol y Eurojust, respectivamente¹⁹.

A este respecto, cabe señalar que la acción de la Unión Europea dirigida a reforzar la cooperación integrada ha marcado otro avance importante con la adopción de tres importantes decisiones: la Decisión 2009/426/JAI, de 16 de diciembre de 2008, relativa al fortalecimiento de Eurojust, por la que se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia²⁰; la Decisión de 6 de abril de 2009 por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol)²¹; la Decisión 2008/976/JAI de 16 de diciembre de 2008, relativa a la Red Judicial Europea²².

Finalmente, aunque no se trata de estructuras directamente dedicadas al desarrollo de la cooperación judicial, hay que señalar la importancia de instituciones como la Red de los Presidentes de Tribunales Supremos, la de Fiscales Generales, la Red Europea de Formación Judicial o la Red de los

19 Decisión de 19 de diciembre de 2002 relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial para combatir el terrorismo, en *DO L* 16 de 22.1.2003.

20 *DO L* 138/14 de 4.7.2009.

21 *DO L* 121/37 s., de 15.5.2009.

22 *DO L* 348/130 s., de 24.12.2008.

Organismos de Autogobierno de la Magistratura. Se trata, de hecho, de instituciones fundamentales para el desarrollo del diálogo entre instituciones que, dentro de cada sistema nacional, desempeñan un papel decisivo para la creciente afirmación de la confianza recíproca.

El Programa de Estocolmo y las posteriores acciones normativas de las instituciones comunitarias pretenden reforzar la red de cooperación integrada, especialmente a través de la creación de la tan deseada Fiscalía Europea, con competencias para investigar y promover acciones penales.²³

1.3. Los instrumentos normativos: referencia a las secciones del curso precedentes

Anteriormente se ha mencionado que la implementación del principio del reconocimiento mutuo se centra, actualmente, en el instrumento de las decisiones marco y, principalmente, en la Decisión marco relativa a la orden de detención europea, el único instrumento normativo en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia que se integra plenamente en los ordenamientos de todos los Estados miembros.

Otros instrumentos normativos de la Unión ya en vigor —y sin duda destinados a tener un papel clave en el desarrollo de la acreditación recíproca de las resoluciones jurisdiccionales— son las ya mencionadas decisiones marco en materia de sanciones pecuniarias, embargo preventivo de bienes, secuestro judicial y obtención de pruebas en el transcurso de la instrucción.

Dichas medidas se tratan específicamente en otras partes del curso, a las que nos remitimos.²⁴

En cambio, a continuación analizaremos de forma concreta tres de los instrumentos normativos que ya están en vigor: la Decisión marco relativa la aplicación del reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas

²³ «La Comisión preparará la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust, que será responsable de investigar, perseguir y hacer que se juzguen los delitos contra los intereses financieros de la Unión. IPara ello, la Comisión seguirá reflexionando sobre la cooperación con todos los actores que intervienen, incluida la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)». Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 - Garantizar un espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos - Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo [COM(2010) 171 final – no publicada en el Diario Oficial].

²⁴ Módulo IV: temas 10, 11 y 12.

de vigilancia no privativas de libertad; la Decisión marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad; la decisión marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

2. El reconocimiento de las medidas cautelares no privativas de libertad

2.1. La acción de la Comisión: el Libro Verde y la propuesta de la orden europea de vigilancia

Uno de los puntos de acción del Consejo Europeo de Tampere, posteriormente desarrollado en el *Programa de medidas destinado a aplicar el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones penales* de noviembre de 2001, es la introducción del reconocimiento mutuo de las resoluciones que se refieren las medidas de control no privativas de libertad adoptadas por las autoridades judiciales de los Estados miembros.

El objetivo es incrementar, a través del instrumento del reconocimiento mutuo, la adopción de medidas de vigilancia distintas a la prisión provisional, con lo que se reducirá el número de detenidos no residentes que se encuentran a la espera de juicio en la Unión Europea.

De hecho, se ha observado que la valoración de los riesgos de fuga induce frecuentemente a adoptar medidas de prisión preventiva contra sospechosos no residentes, mientras que los residentes tienen más posibilidades de quedar sujetos a medidas no privativas de libertad.

Por tanto, a través de la creación de una resolución europea de aplicación de medidas de control no privativas de libertad debería favorecerse la aplicación de medidas alternativas para personas no residentes.

Además, los efectos indirectos de la introducción de dicho instrumento serían tanto el refuerzo del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia en el espacio común europeo de libertad, seguridad y justicia como la disminución del riesgo de diferencia de tratamiento con respecto a los imputados no residentes.

Con el fin de promover la iniciativa legislativa sobre este tema, la Comi-

sión publicó el Libro verde sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad²⁵

De hecho, el Libro Verde es un documento de la Comisión que sirve como base para un debate que permita preparar la propuesta de un nuevo instrumento legislativo: un Libro verde sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales relativas a las medidas de control no privativas de libertad. Un documento de trabajo de los servicios de la Comisión, adjunto al Libro Verde, contiene un análisis completo del marco jurídico vigente en la materia, además de ilustrar el planteamiento seguido por la Comisión para elaborar el documento.

Por consiguiente, a través de este Libro Verde, la Comisión ha sentado las bases necesarias para la introducción de un nuevo instrumento que permita el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad, con objeto de promover la sustitución de la prisión preventiva por una medida de control no privativa de libertad, cuya ejecución corresponderá al Estado miembro en el que el sospechoso resida habitualmente.

De este modo, el sospechoso en cuestión quedará sujeto a una medida de control en su entorno habitual hasta que el proceso tenga lugar en el otro Estado miembro.

Una acción en este ámbito encuentra su lugar lógico en el programa de medidas destinado a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, sancionado en noviembre de 2000, cuyos principios se ilustran en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión.

La idea que subyace de este nuevo instrumento es la sustitución de la prisión preventiva por un tipo de medida de control no privativa de libertad, así como la transmisión de tal medida al Estado miembro en el que el sospechoso resida habitualmente. De este modo, esta persona podría ser objeto de una medida cautelar en su ambiente habitual, hasta el momento del proceso en el Estado miembro competente.

Para garantizar la eficacia del instrumento, el Libro Verde prevé, como último recurso, incluir un mecanismo coercitivo que permita enviar al sospechoso que se niegue a cooperar con el Estado en que se celebrará el juicio.

Como conclusión de dicho proceso de consulta y estudio, la Comisión presentó en 2006 una propuesta de decisión marco sobre la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas de control aplicadas entre los Estados

25 COM (2004) 562, no publicado en el Diario Oficial.

miembros de la Unión Europea²⁶, con objeto de permitir el reconocimiento mutuo de todas las medidas de control.

Habida cuenta de la falta de armonía entre los diferentes sistemas de medidas de control que se encuentran en vigor en los ordenamientos de los distintos Estados miembros, la autoridad de la que parte la propuesta ha previsto el riesgo de que trate de manera diferente a los sospechosos que son residentes en el Estado del juicio y a los que no lo son.

En el fondo, la Comisión ha hecho de la salvaguarda de los derechos del individuo el principal elemento de su iniciativa legislativa en relación con la orden de vigilancia europea en el marco de las medidas cautelares aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea y ha comenzado por trabajar a partir de uno de los principales objetivos contemplados explícitamente en el Programa de Tampere de 2000²⁷, al que se añade el objetivo de lograr una cooperación judicial eficaz.

Por tanto, el objetivo es la racionalización del sistema, de modo que los ciudadanos de la Unión que tengan su residencia en otro Estado miembro puedan volver a su país y cumplir en él las medidas de control mientras esperan a que se celebre el juicio, en lugar de quedar en una inútil situación de detención provisional del Estado en el que se haya cometido el presunto delito.

Por otra parte, el objetivo que la iniciativa persigue indirectamente es fomentar la adopción de medidas menos graves que la detención provisional y regular los procedimientos de la Justicia de tal modo que se garantice la comparecencia del interesado ante el juez del Estado miembro que haya emitido la orden europea de vigilancia.

La orden europea de vigilancia puede ser emitida con respecto a un sospechoso en un proceso penal que no sea residente en el Estado miembro en cuyo territorio se haya dictado dicha orden.

La autoridad competente para emitir la resolución será el tribunal, el juez, el juez instructor o el fiscal competentes, a tenor del Derecho nacional, para dictar una orden europea de vigilancia, mientras que la autoridad de ejecución será la autoridad judicial competente que corresponda en virtud del Derecho nacional para la ejecución de una orden europea de vigilancia.

Hay que precisar que la emisión de la orden europea de vigilancia se es-

²⁶ COM (2006) 468, no publicado en el Diario Oficial.

²⁷ Se trata del Programa de medidas destinado a aplicar el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones penales (el Programa para el reconocimiento mutuo) de noviembre de 2000 (medida número 10).

estructura como una facultad reconocida al sospechoso, cuya aplicación se remite a la valoración discrecional de la autoridad judicial en la que se desarrolla el proceso. Por tanto, según el actual texto de la propuesta, el sospechoso, aunque pueda solicitar que se dicte una orden europea de vigilancia, no tiene, desde un punto de vista jurídico, un derecho en tal sentido.

La propuesta tiene en cuenta las relevantes diferencias que presentan las legislaciones de los Estados miembros en materia de regulación de las medidas de control.

De hecho, no se prevé un umbral mínimo concreto para la pena prevista, con el fin de identificar los delitos por los que se puede emitir la orden europea de vigilancia, sino que se dispone que la resolución puede ser emitida siempre que resulte posible, a tenor de la ley nacional del Estado de emisión, mantener a un imputado en situación de detención, con independencia de que los umbrales previstos difieran o no de un Estado miembro al otro.

Hay que señalar también que, según la estructura de la propuesta de la Comisión, la orden europea de vigilancia se puede emitir tanto como medida alternativa a la detención provisional como en caso de que se proceda por delitos a los que son aplicables únicamente medidas coercitivas distintas de la detención provisional y, por tanto, incluso cuando la pena mínima prevista sea inferior a la prevista para la detención provisional.

La propuesta de la Comisión recoge después la hipótesis de la medida extrema que, según las propuestas contenidas en el Libro Verde, debería estar destinada a garantizar la eficacia de la aplicación del procedimiento.

De hecho, se prevé, como extrema ratio, que los sospechosos que no deseen colaborar en la ejecución de la medida sean trasladados obligatoriamente al Estado miembro donde se deba celebrar el juicio, en el plazo de tres días desde su detención.

No obstante, antes de que se adopte una decisión en este sentido, el sospechoso tendrá derecho a ser oído por la autoridad emisora, eventualmente incluso mediante conexión telefónica.

En cuanto al contenido de las obligaciones que se pueden imponer por orden europea de vigilancia, la propuesta de Decisión marco cubre la protección de las tres exigencias cautelares «clásicas» que, generalmente, permiten la aplicación de la detención provisional a tenor de las leyes nacionales: el peligro de alteración de las fuentes de prueba, el peligro de reiteración del delito y el peligro de fuga.

Las obligaciones correspondientes que se pueden imponer para garan-

tizar el cumplimiento de dichas exigencias corresponden, como máximo, a las recomendaciones del Consejo de Europa sobre la detención provisional (por ejemplo, la prohibición de salida del territorio nacional, la obligación de presentarse ante la policía judicial, el toque de queda y el arresto domiciliario) y son todas ellas facultativas. Las únicas excepciones se refieren a: 1) la obligación del sospechoso de estar disponible para comparecer en juicio (no obstante, en el caso de que la legislación del Estado que haya emitido la resolución permita el proceso en rebeldía, el imputado podrá quedar exento de la obligación de comparecer en la sala); 2) la obligación de no obstaculizar el desarrollo regular de la justicia o de no realizar actividades criminales.

La responsabilidad del control del sospechoso pesa sobre el Estado miembro de su residencia habitual, cuyas autoridades tienen el deber de señalar cualquier violación a la autoridad judicial de emisión. En tal caso, la autoridad emisora tendrá la posibilidad de decidir la detención del sospechoso y, si es preciso, solicitar su traslado al Estado de emisión.

Incluso en tal caso, antes de la emisión de la resolución restrictiva, el imputado tendrá derecho a ser oído por la autoridad de emisión, recurriendo, si es preciso, a la videoconferencia.

Como en los otros instrumentos normativos vigentes, destinados al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, la propuesta de Decisión marco objeto de examen establece la obligación del Estado en el que resida habitualmente el sospechoso de cumplir una orden europea de vigilancia que haya emitido el Estado en el que deba celebrarse el juicio. El Estado requerido para la ejecución puede denegarla solo si dicha ejecución puede tener como consecuencia una violación del principio del *ne bis in idem*, o bien si concurre uno de los siguientes motivos: a) si la persona sospechosa no puede todavía ser considerada, a causa de su edad, penalmente responsable de los hechos en que se basa la orden europea de vigilancia; b) si una inmunidad o un privilegio a tenor de la ley del Estado de ejecución impide la ejecución de la orden europea de vigilancia; c) si el delito por el que se ha emitido la orden europea de vigilancia es objeto de amnistía en el Estado en que se ha solicitado la ejecución, en caso de que este último, a tenor del Derecho penal, fuera competente para seguir el delito.

Finalmente, desde el punto de vista del futuro reconocimiento mutuo de los efectos de las resoluciones firmes en materia penal, la propuesta prevé que si la persona objeto de la orden europea de vigilancia es ciudadano o re-

sidente en el Estado miembro de ejecución, la ejecución podrá quedar subordinada a la condición de que dicha persona, después de haber sido juzgada, sea trasladada al Estado miembro de ejecución para cumplir allí la detención provisional o la pena impuesta en su contra en el Estado miembro de emisión.

2.2. La Decisión marco relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional

El proceso de elaboración de la legislación, orientado por la Comisión mediante la adopción del Libro verde sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad, al que ha seguido la propuesta de Decisión marco sobre la orden europea de vigilancia, ha desembocado en la adopción de la Decisión marco relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional²⁸.

En definitiva, el Consejo, partiendo de los elementos que se proponen en el Libro Verde sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad y en la propuesta de Decisión marco sobre la orden europea de vigilancia, ha aceptado básicamente el principio de reconocimiento entre los Estados miembros de las medidas de control distintas de la prisión provisional.

En consecuencia, la Decisión marco que aquí se analiza y que retoma en lo esencial la estructura de la propuesta de la Comisión, persigue indirectamente el objetivo de fomentar la adopción de medidas de menor gravedad que la detención provisional y regular los procedimientos de la Justicia de tal modo que se garantice la comparecencia del interesado ante el juez del Estado miembro que haya emitido la orden europea de vigilancia²⁹.

²⁸ Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, en DO L 294 de 11.11.2009, p. 20.

²⁹ En relación con la Decisión marco que aquí se comenta, véase Ariano Maffeo, «*La decisione quadro n. 2009/829/GAI: il principio del mutuo riconoscimento applicato alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare*», en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, vol. 49, pág. 113; Coral Aranguena Fanego, «*De “la Orden europea de vigilancia” al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre*

Por otra parte, cabe destacar el objetivo general de mejorar la seguridad de los ciudadanos.

Siguiendo en lo esencial el esquema que se ha probado con resultados positivos mediante la orden de detención europea, la Decisión marco establece que la resolución por la que se aplica una medida de vigilancia no privativa de libertad se puede remitir a la autoridad competente del Estado miembro en el que resida legal y habitualmente el interesado.

Como es lógico, el presupuesto fundamental para tal remisión es que el interesado, tras haber sido informado de las medidas en cuestión, consienta en volver al país de su residencia legal o habitual.

Asimismo, al doble fin de facilitar la ejecución de medidas alternativas a la prisión y salvaguardar las exigencias de la persona objeto del proceso, se prevé que el interesado pueda solicitar que se transmita la resolución sobre las medidas de control a la autoridad competente de un Estado miembro diferente de aquel en el que resida legal y habitualmente, si dicha autoridad muestra con anterioridad su consentimiento.

La resolución sobre las medidas de vigilancia que se remita a otro Estado miembro deberá ir acompañada de un certificado en el que conste la dirección en que residirá el interesado en el Estado de ejecución, así como toda información pertinente que pueda facilitar la supervisión de las medidas de control en el Estado de ejecución.

De este modo se pretende evitar que, en caso de que las personas que se encuentren sujetas a una medida cautelar sean ciudadanos residentes en otros Estados de la Unión, las autoridades judiciales decidan optar por imponerles la medida de prisión por el mero hecho de que consideren que el domicilio en el extranjero es un agravante del peligro de fuga y se dé así una discriminación entre los ciudadanos residentes en los países de la autoridad a la que corresponde el proceso y el resto de ciudadanos de la UE.

Sobre la base de la Decisión marco, la autoridad judicial requirente podrá aplicar al sospechoso que resida en otro Estado miembro de la Unión una de las medidas alternativas a la prisión y elegir así entre todas aquellas que prevea su ordenamiento.

medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo», en Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia últimos avances en cooperación judicial penal/ Coral Aranguena Fanego (dir.), 2010, ISBN 978-84-9898-212-1, págs. 223-266.

Una vez que se emita la resolución restrictiva, se deberá cumplimentar el certificado de acuerdo con el modelo anexo a la Decisión marco y remitirlo a la autoridad judicial competente del Estado miembro en el que el sospechoso tenga su domicilio legal habitual para su ejecución.

A continuación, el país que reciba la resolución deberá ejecutarla en el plazo de veinte días a partir de la recepción de la demanda.

Sin embargo, en caso de que las medidas adoptadas por el país de expedición sean incompatibles con el sistema jurídico del país miembro a quien se demanda la ejecución de la resolución, el país que la reciba no estará obligado a acatar el contenido de dicha resolución, sino que contará con la posibilidad de adaptar las disposiciones de la misma para hacerlas compatibles con el ordenamiento de su país.

En tal caso, la Decisión marco introduce un mecanismo de flexibilidad muy oportuno: el Estado requerido podrá adaptar la medida de la autoridad requirente y disponer la adopción de alguna de las medidas de vigilancia no privativas de la libertad que prevea su ordenamiento para delitos equivalentes a aquel por el que se ha iniciado el proceso. La única limitación en este sentido es que no cabrá aplicar medidas más graves.

Desde esta perspectiva, es importante subrayar que tal instrumento de adaptación representa una verdadera novedad, dado que, para alcanzar el resultado fundamental de facilitar la adopción y posterior aplicación de una medida de vigilancia no privativa de la libertad, también en caso de que el sujeto pasivo de esa resolución resida habitualmente en el extranjero, se permite a la autoridad judicial del país requerido (y responsable de vigilar la ejecución de la medida) modificar el contenido esencial de la resolución emitida por la autoridad judicial de un país extranjero. Y todo ello, con objeto de garantizar que una medida de control no privativa de libertad pueda ejecutarse, aunque para tal fin se deban moderar los requisitos de protección de la sociedad que persiga la resolución en función de los derechos fundamentales de la persona sujeta a la medida sobre la base de la tradición jurídica del país obligado a su ejecución.

En cualquier caso, la Decisión marco distingue dos categorías de medidas de vigilancia no privativas de la libertad: por una parte, aquellas a las que siempre se aplica, de un modo u otro, la Decisión marco, y que engloban un conjunto de medidas que tienen algún efecto sobre la libertad de movimiento o de relación de la persona a la que se imponen³⁰; por otra, aquellas que el

30 Se trata de las siguientes medidas: a) obligación de la persona de comunicar a la

Estado miembro se muestra dispuesto a vigilar, con una comunicación expresa enviada a la Secretaría General del Consejo, y que se caracterizan por la imposición o la prohibición de determinados comportamientos³¹.

Dicho esto, cabe subrayar el hecho de que también la Decisión marco referida (como todas las demás que configuran el conjunto del sistema de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales) establece con claridad que el mecanismo de reconocimiento mutuo no puede en ningún caso mermar los derechos fundamentales protegidos por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Así, se establece expresamente que nada de lo dispuesto en la Decisión marco debe interpretarse como una prohibición de denegar el reconocimiento de la resolución sobre medidas de vigilancia cuando existan indicios objetivos de que la misma se dictó para sancionar a la persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, convicciones políticas u orientación sexual, o de que la situación de dicha persona puede verse perjudicada por cualquiera de estas razones.

Cuando se haya reconocido la resolución de vigilancia con medidas alternativas a la detención en prisión, será el país requerido el que deba ejecutar la medida de vigilancia dispuesta y ocuparse de la correspondiente actividad de control.

Por otra parte, con objeto de ejecutar adecuadamente la resolución, así

autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir las citaciones a comparecer en unas diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales; b) obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; c) obligación de permanecer en un lugar determinado, cuando proceda, en períodos determinados; d) imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución; e) obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; f) prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos. (artículo 8, apartado 1, de la Decisión marco).

31 Se trata de las siguientes medidas: a) obligación de no realizar determinadas actividades relacionadas con los delitos presuntamente cometidos, lo que podrá incluir ejercer determinadas profesiones o trabajar en determinados sectores; b) obligación de no conducir vehículos; c) obligación de depositar una suma determinada o dar otro tipo de garantía, en un número determinado de plazos o en un pago único; d) obligación de someterse a tratamientos terapéuticos o a tratamientos contra las adicciones; e) obligación de evitar todo contacto con objetos específicos relacionados con los delitos presuntamente cometidos. (Art. 8, apartado 2, de la Decisión marco).

como de optimizar la vigilancia, se prevé una consulta periódica entre las autoridades centrales de los dos países interesados.

Desde otra perspectiva, para garantizar la participación de la persona sujeta a control en el marco del proceso que se deberá celebrar en el país de expedición, se activa un procedimiento de entrega forzosa, similar al previsto en la orden europea de detención³².

Otro elemento interesante es la superación del sistema de la doble tipificación, según el modelo que ya se prevé en el caso de la orden de detención europea.

En consecuencia, para los delitos con una pena privativa de la libertad no inferior a tres años, el Estado de ejecución no deberá condicionar el reconocimiento de la medida a la comprobación de la doble tipificación del hecho.

Sin embargo, se mantiene la posibilidad de denegar la ejecución de las medidas de vigilancia no privativas de la libertad en caso de que se confirme que falta el certificado que debe acompañar la resolución que se va a ejecutar o que el mismo está incompleto, o en caso de que la resolución entre en conflicto con el principio del *ne bis in idem*. Otros casos en los que es posible denegar la ejecución son la prescripción del delito, de acuerdo con la legislación del Estado requerido, la previsión de una inmunidad o la ausencia de responsabilidad penal por motivos de edad³³.

32 De hecho, se establece: «En caso de que la persona afectada no vuelva al Estado de emisión de manera voluntaria, podrá ser entregada a ese Estado en virtud de lo dispuesto en la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros».

33 La autoridad competente del Estado de ejecución podrá denegar el reconocimiento de la resolución sobre medidas de vigilancia en los siguientes casos: a) cuando el certificado a que se refiere el artículo 10 esté incompleto o no corresponda manifiestamente a la resolución sobre medidas de vigilancia y no haya sido completado o corregido dentro de un plazo razonable fijado por la autoridad competente del Estado de ejecución; b) cuando no se cumplan los criterios expuestos en el artículo 9, apartados 1 y 2, o en el artículo 10, apartado 4; c) si el reconocimiento de la resolución sobre medidas de vigilancia vulnerase el principio *ne bis in idem*; d) en los casos mencionados en el artículo 14, apartado 3, y, de haber presentado el Estado de ejecución una declaración con arreglo al artículo 14, apartado 4, en los casos contemplados en el artículo 14, apartado 1, si la resolución sobre medidas de vigilancia se refiere a hechos no constitutivos de infracción según el Derecho del Estado de ejecución. No obstante, en materia fiscal, aduanera y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la resolución aduciendo que el Derecho del Estado de ejecución no impone el mismo tipo de tasas o impuestos o no contiene el mismo tipo de reglamentación en materia de impuestos, de derechos de aduana o de cambio que el Derecho

Además, para agilizar los procedimientos y reducir los costes, se prevé la posibilidad de recurrir al sistema de videoconferencia tanto en la fase de la instrucción como en la del juicio oral.

Se insta a los Estados miembros a acatar las medidas contempladas en la Decisión marco a más tardar el 1 de diciembre de 2012.

3. La ejecución de las penas privativas de libertad

3.1. El Convenio de Estrasburgo y el Libro Verde de la Comisión

Como ya se ha subrayado, la Unión Europea se ha fijado el objetivo de ofrecer a los ciudadanos un alto nivel de protección en el interior de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia (artículo 29 del Tratado de la Unión Europea).

Desde este punto de vista, la plena realización del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales presupone tanto la aplicación de instrumentos de armonización de las normativas nacionales en materia de sanciones penales como la ejecución de mecanismos modernos para el reconocimiento de las resoluciones definitivas de condena a penas privativas de la libertad.

Pero en realidad, no es posible hablar de un único espacio jurídico (lo que dificulta la materialización de los valores de libertad, seguridad y justicia) si no se cuenta con una aplicación básicamente homogénea de la legislación penal ni se brinda la posibilidad de ejecutar de un modo uniforme las penas de privación de libertad que impongan las autoridades judiciales de los Estados miembros.

del Estado de emisión. e) Cuando la posibilidad de enjuiciar la infracción por la vía penal haya prescrito según el Derecho del Estado de ejecución y la infracción se refiera a hechos que sean competencia del Estado de ejecución conforme a su Derecho nacional. f) Cuando el Derecho del Estado de ejecución reconozca una inmunidad que impida la supervisión de las medidas de vigilancia. g) Cuando el interesado, debido a su edad, no pueda ser considerado penalmente responsable de los hechos en que se basa la resolución sobre medidas de vigilancia según el Derecho del Estado de ejecución. h) Cuando, en el supuesto de que el interesado incumpliera las medidas de vigilancia, el Estado de ejecución se viera obligada a negarse a entregarlo de conformidad con la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros [6] (denominada en lo sucesivo “Decisión marco relativa a la orden de detención europea”). (Artículo 15 de la Decisión marco).

Ante esta realidad, el único instrumento regulador se encontraba en el régimen de traslado de las personas condenadas a penas de privación de libertad, también para los Estados miembros de la Unión, que se regulaba en las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 y basado exclusivamente en un régimen de consenso, ya que sólo se podía trasladar a otro país a una persona condenada si para ello se contaba con el consenso de la persona condenada y con el acuerdo entre los dos Estados interesados³⁴.

Todos los Estados miembros de la Unión Europea han firmado y ratificado el Convenio, si bien solo 11 de ellos han firmado el protocolo adicional de 1987³⁵. El principal objetivo del Convenio es la reinserción social de las personas condenadas a penas o medidas privativas de la libertad; en caso de un extranjero a quien se prive de su libertad por un delito, se le permite cumplir la pena en su medio social de origen. Los motivos que han inspirado este

34 En virtud del artículo 3 del Convenio, una persona condenada podrá ser trasladada si se cumplen las siguientes condiciones: el condenado es nacional del Estado de cumplimiento; la sentencia es firme; la duración de la condena que el condenado deberá cumplir aún es al menos de seis meses al día de la recepción de la petición o indeterminada; la persona condenada, o su representante, cuando por razón de su edad o de su estado físico-mental uno de los dos Estados así lo estimare necesario, consiente el traslado; los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena constituyan una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de cumplimiento o la constituirían si se cometieran en su territorio; el Estado de condena y el Estado de cumplimiento están de acuerdo en el traslado.

Por tanto, además de la conformidad de la persona condenada, es esencial que también estén de acuerdo los dos Estados, los cuales, en cualquier caso, se encuentran sujetos a unas *obligaciones* concretas, en virtud de lo establecido en el artículo 4: si la persona condenada hubiere expresado al Estado de condena su deseo de ser trasladada en virtud del presente Convenio, dicho Estado deberá informar de ello al Estado de cumplimiento, con la mayor diligencia posible después de que la sentencia sea firme; si la persona condenada hubiere expresado al Estado de cumplimiento su deseo de ser trasladada en virtud del presente Convenio, el Estado de condena comunicará al Estado de cumplimiento las informaciones a que se refiere el párrafo 3 que antecede, si dicho Estado así lo solicita.

35 El 18 de diciembre de 1997 el Consejo de Europa aprobó un protocolo adicional al Convenio sobre el traslado de personas condenadas, que entró en vigor el 1 de junio de 2000 y fue ratificado por 16 Estados miembros del Consejo de Europa. El protocolo completa el Convenio de 1983 sobre Traslado de Personas Condenadas y establece las normas que son aplicables al traslado del cumplimiento de las penas, tanto en el caso de las personas condenadas que hayan abandonado el Estado de condena para dirigirse al Estado del que son nacionales como en el de las personas que son objeto de una resolución de expulsión o de acompañamiento a la frontera debido a su condena.

Convenio son de carácter humanitario, dado que se parte de la idea de que las dificultades de comunicación ligadas a obstáculos lingüísticos, sociales y culturales, así como la ausencia de contacto con la familia, pueden tener efectos nefastos sobre el comportamiento de los extranjeros que se encuentren en prisión y dificultar, cuando no imposibilitar, su reinserción social.

En este contexto, 11 Estados miembros de la Unión firmaron el 25 de mayo de 1987 un Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa de 1983.

Se trata de un acuerdo que completa las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa anteriormente mencionado (art. 1).³⁶

Por consiguiente, la Comisión, consciente de los límites de este régimen fundamentado en el pacto, que se basa más en la exigencia de humanizar el cumplimiento de la pena que en la de reforzar las bases jurídicas del espacio de libertad, seguridad y justicia, promovió en 2004 el Libro verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea³⁷.

Se trata de un documento de gran envergadura, que no sólo contempla las penas que establecen una privación de la libertad, sino que, en concreto, pretende identificar los obstáculos para la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, el cual, de conformidad con las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, debe convertirse en «*la piedra angular*» del funcionamiento de la Unión en materia de justicia y debe permitir, en general, que se cumplan con mayor facilidad en un Estado miembro las penas impuestas por otro³⁸.

36 Con vistas a la aplicación del Convenio sobre traslado, cada Estado miembro dará a los nacionales de otro Estado miembro cuyo traslado parezca ser apropiado y en beneficio del interesado el mismo trato que a sus propios nacionales, teniendo en cuenta su residencia habitual y regular en su territorio (art. 2). Las Declaraciones hechas al amparo del Convenio sobre traslado no surtirán efecto con respecto a los Estados miembros partes en el presente Acuerdo. Cada Estado miembro, en sus relaciones con los Estados miembros partes en el presente acuerdo, podrá formular, renovar o modificar cualquier Declaración prevista por el Convenio sobre traslado (art. 3).

37 Libro Verde de la Comisión, *Aproximación, reconocimiento mutuo y ejecución de penas en la Unión Europea*, COM (2004) 334, de 30 de abril de 2004.

38 Es interesante tener en cuenta que el Libro Verde dice expresamente que “la aproximación de las normas de Derecho penal sobre las penas y su ejecución contribuye a facilitar la aceptación del reconocimiento mutuo de las sentencias, puesto que refuerza la confianza mutua”.

3.2. El reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad

En la misma senda del Libro Verde de la Comisión, el Consejo adoptó la Decisión marco 2008/909/JAI sobre el reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad.

Sin embargo, se observa rápidamente que esta decisión del Consejo responde solo parcialmente a las peticiones del Libro Verde de la Comisión, puesto que no afronta el complejo y delicado tema del acercamiento de los aparatos sancionadores de los Estados miembros, sino que se limita a actuar sobre el plano de la ejecución de las penas privativas de libertad, aplicando el principio del reconocimiento mutuo a las sentencias penales que imponen dichas sanciones o, en cualquier caso, medidas privativas de la libertad personal.

No obstante, se trata, pese a todo, de una decisión especialmente significativa, ya que su ejecución permitiría materializar de forma concreta el principio de confianza mutua en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros³⁹.

De hecho, los principios de la Decisión marco pretenden dotar a las penas privativas de la libertad dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una potencial eficacia en todo el territorio de la Unión, con lo que se hace efectiva la libertad de circulación de las personas condenadas dentro del espacio judicial europeo.

Así, además, se supera el sistema de pacto diseñado en la Convención de Estrasburgo, en el que no se prevé, a modo de principio, ninguna obligación de aceptar a las personas condenadas al objeto del cumplimiento de una pena u otra medida privativa de libertad (*considerando* n.º 4), mientras que el traslado para proseguir el cumplimiento de su condena se prevé solo si el destino es el Estado de su nacionalidad y únicamente si se cuenta con el consentimiento del condenado y de los Estados afectados.

En relación con lo expuesto, la Decisión marco 2008/909/JAI concre-

³⁹ Italia ha sido el primer Estado miembro que ha acatado la Decisión marco mediante el Decreto Legislativo n.º 161, de 7 de septiembre de 2010, « Disposiciones para adaptar el Derecho nacional a la Decisión marco 2008/909/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE».

ta el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en el ámbito de la ejecución de las sentencias en materia penal, contemplado en el artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en caso de que los ciudadanos de la Unión sean objeto de una sentencia en materia penal y resulten condenados a una pena o a otra medida privativa de libertad en otro Estado miembro.

De hecho, el primer considerando de la Decisión marco menciona las conclusiones adoptadas el 29 de noviembre de 2000 por el Consejo Europeo de Tampere, donde se subrayaba tanto la necesidad de introducir dichos mecanismos como la necesidad de aplicar el principio del traslado de personas condenadas a las personas residentes en los Estados miembros.

Dicho esto, conviene mencionar que el preámbulo de la resolución delinea los principios inspiradores y los objetivos del legislador europeo, con una evidente referencia a la arquitectura del sistema constitucional europeo, que, como se ha visto en los párrafos precedentes, ya está sólidamente construida sobre el cumplimiento y la protección de los derechos fundamentales que resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Dichos principios inspiradores se evidencian claramente en el texto del quinto considerando de la Decisión marco, donde se afirma de forma expresa que *«Los derechos procesales en los procesos penales son un elemento esencial para garantizar la confianza mutua entre los Estados miembros en la cooperación judicial»*.

Y es precisamente la confianza mutua en los ordenamientos procesales correspondientes el elemento que se destaca como esencial para hacer posible que un Estado miembro ejecute en su territorio una sentencia en materia penal que haya dictado un juez de otro Estado miembro de la Unión y en la cual se establezca una condena a una pena que, de un modo u otro, resulte privativa de la libertad.

Obviamente, el punto común de la confianza reside en la *«la necesidad de proporcionar al condenado las garantías adecuadas»*, así como en el pleno respeto de los principios de igualdad, imparcialidad y proporcionalidad⁴⁰.

Sólo en estas condiciones se podrán cumplir las penas privativas de la libertad.

40 Se mencionan expresamente en el sexto considerando.

E incluso en caso de que el condenado no haya participado en el proceso, podrá darse el reconocimiento mutuo, *«hasta el punto de que se requiera en todos los casos su consentimiento para la transmisión de una sentencia a otro Estado miembro a efectos de su reconocimiento y de la ejecución de la condena impuesta»*.⁴¹

Por otra parte, es importante destacar que la Decisión marco mencionada contiene una referencia expresa no solo a los derechos fundamentales y a los principios reconocidos por el artículo 6 del Tratado de la Unión, sino también a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con especial mención de las disposiciones en materia de justicia, contenidas en el capítulo VI, anticipando así, de cierta forma, los efectos reconocidos a dicha Carta de derechos por el Tratado de Lisboa⁴².

Igualmente, merece la pena recordar que, entre los principios inspiradores de la ejecución de la pena en un Estado distinto a aquel en el que se ha dictado la condena, se incluye también la posibilidad de reinserción social de la persona condenada. También se solicita el control de su cumplimiento al Estado de emisión de la resolución por ejecutar, el cual *«debe tener en cuenta aspectos como la relación del condenado con el Estado de ejecución, por ejemplo si el condenado considera que allí se encuentran sus vínculos familiares, lingüísticos, culturales, sociales o económicos, y otros lazos con el Estado de ejecución»*.

Por otra parte, resulta significativo que justamente el objetivo de la reinserción social del condenado se considere en el artículo 3 de la Decisión marco como objetivo principal de la resolución.

Desde el punto de vista operativo, se aclara que el mecanismo de reconocimiento mutuo presupone que la persona condenada se encuentra en el territorio del Estado de emisión o del Estado de ejecución y que la misma ha dado su consentimiento para la transmisión de la condena al Estado de ejecución, de conformidad con la legislación del Estado de emisión.

De forma análoga a otros mecanismos de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, el reconocimiento de las sentencias y la ejecución de las penas se realiza mediante la transmisión de la sentencia y del certificado adjunto, redactado según el modelo estándar anexo a la Decisión marco, al Estado de ejecución.

41 Véase el considerando 5.

42 Véase el considerando 13.

Además, con la misma técnica utilizada para las demás medidas en materia de reconocimiento mutuo, se excluye el requisito de la doble tipificación como causa de denegación de la ejecución, estableciéndose que el Estado de cumplimiento no podrá denegar el reconocimiento de la sentencia o el cumplimiento de la pena impuesta en caso de que los delitos por los cuales se ha dictado la condena sean castigados en el Estado de emisión con una pena privativa de libertad o con una medida de seguridad privativa de la libertad personal no inferior a tres años y se incluyan en la lista de delitos graves indicados en el artículo 7 de la Decisión marco.

En lo referente a la identificación del Estado de ejecución, la medida hace referencia al Estado miembro de nacionalidad del condenado en el que el mismo viva, al Estado miembro de nacionalidad al que, si no es el Estado miembro en el que vive, el condenado será expulsado una vez puesto en libertad en virtud de una orden de expulsión o traslado contenida en la sentencia, y a cualquier Estado miembro cuya autoridad competente consienta en que se transmita la sentencia y el certificado.

La peculiaridad del mecanismo del reconocimiento mutuo de las sentencias de condena a penas privativas de libertad con respecto a otros sistemas análogos (por ejemplo, la orden de detención europea) es que la iniciativa no tiene que partir necesariamente del Estado de emisión de la resolución por ejecutar.

De hecho, también el Estado de ejecución puede requerir, por su propia iniciativa, al Estado de emisión que transmita la sentencia acompañada del certificado; asimismo, el propio condenado puede solicitar a las autoridades competentes de ambos Estados que pongan en marcha los procedimientos necesarios para ejecutar la sentencia en un Estado distinto al de emisión.

Sin embargo, queda en el procedimiento un respeto restante para la soberanía nacional del Estado que ha emitido la sentencia de condena, dado que dicho Estado no tiene, en cualquier caso, la obligación jurídica de transmitir la sentencia acompañada del certificado⁴³.

El artículo 5 de la Decisión marco regula los procedimientos de transmisión de la sentencia y del certificado, mientras que el artículo 6, después de afirmar la necesidad del consentimiento de la persona condenada, prevé algunas excepciones significativas a dicho consentimiento necesario de la persona condenada, estableciendo que tal manifestación de voluntad no es

43 Véase el apartado 5 del artículo 4.

precisa en caso de que la solicitud de transmisión de la sentencia se dirija al Estado miembro de nacionalidad en que viva el condenado; al Estado miembro al que el condenado vaya a ser expulsado una vez puesto en libertad sobre la base de una orden de expulsión o traslado contenida en la sentencia; al Estado miembro al que el condenado se haya fugado o al que haya regresado ante el proceso penal abierto contra él en el Estado de emisión o por haber sido condenado en el Estado de emisión.

Dicho esto, los únicos motivos de denegación de reconocimiento y de ejecución se identifican taxativamente en el artículo 9 y consisten en la transmisión inexistente o incompleta del certificado que, con arreglo al artículo 4, debe acompañar la sentencia que se transmite; en la identificación errónea del Estado de ejecución, no habiéndose satisfecho los requisitos indicados en el apartado 1 del artículo 4; en el caso de que el reconocimiento y la ejecución se resolviesen en una violación del principio del *ne bis in idem*; en caso de defecto de la doble tipificación; en el caso de condena por delitos distintos a los que se indican en el apartado 1 del artículo 7; en caso de prescripción de la pena; en el caso de inmunidad que haga imposible la ejecución de la pena; en el caso de condena con relación a menores que, sobre la base de la legislación del Estado de ejecución, no puedan considerarse imputables; en el caso de que la pena restante por descontar sea inferior a seis meses; en el caso de sentencia dictada en rebeldía, salvo que se hayan satisfecho los requisitos indicados en la letra i); en el caso de que no haya consenso para ejecutar la pena incluso por un delito distinto al que ha originado la petición de traslado; en el caso de que la pena comprenda una medida de tratamiento médico o psiquiátrico que no pueda ejecutarse sobre la base del sistema jurídico o sanitario del Estado de ejecución; en el caso de que la condena haga referencia a delitos que la legislación del Estado de ejecución considere cometidos totalmente o en una parte esencial en el interior de su propio territorio.

En cuanto a las modalidades de reconocimiento, se señala que la postura a favor del traslado se recoge en las disposiciones que permiten la adaptación de la duración de la naturaleza de la sanción a las características de la legislación del Estado miembro (art. 8), así como el reconocimiento y la ejecución parciales.

Finalmente, la Decisión marco regula los casos de detención preventiva en el caso de que la persona condenada se encuentre en el Estado de ejecución, así como las modalidades de traslado de las personas condenadas.

3.3. Ámbito de aplicación y finalidad del reconocimiento mutuo de las sentencias que impongan penas privativas de libertad. Relación con la orden europea de detención

Las consideraciones expuestas en el párrafo anterior permiten comprender la importancia del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales que imponen penas u otras medidas privativas de la libertad para la construcción del espacio judicial europeo.

Esta importancia se entiende igualmente si se tiene en cuenta el ámbito de aplicación de este nuevo instrumento de cooperación, establecido con claridad en el artículo 26 de la Decisión marco 2008/909/JAI, que establece la sustitución —a partir del 5 de diciembre de 2011— de las disposiciones correspondientes de los siguientes convenios, aplicables en las relaciones entre los Estados miembros de la UE:

a) el Convenio sobre traslado de personas condenadas, de 21 de marzo de 1983, y su protocolo adicional, de 18 de diciembre de 1997;

b) el Convenio Europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales, de 28 de mayo de 1970;

c) el título III, capítulo 5, del Convenio, de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes;

d) el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de condenas penales extranjeras, de 13 de noviembre de 1991.

Desde otro punto de vista, es evidente que el régimen de reconocimiento mutuo de las sentencias que condenan a penas privativas de libertad debe integrarse necesariamente en el sistema de entrega de la orden de detención europea, con una referencia específica a la posibilidad de entregar a personas que deben cumplir una pena de privación de libertad impuesta por una condena firme.

Por consiguiente, la Decisión marco 2008/909/JAI ha introducido un régimen de coordinación muy oportuno.

En concreto, citaremos las disposiciones del considerando 12 y, especialmente, del artículo 25, que se refieren de forma expresa a la posibilidad de que se cumplan las penas ligadas a una orden de detención europea y de los que resulta la regla general de reparto, en virtud de la cual *«sin perjuicio de la Decisión Marco 2002/584/JAI, lo dispuesto en la presente Decisión marco*

se aplicará, mutatis mutandis, y en la medida en que sea compatible con lo dispuesto en dicha Decisión marco, a la ejecución de condenas cuando un Estado miembro se comprometa a ejecutar la condena en virtud del artículo 4, apartado 6, de dicha Decisión marco, o cuando un Estado miembro, en aplicación del artículo 5, apartado 3, de la citada Decisión marco, haya impuesto la condición de que la persona condenada sea devuelta para cumplir la condena en el Estado miembro de que se trate, a fin de impedir la impunidad de la persona de que se trate».

3.4. La coordinación con los principios introducidos por la Decisión marco 2009/299/JAI en materia de derechos procesales de las personas

Recientemente se ha introducido la Decisión marco 2009/299/JAI, cuyo objetivo es reforzar los derechos procesales de las personas, así como propiciar el reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Esta Decisión marco también supone una modificación significativa de las Decisiones marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros; la Decisión marco 2005/214/JAI, sobre la circulación de las sanciones pecuniarias; la Decisión marco 2006/783/JAI, sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso; la Decisión marco 2008/909/JAI, sobre el reconocimiento de las sentencias en materia penal que imponen penas privativas de la libertad y la Decisión marco 2008/947/JAI, sobre el reconocimiento de resoluciones que imponen la suspensión condicional de la pena.

En este sentido, conviene precisar que el régimen del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales dentro de la Unión Europea prevé, en sus diversas modalidades, una serie de excepciones, concretamente en las Decisiones marco relativas a la ejecución de sentencias judiciales anteriormente mencionadas.

En particular, estas Decisiones marco —y, especialmente, la establecida en materia de reconocimiento mutuo de sentencias que imponen condenas a penas privativas de libertad— establecen que uno de los motivos de denegación del reconocimiento está relacionado con las sentencias dictadas en rebeldía.

Dicho motivo de denegación del reconocimiento supone la obligación de ofrecer garantías de un nuevo proceso, de conformidad con los requisitos que

establezca el Estado miembro de ejecución; en este sentido, se solicita una valoración para determinar si las seguridades que aporta la autoridad del Estado emisor son suficientes para garantizar a la persona objeto de entrega o traslado la posibilidad de que se lleve a cabo un nuevo proceso en el Estado de emisión y de que pueda estar presente en el juicio.

Se trata de un régimen que, pese a que en teoría respeta las garantías individuales, no permite prever con un nivel razonable de certeza en qué casos el Estado requerido puede denegar la ejecución. Ello perjudica la eficiencia del funcionamiento de la Justicia y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que quedan expuestos a la discrecionalidad del Estado al que se solicita la ejecución de la sentencia o la entrega.

La reciente Decisión marco 2009/299/JAI pretende, por tanto, proponer un planteamiento claro y coherente de la cuestión del reconocimiento de las resoluciones dictadas en rebeldía y permite que la autoridad a la que se requiere la ejecución de la sentencia por la que se condena a una pena privativa de libertad (o de la entrega, en el caso de una orden de detención europea) ejecute la sentencia aun cuando el imputado no se encuentre presente en el juicio, si bien deberá respetar el derecho a la defensa de dicho imputado.

Por otra parte, el objetivo de la Decisión marco que aquí se analiza no es la regulación de formas, métodos y requisitos procesales empleados para aplicar dicha Decisión; esta regulación se llevará a cabo en la legislación interna de los Estados miembros.

En realidad, el fin de la Decisión marco es garantizar debidamente el derecho a un nuevo proceso, que debe caracterizarse por tres elementos: 1) el imputado tendrá derecho a comparecer; 2) los argumentos presentados se volverán a examinar, y 3) el proceso podrá dar lugar a una resolución contraria a la inicial.

En coherencia con esta filosofía, la Decisión marco 2009/299/JAI introduce en las cuatro Decisiones marco mencionadas una excepción al motivo de denegación del reconocimiento relativo a la existencia de un derecho a un nuevo proceso en un plazo mínimo definido. Más concretamente, en el caso de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea, este derecho a un nuevo proceso puede concederse antes de que se emita la orden de detención europea (o después de la entrega), mientras que en el caso de la Decisión marco relativa al reconocimiento de las sentencias por las que se establecen condenas a penas privativas de libertad, como en el de las otras dos Decisiones marco citadas, el derecho a un nuevo proceso deberá establecerse (aun-

que no ejercitarse) antes de que se envíe a otro Estado miembro la solicitud de ejecución de la sentencia.

4. El reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas

4.1. El espacio judicial europeo y las sentencias que establecen medidas de suspensión condicional de la pena o penas sustitutivas

Como ya se ha explicado, el objetivo de conseguir que el espacio de libertad, seguridad y justicia sea una realidad presupone que los Estados miembros de la Unión comparten un mismo concepto de libertad, seguridad y justicia, así como la idea de su desarrollo en un marco legislativo basado en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y los principios propios del Estado de derecho.

En este contexto, se necesita la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales para alcanzar el objetivo fundamental de garantizar la seguridad de los ciudadanos, los derechos fundamentales de estos y un elevado nivel de seguridad en las situaciones jurídicas en el seno de la Unión⁴⁴.

Por tanto, en este contexto no se podía obviar la necesidad de completar el marco del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. En este sentido, se han introducido instrumentos que permiten aplicar tal principio también en el caso de las sentencias que imponen penas con libertad vigilada o sanciones sustitutivas.

De hecho, ello se evidencia en el objetivo de garantizar la circulación de las personas condenadas para garantizar una mejor inserción social, manteniendo, incluso, sus vínculos sociales, culturales, familiares y lingüísticos.

Por otra parte, el reconocimiento mutuo de estas sentencias y, en consecuencia, la certeza de que las medidas de control que impone una condena a una pena suspendida se exigirán en todo el territorio de la Unión, garantiza-

44 Véanse las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre, confirmadas en el Programa de La Haya, de 4 y 5 de noviembre de 2004, sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea.

rán igualmente el cumplimiento de las exigencias de seguridad de la sociedad, así como una mejor protección de las víctimas.

En efecto, en el programa de medidas de 29 de noviembre de 2000, adoptado para favorecer la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, el Consejo se pronuncia a favor de la cooperación en el ámbito de la suspensión condicional de la pena y de la puesta en libertad condicional.

Por otra parte, la importancia de la cooperación judicial para la ejecución de las sentencias de condena a penas suspendidas con la libertad vigilada se subrayaba ya en el Consejo de Europa, hasta tal punto que el 30 de noviembre de 1964 se abrió el proceso de firma del Convenio europeo para la vigilancia de personas condenadas o liberadas en régimen condicional, que entró en vigor el 22 de agosto de 1975.

El objetivo que perseguía este Convenio era que las personas condenadas pudiesen abandonar el territorio del país en el que se hubiese pronunciado la sentencia que impusiera una pena suspendida en régimen condicional y establecer su residencia en otro Estado parte del Convenio, con la vigilancia adecuada por parte de las autoridades competentes.

Los principios fundamentales de este Convenio determinaban que las partes debían comprometerse a colaborar entre ellas para conseguir la reinserción de las personas condenadas en el extranjero con el fin de facilitar su buen comportamiento y su readaptación a la vida en sociedad.

El Convenio indicaba igualmente las condiciones en las que el Estado requerido debía ejecutar la condena suspendida en régimen condicional que hubiese dictado el otro Estado parte.

Sin embargo, el Convenio demostró ser poco eficaz, tanto por el elevado número de casos en los que el Estado requerido podía denegar la ejecución de la sentencia como porque únicamente doce Estados de la Unión habían completado los procedimientos de ratificación y ello, con numerosas reservas.

En consecuencia, en la misma senda que la Decisión marco 2008/909/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad, la Unión se ha fijado el objetivo de conseguir una cooperación eficaz entre los Estados miembros incluso en caso de que se haya llevado a cabo un proceso penal contra una persona a la que, finalmente, se ha concedido una suspensión condicional de la pena o una sanción sustitutiva en un Estado.

4.2. La estructura y los objetivos de la Decisión marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008

Los objetivos que se acaban de describir en el párrafo anterior inspiraron la adopción de la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas⁴⁵, destinada precisamente a ampliar las posibilidades de reinserción social del condenado, impedir que cometa nuevos delitos y proteger a las víctimas⁴⁶.

En síntesis, la Decisión marco que aquí se comenta amplía, por una parte, el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales a la ejecución de las penas no probativas de la libertad personal y, por otra, fija las normas que cada Estado miembro deberá seguir para vigilar las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas que emita otro Estado miembro.

Desde otro punto de vista, anima a los Estados miembros a cooperar en mayor medida, a documentar en sus propios registros nacionales la asunción de la vigilancia de las medidas y penas y a proteger los datos de carácter personal.

Son objeto del mecanismo de reconocimiento mutuo que se establece en la Decisión marco las sentencias dictadas por la comisión de un delito que impongan una pena privativa de libertad por varios cargos que quede suspensa o una pena sustitutiva. En cambio, no se menciona la ejecución de las penas privativas de libertad o de las medidas que restringen la libertad ni el reconocimiento y la ejecución de las sanciones pecuniarias y las resoluciones de decomiso, elementos todos ellos contemplados en Decisiones marco específicas.

El requisito para que un Estado miembro de la Unión solicite a otro Estado miembro el reconocimiento de una resolución del primero es, fundamentalmente, que el condenado tenga su domicilio legal habitual en el Estado requerido y que haya regresado a tal Estado o desee regresar al mismo. Además, también es posible enviar la solicitud a un Estado diferente, siempre y cuando la autoridad del mismo lo autorice.

La Decisión marco contiene una serie de penas sustitutivas, prohibicio-

45 DO L 337 de 16.12.2008, p.102. 102.

46 Entre los comentarios más recientes sobre la Decisión marco, véase Andrés Palomo del Arco, «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro Estado europeo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n^o 21, mayo 2010, pp. 175 y ss.

nes y obligaciones concretas que el condenado deberá observar y que el Estado miembro deberá ejecutar:

- obligación de comunicar todo cambio de domicilio o de lugar de trabajo a la autoridad competente;
- obligación de no entrar en determinadas localidades o lugares;
- prohibición de abandonar el territorio del Estado de ejecución;
- otras disposiciones relativas al modo de vida, al domicilio, a la formación, etc.;
- obligación de presentarse en determinadas fechas ante las autoridades competentes;
- prohibición de entrar en contacto con determinados objetos y personas;
- obligación de reparar los daños causados por la infracción;
- obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad;
- obligación de colaborar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social;
- obligación de someterse a tratamiento terapéutico o a tratamiento de deshabituación.

Por otra parte, habida cuenta de la variedad de las penas sustitutivas y las obligaciones en materia de control introducidas en los Estados miembros, se subraya que esta lista no es exhaustiva; cada Estado miembro comunicará a la Secretaría General del Consejo la relación del resto de medidas y penas que esté dispuesto a vigilar.

En cualquier caso, los Estados miembros podrán negarse a reconocer una sentencia o a controlar una medida de libertad vigilada o una pena sustitutiva si las mismas son discriminatorias.

También se establece que la posición a *favor* de la Decisión marco con respecto a la aplicación del reconocimiento mutuo de las sentencias en materia penal —y, en particular, de aquellas que imponen penas suspendidas o sanciones alternativas— se deriva igualmente de la disposición que autoriza a los Estados miembros, previa información al Consejo y a la Comisión, a concluir o a continuar aplicando convenios o acuerdos, en la medida en que estos faciliten la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, e informen de ello al Consejo y a la Comisión.

Como ya se ha acentuado, la estructura del mecanismo de reconocimiento mutuo de sentencias y medidas de vigilancia es análoga a la del mecanismo adoptado a través de otras Decisiones marco que se ocupan de otros tipos de resoluciones judiciales en materia penal, como es el caso de las penas privativas de libertad.

También en ese caso, de hecho, se prevé que el mecanismo funcione mediante la relación directa entre las autoridades centrales competentes para las actividades relativas a esta Decisión marco, constituidas en cada Estado miembro a través de una resolución comunicada a la Secretaría General del Consejo.

Con el fin de considerar las especificidades de los ordenamientos de cada Estado miembro, se establece que la autoridad central podrá ser también una autoridad no judicial, aun cuando sea necesario que dicha autoridad disponga, en todo caso, de poderes equivalentes al de una autoridad judicial, de conformidad con la legislación nacional. Sin embargo, si una resolución que revoca la suspensión de la pena condicional o impone sanciones privativas de la libertad procede de una autoridad diferente a un órgano jurisdiccional, es necesario que dicha resolución pueda recurrirse ante un órgano jurisdiccional o ante un tribunal. El Consejo comunicará la información a la Comisión y a los Estados miembros.

También las posteriores fases del proceso subrayan el mecanismo previsto en materia de orden de detención europea o de ejecución de las penas privativas de libertad: la autoridad central del Estado requirente transmitirá a la autoridad correspondiente del Estado requerido la resolución, que deberá ir acompañada del certificado que contiene los elementos esenciales de la resolución, junto con el formulario anexo a la propia Decisión marco.

El legislador europeo también ha tenido en cuenta la amplia gama de penas sustitutivas y medios de control que existen en los ordenamientos de cada Estado miembro, por lo que, como en el caso de la Decisión marco en materia de sanciones privativas de libertad, ha manifestado posteriormente su posición a *favor* del reconocimiento mutuo y ha previsto que, si la naturaleza o la duración de las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas no son conformes a la legislación del Estado de ejecución, el fondo de la resolución que se debe ejecutar puede alterarse en su esencia mediante la adaptación de las medidas previstas a otras equivalentes que existan en el ordenamiento interno.

Sin embargo, tales medidas deberán corresponderse en lo posible a las impuestas en el Estado de emisión y en ningún caso la naturaleza o la duración de las mismas podrá ser más severa o más larga que las de la medida impuesta en origen.

La autoridad del Estado de ejecución reconocerá la sentencia —o la resolución que disponga la libertad vigilada— y adoptará sin demora todas las

medidas necesarias para vigilar las medidas y las penas sustitutivas, a menos que decida denegar el reconocimiento y el control.

En este sentido, el Estado de ejecución podrá negarse a reconocer una sentencia o una medida de libertad vigilada o a controlar una medida o una pena si:

- el certificado está incompleto o no corresponde a la sentencia o a la medida de libertad vigilada;

- no se cumplen los criterios de transmisión de la sentencia o de la medida de libertad vigilada;

- el reconocimiento y la vigilancia vulneran el principio del non bis in idem;

- la sentencia se refiere a hechos no constitutivos de infracción según su Derecho nacional, a menos que el acto se refiera a tasas o impuestos, derechos de aduana o de cambio

- la ejecución de la pena ha prescrito según su Derecho;

- la vigilancia resulta imposible debido a la inmunidad prevista en su Derecho;

- cuando el condenado no pueda ser considerado, debido a su edad, penalmente responsable de los hechos que fundamentan la sentencia;

- el condenado no comparece en el proceso, salvo en caso de que se le haya citado personalmente y haya nombrado a un representante legal o, según la resolución, no la impugna ni inicia un nuevo proceso o apelación;

- la sentencia o la resolución de libertad vigilada incluye medidas médicas o terapéuticas que el Estado no puede vigilar;

- la duración de la medida o de la pena es inferior a seis meses;

- en virtud de su legislación, la infracción se ha cometido en su territorio.

También en el caso que aquí se examina, el propio diseño de la Decisión marco para aplicar al máximo el reconocimiento mutuo se deduce del principio, anteriormente expuesto, de la doble tipificación para un amplio conjunto de infracciones. En particular, las infracciones punibles en el Estado de emisión con una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos tres años no requieren que se compruebe la doble tipificación. Se trata concretamente de los siguientes delitos: pertenencia a una organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, pornografía infantil, tráfico de órganos, de estupefacientes, de armas, de explosivos, de materiales radiactivos o sustancias nucleares, corrupción, delitos informáticos, racismo y xeno-

fobia, delitos contra el medio ambiente, secuestro, violación de derechos de propiedad intelectual o industrial, violación, etc.

Sin embargo, para el resto de infracciones, el Estado de ejecución podrá hacer depender su reconocimiento de la sentencia y de la resolución de libertad vigilada, así como el control de las medidas y las penas, de que se cumpla el requisito de que la sentencia se refiera a hechos que constituyan una infracción también en su legislación nacional.

En el plazo de sesenta días a partir de la recepción de la sentencia o de la medida de libertad vigilada y del certificado, el Estado de ejecución comunicará por escrito al Estado de emisión si reconoce la sentencia o la medida de libertad vigilada y si acepta encargarse de controlar su ejecución. Por último, tanto el Estado de emisión como el Estado de ejecución podrá conceder la amnistía. En caso de que lo haga el Estado de ejecución, este deberá informar por escrito al Estado de emisión.

Los gastos que resulten de la aplicación de la Decisión marco correrán a cargo del Estado de ejecución, salvo aquellos originados en el territorio del Estado de emisión.

El Estado de ejecución, además de otras obligaciones de vigilancia y aplicación de medidas de control, deberá cumplir una serie de obligaciones en materia de comunicación.

En particular, el Estado de emisión deberá recibir información por escrito de cualquier modificación de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas o de la revocación de la suspensión de la ejecución de la sentencia o de la resolución de la puesta en libertad condicional que suponga la ejecución de una pena privativa de libertad o medidas de privación de libertad en caso de que no se observe una condena condicional o una pena sustitutiva.

Además, existe una obligación de información tanto en el caso de que el Estado de ejecución no pueda controlar las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas, si la persona condenada no reside en su territorio, como en el caso de que el Estado de ejecución transmita una sentencia o una resolución de suspensión y el certificado a una autoridad responsable de su reconocimiento y supervisión.

Por otra parte, si el Estado de emisión asume resoluciones posteriores, el Estado de ejecución deberá facilitarle cualquier elemento informativo que requiera la suspensión de la ejecución de la sentencia, la revocación de la resolución sobre la puesta en libertad condicional, una condena en régimen condicional o una medida de privación de la libertad.

Asimismo, el Estado de emisión tiene la obligación de facilitar al Estado de ejecución cualquier información relativa a resoluciones sobre la revocación de la suspensión de la ejecución de la sentencia o de la resolución sobre la puesta en libertad condicional, la ejecución o la imposición de una condena en régimen condicional o una medida de privación de la libertad y la extinción de la medida de libertad vigilada o la pena sustitutiva.

Evidentemente, la competencia del Estado de ejecución no se mantiene si la persona condenada se fuga o deja de tener un domicilio legal habitual en el Estado de ejecución, en vista de que, al no existir ya las razones de vínculo territorial, la autoridad competente del Estado de ejecución puede transferir la competencia a la autoridad central del Estado de emisión. Además, se prevé una transferencia análoga en caso de que en el Estado de emisión se estén llevando a cabo nuevos procesos penales contra el interesado.

Esta Decisión marco sustituye las disposiciones correspondientes del Convenio relativo a la vigilancia de personas con condenas en suspenso o en libertad condicional del Consejo de Europa, entre los Estados miembros de la Unión Europea.

El plazo adaptar los sistemas nacionales a las disposiciones de la Decisión marco vence el 6 de diciembre de 2011.

4.3. La relación con otros Convenios europeos

Con respecto al efecto que la Decisión marco que aquí se comenta tiene sobre el resto de convenios europeos, cabe señalar que la resolución prevé expresamente que dicha Decisión marco deberá sustituir las correspondientes disposiciones del Convenio del Consejo de Europa, de 30 de noviembre de 1964, relativo a la vigilancia de personas con condenas en suspenso o en libertad condicional.

En cada caso, se recuerda que la Decisión marco establece un estándar mínimo de cooperación judicial y de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, por lo que se admite la posibilidad de que se celebren eventuales acuerdos bilaterales o multilaterales, o de que los mismos se encuentren en vigor en el momento de la publicación de la Decisión marco o se celebren posteriormente con objeto de reforzar en lo sucesivo los objetivos de la propia Decisión marco, ya mencionados.

Dicho esto, conviene precisar que los Estados miembros que desearan

que los acuerdos bilaterales preexistentes siguiesen surtiendo efecto estaban obligados a notificar al Consejo y a la Comisión la vigencia de los mismos antes del 6 de marzo de 2009.

Únicamente Dinamarca, Finlandia y Suecia han ejercitado este derecho. Los tres países decidieron mantener el acuerdo de cooperación entre los Estados nórdicos, que establece un nivel de cooperación judicial más eficaz en el ámbito que se regula específicamente con la Decisión marco.

5. La orden de protección

5.1. Protección a las víctimas

Estudios de la Comisión europea, indican que, cada año, una media de treinta millones de personas son víctimas de delitos de naturaleza grave. De otra parte, dada la movilidad cada vez mayor por razón de viajes, trabajo, estudio o cualquier otro, los ciudadanos europeos, devienen víctimas potenciales de crímenes cometidos en un Estado que no es el suyo, mientras que la Unión Europea ha asumido el aseguramiento de la protección de los ciudadanos extranjeros que se desplazan por el interior de sus fronteras. Tanto más, cuando se trata de una víctima de un delito, donde la situación de vulnerabilidad y con frecuencia de asistencia es mayor.

La normativa que atendía a esta finalidad se integraba fundamentalmente por la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctimas en el marco de los procedimientos penales⁴⁷; que regula el establecimiento de unas normas mínimas tendentes a tutelar los derechos de las víctimas en el curso del procedimiento penal; y la Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa a la indemnización de las víctimas de la criminalidad⁴⁸, que posibilita recibir ayudas o indemnizaciones a las víctimas de delitos en el extranjero. A estos dos textos generales debe adicionarse la normativa específica sobre la protección y la ayuda a las víctimas de trata de seres humanos, explotación sexual y pedopornografía, así como víctimas de terrorismo.

Esta materia recibe un impulso con el programa quinquenal de Estocol-

47 DO L 82 de 22.03.2001, pp. 1-4.

48 DO L 261 de 06.08.2004, pp. 15-18.

mo, al declarar la necesidad de una aproximación integrada y coordinada en esta materia e invita a la Comisión y a los Estados Miembros a interrogarse sobre la manera de mejorar la legislación al respecto. Indicaciones que logran determinados frutos:

- La comunicación de la Comisión sobre el Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE⁴⁹, donde se establece el programa general de actuaciones.

- La Propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁵⁰, que sustituye al Estatuto de 2001.

- La Propuesta de Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil⁵¹, complementaria de la orden de protección.

Aunque el principal desarrollo en este ámbito lo integra la Directiva 2011/99/UE de 13 de diciembre de 2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección.⁵²

5.2. Directiva 2011/99/UE

Este instrumento fue impulsado por la presidencia española de 2010, si bien planteaba problemas técnicos dada la diversa base (civil, penal, administrativa) con que los países recogen en sus ordenamientos jurídicos la protección de las víctimas; pero superados los obstáculos de su no fácil tramitación, se logró que la iniciativa auspiciada por Bélgica, Bulgaria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia, fructificara normativamente.

Tiene como objetivo fijar las normas que permitan a una autoridad judicial (o equivalente) de un Estado miembro en el que se haya adoptado una medida de protección destinada a proteger a una persona contra actos delictivos de otra (que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual), dictar una orden europea de protección que faculte a una autoridad competente de otro

49 COM(2011) 274 final, de 18.05.2011.

50 COM(2011) 275 final, de 18.05.2011.

51 COM(2011) 276 final, de 18.05.2011.

52 DO L 382 de 21.12.2011, pp. 2-18.

Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de ese otro Estado miembro.

Las medidas de protección, que se consideran y que previamente deben de haber sido adoptadas en el Estado de emisión, son:

a) prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta;

b) prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, ya sean telefónicos, correo electrónico o postal, fax o por cualquier otro medio, o

c) prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

Se aplicará para amparar a cualquier víctima (y eventualmente a sus familiares; pero no debe aplicarse a las medidas adoptadas con fines de protección de testigos), no solo a las víctimas de la violencia de género, y se limita a las medidas de protección que se dicten en asuntos penales; pues para las acordadas en procedimientos civiles se regularán en un Reglamento aunque complementario, independiente.

Como es habitual en estos instrumentos de reconocimiento mutuo, se prevé un anexo en la norma, que contiene un modelo unificado para la emisión de la orden de protección europea; y los medios de transmisión e idioma a utilizar previstos también son los reiterados en estos instrumentos.

El Estado de ejecución, salvo que concurra alguno de los tasados motivos de no reconocimiento del art. 10 y decida invocarlos, reconocerá, sin demora, la orden europea de protección transmitida y adoptará una resolución en la que dicte cualquiera de las medidas previstas en su Derecho nacional para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida. No está obligado a aplicar en todos los casos las mismas medidas que el Estado de emisión; puede aplicar medidas penales, administrativas o civiles, en función de lo que disponga su Derecho nacional. Notificará las que vaya a aplicar, también al agresor o posible agresor, advirtiéndole de las consecuencias de su incumplimiento, pero teniendo presente en su caso el interés de la persona protegida en que no se desvele su dirección u otra información de contacto, a menos que ello sea necesario para la ejecución de la medida adoptada

En caso de incumplimiento de alguna de las medidas adoptadas (que habrá de ser notificado al estado de emisión en modelo normalizado –anexo II-), el Estado de ejecución, podrá:

a) imponer sanciones penales (incluidas las privativas de libertad) y

adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento de esa medida, cuando tal incumplimiento constituya una infracción penal con arreglo al Derecho del Estado de ejecución;

b) adoptar cualesquiera otras resoluciones relacionadas con el incumplimiento;

c) adoptar las oportunas medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del Estado de emisión.

En cuanto a sus relaciones con otros instrumentos, no afectará a la aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001, ni del Reglamento (CE) núm.2201/2003, ni tampoco del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, ni del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Tampoco afectará a la aplicación de la Decisión marco 2008/947/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas ni de la Decisión marco 2009/829/JAI relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (art. 20).

La fecha límite de incorporación a los ordenamientos nacionales es el 11 de enero de 2015.

6. Las perspectivas del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal a la luz del Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa introduce una profunda reforma de la organización institucional de la Unión Europea y desarrolla la obra iniciada en el marco de los tratados que constituyeron la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea.

En concreto, resulta significativo que el preámbulo del Tratado proclame solemnemente que la Unión se basa en los valores del respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y los derechos humanos, incluidos los de las personas que pertenecen a minorías.

Asimismo, se proclama el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres.

Además, el Tratado menciona expresamente la Carta de los Derechos Fundamentales proclamada en Niza, hasta ahora sin valor jurídico.

Es precisamente en el plano de la protección de los derechos fundamentales donde se registran algunas innovaciones importantes del Tratado, ciertamente destinadas a incidir en los sistemas penales de los Estados miembros.

En particular, el artículo 1-9 del Tratado recoge la garantía de los derechos fundamentales del Tratado UE, haciendo referencia al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Por otra parte, dicha disposición establece las premisas para una adhesión formal de la Unión al TEDH, con posibles consecuencias importantes en materia de control externo de la conformidad del Derecho de la Unión a los estándares del Convenio, asignado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por tanto, los derechos fundamentales proclamados por el Convenio entran a formar parte oficialmente del Derecho primario de la Unión, por su carácter de principios generales.

De este modo, entre otras cosas, se establecen las bases constitucionales para la construcción de un núcleo de valores comunes entre los Estados miembros de la Unión Europea, que pueden representar la estructura primaria de un sistema penal europeo centrado precisamente en el respeto de los derechos fundamentales.

Y, de hecho, una de las materias más marcadas por las innovadoras intervenciones del Tratado es la de la justicia y los asuntos internos, caracterizada sobre todo por la abolición del tercer pilar y por la generalización casi completa del método comunitario.

Actualmente, las disposiciones relativas a dicha materia se agrupan en un único capítulo (parte III, título III, capítulo IV).

El Tratado contiene una definición general del espacio de libertad, seguridad y justicia, cuando proclama que «*La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores*» (artículos I-42 y III-257 del Tratado).

El artículo I-42 distingue los sectores de acción de la Unión en la materia, es decir, el sector legislativo y la cooperación operativa (esta última, característica específica de la JAI).

Los principios fundamentales en torno a los cuales debe constituirse el futuro espacio jurídico europeo se encuentran en el artículo III-257: subsidiariedad y respeto de las tradiciones y de los distintos sistemas jurídicos; solidaridad en el sector de la política común en materia de asilo, inmigración y fronteras externas; reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y civil.

Si limitamos el análisis a las innovaciones aportadas en materia de cooperación judicial y de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, hay que señalar que, a raíz de la abolición del tercer pilar, todos los actos típicos de dicho sector (posiciones comunes, decisiones, decisiones marco, convenios) han sido sustituidos por las leyes y por las leyes marco adoptadas mediante procedimiento legislativo ordinario (poder legislativo común del Parlamento y del Consejo de Ministros y control por parte del Tribunal de Justicia).

En materia de cooperación judicial en materia penal y de Derecho penal, el proyecto constitucional preveía normalmente la mayoría cualificada; no obstante, a raíz de las resistencias de algunos importantes Estados miembros, se introdujo el mecanismo denominado «freno de emergencia». Según dicha cláusula, en caso de que el Estado miembro considere que el proyecto de ley o de ley marco incide sobre aspectos fundamentales de su ordenamiento nacional en materia de justicia penal, podrá recurrir al Consejo Europeo para poner fin al procedimiento legislativo ordinario.

En este momento se activa una discusión que debe concluirse en el plazo de cuatro meses, plazo en el cual el Consejo Europeo puede elegir entre remitir el proyecto al Consejo y volver a comenzar el procedimiento diario o solicitar a la Comisión o al grupo de Estados miembros que han presentado el proyecto que vuelvan a presentar uno nuevo. Si tras cuatro meses de inactividad del Consejo Europeo sobre el proyecto inicial o doce meses de discusiones sobre el nuevo proyecto en el seno del Consejo, la ley o la ley marco no ha sido todavía aprobada, un tercio de los Estados miembros puede poner en marcha una cooperación reforzada.

El derecho de iniciativa legislativa en este campo se reparte entre la Comisión y los Estados miembros, aunque el Convenio introduce un quórum

para la presentación de una iniciativa (un cuarto de los Estados miembros, es decir, 7 Países de la Unión de los Veinticinco o de los Veintisiete).

El Tratado confiere carácter jurídico constitucional al Programa de Tampere, estableciendo que el principio del reconocimiento mutuo es la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal, contribuyendo a mejorar la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros (como prevé el art. I-42 del Tratado Constitucional).

La cooperación incluye también la aproximación de las legislaciones, gracias a la aprobación de normas mínimas en los ámbitos siguientes:

El procedimiento penal, el Tratado introduce en el artículo III-270 del Tratado tres ámbitos de intervención: la admisibilidad mutua de las pruebas (sin embargo, no se prevé la armonización de las pruebas ni su valoración); los derechos de las personas durante el procedimiento penal; los derechos de las víctimas.

En cualquier caso, la aproximación de las legislaciones penales debe realizarse sólo en la medida que sea necesario y teniendo en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Hay que señalar que el Tratado prevé que los Estados miembros puedan mantener o introducir niveles más altos de protección de los derechos individuales.

A este respecto, será preciso verificar si dicha solución es adecuada con el fin de garantizar un nivel efectivo de protección de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta sobre todo el hecho de que precisamente el principio del reconocimiento mutuo ha suscitado críticas significativas desde la perspectiva de la protección del *fair trial* (juicio justo) y de la garantía de los derechos fundamentales.⁵³

En el campo del Derecho penal material, el artículo III-271 plantea un embrión de código penal europeo, estableciendo que la Unión puede definir las infracciones penales y las sanciones relativas a una lista de delitos graves de carácter transfronterizo en diez sectores: terrorismo, tráfico de drogas, delincuencia organizada, trata de seres humanos, explotación sexual de las mujeres y de los niños, tráfico de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática.

53 Para un reconocimiento reciente de las críticas a las modalidades de aplicación del principio del reconocimiento mutuo, véase S Lavenex, '«Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy», 14 *Journal of European Public Policy* (2007) 762.

Además, desde el punto de vista del Derecho penal material, hay que señalar que el Consejo puede adoptar por unanimidad normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de las infracciones penales y las sanciones aplicables en caso de que la aproximación de los ordenamientos resulte indispensable para garantizar la aplicación eficaz de una política de la Unión en un sector que ya es objeto de medidas de armonización.

Hay que precisar, en cualquier caso, que los elementos que acabamos de señalar no son exhaustivos, dado que el Consejo de Ministros puede decidir ampliarlos, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo.

Desde el punto de vista de la adopción de una política común en materia penal, hay que subrayar que el artículo III-272 prevé la posibilidad de adoptar medidas de fomento y de apoyo, aunque la innovación de mayor significado es la introducida por el artículo III-273, que amplía y define mejor las competencias operativas de Eurojust.

De hecho, mientras que el Tratado UE, actualmente vigente, prevé que Eurojust puede solicitar a un Estado miembro que inicie una investigación, pero sin que la solicitud tenga efecto vinculante, el Tratado de Lisboa contempla la posibilidad de que Eurojust inicie directamente investigaciones penales; proponga a las autoridades nacionales que inicien la acción penal, y coordine investigaciones y acciones realizadas por las autoridades competentes.

Como equilibrio y definición de dichos nuevos poderes, se establece que las acciones de Eurojust deben realizarse dentro del respeto de la Carta de los Derechos Fundamentales y se somete la actividad del organismo al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia.

En esencia, se ponen las bases para la creación de una auténtica fiscalía europea; organismo que, según lo previsto por el artículo III-274 del Tratado, podrá instituirse con decisión unánime del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo.

Es cierto que el campo de acción de dicha entidad se limita en cualquier caso a los delitos que perjudican los intereses financieros de la Unión, aunque hay que decir que el Tratado prevé que el Consejo Europeo, siempre con decisiones unánimes y con la aprobación del Parlamento y de la Comisión, podrá ampliar las atribuciones de la fiscalía también a la lucha contra la delincuencia grave de dimensiones transfronterizas.

Bibliografía

- AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea - Casi e materiali*, coordinado por: G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone, Chimienti, Roma, 2009.
- ADAM R., «*La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*», en *Rivista di diritto europeo*, 1994, págs. 225 y ss.
- ANDERSON, M. y otros, *Policing the European Union: Theory, Law and Practice*, Oxford, 1995, OUP.
- ARANGUENA FANEGO C., *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Últimos avances en cooperacion judicial penal*, Lex Nova, 2010.
- BARATTI S., «*Sguardo d'insieme sul Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997*», en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, págs. 3-21;
- BERNARDI A., «*Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*» en *Dir. pen. proc.*, 2004, pág. 5.
- BERNARDI, Alessandro, «*Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale: un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*», *RIDPC* (6), 2007, págs. 1157-1196.
- BILANCIA, P., «*Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*», en *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.
- BLUMAN C., DUBOUIS, L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2005, París, Litec.
- BONTEMPI, R., «*Gli Accordi di Schengen*», en NASCIMBENE, B., *Da Schengen a Maastricht*, Giuffrè, Milán, 1995, pág. 45 y ss.
- CARTABIA, M., «*Gli obblighi di cooperazione giudiziaria degli Stati con le giurisdizioni penali internazionali e la tutela dei diritti dell'uomo*», en ZANGHÌ, C., PANELLA, L., (coordinadores), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Giappichelli, Turín, 2004.
- D'AMICO M., «*Lo spazio di libertà, sicurezza. Giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*», en LUCARELLI A. y PATRONI GRIFFI A., *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Nápoles, 2003, pág. 191.
- DE KERCHOVE, G., «*Un espace de liberté, de sécurité et de justice aux dimensions incertaines. Quelques réflexions sur le recours aux coopérations renforcées en matière de justice et d'affaires intérieures*», en LEJEUNE, Y. (coordinador de estudios), *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruselas, 1998.
- DE KERCHOVE, G., «*La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général*», en DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., (editores) *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2000.
- DE KERCHOVE G., WEYEMBERGH A., *Quelles réformes pour l'espace pénal européen*, 2003, Bruselas, Instituto de Estudios Europeos.

- DE KERCHOVE G., «*L'Europe Pénale: Bilan et Perspectives*», en POLICE AND JUDICIAL CO-OPERATION IN THE EUROPEAN UNION 335 (A. Moore ed. 2004). P.J. Kuijper, «*The evolution of the third pillar from Maastricht to the European Constitution: institutional aspects*», en 41 COMMON MARKET LAW REVIEW 609 (2004); EUROPE'S AREA OF FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE (N. Walker ed. 2004).
- FARINELLI S., «*Sull'applicazione del principio del ne bis in idem tra gli stati membri della Comunità europea*», Riv.Dir. Int., 1991, 878;
- FLORE, D., «*Double incrimination et territorialité*», en DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2001.
- FLORE, D., «*La notion de confiance mutuelle: l' «alpha» ou «omega» d'une justice pénale européenne ?*», en DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A., *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 2005.
- GOZI S., «*Prime riflessioni sul Trattato di Amsterdam: luci e ombre sul futuro dell'Unione*», en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997, pág. 917.
- GALANTINI N., *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Milán, Giuffrè 1984.
- GRASSO G., *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milán, 1998.
- GROUX J., «*«Territorialité» et droit communautaire*», en RTDE, 1987, pág. 5 y ss..
- HATZROUPULOS V., «*Casual but Smart: The Court's new clothes in the Area of Freedom Security and Justice (AFSJ) after the Lisbon Treaty*», en <http://www.coleurop.be>
- HOUSE OF LORDS, *The Criminal Law Competence of the European Community (Report with Evidence). Paper 227, 2006.*
- LABAYLE H., «*Le Traité d'Amsterdam. Un espace de liberté, de sécurité et de justice*», en *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997.
- LATTANZI, G., «*La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, en *Doc. Giustizia*, 2000, pág. 1041.
- LELILLO F., «*L'apprensione dei beni all'estero ai fini di confisca o di prova nel sistema della cooperazione giudiziaria europea*», en *Quad. del C.S.M.* 2002, 134, I, 152.
- LAVENEX S., «*Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy*», 14 *Journal of European Public Policy* (2007) 762
- MAFFEO A., «*La decisione quadro n. 2009/829/GAI: il principio del mutuo riconoscimento applicato alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare*», en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, vol. 49, pág. 113.

- MONAR J., *The Third Pillar of the European Union, Cooperation in the fields of Justice and Home Affairs*, Bruselas, European Interuniversity Press, 1994.
- PARISI N. y RINOLDI D. (coordinadores), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, coordinación, Turín, Giappichelli, 1996.
- PEERS, S., «On the European evidence warrant to the European Parliament», en www.statewatch.org/analyses/no-25-swatch-evid-warrant.pdf.
- PEREZ DEL VALLE CARLOS, «Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad», INDRET, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, octubre de 2008
- PISTOIA E., «Diritti fondamentali e cooperazione penale tra stati membri dell'Unione europea», en CELOTTO A. (coordinadores), *Processo costituzionale europeo e diritti fondamentali*, Turín, 2004, pág. 332.
- RUGGIERI A., «Riconoscimento e tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di normazione e dal punto di vista della teoria della costituzione», en www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- SALAZAR, L., «La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio di Tampere», en *Cass. pen.*, fasc. 4, 2000, págs. 1114 y ss.
- SICURELLA R., «Il Corpus juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari», en GRASSO G. e SICURELLA R. (coordinadores), *Il Corpus juris. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milán, 2003, pág. 40, nota 22.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?», en ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto/NIETO MARTÍN, Adán/MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta (coordinadores.), *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca (Universidad de Castilla-La Mancha) 2007, págs. 69-86
- SGUBBI F., «Principio di legalità e singole incriminazioni», in PICOTTI L., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milán, 1999, pág. 152.
- SPENCER, J. R., *An academic critique of the EU acquis in relation to trans-border evidencegathering*, en www.era.int/web/en/resources, publicación de las actas del Convenio de Treviri, de 18-20 noviembre 2004.
- TIZZANO a., «Brevi note sul "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht», en *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, págs. 395 y ss.
- TIZZANO, A., *Il Trattato di Amsterdam*, CEDAM, Padua, 1998.
- VERVAELE J.A.E., *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, *Utrecht Law Rev.*, vol. I, pág. 100.
- VERVAELE, John A. E., «European Criminal Law and General Principles of Union Law», *RPL* (5), 2005, págs. 1-37, en <http://www.coleurop.be>

INSTRUMENTOS MULTILATERALES EN EL ÁMBITO DE LAS NACIONES UNIDAS. LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

Ignacio U. González Vega

1. Introducción

En la segunda mitad del siglo pasado las formas más graves de delincuencia (terrorismo, narcotráfico, trata de seres humanos y crimen organizado en general) irrumpen con fuerza en el escenario internacional. Para combatir este nuevo fenómeno delictivo, resulta necesaria la cooperación entre los Estados. Tal y como se describe en el tema 1, entra en crisis –por ineficaz- la concepción del derecho penal asentada en la teoría clásica de la soberanía, y comienzan a fraguarse alianzas; primero, entre Estados y posteriormente en entornos regionales, propiciando una respuesta supranacional para un problema que traspasa la frontera de los Estados.

La cooperación internacional para la represión de la delincuencia transnacional experimenta una notable evolución. Frente a la teoría clásica de la soberanía, basada en el principio de territorialidad y de no intervención, que favorecía la impunidad de aquella delincuencia surge con fuerza la cooperación internacional con fundamento en principios que restringen objetivamente la soberanía de cada Estado. Y en este sentido, ha sido decisiva e inestimable la contribución de las organizaciones internacionales tanto a nivel universal (Naciones Unidas) como regional (la Organización de Estados Americanos, la Unión Africana, el Consejo de Europa¹ y la Unión Europea, entre otros) en la lucha contra este fenómeno delictivo.

1 Aunque en principio los convenios del Consejo de Europa no son convenios universales pues sólo están abiertos a los Estados Miembros de dicha organización, terceros Estados –incluso no europeos- pueden ser parte mediante invitación del Comité de Ministros. Así, por ejemplo, EE.UU. y Canadá son parte en el Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1983. *Vide* tema 4 para más información.

La Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU)² es una organización internacional “con vocación de universalidad”³, establecida en la Carta de las Naciones Unidas⁴ con fines generales, en los que predominan los relativos a la paz y seguridad internacionales, de ahí que el desarrollo de las políticas sobre cooperación judicial internacional en materia penal se encuentre íntimamente relacionado con su actividad⁵.

En el seno de la ONU se han aprobado un importante número de actos normativos, principalmente convenios multilaterales aunque también declaraciones, resoluciones y recomendaciones, cuyo objetivo es combatir las manifestaciones más graves de la delincuencia organizada (terrorismo, narcotráfico y crimen organizado en general) así como la internacionalización de las actividades criminales con carácter general. A tal fin, la ONU ha impulsado el desarrollo de políticas de cooperación en cada uno de sus convenios⁶.

Por otra parte, es preciso señalar que una de las grandes preocupaciones

2 Portal de la Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/>

3 Al estar abierta a la participación de todos los Estados, si bien se acerca a la universalidad pues en la actualidad comprende 192 Estados miembros, prácticamente la totalidad de los países reconocidos internacionalmente.

4 Firmada en San Francisco el 26 de junio 1945.

5 Tal y como se señala en el tema 1, la primera definición contenida en un tratado de lo que debe entenderse por “asistencia judicial” se halla en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988. En efecto, su art. 7 contiene una exhaustiva definición de las modalidades de cooperación, al margen la extradición que es contemplada en el art. 6. Esta definición ha servido de inspiración para los múltiples convenios bilaterales y regionales relativos a la asistencia judicial en materia penal que vieron la luz los años posteriores.

6 En tal sentido, la Asamblea General en sesión plenaria aprobó el 14 de diciembre de 1990 una serie de recomendaciones sobre la cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo. Al tiempo que insta a los Estados Miembros a intensificar la lucha contra la delincuencia internacional, respetando y promoviendo el imperio del derecho y de la legalidad en las relaciones internacionales y, con tal fin, deben completar y continuar desarrollando el derecho penal internacional, cumplir plenamente con las obligaciones derivadas de los tratados e instrumentos internacionales en la materia y examinar su legislación nacional a fin de cerciorarse de que se ajusta a las necesidades del derecho penal internacional; se incentiva la cooperación internacional en la prevención del delito y la justicia penal mediante la adopción de instrumentos eficaces en la lucha contra la delincuencia internacional (por ejemplo, desarrollando normas internacionales más eficaces para prevenir el blanqueo de capitales y las inversiones relacionadas con actividades delictivas tales como el terrorismo y el tráfico ilícito de estupefacientes).

de la ONU a lo largo de estos años ha sido la persecución y castigo de los responsables de violaciones graves y masivas de derechos humanos fundamentales y de los principios básicos del Derecho Internacional Humanitario. Para ello, se han seguido diversas vías:

- Por una parte, la expansión del ámbito de jurisdicción penal de los Estados respecto de los delitos contra la comunidad internacional y el derecho de gentes, ampliando los supuestos en lo que se reconoce el criterio de universalidad de la jurisdicción penal de los Estados, en cuyos ordenamientos jurídicos internos se va reconociendo progresivamente la obligación de los Estados de perseguir o de extraditar a los inculpados de dichos delitos.

- Por otra, y en paralelo, la creación de Tribunales Penales Internacionales, vía utilizada por el Consejo de Seguridad para crear órganos *ad hoc* (en 1993, con el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, y en 1994, con el Tribunal Penal Internacional para Rwanda), y más tarde, con un carácter permanente y universal, con la aprobación del Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional en 1998.

- Finalmente, la búsqueda de nuevas fórmulas jurisdiccionales para encarar la represión de los crímenes cometidos con la aparición de tribunales internacionalizados de naturaleza híbrida (tanto en su composición como en el derecho aplicable). Así, los órganos jurisdiccionales establecidos en Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental, Kosovo, Bosnia-Herzegovina, Irak y Líbano.

Este proceso de internacionalización de la justicia penal está relacionado con el importante desarrollo experimentado por el Derecho Penal Internacional en la década de los noventa del pasado siglo (así, el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad en 1996). Los crímenes de Derecho Internacional (agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad) responden a tipos que cabe entender consolidados en la actualidad. Y se han arbitrado nuevos y diversos sistemas procesales para proteger los intereses de la Comunidad Internacional, destacando la novedosa posición que el individuo (tanto en el papel de inculpado como de víctima) adquiere en el ordenamiento jurídico internacional.

Abordaremos la exposición del tema analizando primeramente los convenios, resoluciones y demás instrumentos de la ONU para seguidamente estudiar, en la segunda parte y dentro de la jurisdicción penal internacional, la pluralidad de modelos de tribunales penales internacionales así como el carácter universal de la jurisdicción penal de los Estados y concluir con una

referencia a la llamada justicia transicional, concepto que engloba un conjunto de procesos de naturaleza judicial o de otro orden que se llevan a cabo en sociedades en transición hacia la democracia con el fin de reconciliar y hacer justicia sobre violaciones de derechos humanos ocurridas bajo el régimen precedente, facilitando así una paz estable y duradera.

2. Convenios, resoluciones y demás instrumentos de las naciones unidas

Con el fin de ofrecer una visión panorámica –aunque sin ánimo de ser exhaustivos- del alcance que ha cobrado la actividad desarrollada por la ONU en sus más de cincuenta años de existencia y en los distintos ámbitos relacionados con la cooperación penal, trataremos de enumerar sistemáticamente algunos de los instrumentos más relevantes (tratados multilaterales⁷, resoluciones, declaraciones, recomendaciones, etc.) por materias. En el presente tema y en los sucesivos correspondientes a este Módulo serán objeto de estudio los instrumentos más importantes.

- Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945.
- Declaraciones de aceptación de las obligaciones consignadas en la Carta de las Naciones Unidas.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- Declaraciones por las que se reconoce como obligatoria la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en virtud del párrafo 2 del art. 36 del Estatuto de la Corte.

Arreglo pacífico de las controversias internacionales

- Acta General Revisada para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales. Nueva York, 28 de abril de 1949.

Derechos Humanos

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Nueva York, 9 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York, 16 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

7 <http://untreaty.un.org/English/bible/titles/spanish.pdf>

- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, 16 de diciembre de 1966.
 - Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Nueva York, 26 de noviembre de 1968.
 - Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. Nueva York, 30 de noviembre de 1973.
 - Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Nueva York, 10 de diciembre de 1984.
 - Convención Internacional contra el Apartheid en los deportes. Nueva York, 10 de diciembre de 1985.
 - Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Nueva York, 18 de diciembre de 1990.
 - a) Enmiendas al párrafo 7 del art. 17 y al párrafo 5 del art. 18 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Nueva York, 8 de septiembre de 1992.
 - b) Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Nueva York, 18 de diciembre de 2002.
 - Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte. Nueva York, 15 de diciembre de 1989.
 - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York, 13 de diciembre de 2006.
 - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Nueva York, 13 de diciembre de 2006.
 - Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Nueva York, 20 de diciembre de 2006.
- Menores
- Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, 20 de noviembre de 1989.
 - Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.
 - Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de Niños en conflictos armados. Nueva York, 25 de

mayo de 2000. Asamblea General-Resolución A/RES/54/263 de Naciones Unidas de 25 de mayo de 2000.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Nueva York, 25 de mayo de 2000.

Discriminación

- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Nueva York, 7 de marzo de 1966.

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Nueva York, 18 de diciembre de 1979.

Bioética

- Declaración Universal sobre el genoma y los derechos humanos de Naciones Unidas de 11 de noviembre de 1997.

Refugiados y apátridas

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra, 28 de julio de 1951.

- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Nueva York, 28 de septiembre de 1954.

- Convención para reducir los casos de apatridia. Nueva York, 30 de agosto de 1961.

- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Nueva York, 31 de enero de 1967.

Estupefacientes y sustancias psicotrópicas

- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Viena, 20 de diciembre de 1988.

- Convención Única sobre Estupefacientes, 1961. Nueva York, 30 de marzo de 1961.

- Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas. Viena, 21 de febrero de 1971.

Trata de personas

- Convenio para la represión de la trata de mujeres y niños, concertado en Ginebra el 30 de septiembre de 1921 y enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, 12 de noviembre de 1947.

- Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, firmado en París, el 4 de mayo de 1910 y enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949.

- a) Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Lake Success, Nueva York, 21 de marzo de 1950.

- b) Protocolo final del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Lake Success, Nueva York, 21 de marzo de 1950.

Cuestiones penales diversas

- Protocolo para modificar la Convención sobre la esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Nueva York, 7 de diciembre de 1953.

- Convención internacional contra la toma de rehenes. Nueva York, 17 de diciembre de 1979.

- Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios. Nueva York, 4 de diciembre de 1989.

- Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Nueva York, 14 de diciembre de 1973.

- Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado. Nueva York, 9 de diciembre de 1994.

- Convención internacional contra la toma de rehenes (“Convención sobre los rehenes”) de 1979.

Corrupción y crimen organizado

- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Nueva York, 31 de octubre de 2003.

- Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y firmado en Palermo el 13 de diciembre de 2000.

- a) Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Nueva York, 15 de noviembre 2000.

- b) Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Nueva York, 15 de noviembre de 2000.

- c) Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Nueva York, 31 de mayo de 2001.

- Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos de Naciones Unidas de 28 de enero de 1997.

- Declaración de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales de 21 de febrero de 1997.

- Medidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales de Naciones Unidas de 25 de enero de 1999.

Terrorismo

- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas. Nueva York, 15 de diciembre de 1997.

- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Nueva York, 19 de diciembre de 1999.

- Convención Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear. Nueva Cork, 13 de abril de 2005.

- Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (“Convención sobre los materiales nucleares”), relativa a la apropiación y utilización ilícitas de materiales nucleares de 1980.

- Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.

- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, relativo a las actividades terroristas realizadas en plataformas fijas frente a las costas de 1988.

- Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección de 1991.

- Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005.

Sistema y derecho penitenciario

- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos Naciones Unidas de 31 de julio de 1957.

Seguridad aérea y marítima

- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (“Convenio de Tokio”) de 1963.

- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (“Convenio de La Haya”) de 1970.

- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (“Convenio de Montreal”), relativo a los actos de sabotaje aéreo, como explosiones de bombas a bordo de una aeronave en vuelo de 1971.

- Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1988.

- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, relativo a las actividades terroristas en los buques de 1988.

Tribunales Penales Internacionales

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, 17 de julio de 1998.

- Acuerdos sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional. Nueva York, 9 de septiembre de 2002.

- Tribunal penal internacional para Ruanda, creado por resolución 995 (1994) de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

- Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia, creado por resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

3. La jurisdicción penal internacional

3.1. Los tribunales penales internacionales *ad hoc*

3.1.1. Antecedentes: los tribunales de Núremberg y Tokio

Tras los precedentes del *Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919*, al incluir en su articulado el derecho de las potencias vencedoras en la Primera Gran Guerra a juzgar a las personas acusadas de haber realizado actos contrarios al derecho de la guerra y la obligación para Alemania de proceder a la detención de los criminales⁸, al finalizar la Segunda Guerra Mundial se crean los Tri-

8 ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C. (2006): *Derecho Penal Internacional*. Valencia. Tirant lo Blanch, citando el trabajo inédito del profesor Francisco Javier Alvarez García sobre Los Tribunales Penales Internacionales, pág. 57. Este autor destaca, no obstante, que “la pretensión de juzgar a los militares acusados de crímenes de guerra resultó fallida, y ello debido a la decisión de las potencias vencedoras –después de la negativa alemana a extraditar a los criminales de guerra- de encomendar a la misma justicia alemana –y

bunales Militares Internacionales de Nüremberg y para el Extremo Oriente (Tokio), en 1945⁹ y 1946¹⁰ respectivamente, para juzgar a los principales responsables alemanes y japoneses acusados de la comisión de «crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad».

En ambos casos, se trata de tribunales creados *ad hoc* y de modo *unilateral*, esto es en virtud de una decisión política de las potencias vencedoras. En cuanto al derecho a aplicar, según las previsiones estatutarias, el enjuiciamiento criminal de los responsables tenía un carácter dual: el Derecho Internacional y las normas internas de cada Estado (sustantivas y procesales). A ello hay que añadir la flagrante vulneración de los principios elementales del derecho sustantivo y procesal penal, fundamentalmente, el principio de legalidad de los delitos y de las penas (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) e irretroactividad de las normas penales, que en los mismos se produjo pues sendos estatutos son posteriores a los hechos enjuiciados así como la imparcialidad de los jueces (que eran ciudadanos de las potencias vencedoras) y que la instrucción y enjuiciamiento fueran llevados a cabo por un mismo órgano judicial¹¹.

Con todo, ambos tribunales constituyeron unos precedentes de enorme importancia, sin los cuales no hubieran sido posibles los últimos logros en materia de Derecho Penal Internacional¹². Así, la Asamblea General de la

aplicando sus propias leyes- la misión de juzgar a sus propios soldados; misión ésta que fue encomendada al Tribunal Supremo de Leipzig y que se saldó con la imposición de penas mínimas, que ni siquiera se llegaron a cumplir en los términos de las sentencias, a los responsables de menor graduación”.

9 Reunida la Comisión cuatripartita de las potencias vencedoras (EEUU, Gran Bretaña, Francia y la URSS) en Londres el 8 de agosto de 1945 hizo público el Acuerdo y el Estatuto por los que habrían de regirse la constitución y el funcionamiento del tribunal militar internacional que habría de juzgar las responsabilidades penales de los grandes criminales de guerra.

10 El 19 de enero de 1946 se otorga la Carta para la constitución del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente.

11 A estos argumentos jurídicos hay que sumar las críticas de aquellos que lo calificaron “como una “Justicia de vencedores” contra vencidos en una guerra en la que por ambas partes se habían cometido barbaridades sin cuento, bombardeos de ciudades enteras, de monumentos, de instalaciones civiles, con el resultado de miles de víctimas personales entre una población que no participaba en las actividades bélicas”, MUÑOZ CONDE, F. y MUÑOZ AUNIÓN, M. (2003), *¿Vencedores o vencidos?*, Valencia. Cine-Derecho, Tirant lo Blanc, pág. 18.

12 PELÁEZ MARÓN, J. M., *El desarrollo del Derecho Internacional Penal en el*

ONU adoptó en 1948 el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio¹³, un día antes de la proclamación de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, y establece en 1950 un Comité especial para la elaboración del estatuto de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente. Posteriormente, la ONU, en diferentes resoluciones, ha venido declarando que los crímenes contra la humanidad serían perseguidos y no podrían quedar impunes¹⁴.

Tras el final de la guerra fría, la Asamblea General volvió a retomar el tema, encargando en 1989 a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de sendos *proyectos de Estatuto de la Corte Penal Internacional y de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad*. Estos proyectos fueron presentados por dicha Comisión en 1994 y 1996¹⁵, respectivamente, y, una vez refundidos, ampliados y completados por un Comité compuesto por representantes gubernamentales, constituyeron la base del trabajo de la Conferencia Diplomática de Roma que da lugar a la Corte Penal Internacional.

3.1.2. Los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda

Paralelamente a este proceso, han surgido en la última década del pasado siglo iniciativas de ámbito más restringido, pero de gran importancia como precedentes de la Corte Penal Internacional, como es el Tribunal Penal Internacional creado por la Resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones del Derecho Humanitario Bélico cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia¹⁶ (en adelante TPIY) entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que el Consejo de Seguridad determinará una vez restaurada la

siglo XX, pág. 109, en AAVV (2000): *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid. Consejo General del Poder Judicial. Y como veremos en el capítulo 6 se les considera el origen del concepto actual de justicia transicional.

13 Resolución 280 A, III. ONU, Treaty Series, vol. 78, pág. 277.

14 La última, la Resolución del Consejo de Seguridad (1674) de 28 de abril de 2006.

15 Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 48ª reunión, Doc. ONU A/CN.4/L.522, 31 de mayo de 1996.

16 La página oficial en la Web está en inglés, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* (ICTY): <http://www.icty.org/>

paz¹⁷, aprobándose, así mismo, el Estatuto de dicho Tribunal (Estatuto del TPIY) donde se recogen como punibles y sujetos a su jurisdicción los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, las violaciones al derecho o costumbre internacionales de guerra y las graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949¹⁸.

En el preámbulo de su Resolución el Consejo de Seguridad expresaba su profunda alarma por los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes del Derecho Internacional Humanitario que se perpetraban en el territorio de la ex Yugoslavia, especialmente en el de la República de Bosnia-Herzegovina, inclusive los informes sobre asesinatos en masa, detenciones y violaciones masivas de mujeres, organizadas y sistemáticas, y de la práctica de la depuración étnica¹⁹.

En coherencia con la finalidad recogida en la Resolución del Consejo de Seguridad, el objetivo del TPIY comprende cuatro aspectos:

- Someter a juicio a las personas acusadas de graves violaciones del Derecho Humanitario Internacional.
- Hacer justicia a las víctimas de las referidas violaciones.
- Evitar crímenes futuros.

17 A pesar de que el Tribunal funciona actualmente al máximo de sus capacidades, se orienta hacia el término de su mandato. Desde esta perspectiva, el Tribunal está juzgando a los más altos dirigentes y remite un importante número de acusados de rango intermedio o subalterno ante las jurisdicciones nacionales de la Ex Yugoslavia (Fuente: sitio oficial del TPIY: <http://www.icty.org/sections/AbouttheICTY>).

18 Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales son tratados internacionales que contienen las principales normas destinadas a limitar la barbarie de la guerra. Protegen las personas que no participan en las hostilidades (civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias) y a los que ya no pueden seguir participando en los combates (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra). Las Convenciones de Ginebra sólo se aplican a los conflictos armados internacionales, a excepción del artículo 3, común a las 4 Convenciones, que también abarca las guerras civiles en el interior de un mismo país. Con motivo de su 60º aniversario se ha planteado la necesidad de actualizar esos textos habida cuenta los nuevos escenarios en que se presentan los conflictos bélicos en el siglo XXI. Enlace de interés en la página oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR): <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/icrc?OpenDocument>

19 Tras la muerte del mariscal Josip Broz "Tito" en 1980, en medio de una crisis económica y entre grandes tensiones entre las diferentes repúblicas, se produce la desmembración de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia, que en 1991 desemboca en un sangriento conflicto.

- Contribuir a la restauración de la paz promoviendo la reconciliación en la ex Yugoslavia²⁰.

El TPIY, con sede en La Haya (Países Bajos), se halla constituido por dos Salas de Primera Instancia y una Sala de Apelaciones; por el Fiscal y por una Secretaría que presta servicio a las Salas y al Fiscal. Está integrado por 16 jueces permanentes y un máximo de nueve jueces *ad litem* a la vez por Sala. Los jueces son elegidos por la Asamblea General y los permanentes cubren un período de cuatro años con posibilidad de reelección.

Como ya indicamos, el TPIY tiene limitada su jurisdicción a los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra que hayan sido cometidos desde 1991 en el territorio de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia. Asimismo, su jurisdicción se aplica sólo a personas físicas y no a organizaciones, partidos políticos, entidades administrativas u otras entidades legales.

Desde su creación, el Tribunal ha juzgado públicamente, entre otras personas, al fallecido ex presidente de Yugoslavia Slobodan Milosevic. Y están siendo juzgados, en la actualidad, el que fuera presidente de la República Srpska Radovan Karadzic así como el jefe militar de la citada República Serbia Ratko Mladic.

Igualmente, y tomando como modelo el Tribunal de la ex Yugoslavia, por Resolución 995 (1994) de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, se crea el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Rwanda²¹ (en adelante TPIR), así como a los responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en territorios de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, cuya constitución, composición y funcionamiento se regulan en el Estatuto anejo a la Resolución (Estatuto del TPIR)²².

20 La citada Resolución señala que “en las circunstancias particulares que reinan en la ex Yugoslavia, la creación por el Consejo de un tribunal internacional, como medida *ad hoc*, y el enjuiciamiento de presuntos responsables de graves violaciones del Derecho internacional humanitario permitirían alcanzar este objetivo y contribuirían a la restauración y el mantenimiento de la paz”.

21 La página oficial en la Web es en inglés, francés y kinyarwanda, *International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR): <http://www.ictt.org/>

22 Los sangrientos enfrentamientos trivales entre la minoría tutsi y la mayoría hutu escapan al control del gobierno de Rwanda. El propio Presidente Habyalimana muere víc-

El TPIR, con sede en Arusha (Tanzania), se halla constituido por tres Salas de Primera Instancia y una Sala de Apelaciones; por el Fiscal y por una Secretaría. Las Salas de Instancia están integradas por 3 jueces cada una. Los integrantes de la Sala de Apelaciones son los mismos miembros de la Sala de Apelación del TPIY.

El TPIR tiene competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de actos de genocidio y crímenes contra la humanidad así como aquellas personas que cometan u ordenen la comisión de graves infracciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados²³ y del Protocolo Adicional II a dichas Convenciones de 8 de junio de 1977, cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, por rwandeses en territorio de Rwanda y Estados vecinos, así como dichos crímenes cometidos por no rwandeses en Rwanda.

Señalar que, al igual que en el TPIY, su jurisdicción se aplica sólo a personas físicas. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de órdenes superiores no le eximirá de responsabilidad penal, pero el TPIR podrá considerarlo circunstancia atenuante si así lo exige la equidad.

No es aplicable el régimen general de inmunidad de jurisdicción que es reconocido en el ámbito penal a los altos mandatarios de los Estados (Jefes de Estado o de Gobierno), tal y como se dispone en las normas que establecen estos tribunales (art. 7.2 del Estatuto del TPIY y el art. 6.2 del Estatuto del TPIR)²⁴ y que el Tribunal Internacional de Justicia ha reconocido como excepciones a la regla de inmunidad²⁵.

En ambos casos, y “contrariamente a los Tribunales de Nuremberg y Tokio, el TPIY y el TPIR son *verdaderamente internacionales*, ya que aquéllos eran Tribunales multinacionales pero no Tribunales internacionales en sen-

tima de un atentado en abril de 1994. Las fuerzas rebeldes del Frente Patriótico de Rwanda, dominado por los tutsis, se enfrentan al gobierno. Se entabla una cruenta guerra civil y étnica. Los muertos se cuentan por miles y los refugiados por decenas de miles.

23 Como señalábamos en la nota 9, dicho artículo 3 también abarca las guerras civiles en el interior de un mismo país a diferencia de las Convenciones de Ginebra que sólo se aplican a los conflictos armados internacionales.

24 Baste recordar que el procesamiento de Slobodan Milosevic por el TPIY en mayo de 1999 se produjo cuando aún ocupaba la Presidencia de la República Federal de Yugoslavia.

25 En asunto República Democrática del Congo c. Bélgica (Decisión del 14 de febrero de 2002, TIJ, Recopilación 2002, párrafo 61, pág. 25, del que hablaremos más adelante.

tido estricto por el hecho de que los mismos no representaban más que a una parte de la comunidad mundial: la de los vencedores”²⁶.

El art. 29 del Estatuto del TPIY y el art. 28 del Estatuto del TPIR establecen la obligación de cooperar de los Estados Partes en la investigación y enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario.

En desarrollo de estas disposiciones, los Estados Partes han adoptado a nivel nacional normas reguladoras de cómo llevar a cabo tal obligación²⁷, siendo la consecuencia más importante la jurisdicción preferente del TPIY y el TPIR sobre los tribunales nacionales en caso de ostentar ambos jurisdicción concurrente sobre las graves violaciones del Derecho Humanitario Internacional cometidas en la antigua Yugoslavia o en Rwanda, respectivamente (art. 9 del Estatuto del TPIY y art. 8 Estatuto del TPIR).

Además, a los órganos judiciales nacionales se les puede conminar a realizar tareas específicas a petición de los Tribunales *ad hoc* tales como: la identificación y localización de personas, toma de declaración, presentación de pruebas, detención de personas, o incluso la entrega o traslado de un acusado para ponerlo a disposición de los Tribunales *ad hoc*. Para llevar a cabo estas acciones operativas la colaboración de INTERPOL ha demostrado ser de especial importancia (vía su sistema de notificaciones internacionales).

Por lo que respecta al cumplimiento de las sentencias, éstas, según establecen el art. 27 del Estatuto del TPIY y el art. 26 del Estatuto del TPIR, se cumplirán en un Estado designado por el propio Tribunal de entre aquellos que previamente hayan accedido a llevar a cabo tal cometido.

3.2. La Corte Penal Internacional

3.2.1. Orígenes y características

Tras largas e intensas negociaciones, el 17 de junio de 1998 la Conferencia de Plenipotenciarios aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Interna-

²⁶ Primer informe del TPIY (A/49/342.S/1994/1007, par. 10). <http://un.org/icty/rappannu-e/1994/index.htm>

²⁷ Así, en España, las Leyes de cooperación con los Tribunales *ad hoc*: la Ley orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia y la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Rwanda.

cional (en adelante CPI), en una conferencia auspiciada por la ONU, por 120 votos a favor, incluyendo a todos los países de la Unión Europea (UE)²⁸. No obstante, la CPI tuvo que esperar hasta el 1 de julio de 2002 para entrar en vigor, una vez que su Estatuto fue aprobado por 139 países y ratificado por 76 de ellos. A fecha de hoy, 121 países son parte del Estatuto²⁹.

El objetivo que se persigue con el Estatuto de Roma es la creación de la CPI, como instancia judicial *independiente*, aunque vinculada con la ONU, con carácter *permanente* y alcance potencialmente *universal*, que será competente para enjuiciar los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

Dado que los tribunales penales internacionales creados hasta la fecha lo han sido para situaciones concretas y con carácter temporal, la constitución de una jurisdicción penal internacional con vocación de generalidad y permanencia supone un paso decisivo en el desarrollo del orden internacional. Como señala MÁRQUEZ CARRASCO³⁰, “el Tratado de Roma alumbra así a la

28 Siete países votaron en contra (EEUU, Rusia, China, India, Cuba, Irak e Israel) y 21 se abstuvieron. A destacar la posición beligerantemente en contra de EEUU. En palabras del senador Jesse Helms, en su intervención en el Senado estadounidense el 31 de julio de 1998, pocos días después de la creación de la CPI: “rechazar el Estatuto de Roma no es suficiente. Los EEUU tienen que combatirlo (...) La CPI es de hecho un monstruo y tenemos la responsabilidad de descuartizarlo antes de que crezca y acabe devorándonos” (<http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/helms.html>). El presidente Bill Clinton en un principio se negó a firmar el Estatuto de Roma, pero poco antes de abandonar la Casa Blanca decidió firmarlo. Posteriormente, el presidente George W. Bush anunciaba que EEUU se retiraba oficialmente de la CPI. En agosto de 2001 daba un paso más y remitía al Congreso el proyecto de Ley de Protección de los Miembros del Servicio Americano (*American Service members Protection Act*), en virtud de la cual se prohíbe taxativamente a cualquier autoridad de los EEUU cooperar con la CPI. Finalmente, en un afán por lograr una inmunidad total de su personal en el exterior, EEUU ha suscrito acuerdos bilaterales de inmunidad (*Bilateral Immunity Agreements*) con decenas de países que son Estados Parte de la CPI, por los cuales éstos se comprometen (a cambio de un trato preferencial en distintos campos) a que en ningún caso denunciarán ante la CPI a nacionales estadounidenses que se hallen en sus respectivos territorios aunque fueran responsables de los delitos competencia de la CPI, en base en el art. 98 del Estatuto de Roma (de ahí que se les denomine también acuerdos del art. 98).

29 España autorizó por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (<http://boe.es/g/es/boe/dias/2000/10/05/section1.php#00000>).

30 MÁRQUEZ CARRASCO, M.C. “Alcance de la Jurisdicción de la Corte Penal In-

última institución internacional del siglo XX y la primera (...) del siglo XXI”, “es, por tanto todo un signo mágico para el siglo XXI que la sociedad internacional pueda contar con una CPI permanente con la que se persigue poner fin a la impunidad”.

Superando la dificultad que implica la diversidad de sistemas políticos y jurídicos entre los Estados participantes en la Conferencia de Roma, el Estatuto de Roma resultante es un texto completo que regula todos los aspectos necesarios para la puesta en marcha y el eficaz funcionamiento de la CPI: su establecimiento (con sede en La Haya), composición y organización; el Derecho aplicable y los principios generales del Derecho Penal que han de inspirar su actuación; la delimitación de sus competencias, tanto desde el punto de vista material como espacial y temporal; la tipificación de los delitos y las penas a imponer, así como las reglas para la ejecución de éstas; las normas procesales y de funcionamiento de los órganos judiciales, y los mecanismos de colaboración con los Estados y con otros organismos internacionales para la mejor consecución de los objetivos pretendidos.

Además, el Estatuto de Roma prevé que la regulación que contiene sea ulteriormente desarrollada mediante varios instrumentos normativos. Entre otros, los Elementos de los Crímenes, el Reglamento de Procedimiento y de Prueba, el Reglamento de la Corte, el Reglamento de la Oficina del Fiscal, el Reglamento del Secretario, el Código de Ética Judicial, el Reglamento del personal de la CPI, el Estatuto del personal del CPI, el Acuerdo de relación con la ONU, el Acuerdo de privilegios e inmunidades³¹, el Reglamento Financiero y Reglas de Gestión Financiera.

Formalmente, el Estatuto de Roma se estructura en un preámbulo y 128 artículos, agrupados sistemáticamente en trece partes. De este amplio contenido, cabe destacar algunos aspectos como más significativos.

3.2.2. Normas de competencia y procesales

La CPI es una institución judicial con capacidad para investigar y juzgar a personas que hayan sido acusadas de cometer los crímenes más graves: ge-

ternacional: Jurisdicción universal o nexos jurisdiccionales aplicables”, en AA.VV. (2000), *“La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional”*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, págs. 359 y 360.

³¹ Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional, Nueva York 9 de septiembre de 2002.

nocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. La CPI puede ejercer su competencia solamente cuando la persona acusada es nacional de un Estado que forma parte del Estatuto de Roma o cuando el delito ha sido cometido en el territorio de un Estado que es parte del Estatuto. Estas condiciones no son necesarias cuando las situaciones han sido remitidas a la oficina del Fiscal de la CPI por el Consejo de Seguridad de la ONU o cuando un Estado acepta la competencia de la CPI sin haber sido parte del Estatuto de Roma.

Es importante señalar que la CPI no es competente para enjuiciar a Estados, sino a personas físicas, ni tampoco para enjuiciar hechos aislados, sino violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas de manera extensa o continuada en una situación dada.

Como ya indicamos en relación con el TPIY y el TPIR, las inmunidades de los agentes extranjeros en activo no operan frente a los tribunales internacionales (art. 27 del Estatuto de Roma) pues no les afecta el principio *par in parem iurisdictionem* que justifica las inmunidades ante los jueces de otro Estado.

Por lo que respecta a la competencia material de la CPI, el art. 5 del Estatuto de Roma la limita a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, entendiendo por tales el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión. Las tres primeras categorías de crímenes se tipifican en el propio Estatuto de Roma (arts. 6 a 8) conforme a las tendencias más modernas del Derecho Internacional Penal. El instrumento normativo “Elementos de los Crímenes” precisa el contenido de esas figuras delictivas, con objeto de ayudar a la CPI a interpretar y aplicar estos preceptos. Respecto del crimen de agresión, la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma (celebrada en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010), ha definido dicho crimen y regulado las modalidades del ejercicio de la competencia de la CPI respecto del mismo³².

La jurisdicción de la CPI será obligatoria para los Estados Partes, los cuales aceptarán automáticamente esa jurisdicción por el hecho mismo de ratificar o adherirse al Estatuto de Roma. Asimismo, la jurisdicción de la Corte puede extenderse a otros Estados no partes cuando éstos hayan aceptado la competencia de la Corte por tratarse de un crimen cometido en su territorio o

32 Las condiciones para la entrada en vigor consensuadas en dicha conferencia establecieron que la CPI no podrá ejercitar su jurisdicción sobre el crimen hasta el 1 de enero de 2017, cuando los Estados tomen la decisión de activar la jurisdicción.

cometido por nacionales de esos Estados, o bien cuando el Consejo de Seguridad así lo haya determinado en virtud de sus atribuciones conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas³³ (arts. 12 y 13 Estatuto de Roma).

En lo que se refiere al ámbito temporal de la competencia, el art. 11 Estatuto de Roma establece expresamente que no tendrá efectos retroactivos. Por tanto, la CPI sólo tiene competencia sobre delitos ocurridos después del 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma. Cuando un Estado oficializa su ingreso como parte del Estatuto, la competencia de la CPI comienza sesenta días después, a menos que éste haya hecho una Declaración concediendo competencia a la Corte previa a esa fecha.

Característica fundamental de la competencia de la CPI es su complementariedad respecto de las jurisdicciones nacionales. El principio de complementariedad, recogido tanto en el Preámbulo (“la CPI establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”) como en el art. 1 del Estatuto de Roma, se articula como presupuesto procesal de procedibilidad o de admisibilidad de la causa en el art. 17 del Estatuto de Roma, en virtud del cual la jurisdicción de la CPI sólo se ejercerá de manera subsidiaria, cuando el Estado competente renuncie a la obligación de investigar, juzgar y castigar unos determinados hechos bien porque no tenga voluntad de hacerlo o bien porque no pueda hacerlo efectivamente.

Por ende, y contrariamente a lo señalado con los Tribunales *ad hoc* en los epígrafes anteriores (en donde rige el principio de primacía de su jurisdicción sobre la de los Estados en caso de concurrencia), la obligación de cooperar de los Estados Partes con la CPI se basa en dicho principio de complementariedad. Esto implica que los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para el enjuiciamiento de los delitos previstos en el Estatuto de Roma no están conminados a hacer dejación de su competencia a favor de la CPI; o lo que es lo mismo, ésta no tiene primacía respecto de las jurisdicciones nacionales sino que actúa complementando a éstas, en caso de que el Estado competente no quiera o no pueda enjuiciar (arts. 17 y 18 del Estatuto de Roma³⁴).

33 Caso este último de la actuación de la CPI en Darfur (Sudán), a raíz de la cual se dictó en julio de 2008 la primera orden de arresto contra un Jefe de Estado en ejercicio por el Fiscal de la CPI, el presidente sudanés Omar Hassan Ahmad Al Bashir, por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos contra miles de personas de las etnias fur, masalit y zaghawa.

34 En desarrollo de estas disposiciones del Estatuto de Roma, la Ley española de cooperación con la CPI, Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre estipula en su art. 10 la inhibición de la jurisdicción española a favor de la Corte; si bien el art. 8 de esta misma ley

Este principio de complementariedad busca garantizar la soberanía de los Estados en asuntos jurídicos y reforzar los sistemas nacionales de justicia. Sin embargo, la CPI podrá actuar cuando ha habido demoras injustificadas en procesos judiciales nacionales o cuando se tomen decisiones con intención de proteger a una persona y evitar que responda penalmente.

La capacidad de la CPI para investigar, juzgar y castigar todas las situaciones de crímenes bajo su competencia es limitada. En consecuencia, ciertas situaciones serán necesariamente responsabilidad de los Estados concernidos.

El art. 25 del Estatuto de Roma aborda la responsabilidad penal que se limita a las personas naturales que responderán individualmente por los crímenes previstos en el Estatuto. No se ha previsto la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La CPI investigará, juzgará y castigará a aquellas personas mayores de 18 años cuya responsabilidad en la comisión de los delitos bajo la competencia de la CPI haya sido probada. Asimismo, es necesario poner de manifiesto que los crímenes de la competencia de la CPI no prescriben.

En lo referente a la investigación y enjuiciamiento de las causas, señalar que la Oficina del Fiscal podrá iniciar investigaciones cuando los Estados Parte al Estatuto de Roma o el Consejo de Seguridad de la ONU le remitan situaciones. Además, el Fiscal puede decidir sobre la base de información recibida de fuentes confiables, iniciar una investigación, previa aprobación de la Sala de Cuestiones Preliminares. Esta Sala la integran tres jueces de la CPI que son independientes de las decisiones de la Oficina del Fiscal. No obstante, y a fin de garantizar la prevalencia de la jurisdicción nacional de los Estados Parte sobre los hechos, reconoce a éstos amplias facultades para instar la inhibición del Fiscal y para impugnar la competencia de la CPI o la admisibilidad de la causa, con la única excepción de los casos en que el asunto haya sido remitido a la CPI por el Consejo de Seguridad. En tales casos, se entiende que prevalece el interés de la comunidad internacional, en cuyo nombre actúa el Consejo, en que se haga justicia como medio para restablecer la paz y la seguridad internacionales en una determinada situación. Por el mismo motivo, se reconoce al Consejo de Seguridad la extraordinaria facultad de instar la suspensión de las actuaciones de la CPI respecto de una situación dada, si lo entiende como

prevé la posibilidad de requerimiento de inhibición al fiscal de la CPI en los casos en los que de la información suministrada por el Fiscal General del Estado pareciera que se ha ejercido jurisdicción en España, se está ejerciendo o, como consecuencia de la notificación recibida, se ha iniciado una investigación por las autoridades españolas.

necesario en función de la paz y seguridad internacionales (arts. 13 al 17 del Estatuto de Roma).

Complemento de las normas de competencia y procesales, el Estatuto de Roma recoge una serie de principios generales del Derecho Penal que han de orientar la actuación de la CPI: “*nullum crimen sine lege*”, “*nulla poena sine lege*”, irretroactividad “*ratione personae*”, responsabilidad penal individual, improcedencia de toda distinción basada en el cargo oficial, responsabilidad de los jefes y otros superiores, imprescriptibilidad de los crímenes, elemento de intencionalidad, circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, error de hecho y de derecho, y cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales.

En cuanto a la estructura y el desarrollo del proceso, se combinan técnicas del derecho anglosajón y de los derechos continentales, aprovechando también las experiencias de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*. El Estatuto de Roma configura un sistema de doble instancia, una vez concluida la fase de instrucción.

Por primera vez en la historia del derecho penal internacional, las víctimas de los crímenes bajo la competencia de la CPI tienen derecho a participar en los juicios que se sigan ante la misma, mediante representación legal, y a solicitar reparaciones. La Secretaría de la CPI asistirá a las víctimas y a los testigos a lo largo del proceso judicial.

La protección de los derechos del acusado es indispensable para garantizar un juicio justo. Para ello, la Secretaría cuenta con una lista de abogados defensores que han demostrado ser altamente competentes y se comprometen a cumplir con el Código de Conducta Profesional de la CPI. Los equipos de la defensa de los acusados reciben apoyo logístico de la CPI y, de ser necesario, ayuda financiera.

En cuanto a las penas (Parte VII del Estatuto de Roma), se establece que la CPI podrá imponer a la persona declarada culpable una pena de reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta o, en casos excepcionales, la reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del delito cometido y las circunstancias personales del condenado. Además, la CPI podrá imponer multas y el decomiso del producto y los bienes procedentes del crimen, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

Las penas privativas de libertad se cumplirán en un Estado designado

por la CPI en cada caso, sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a aquélla su disposición a recibir condenados en sus establecimientos penitenciarios, disponibilidad que puede estar sometida a ciertas condiciones³⁵.

3.2.3. Estructura y funcionamiento

Respecto de la estructura de la CPI³⁶ -a la que el Estatuto de Roma dedica su Parte IV- decir que se compone de cuatro órganos: la Presidencia, las Salas, la Oficina del Fiscal y la Secretaría.

La Presidencia la forman el Presidente y los dos Vicepresidentes elegidos por los 18 jueces de la CPI. La Presidencia es responsable de la administración adecuada de la CPI³⁷.

Las Salas de la CPI las integran los 18 jueces, elegidos por los Estados Parte del Estatuto de Roma. Las Salas son las siguientes: Apelaciones, Primera Instancia y Cuestiones Preliminares.

Reconocidos por su condición moral e integridad, los jueces son elegidos entre candidatos de todo el mundo. Son responsables de garantizar que los juicios sean justos y de la adecuada administración de la justicia.

La Oficina del Fiscal se encarga de investigar los crímenes bajo jurisdicción de la CPI y acusar a los presuntos autores de estos crímenes³⁸.

La Secretaría es responsable de los aspectos no judiciales de la administración de la CPI. Entre sus cometidos específicos está el de asistir a los

35 En la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la CPI, se acompaña una declaración manifestando la disposición de España a recibir personas condenadas por la CPI en los establecimientos penitenciarios de nuestro país siempre que la duración de la pena de prisión impuesta no exceda de la máxima admitida por nuestra legislación, declaración permitida expresamente en el art. 103 del Estatuto, al tiempo que necesaria por las previsiones del art. 25.2 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado.

36 Son idiomas oficiales de la CPI los mismos que los de Naciones Unidas: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

37 Actualmente, el Presidente de la CPI es el juez Philippe Kirsch (Canadá), la Primera Vicepresidenta es la jueza Akua Kuenyehia (Ghana) y el Segundo Vicepresidente es el juez René Blattmann (Bolivia).

38 El Fiscal de la CPI, actualmente es Luis Moreno Ocampo (Argentina), siendo elegido por los Estados Partes el 21 de abril de 2003.

testigos ante la CPI y ayudar a las víctimas para que se les garanticen sus derechos. La Secretaría también se encarga de velar por los derechos del acusado a tener un proceso justo y una defensa adecuada conforme establece el Estatuto de Roma³⁹.

La independencia de los jueces, de la fiscalía y del personal de la CPI está formalmente garantizada por el Estatuto de Roma y los documentos de la CPI que han sido aprobados por los Estados. Una serie de salvaguardas impiden que la CPI actúe motivada políticamente.

3.2.4. La obligación de cooperar con la CPI

Por otra parte, existe una obligación general y plena de cooperar de los Estados Partes en la investigación y enjuiciamiento de crímenes competencia de la CPI. Conscientes de que esta obligación de cooperar es la piedra angular de toda la estructura de la CPI, el Estatuto dedica a ello toda la Parte IX: *De la cooperación internacional y la asistencia judicial* (arts. 86 a 102 Estatuto de Roma), contemplando principalmente tres formas de cooperación: la entrega de personas a la Corte; el auxilio judicial internacional para la aportación de documentos, realización de pruebas, etc., y la ejecución de las sentencias de la Corte, en sus diversos aspectos. En caso de falta de cooperación de los Estados Partes, la CPI podrá plantear la cuestión ante la Asamblea de Estados Partes o ante el Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto.

En cumplimiento de esta obligación de colaboración⁴⁰, los Estados Partes adoptaron leyes de cooperación con la CPI. A modo de ejemplo, la normativa española en la materia es la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la CPI, cuyos arts. 2 y 3 regulan la cooperación pasiva y activa respectivamente.

3.2.5. Relaciones de la iber-red con la CPI

El Título IV del Reglamento Iber-RED, que trata de las relaciones con otras redes y organismos con competencia en materia de cooperación judicial in-

³⁹ El actual Secretario de la CPI es Bruno Cathala (Francia).

⁴⁰ El art. 88 Estatuto de Roma reza así: “*los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.*”

ternacional establece, como principio general, que a fin de cumplir sus objetivos la Iber-RED “aspira a mantener contactos e intercambiar experiencias con otras redes de cooperación judicial y organismos internacionales promotores de la cooperación jurídica internacional” (Disposición 13^a, apartado 1^o), para luego mencionar, de modo expreso, la cooperación con la Corte Penal Internacional y con Eurojust.

En efecto, el apartado 1^o de la Disposición 14^a señala que “la Iber-RED, con respeto al Derecho interno de los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, podrá desarrollar su labor asistencial en la correcta cumplimiento de solicitudes de cooperación remitidas por la Corte Penal Internacional”.

Se han establecido los contactos necesarios entre la Secretaría General de la Iber-RED y la CPI para que estas previsiones puedan desarrollarse con la fluidez necesaria.

Destacar, igualmente, que en las Reuniones anuales de los Puntos de Contacto de la Iber-RED se ha contado con la participación de representantes de la CPI.

3.2.6. Red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra

Creada por Decisión del Consejo 2002/494/JAI de 13 de junio de 2002⁴¹, al objeto de reforzar la cooperación con la CPI (y en su caso, con los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda) y de luchar contra la impunidad ante los crímenes más graves, cada Estado miembro designa un punto de contacto para el intercambio de información sobre la investigación de casos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (como aquellos a los que se refieren los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma).

Basada como otras redes en el principio de comunicación directa entre los puntos de contacto, la función de éstos es la de facilitar, previa solicitud y de acuerdo con los arreglos pertinentes entre Estados miembros y con la legislación nacional vigente, toda información de que dispongan que pueda

41 Motivada por los casos de personas que han estado implicadas en esos crímenes y que buscan refugio dentro de las fronteras de la Unión Europea, como señala su Exposición de Motivos.

ser pertinente en el contexto de investigaciones sobre los casos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y cooperar con las autoridades nacionales competentes.

Los puntos de contacto se vienen reuniendo una vez al año en las dependencias de Eurojust, lo que facilita al mismo tiempo la proximidad con la sede de la CPI (también en La Haya).

3.3. Los tribunales internacionalizados

La evolución de la lucha contra la impunidad ha supuesto la búsqueda de nuevas fórmulas jurisdiccionales para encarar la represión de los crímenes cometidos. De este modo, junto a los tribunales penales internacionales *ad hoc* (los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda), cuya actividad se aproxima a su término, y la Corte Penal Internacional, la práctica más reciente ha visto la aparición de tribunales internacionalizados de naturaleza híbrida⁴².

En efecto, tras las experiencias del TPIY y del TPIR, la evolución posterior ha encauzado el desarrollo de la responsabilidad penal individual por genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por vías totalmente diferentes a las anteriores, sugiriendo un indudable relevamiento de las fórmulas propiamente jurídico-internacionales, no solamente en la forma sino incluso en el contenido -el derecho aplicable- y ello en abierto contraste con los desarrollos del período inmediatamente anterior.

Esta multiplicación de órganos internacionales judiciales y cuasi judiciales, a pesar -como decimos- de la creación de la CPI, obedece a exigencias políticas o a las circunstancias particulares de algunos Estados. Si bien hay que señalar que por lo general son aceptados con mejor grado que los Tribunales especiales *ad hoc*, porque, estos últimos son vistos en último extremo, como una imposición unilateral mientras que, en aquellos, existe un activa participación local que se equilibra y conjuga con el elemento internacional⁴³. En este sentido basta confrontar los sucesivos órganos jurisdiccionales establecidos para crímenes masivos (Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental,

42 Y existen buenas razones para creer que los sistemas de justicia penal internacionalizados continuarán multiplicándose. Así, se sondeó tal posibilidad en Burundi y en Sudán. Finalmente, el Consejo de Seguridad de la ONU remitió el asunto de Darfur a la CPI.

43 OLLÉ SESÉ, M.: Justicia universal para crímenes internacionales, La Ley, Madrid, 2008, pág. 50.

Irak, Kosovo y Bosnia-Herzegovina) o para delitos concretos (Líbano), para percibir la profunda transformación en el tratamiento de la cuestión que revelan tales desarrollos.

Estos nuevos modelos jurisdiccionales presentan diferentes grados de internacionalización, y así unos, los tribunales híbridos, están formados por jueces nacionales e internacionales y se caracterizan por ser una alternativa a los tribunales penales internacionales *ad hoc*, no se integran en los sistemas judiciales internos y actúan de forma y con personalidad internacional independiente (los Tribunales Especiales creados para Sierra Leona y el Líbano), otros, los tribunales penales nacionales internacionalizados, forman parte de un sistema de justicia penal nacional, carecen de independencia internacional y solo ostentan algunos rasgos de índole internacional: extienden su jurisdicción sobre determinadas categorías de crímenes y la ley que aplican estos Tribunales —compuestos por jueces y fiscales nacionales e internacionales— es tanto la interna como la internacional (las Salas Especiales para Camboya, los Paneles Especiales de Delitos Graves en Timor Oriental o la Sala de crímenes de guerra del Estado de Bosnia-Herzegovina⁴⁴)⁴⁵. Finalmente, los Tribunales locales asistidos internacionalmente reciben el apoyo internacional (Tribunal Especial de Irak). Kosovo⁴⁶, por su parte, no cuenta con

44 En el caso de Bosnia y Herzegovina estamos en presencia de un tribunal penal nacional internacionalizado compuesto por jueces y fiscales internacionales y que incluye una Sala de Crímenes de Guerra. Establecido por una Ley del Parlamento de Bosnia y Herzegovina el 3 de julio de 2002 y promulgada por el Alto Representante el 12 de noviembre de 2002, con sede en Sarajevo, no tiene un mandato limitado en el tiempo (a diferencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc*). Dentro de su jurisdicción penal, el Tribunal se limita a conocer de las causas por crímenes de guerra que le remita tanto el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia como el Organismo de Investigación y Protección del Estado, dependiente del Ministerio de Seguridad.

45 Sin embargo, en estos supuestos, por relevante que sea esta internacionalización de la justicia penal, no dejan de ser fórmulas de cooperación con Estados o entidades carentes de un sistema judicial eficaz para la persecución de determinados delitos, o situados sus territorios bajo administración de Naciones Unidas, RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M., *Op. cit.*, pág. 335.

46 El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la Resolución 1244, de 10 de junio de 1991, después de la confirmación de la retirada de Kosovo de las fuerzas de seguridad de la República Federal de Yugoslavia y la suspensión de las operaciones aéreas de la OTAN. Dicha resolución encomienda al Secretario General el establecimiento de la Misión de Administración Interina de la ONU en Kosovo (UNMIK). Bajo su mandato se dictaron los Reglamentos 1999/24 y 2001/9 que fijan el modelo judicial en Kosovo y que prevé la participación de jueces internacionales.

un tribunal o sala especial sino que incorpora jueces internacionales a su sistema judicial.

Algunos de estos órganos judiciales han merecido severas críticas por su falta de legitimidad, parcialidad y falta de garantías procesales. Incluso en alguno de ellos se ha aplicado la pena de muerte.

3.4. Otros tribunales internacionales

Bajo este epígrafe agrupamos un conjunto de órganos judiciales, con diversa denominación (tribunales o cortes) y ámbito geográfico diferente (universal o regional), cuyos cometidos (por ejemplo, en la protección de los derechos humanos) sólo secundaria o incidentalmente afectan al derecho penal internacional. En algún caso, y pese a encuadrarse en organizaciones de integración regional, carecen por el momento de competencias sobre dicha materia aunque no se descarta que puedan asumirlas en un futuro.

Así, en el ámbito universal se encuentra el Tribunal Internacional de Justicia. En el ámbito regional europeo: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en el americano: la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Centroamericana de Justicia y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

3.5. La jurisdicción penal universal de los estados

3.5.1. Extensión y límites de la jurisdicción penal de los estados

Tal y como señalábamos en la introducción del tema, una de las vías seguidas para perseguir y castigar a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, junto con los tribunales penales internacionales e internacionalizados, es mediante la expansión del ámbito de jurisdicción penal de los Estados. Esto es, los jueces estatales participan en la represión de los delitos contra la comunidad internacional y el derecho de gentes (principio de jurisdicción universal).

Ahora bien, y como veremos, cual es la amplitud de esa competencia cuando los hechos se han producido en el extranjero y los sujetos implicados, activos o pasivos, carecen de conexión con el foro dependerá de cada Estado, de los objetivos de su política exterior y sus relaciones diplomáticas así como de la relevancia que otorgue a la protección de los derechos humanos más allá de sus fronteras.

Es indudable que los jueces del Estado en que se ha cometido el crimen gozan de competencia (principio de territorialidad). El *forum locus commissi delicti* es la conexión más natural de la jurisdicción penal y expresión de la soberanía del Estado.

Ahora bien, tal y como observó la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante CPJI) en el caso “Lotus” (Francia *vs.* Turquía) en 1927⁴⁷: “si es verdad que el principio de la territorialidad del Derecho Penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho Penal no es, pues, un principio absoluto de Derecho internacional [Público] y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”.

De este modo, dicho principio se ve completado por otra serie de principios que en función del nexo de conexión extienden la competencia de la jurisdicción del Estado a hechos cometidos fuera de su territorio y tratan de evitar la impunidad de ciertos hechos delictivos.

Así, el principio real o de protección que permite al Estado castigar los hechos perpetrados fuera de su territorio, con independencia de la nacionalidad de su autor, siempre que éstos lesionen sus intereses o afecten a su seguridad o al ejercicio de las prerrogativas del poder público (por ejemplo, en los delitos contra la paz o la independencia del Estado, contra el Jefe del Estado, contra sus autoridades y funcionarios).

Su fundamento radica en la necesidad de atribuir competencia a un Estado en el caso de que vea amenazados intereses fundamentales, y que el Estado en cuyo territorio se han cometido tales ofensas no adopte las medidas oportunas.

Por su parte, el principio de personalidad activa atribuye la competencia al juez del Estado de nacionalidad o residencia del sujeto presuntamente responsable, y el principio de personalidad pasiva atribuye la competencia al juez del Estado de nacionalidad o residencia habitual de la víctima (y ello con independencia del lugar de comisión de los hechos y de la nacionalidad de su autor).

Si bien la aplicación de los principios de territorialidad y personalidad activa pueden generar conflictos, su coexistencia está basada en la pretensión

47 CPJI/PCIJ Series A, N^o. 10 (1927), “S.S. Lotus (Francia *vs.* Turquía)”, Sentencia de 7 de septiembre de 1927.

de evitar la impunidad de quienes, tras delinquir en el extranjero, intentan escapar del lugar de comisión del delito y refugiarse en el Estado de su nacionalidad al amparo del principio de no entrega de nacionales, evitando con ello su extradición.

Como vimos en su momento, el Estatuto de Roma parte de la complementariedad de la CPI con los jueces estatales y la cooperación internacional en este ámbito se ha orientado en el sentido de obligar a los Estados a afirmar y ejercer su jurisdicción cuando en ellos se concreta una conexión territorial o personal con el crimen (así, por ejemplo, en el art. 5.1 del Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984).

Incluso, algunos tratados internacionales imponen la competencia al juez del lugar en que el presunto responsable del crimen ha sido detenido (el *iudex apprehensionis*) para el caso de que, por una u otra razón, rehúse la extradición solicitada por uno de los países cuya competencia se considera obligatoria (*aut dedere aut iudicare*)⁴⁸. Este es el caso del art. 5.2 del Convenio contra la Tortura.

Para evitar la impunidad en estos casos se han elaborado una serie de tratados en que los Estados Partes se obligan a perseguir en el foro a las personas reclamadas por otro Estado cuya extradición, por una u otra causa, no se conceda (principio de sustitución). Se trata, en consecuencia, de garantizar la universalidad en la represión dentro de un marco de jurisdicción no universal pues en otro caso si no hay petición de extradición (o si se deniega a un solicitante cuya competencia no es según el mismo tratado obligatoria) no hay obligación de juzgar.

3.5.2. La configuración del principio de justicia universal

En todos los casos anteriores hay un nexo de conexión con el Estado ya sea el *territorio* (donde se ha cometido el delito o donde se ha detenido al presunto responsable), el *interés* del Estado o la *nacionalidad o residencia* bien del autor bien de la víctima.

Otra cosa bien distinta es el principio de justicia universal que tiene su

⁴⁸ El principio *aut dedere aut iudicare* parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen, por ser el lugar de comisión de los hechos, o de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa, de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado, al que solicita la extradición.

fundamento en la defensa descentralizada de intereses y valores de la Comunidad Internacional en su conjunto, y no en los puramente estatales o particulares. Dicho principio implica un paso más respecto de la mera cooperación entre Estados para la persecución de delitos⁴⁹.

En cuanto a su extensión, la justicia universal complementa, a la vez que exceptúa, el principio de territorialidad, declarando la competencia de la jurisdicción penal de un Estado para el enjuiciamiento de delitos cometidos fuera de su territorio, con independencia de la nacionalidad o residencia del autor, de su víctima y del Estado en que se ha perpetrado⁵⁰.

Obviamente, el juez del lugar donde ocurrieron los hechos, más aún si están conectados por la nacionalidad o residencia habitual con el sospechoso, es el juez natural de estos crímenes y debe de dársele prioridad y un cierto tiempo antes de sacar conclusiones sobre su voluntad, capacidad e independencia de actuación (principio de subsidiariedad).

El problema principal estriba cuando en virtud del principio de justicia universal se persiguen presuntos criminales en Estados sin conexión territorial ni personal con los hechos y sin que éstos se encuentren físicamente a disposición del juez del Estado⁵¹.

Realmente, la presencia del inculpado ante el juez que pretende someterlo a juicio no es imprescindible –aunque siempre sea conveniente– para la

49 En efecto, señala Mercedes GARCÍA ARÁN, los instrumentos de cooperación mediante los cuales los Estados se prestan asistencia mutua para la persecución de hechos delictivos suponen ya un grado de reconocimiento de interés supranacional en la represión de la delincuencia y se concretan, básicamente, en los acuerdos sobre extradición, cooperación procesal y policial o reconocimiento de sentencias extranjeras, etc., destinados a compensar los límites de actuación territorial de los Estados, pero no tienen necesariamente su razón de ser en el reconocimiento de unos bienes jurídicos asumidos como propios por la comunidad internacional. GARCÍA ARÁN, M. “El principio de Justicia Universal en la Ley Orgánica del Poder Judicial español”, en AA.VV. (2000), *“Crimen internacional y jurisdicción universal”*, Valencia, Tirant lo blanch, pág. 64.

50 En el mismo sentido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, que introdujo el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas al catálogo del art. 23.4º, al señalar que en virtud del principio de jurisdicción universal, cualquier estado puede ejercer la jurisdicción ante ofensas graves a los intereses de la comunidad internacional al margen del lugar de ejecución del crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima.

51 En este punto resulta de interés la jurisprudencia de la Corte Suprema de la RFA sobre el “nexo legítimo” para la competencia de Alemania sobre casos de genocidio fuera de sus límites territoriales.

instrucción del proceso. “Es un requisito insoslayable para el enjuiciamiento y eventual condena”, señala el Tribunal Constitucional⁵². No se ve, por otro lado, la razón para bloquear la vía de la extradición que ha de permitir esa presencia⁵³.

En sus orígenes, el ejercicio de esta competencia se legitimó en normas consuetudinarias de Derecho Internacional Público, que permitían la persecución de actos de piratería cometidos en alta mar, es decir, en espacios sustraídos a la soberanía de los Estados⁵⁴.

Ya en tiempos más recientes, en 1962, la Corte Suprema de Israel⁵⁵ declaró la competencia del Estado israelí con base en el principio de la jurisdicción universal para enjuiciar al criminal de guerra nazi Adolf Eichmann. Y la Corte de Casación francesa⁵⁶, en 1998, admitió la competencia de los tribunales franceses para conocer de hechos genocidas en Rwanda en 1994 por rwandeses contra rwandeses.

No obstante, conviene tener presente que hasta la fecha no hay una norma en el ordenamiento internacional que obligue, ni tampoco que prohíba a los Estados a incorporar el principio de competencia universal de los Estados sobre crímenes de Derecho Internacional a su derecho interno.

Se trata por tanto de una facultad de los Estados los cuales pueden obligarse mediante tratados internacionales a ejercerla. Este es el caso de los crímenes de guerra, pues los Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50, 51, 130 y 1479 y los Protocolos de 1977 (art. 85) implican la obligación de los Estados

52 Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional. Fundamento Jurídico Séptimo.

53 En este sentido, en los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal (A/56/677, 4 de diciembre de 2001) resultado del examen de la legislación por un grupo de académicos y expertos, distribuido como documento de la Asamblea General de la ONU (2001) a solicitud de Canadá y Holanda, se sostiene que la presencia del acusado es condición para el ejercicio de la jurisdicción universal, pero se declara al mismo tiempo que con base en esta jurisdicción puede solicitarse la extradición de un presunto responsable (Principio 1.2 y 1.3).

54 Así, en el caso *Lotus*, la CPJI señaló que “a la vista de que es en alta mar, (donde se cometió el hecho delictivo y que) sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, se niega (al pirata) la protección del pabellón (...), y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad –*hostis humani generis*– a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar”, CPJI (1927), *op. cit.*, 70.

55 Asunto “Attorney General of Israel vs. Eichmann”.

56 Asunto “Dupaquier, Kalinda et autres vs. Wenceslas Munyeshyaka”.

Partes de juzgar a los presuntos criminales arrestados en un territorio bajo su jurisdicción, con independencia del lugar de comisión de los hechos, de las circunstancias personales de los implicados y de la existencia o no de una demanda de extradición.

Dentro del derecho comparado, encontramos diferentes países que han acogido, en mayor o menor medida, el principio de persecución universal. El caso de Bélgica resulta ser el más paradigmático pues de contar con una de las legislaciones más amplias sobre la justicia universal ha pasado, en apenas un lustro, a tener una de las leyes más restrictivas⁵⁷. En efecto, con la Ley de 10 de febrero de 1999 (“*La Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire*”), Bélgica se dotó de una de las leyes más avanzadas del mundo en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales. Atribuía competencia de los jueces belgas para el enjuiciamiento del genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra con independencia de lugar de comisión y de la nacionalidad del autor, incluso *in absentia*, y rehusando toda clase de inmunidades en función del cargo.

Cuatro años después, las fuertes presiones políticas por una parte y las dificultades prácticas por otra motivaron dos sucesivas reformas. Una, la Ley de 23 de abril de 2003 que si bien ampliaba el ámbito material de la ley al adaptar los tipos criminales a los del Estatuto de Roma y a los previstos en otros tratados en los que Bélgica era parte, reconducía el alcance de las inmunidades dentro de los límites del Derecho Internacional (sobre los que ya se había pronunciado el TIJ en su sentencia de 14 de febrero de 2002⁵⁸)⁵⁹ y, sobre todo restringía y condicionaba la aplicación del principio de persecución universal al establecer con carácter general un filtro –la iniciativa del Procurador Federal (Fiscal General, en otros países)- en los supuestos en que la jurisdicción se basaba en el principio de persecución universal *in absentia*⁶⁰. La segunda

57 Sobre este particular, consúltase “Juridictions nationales et crimes internationaux”, CASSES, A. y DELMAS-MARTY, M. Press Universitaire de France. Paris, 2002, págs. 69 y ss.

58 En asunto República Democrática del Congo c. Bélgica (Decisión del 14 de febrero de 2002, TIJ, Recopilación 2002, párrafo 61, pág. 25.

59 Las inmunidades de los agentes extranjeros en activo, como en su momento señalamos, no operan frente a los tribunales internacionales -frente al TPIY (art. 7.2 de su Estatuto), al TPIR (art. 6.2 de su Estatuto) y a la CPI (art. 27 del Estatuto de Roma).

60 Esta decisiva intervención fiscal no es insólita y se advierte también en otros países. En Canadá, por ejemplo, cuya justicia rechazó, como la de otros miembros de la Commonwealth, la persecución de los criminales allí refugiados después de la Segunda Guerra Mundial, un procedimiento basado en el principio de persecución universal –con-

reforma, la “*Loi relative aux violations graves du droit International humanitaire*” de 5 de agosto de 2003, restringe de tal modo el principio de justicia universal que incluso elimina su mención expresa, sustituyéndolo realmente por otros principios conectados con el foro: el de personalidad activa (que el sospechoso sea nacional belga o residente de larga duración) y pasiva (que la víctima sea de nacionalidad belga o residente de larga duración).

En la República Federal de Alemania se produce por el contrario un supuesto de ampliación de la jurisdicción universal a nivel de principios aunque con importantes matizaciones en el orden procesal al exigir puntos de conexión nacional cuando no exista expectativa cierta de terminación del proceso⁶¹.

Incluso, la legislación de Estados Unidos, a pesar de no reconocer la jurisdicción universal en el ámbito penal, la posibilita en el ámbito civil (*Alien Tort Claims Act*, 1980), permitiendo plantear (incluso a ciudadanos extranjeros) demandas indemnizatorias por daños cometidos por los extranjeros en el extranjero cuando “se viola la ley de las naciones o de un tratado de EE.UU.”⁶², estimando a su autor (el torturador –como lo fuera antes el pirata y el mercader de esclavos-) “*hostis humani generis*, un enemigo del género humano” (*Filartiga v. Peña-Irala*, 2nd Circuit, 1980)⁶³. La *Torture Victim Protection*

dicionado en todo caso a la presencia del sospechoso en Canadá- ha de contar con el consentimiento escrito del *Attorney General* o del *Deputy Attorney General* (*Crimes against Humanity and War Crimes Act 2000*, art. 8, b).

61 Así, su Código Penal Internacional establece en su art. 1º dicho principio para la persecución de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra con independencia del lugar de comisión de los hechos (en Alemania o en el extranjero), en contra del criterio sostenido hasta ese momento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán sobre la necesidad de un punto de conexión con Alemania.

Ahora bien, la amplitud del principio de justicia universal debe de matizarse con las reformas en el plano procesal, al incorporarse el principio de oportunidad (art. 153 de la Ordenanza Procesal alemana) que -a fin de evitar una sobrecarga de la justicia- establece una priorización de las jurisdicciones competentes para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, pudiendo el Fiscal General abstenerse de perseguir alguno de estos delitos si ninguno de los sospechosos es alemán o se encuentra en su territorio o si ninguna de las víctimas es alemán o si el hecho es perseguido por un tribunal penal internacional o por un Estado competente en virtud del principio de territorialidad o de personalidad activa o pasiva.

62 Así, ya se han planteado demandas contra compañías multinacionales registradas o que tengan operaciones en EE.UU. como Chevron o Shell.

63 En este procedimiento civil, el demandante, Dolly Filartiga, en 1979, alegaba

Act, 1991, reforzó esta posibilidad. Lamentablemente, esas demandas no son posibles cuando las torturas o acciones criminales son imputadas a Estados Unidos y sus agentes (*Sánchez Espinosa v. Reagan*, 1985).

En España, el principio de justicia universal aparece recogido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ)⁶⁴, en el art. 23.4, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que extiende la jurisdicción de los tribunales penales españoles a “los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- Genocidio y lesa humanidad.
- Terrorismo.
- Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- Delito relativo a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

- Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

- Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre

ante los Tribunales de justicia de EE.UU. –aprovechando la residencia del demandado, Américo Norberto Peña-Irala, en aquel momento en este país- que su hijo de 17 años de nacionalidad paraguaya fue torturado hasta morir por el demandado, en su condición de inspector general de la policía paraguaya.

64 Su texto completo se puede consultar en: www.poderjudicial.es

los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”⁶⁵.

Finalmente, establece el art. 23.5 que si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, se precisará además que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

Este precepto, en su redacción original, asumía en términos muy amplios el principio de persecución universal. A pesar de las sucesivas modificaciones legislativas, tendentes a la inclusión de nuevas figuras delictivas en el catálogo de art. 23.4º, de la importante limitación impuesta por el principio de complementariedad con la Corte Penal Internacional⁶⁶, y de algunos intentos por parte del órgano judicial llamado a aplicarla, la Audiencia Nacional, así como del Tribunal Supremo de “reinterpretar” dicho principio, el golpe de gracia viene dado en la reforma de 2009.

Frente a decisiones anteriores de la Audiencia Nacional (Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, casos Scilingo y Pinochet), donde había afirmado enfáticamente el principio de universalidad para respaldar su competencia sobre los crímenes presuntamente cometidos por las Juntas militares chilena y argentina en los años setenta y ochenta del pasado siglo, la propia Audiencia en Auto de 13 de diciembre de 2000, tratándose de crímenes ocurridos en Guatemala, aun manteniendo el principio, negó la instrucción mediante una interpretación muy rigurosa de la subsidiariedad (la carga de la prueba de la inactividad jurisdiccional en el país de comisión de los denunciados).

Posteriormente, el Tribunal Supremo al pronunciarse sobre el recurso

65 No obstante, la Ley Orgánica de 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la CPI (art. 7) ha excluido una actuación de oficio de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal españoles en relación con hechos sucedidos en otros Estados cuyos presuntos autores no sean españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la CPI, y ha dispuesto que de formularse al respecto una denuncia o querrela los órganos españoles se limitarán a informar al denunciante o querrelante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la CPI. Sólo en el caso de que éste no abra una investigación o la CPI acuerde la inadmisibilidad del asunto, cabría afirmar la jurisdicción de los jueces españoles en los términos previstos en el artículo 23.4 de la LOPJ.

66 *Vid.* art. 7 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional referido en la nota anterior.

que plantearon los denunciantes, en su polémica sentencia 327/2003, de 25 de febrero, corrigió a la Audiencia Nacional en sentido diametralmente opuesto a sus pretensiones, limitando drásticamente el principio de persecución universal al consagrar unos vínculos de conexión, a modo de criterios correctores de la aplicación del art. 23.4 LOPJ: la exigencia de la presencia del acusado en el territorio español y la conexión con intereses nacionales, específicamente, a través de la existencia de víctimas españolas.

Finalmente, recurrida la sentencia del Tribunal Supremo en amparo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, establece que: “la Ley española instaura, en términos conformes con las normas internacionales, un principio de jurisdicción universal *absoluta*, concurrente y no subordinada a ninguna otra jurisdicción”. El Alto Tribunal considera contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la tesis de los vínculos de conexión establecida por el Tribunal Supremo y que, no obstante, son incorporados por el legislador en la reforma de 2009. “La concepción del Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal (...) se sostiene sobre fines de difícil conciliación con el fundamento de la misma institución, lo que (...) da lugar a una práctica abrogación de facto del art. 23.4 LOPJ”⁶⁷. Argumentos que son reiterados en la STC 227/2007, de 22 de octubre (caso “Falum Gong”).

Las consecuencias de esta sentencia no se hicieron esperar. El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no solo adoptó un acuerdo para la unificación de criterios en la aplicación de la jurisdicción universal, revisando su anterior *doctrina* (3 de noviembre de 2005), sino que, acto seguido, admitió a trámite las denuncias por genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala entre 1978 y 1986 (Auto de 21 de febrero de 2006) y también (Auto de 10 de enero de 2006) las denuncias contra el ex-presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, el antiguo primer ministro, Li Peng, y otros jerarcas chinos por presunto genocidio en Tíbet, revocando la previa decisión de inadmisión (Auto de 5 de septiembre de 2005) del Juzgado de instrucción⁶⁸.

3.5.3. Perspectivas de futuro en Europa

Frente a la tendencia restrictiva experimentada por el principio de jurisdic-

67 Fundamento Jurídico Cuarto de la referida sentencia del Tribunal Constitucional.

68 Auto de 5 de septiembre de 2005.

ción universal en el ámbito interno de los estados en la lucha contra los crímenes internacionales –que para algunos deja a dicho principio muy debilitado, casi en agonía⁶⁹–, hemos de destacar un fenómeno contrario en el ámbito Europeo. La Decisión del Consejo 2003/335/JAI de 8 de mayo de 2003 sobre investigación y enjuiciamiento de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, considera que en los Estados miembros se presentan frecuentemente casos de personas que han estado implicadas en esos crímenes y que tratan de entrar y permanecer en la Unión Europea. Y declara el Consejo que estos crímenes no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación con la Corte Penal Internacional (y en su caso, con los Tribunales Penales Internacionales ad hoc) para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. Con anterioridad, la Decisión del Consejo 2002/494/JAI de 13 de junio de 2002 crea la Red Europea de Puntos de Contacto nacionales para el intercambio de información sobre la investigación de estos crímenes internacionales.

Además, una vez concluido el mandato temporal del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, se apunta la posibilidad de que por la vía de la competencia universal de los Estados los mandos intermedios y subalternos puedan ser enjuiciados por los graves delitos de los que se les acusa.

3.6. La justicia transicional

3.6.1. Concepto y fines

El término justicia transicional se utiliza para englobar un conjunto de procesos de naturaleza judicial o de otro orden que se llevan a cabo en sociedades *en transición hacia la democracia* con el fin de reconciliar y hacer justicia sobre violaciones de derechos humanos ocurridas bajo el régimen anterior, facilitando así una paz estable y duradera⁷⁰.

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o

69 CASSESE, A.: “*Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction*”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003), pág. 589.

70 AVELLO, M. (2007): *La justicia transicional vista desde Europa*. Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE). Madrid. www.fride.org

generalizadas de derechos humanos⁷¹. Su objetivo es el reconocimiento de las víctimas y de la promoción de posibilidades de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos⁷².

Los procesos de Nuremberg y Tokio al finalizar la segunda guerra mundial suelen citarse como el origen del concepto actual de justicia transicional. A finales de los ochenta y principios de los noventa del siglo pasado, principalmente como respuesta a cambios políticos en América Latina y en Europa oriental, y a demandas de justicia en estas regiones surge este nuevo enfoque de la justicia transicional. En ese momento, se deseaba hacer frente a los abusos sistemáticos de los regímenes anteriores, pero sin poner en peligro las transformaciones políticas en marcha. Dado a que estos cambios fueron popularmente llamados “transiciones a la democracia,” la gente comenzó a llamar este nuevo campo multidisciplinario “justicia transicional”.

Junto al aspecto propiamente jurídico, el concepto de justicia transicional resulta un elemento clave en los procesos de democratización con instrumentos, como las Comisiones de la Verdad y la Reconciliación (en Argentina, Chile, Sudáfrica, Sierra Leona y Timor Oriental, entre otras). Asimismo, las guerras en los Balcanes y Rwanda, junto a la posterior creación de tribunales internacionales para tratar las violaciones masivas de derechos humanos, han supuesto la incorporación del Derecho Internacional al campo de la justicia transicional. Finalmente, los diversos procesos de paz que se vienen dando

71 Parte de la base jurídica para la justicia transicional se encuentra en la Sentencia de 29 de julio de 1989 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en el que el Tribunal determinó que todos los Estados tienen cuatro obligaciones fundamentales en el ámbito de los derechos humanos. Estas son: *a)* Tomar las medidas razonables para prevenir violaciones de derechos humanos; *b)* Cuando se producen violaciones, llevar a cabo una investigación seria; *c)* Imponer las sanciones adecuadas a los responsables de la violaciones, y *d)* Garantizar la reparación de las víctimas de violaciones.

Esos principios han sido explícitamente afirmados por sentencias posteriores de la Corte y respaldados en las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La creación de la Corte Penal Internacional en 1998 fue también significativa, dado que su Estatuto consagra obligaciones estatales de importancia vital para la lucha contra la impunidad y el respeto de los derechos de las víctimas.

72 *Enciclopedia del Genocidio y de los Crímenes contra la Humanidad*, Vol. 3, Macmillan Reference, EEUU, 2004, pp. 1045-1047.

desde mediados de los noventa, tienen en la justicia transicional un elemento importante para la construcción y el mantenimiento de la paz.

Un informe del Secretario General de la ONU presentado al Consejo de Seguridad en 2004 sobre “El Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”⁷³, recomienda a la comunidad internacional una visión de la justicia transicional con una multiplicidad de enfoques, integrándolos y convirtiéndolos en complementarios. Contemplar solamente medidas de tipo judicial en una situación de post-conflicto puede tener un efecto contrario al que se busca de impedir el logro de los objetivos de paz y estabilidad para el territorio.

3.6.2. Tipos de medidas

Las distintas estrategias a seguir pueden agruparse en distintas categorías, dependiendo de los objetivos a alcanzar: la justicia, la verdad, la rehabilitación de las víctimas, la reforma institucional, el olvido o la memoria. Así, entre las principales medidas que se suelen adoptar bajo el concepto de justicia transicional, se encuentran las siguientes:

- Los *procesos judiciales*, bien en tribunales nacionales o internacionales, bien por medio de tribunales especiales (con expertos legales nacionales e internacionales), así como los mecanismos de justicia transnacional -procesos civiles y penales en tribunales extranjeros;

- Las *comisiones de la verdad*, principales instrumentos de investigación e información sobre los abusos clave de períodos del pasado reciente. Con frecuencia son los órganos oficiales del Estado que formulan recomendaciones para remediar abusos y prevenir su recurrencia.

- La *investigación de antecedentes en la administración pública (vetting)*⁷⁴;

- Los *programas de reparación* son iniciativas patrocinadas por el Es-

⁷³ <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>

⁷⁴ ONU, *Rule of Law Tools for post-conflict states. Vetting: an operational framework*, Nueva York y Ginebra, 2006. *Vetting* se define como el proceso de valoración de la integridad de los empleados públicos con la finalidad de determinar si cumplen las condiciones para poder formar parte de las instituciones estatales. Bajo integridad se entiende la adhesión del empleado a los principios internacionales sobre derechos humanos, así como al comportamiento profesional.

tado que ayudan a la reparación material y moral de los daños causados por abusos del pasado. En general, distribuyen una combinación entre beneficios materiales y simbólicos a las víctimas, los cuales pueden incluir compensaciones financieras y excusas oficiales.

- La *amnistía*;

- *Conmemoración de esfuerzos*. Entre ellos figuran los museos y los monumentos públicos que preservan la memoria de las víctimas y aumentan la conciencia moral sobre el abuso del pasado, con el fin de construir un baluarte en contra de su repetición;

- *Reforma del sistema de seguridad*. Estos esfuerzos buscan transformar las fuerzas armadas, de la policía, del poder judicial y las relacionadas con instituciones estatales de instrumentos de represión y corrupción en instrumentos de servicio público e integridad;

- *Desmovilización, desarme y reintegración*.

Como se puede observar, el espectro de acciones posibles es amplio y no excluyente, dado que cada sociedad es libre de elegir de qué forma debe tratarse el pasado. Los casos más recientes muestran que, a menudo, es necesario realizar una combinación de acciones.

Bibliografía

- AAVV (2000): *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial.
- AAVV: *Aspectos Internacionales del Derecho Penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2004.
- AMBOS, K.: *El Derecho Penal frente a amenazas extremas*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Dykinson, 2007.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C. (2006): *Derecho Penal Internacional*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- AVELLO, M. (2007): *La justicia transicional vista desde Europa*. Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE). Madrid. www.fride.org
- BUENO ARÚS, F. / DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: *Manual de Derecho Penal Internacional*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 2003.
- CÁCERES RUIZ, L.: *La Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma*. Editorial Visión Net. Madrid, 2006.
- CARMONA RUANO, M.: *Formas específicas de asistencia judicial (II)*, en Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial n.º XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- CID MUÑOZ, M.I.: *La Corte Penal Internacional. Un largo camino*. Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Dykinson, 2008.
- DÍAZ PITA, M.P.: *Concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional*. Revista de Derecho y Proceso Penal. Aranzadi, n.º 12, 2004.
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (2009): *Tribunales internacionales y Espacio Iberoamericano*. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid, Thomson y Civitas.
- FRASCHINA, A.V.: *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*. Fundació Càtedra Iberoamericana n.º 21. Universitat de les Illes Balears.
- GEISS, R. y BULINCKX, N.: *Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados*. International Review of the Red Cross n.º 861. Marzo de 2006.
- OLÁSOLO, H.: *El alcance de la potestad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional a la luz del marco procesal del Estatuto de Roma*. Revista del Poder Judicial n.º 78. Segundo trimestre, Madrid, 2005.

Apéndice I

1. Los tribunales internacionalizados

1.1. El tribunal especial para Sierra Leona

Mediante la Resolución 1315 (2000), de 14 de agosto de 2000, el Consejo de Seguridad de la ONU encomendó al Secretario General que negociara un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para crear un tribunal especial independiente⁷⁵ encargado de juzgar a los principales responsables de las atrocidades cometidas en el territorio de ese país, azotado por varios años de guerra civil en la que murieron 200.000 personas⁷⁶. El acuerdo se concertó el 16 de enero de 2002⁷⁷.

El Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante TESL) representa un nuevo tipo de órgano judicial. Establecido conjuntamente por la ONU y el Gobierno de Sierra Leona, es un *tribunal internacional y nacional*, con jueces internacionales y sierraleoneses, tiene su sede en el país donde se cometieron los crímenes (en Freetown, capital de Sierra Leona) y aplica la legislación nacional e internacional.

El TESL tiene competencia para juzgar “los crímenes de lesa humanidad, en particular, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las demás violaciones graves del derecho internacional humanitario así como respecto de los delitos tipificados en el derecho pertinente de Sierra Leona que hayan sido cometidos dentro del territorio de Sierra Leona a partir del 30 de noviembre de 1996”.

Como señaló en su momento Amnistía Internacional⁷⁸: “Es una ocasión para reafirmar la aspiración de que el Tribunal Especial logre que se les haga justicia a los

75 La página oficial en la Web está en inglés, *The Special Court for Sierra Leone*: <http://www.sc-sl.org/>

76 Las atrocidades que se cometieron impulsaron, tras los Acuerdos de Paz de Lomé en 1999, de una “Comisión para la Verdad y la Reconciliación” cuya finalidad era crear un registro imparcial de los casos de violación de los Derechos Humanos y dirigir recomendaciones hacia el Gobierno con vistas a prevenir futuros conflictos. La preocupación por la situación de impunidad en que se estaban quedando los graves crímenes cometidos en este Estado contra su población y contra el personal de la ONU, impulsó al Consejo de Seguridad a instar al Secretario General a la negociación de dicho Acuerdo, RODRÍGUEZ BARRIGÓN, JM, Op. cit., página 338.

77 El Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona figura como anexo al Informe del Secretario General de la ONU de 4 de octubre de 2000.

78 En su documento sobre Sierra Leone: *Statement at the official opening of the court-house of the Special Court for Sierra Leone* (Índice AI: AFR 51/004/2004), publicado por Amnistía Internacional el 9 de marzo de 2004. <http://www.amnesty.org/es/>

millares de víctimas de los espantosos crímenes cometidos, entre los que hubo homicidios, mutilaciones, violaciones, esclavitud sexual y levas de niños.”

Este Tribunal Especial representa un nuevo tipo de órgano judicial. Establecido conjuntamente por la ONU y el Gobierno de Sierra Leona, es un *tribunal internacional y nacional*, con jueces internacionales y sierraleoneses, tiene su sede en el país donde se cometieron los crímenes (en Freetown, capital de Sierra Leona) y aplica la legislación nacional e internacional. El estatuto de este tribunal se inspira en los estatutos elaborados para la CPI y los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Rwanda.

Desde que comenzó su trabajo, el TESL ha encontrado serios obstáculos debido a la falta de cooperación y apoyo tanto de Estados particulares como de la comunidad internacional en general. Se ha visto coartado por la negativa de algunos Estados a cumplir los compromisos que han contraído en virtud del derecho internacional⁷⁹ y ha tenido que hacer frente también a un grave déficit en su financiación. No obstante, el TESL ha dictado hasta la fecha seis condenas.

1.2. Las salas especiales en los tribunales de Camboya

Por lo que se refiere a las Salas Especiales establecidas en los Tribunales de Camboya (en adelante SETC)⁸⁰ la atenuación de sus rasgos jurídico-internacionales es aún más patente. Si bien existe un Acuerdo en mayo de 2003⁸¹ entre la ONU y el Gobierno Real de Camboya relativo al procesamiento, con arreglo al Derecho de Camboya, de los crímenes cometidos en ese país durante el período de Kampuchea Democrática (entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979), éste no crea propiamente dichos órganos jurisdiccionales cuyo establecimiento ha correspondido al Estado camboyano a través de la Ley sobre el establecimiento de *Salas extraordinarias en los Tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el período de la*

79 “En particular, se debe ejercer presión internacional sobre el gobierno de Nigeria que, en flagrante incumplimiento de las obligaciones que le impone el derecho internacional, está traicionando a todas las víctimas africanas al proteger abiertamente de la acción de la justicia al ex presidente liberiano Charles Taylor”, ha explicado Amnistía Internacional.

80 La página oficial en la Web está en inglés, francés y jemerio: <http://www.eccc.gov.kh/>

81 Su objeto era regular la cooperación entre la ONU y el Gobierno de Camboya para procesar a los más altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y aquellos a quienes incumba la mayor responsabilidad por los crímenes y graves transgresiones del derecho penal de Camboya, el derecho internacional humanitario y las normas consuetudinarias en la materia, así como los instrumentos internacionales en que Camboya es parte. Su texto completo en inglés se encuentra en la siguiente página web: <http://www.hrcr.org/hottopics/UNKhmer.html>

Kampuchea Democrática, y en cuya composición prevalecen significativamente los jueces camboyanos (arts. 10 y 11), siendo el Derecho aplicable el Derecho camboyanos enriquecido con algunos desarrollos del Derecho internacional (arts. 3 y 8).

El órgano judicial, con sede en Phnom Penh (Camboya), tiene competencia para juzgar los crímenes cometidos en el territorio de Camboya por los dirigentes superiores y principales responsables durante el período de la *Kampuchea Democrática*⁸².

En julio de 2010 recayó la primera sentencia sobre el *camarada* Duch, responsable de Tuol Seng –un legendario centro de tortura en Phnom Penh- condenado a 35 años por asesinato y crímenes contra la humanidad.

Por otra parte, la intervención de la comunidad internacional en el proceso de establecimiento de estos órganos judiciales se ha limitado a la aprobación de aquel acuerdo por la Asamblea General de la ONU a través de su Resolución 57/228 B de 22 de mayo de 2003. Aún más, pese a existir un acuerdo internacional en el origen de este órgano judicial, existe una amplia libertad conferida al propio Estado camboyanos en relación con el ejercicio de estas funciones jurisdiccionales toda vez que el acuerdo prevé la posible supresión de estas instancias judiciales por la sola voluntad de aquél.

1.3. El tribunal especial iraquí

El Tribunal Especial Iraquí (en adelante TEI) fue establecido después de la Segunda Guerra del Golfo por el Estatuto n.º (1), de 10 de diciembre de 2003⁸³, sancionado por el Consejo de Gobierno Iraquí[□]. Tiene su sede en Bagdad.

Dicho Tribunal tiene jurisdicción para los genocidios, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las violaciones de la ley iraquí, como la prevaricación y la utilización de una posición para seguir una política “que pueda conducir a la guerra o a la utilización del Ejército iraquí contra otro país árabe”.

Es competente para juzgar los crímenes cometidos por iraquíes o residentes en Irak entre el 17 de julio de 1968 (fecha del golpe de Estado baasista) y el 11 de mayo de 2003 en Irak o en “otros lugares”, incluidos los crímenes cometidos en la guerra contra Irán (1980-88) y la invasión de Kuwait (1990-91).

Está formado por, al menos, un tribunal de primera instancia compuesto por cinco jueces permanentes nombrados para cinco años, un tribunal de apelación que comprende nueve magistrados y 20 jueces de instrucción nombrados para tres años.

El Gobierno iraquí tiene la posibilidad de nombrar jueces extranjeros y el presi-

82 Esto es, a los líderes sobrevivientes del régimen de los Jemeres Rojos que gobernó el país entre el 17 de abril de 1975 y el 7 de enero de 1979 y al cual se le atribuye la desaparición de al menos un millón y medio de personas.

83 Se puede consultar la versión en inglés en: <http://www.iraq-ist.org/en/home.htm>

dente del TEI puede elegir como consejeros a magistrados no iraquíes “especializados en crímenes de guerra”.

1.4. Las salas especiales para delitos graves en Timor Oriental

Una comisión internacional de investigación sobre Timor Oriental establecida por el Secretario General de la ONU a instancias de la Comisión de Derechos Humanos recomendó que se instituyera un tribunal internacional para enjuiciar a los responsables de las violaciones de derechos humanos. Asimismo, señaló que la ONU debía participar en todo el proceso de investigación, para determinar la responsabilidad y castigar a los autores de los abusos cometidos, y que era importante ocuparse de manera efectiva de estas cuestiones a fin de garantizar el respeto de las futuras decisiones del Consejo de Seguridad.

En vez de establecer un tribunal internacional, la ONU aceptó las garantías de Indonesia de iniciar investigaciones y enjuiciamientos en sus propios tribunales. Mientras tanto, el Consejo de Seguridad de la ONU a través de la Resolución 1272 (1999), de 25 de octubre de 1999, establece la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET)⁸⁴, cuya responsabilidad general era la de administrar el país, estando facultada para “ejercer la totalidad de los poderes legislativos y ejecutivo, así como la administración de justicia” (Punto 1), con autorización para adoptar todas las medidas necesarias para cumplir su mandato (Punto 4), y con la exigencia de enjuiciar a los responsables de los actos de violencia (Punto 16).

Las Salas especiales del Tribunal de Distrito de Dili (en adelante SETTO), con presencia de jueces internacionales, tienen competencia sobre los siguientes delitos graves: Genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, asesinato, delitos sexuales y tortura, cometidos entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999 en el territorio de Timor Oriental por personas naturales, ya sean autores o hayan ordenado, solicitado o inducido a otro a cometerlos; hayan facilitado, ayudado, o hayan contribuido de cualquier forma a que sean cometidos; y serán individualmente responsables, con independencia del cargo oficial que ostenten, o si el crimen ha sido cometido en cumplimiento de una orden de un superior jerárquico⁸⁵.

Además respecto a la competencia personal y territorial, estas Salas Especiales tienen “competencia universal”, lo que implica son competentes si el delito grave de que se trate fue cometido dentro del territorio de Timor Oriental; si fue cometido por un ciudadano de Timor Oriental; o si la víctima del delito grave fue un ciudadano de Timor Oriental⁸⁶.

⁸⁴ Su página oficial en la Web en español: <http://www.un.org/spanish/Depts/DPKO/unttaet/etimor.htm>

⁸⁵ Vide. los Reglamentos UNTAET 2000/11 y 2000/15.

⁸⁶ Secciones 2.1 y 2.2 del Reglamento UNTAET 2000/15.

Por último, el derecho aplicable es tanto el derecho internacional humanitario como las leyes de Timor Oriental⁸⁷.

1.5. El tribunal especial para el Líbano

El 13 de diciembre de 2005, el Gobierno de la República Libanesa pidió a la ONU que establecieran un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los presuntos responsables del atentado con explosivos que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 en la ciudad de Beirut que causó la muerte del ex primer ministro libanés Rafiq Hariri y otras 22 personas. Esta acción desencadenó una respuesta inmediata por el Consejo de Seguridad subrayando la negativa incidencia que ha tenido este fatal atentado en el inestable equilibrio geo-político del Líbano⁸⁸.

Con arreglo a la Resolución 1664 (2006) del Consejo de Seguridad, la ONU y la República Libanesa negociaron un acuerdo sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano (en adelante TEL). Una vez aprobada la Resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007, las disposiciones del documento anexo a ella, incluido el Estatuto del TEL que figuraba como apéndice, entraron en vigor el 10 de junio de 2007.

El TEL tendrá su sede fuera del Estado libanés a fin de garantizar el desarrollo de sus funciones de modo independiente e imparcial⁸⁹.

La composición del Tribunal es mixta, esto es, formado por jueces nacionales y jueces extranjeros, estos últimos serán mayoritarios.

El mandato del TEL⁹⁰ es enjuiciar a los responsables del atentado de 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex primer ministro Rafiq Hariri, y provocó la muerte o lesiones a otras personas. Esta decisión de la ONU de crear un nuevo tribunal *ad hoc* para investigar y juzgar unos delitos concretos es difícilmente explicable si tenemos en cuenta que ya existía la CPI con competencias similares⁹¹.

La competencia del TEL puede ampliarse más allá del atentado con bomba de 14 de febrero de 2005 si el Tribunal determina que otros ataques ocurridos en el Líbano

87 Así por ejemplo, los delitos sexuales se regirían por lo establecido en el Código Penal de Timor Leste (Secciones 8 y 9 del Reglamento UNTAET 2000/15).

88 La calificación de este acto como terrorismo dio soporte a la creación de una Comisión Internacional Independiente de Investigación, a la que se asignó la misión de cooperar con las autoridades libanesas en la investigación del mismo, RODRÍGUEZ BARRIGÓN, JM, *Op. cit.*, pág. 339.

89 Se ha concluido un Acuerdo de Sede entre la ONU y los Países Bajos el 21 de diciembre de 2007.

90 La página oficial en la Web está en inglés, francés y árabe:

<http://www.un.org/es/comun/docs/?path=http://www.stl-tsl.org/action/vacancies>

91 RODRÍGUEZ BARRIGÓN, JM, *Op. cit.*, pág. 340.

entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 están conectados conforme a los principios de la justicia penal a aquel atentado y son de naturaleza y gravedad similares. Esa conexión podrá consistir, entre otras cosas, en una combinación de los siguientes elementos: intención de delinquir (móvil), finalidad de los ataques, naturaleza de las víctimas, modo de atacar (modus operandi) y autores. Los delitos cometidos después del 12 de diciembre de 2005 podrán incluirse en la competencia del TEL bajo los mismos criterios si así lo deciden el Gobierno de la República Libanesa y la ONU, con el consentimiento del Consejo de Seguridad.

En cuanto al Derecho aplicable, según el art. 2 de su Estatuto, para la persecución y castigo de aquellos actos serán de aplicación las leyes penales libanesas. De este modo, estamos en presencia del primer tribunal “de carácter internacional” que tendrá como misión exclusiva la persecución de delitos definidos y configurados en un ordenamiento estatal⁹².

Otros tribunales internacionales

1.1. De ámbito universal: el tribunal internacional de justicia

El Tribunal Internacional de Justicia (en adelante TIJ), con sede en La Haya (Países Bajos), es el órgano judicial principal de la ONU⁹³. Fue establecido por la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, en la búsqueda de uno de sus objetivos principales: “lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”. A diferencia, como hemos visto, de los tribunales penales internacionales estudiados cuya finalidad pretendida es, en última instancia, contribuir a restaurar la paz. Dicho de otro modo, aquél actúa con carácter preventivo, éstos de modo repressivo.

El TIJ funciona con arreglo a un Estatuto⁹⁴ que forma parte de la Carta, así como de conformidad con su propio Reglamento. Comenzó su labor en 1946, cuando reemplazó a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), establecida en 1920 bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones.

El TIJ está integrado por 15 magistrados elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en votaciones independientes. Son elegidos por sus méritos y

92 RODRÍGUEZ BARRIGÓN, JM, *Op. cit.*, pág. 343.

93 La página oficial en la Web está en inglés, *International Court of Justice (ICJ)*, y en francés, *Cour Internationale de Justice (CIJ)*, aunque existe un enlace con documentos en español: <http://www.icj-cij.org/>

94 <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>

no por su nacionalidad, y se intenta que estén representados en el TIJ los principales sistemas jurídicos existentes en el mundo. No puede haber dos magistrados que sean nacionales de un mismo Estado. La duración del mandato de los magistrados es por nueve años, pudiendo ser reelegidos.

La función del TIJ es doble: resolver, de conformidad con el derecho internacional, las controversias jurídicas que le presenten los Estados y emitir opiniones consultivas acerca de cuestiones jurídicas que solicitan los órganos y los organismos especializados de Naciones Unidas debidamente autorizados para ellos⁹⁵. Ninguna persona individual podrá recurrir al TIJ.

La jurisdicción del TIJ se extiende a todos los litigios que los Estados le sometan y a todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones vigentes (así, la solución de controversias entre dos o más Estados Parte relacionadas con la interpretación o aplicación de las Convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y contra la Corrupción, entre otras)⁹⁶.

Los Estados pueden obligarse por anticipado a aceptar la jurisdicción del TIJ en casos especiales, ya sea mediante la firma de un tratado o convención en que se estipula que el caso sea sometido a la Corte o mediante una declaración especial en ese sentido. Esas declaraciones de aceptación obligatoria de la jurisdicción del TIJ pueden excluir ciertos tipos de casos.

De conformidad con el art. 38 de su Estatuto, el TIJ, al decidir las controversias que se le sometan, aplica:

- Las convenciones internacionales que establecen reglas reconocidas por los Estados litigantes;

95 Tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad pueden solicitar una opinión consultiva del TIJ sobre cualquier cuestión jurídica. Otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados, con autorización de la Asamblea General, pueden solicitar opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que correspondan al ámbito de sus actividades.

96 Así, por ejemplo en la solución de controversias entre dos o más Estados Parte relacionadas con la interpretación o aplicación de un tratado o convención internacional que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. A falta de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la cuestión al TIJ mediante solicitud conforme a su Estatuto. Véase, el art. 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el art. 66 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, o, incluso, en el ámbito del Consejo de Europa, el art. 42 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen.

- La costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como ley, y;
- Las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados de los distintos países, como medio subsidiario para la determinación de las reglas jurídicas.

Si las partes convienen en ello, el TIJ también puede decidir un litigio sobre la base de la equidad.

1.2. De ámbito regional europeo

1.2.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Dentro del sistema europeo de protección de los derechos humanos se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)⁹⁷ vinculado al Consejo de Europa (CE), organización regional de cooperación. El TEDH fue creado en 1959 y tiene su sede en Estrasburgo (Francia).

Se trata de un órgano con jurisdicción internacional competente para resolver sobre peticiones individuales o de los Estados parte alegando violaciones de los derechos civiles y políticos declarados en el Convenio Europeo para la Salvaguarda de las Libertades Fundamentales y de los Derechos Humanos de 1950.

1.2.2. El tribunal de justicia de la Unión Europea

Desde su creación en 1952, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE)⁹⁸ vinculado a la Unión Europea (UE), organización regional de integración, con sede en Luxemburgo, tiene por función garantizar «el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación» de los Tratados.

En el marco de esta misión, el Tribunal de Justicia:

- controla la legalidad de los actos de las instituciones de la UE;
- vela por que los Estados miembros respeten sus obligaciones comunitarias;
- interpreta el Derecho comunitario a solicitud de los jueces nacionales.

Es la autoridad judicial de la UE y, en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, vela por la aplicación y la interpretación uniforme del Derecho comunitario.

⁹⁷ La página oficial en la Web está en inglés, *European Court of Human Rights*, y en francés, *Cour européenne des droits de l'homme*, aunque existe un enlace con documentos en español: <http://www.echr.coe.int/echr/>

⁹⁸ La página oficial en la Web está en todos los idiomas de la UE (22 en total): http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, está integrado por tres órganos jurisdiccionales (art. 19 del Tratado de la Unión Europea):

- el Tribunal de Justicia (compuesto por un juez por Estado miembro y estará asistido por abogados generales),
- el Tribunal General (que dispondrá al menos de un juez por Estado miembro) y
- los tribunales especializados.

Se le atribuyen al Tribunal de Justicia de la UE los pronunciamientos sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas, y sobre las cuestiones prejudiciales planteadas para la interpretación del Derecho de la UE (art. 19.3 TUE). Además en el Tratado de Funcionamiento de la UE se le reconoce competencia para la iniciativa legislativa (arts. 289.4 y 294.15).

Igualmente se prevé la creación de una Fiscalía Europea a partir de EUROJUST por el Consejo por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la UE (art. 86.1 TFUE), para lo cual tendrá competencia para descubrir a los autores de las infracciones, para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos, ejerciendo la acción penal.

1.3. De ámbito regional americano:

1.3.1. La corte interamericana de derechos humanos

Dentro del sistema americano de protección de los derechos humanos y con funciones similares al TEDH, se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)⁹⁹, con sede en San José de Costa Rica, es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto y fue establecida en 1979.

Está formada por juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos elegidos a título personal.

1.3.2. La corte centroamericana de justicia

La Corte Centroamericana de Justicia (en adelante CCJ), con sede en Managua, forma parte de los órganos del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) con la intención de que garantice “el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo”.

La CCJ garantizará el respeto al derecho, tanto en la interpretación como en la

99 Su página Web está en español y en inglés: <http://www.corteidh.or.cr>

ejecución del “Protocolo de Tegucigalpa de reformas a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)”¹⁰⁰, y de sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. No debemos de olvidar que la tutela, respeto y promoción de los Derechos Humanos constituye la base fundamental del SICA. En este sentido se proclama solemnemente que la CCJ representa la conciencia nacional de Centroamérica y se considera, además, depositaria y custodia de los valores que constituyen la nacionalidad centroamericana.

La CCJ tendrá competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el SICA, y para sujetos de derecho privado.

Los procedimientos previstos en este Estatuto y los que se establezcan en los reglamentos y las ordenanzas, tendrán por finalidad la salvaguarda de los propósitos y principios del “Sistema de la Integración Centroamericana”, la objetividad de los derechos, la igualdad de las partes y la garantía del debido proceso.

Destacar que por mandato de los Jefes de Estado y de Gobierno del SICA se firmó el 2 de diciembre de 2005 un Tratado Centroamericano relativo a la Orden de Detención y Extradición Simplificada. Por lo que teniendo en cuenta las funciones de la CCJ de protección de los Derechos Humanos ésta pudiera pronunciarse en cuestiones de carácter jurídico penal.

1.3.3. El tribunal de justicia de la comunidad andina

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA), con sede en la ciudad de Quito, es el órgano jurisdiccional supranacional de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), de carácter permanente, instituido para declarar el derecho de la integración subregional y asegurar su interpretación y aplicación uniformes.

En el Preámbulo del Tratado que crea el TJCA, los Gobiernos de los Estados Miembros declaran que “...la estabilidad del Acuerdo y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un Órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros Órganos del Acuerdo... con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente”.

Ejerce su jurisdicción en el territorio de los cuatro Estados Miembros y se halla provisto de competencia para obrar como intérprete último del ordenamiento jurídico de la Comunidad (cuestión prejudicial de interpretación), así como para garantizar su observancia por parte de los Estados Miembros (acción por incumplimiento) y de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (acción de nulidad,

100 Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA).

recurso por omisión o inactividad, consulta de legalidad). También tiene atribuida competencia en materia laboral y función arbitral.

La Comunidad Andina, a pesar de ser una organización de integración regional no ha formalizado, por el momento, acuerdos específicos sobre cooperación jurídica internacional.

Apéndice II

Páginas web

- Organización de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/>
- Tratados de la ONU: <http://untreaty.un.org/English/bible/titles/spanish.pdf>

Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*

- Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, creado por resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (<http://www.icty.org/>)
- Tribunal Penal Internacional para Rwanda, creado por resolución 995 (1994) de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas (<http://69.94.11.53/>)

Corte Penal Internacional

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, 17 de julio de 1998 (<http://www.un.org/law/icc/index.html>)
- Elementos de los Crímenes, Reglamento de Procedimiento y de Prueba, Reglamento de la Corte, el Reglamento de la Oficina del Fiscal, Reglamento del Secretario, Código de Ética Judicial, Reglamento del personal de la CPI, Estatuto del personal del CPI, Acuerdo de relación con la ONU, Acuerdo de privilegios e inmunidades¹⁰¹, Reglamento Financiero y Reglas de Gestión Financiera (http://www.icc-cpi.int/fr_menus/icc/legal%2otexts%2oand%2ootools/Pages/legal%2ootools.aspx)

Tribunales Internacionalizados

- Tribunal Especial para Sierra Leona (<http://www.sc-sl.org/>)
- Salas especiales en los Tribunales de Camboya (<http://www.eccc.gov.kh/>)
- Tribunal Especial Iraquí (<http://www.iraq-ist.org/en/home.htm>)
- Salas Especiales para Delitos Graves en Timor Oriental (<http://www.un.org/spanish/Depts/DPKO/untaet/etimor.htm>)

¹⁰¹ Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional, Nueva York 9 de septiembre de 2002.

Tribunal Especial para el Líbano (<http://www.un.org/spanish/News/focus/tslibano/>)

Otros Tribunales Internacionales

Tribunal Internacional de Justicia (<http://www.icj-cij.org/>)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr>)

Corte Centroamericana de Justicia

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (<http://www.echr.coe.int/echr/>)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/)

Justicia transicional

Centro Internacional para la justicia transicional (<http://www.ictj.org/es/>)

DELINCUENCIA ORGANIZADA, DROGA Y CORRUPCIÓN

José Mouraz Lopes

Introducción

La delincuencia organizada, la droga y la corrupción se asumen en la actualidad como un tríptico. Aunque sean independientes en su dimensión dogmática y normativa, con algunos problemas específicos e individualizables, deben ser vistos, entendidos, tanto desde el punto de vista del fenómeno criminológico como normativo, exactamente como se mira un “tríptico medieval”, es decir, en bloque.

Los problemas jurídico-criminales que se suceden en cada una de las materias referidas se encuentran interrelacionados y están, por eso mismo, enmarcados en soluciones jurídico-normativas idénticas.

Las respuestas que ofrecen las Convenciones internacionales, en concreto, las de la Organización de las Naciones Unidas (Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000; Convención de la ONU contra la Corrupción, firmada en Mérida (Méjico) el 31 de octubre de 2003 y Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y de Sustancias Psicotrópicas, adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988), tanto en el ámbito de las normas procesales penales como en el de la cooperación internacional, policial y judicial, son semejantes.

En este sentido se pueden identificar como principios fundamentales de estas disposiciones internacionales: armonización normativa de los tipos delictivos, responsabilidad de las personas jurídicas, ampliación del plazo de prescripción de los delitos, creación de normas específicas en los procedimientos judiciales, atención específica al régimen de decomiso de bienes, protección de testigos y víctimas de los delitos, creación de autoridades es-

pecializadas en el ámbito de la investigación, máxima cooperación entre las autoridades que investigan y juzgan.

Todos estos principios asumen una dimensión específica propia según se trate de droga, delincuencia organizada o corrupción.

Si cada una de estas materias presenta una problemática específica, sin embargo, desde el punto de la eficacia de la política penal deben ser vistas desde una perspectiva global.

1. Delincuencia organizada

1.1. Notas para una definición de delincuencia organizada

En una aproximación a la definición de delincuencia organizada, sin caer en tópicos, debe hacerse referencia a que el concepto tiene su origen en el ámbito policial. Utilizado en el pasado siglo a partir de los años 20, en los informes policiales, durante el periodo de prohibición del alcohol en los Estados Unidos (de 1919 a 1933) y en el tráfico clandestino que se desarrolló y que permitió a las organizaciones criminales, en particular a las mafias de origen siciliano, un dominio y una influencia en la sociedad, gracias a los beneficios obtenidos por dicha prohibición.

A partir de los años 70, cuando las organizaciones criminales extendieron sus actividades sobre todo en el ámbito de los estupefacientes a gran escala, la criminología empezó a prestar más atención al concepto de delincuencia organizada.

En las dos últimas décadas del siglo XX, la delincuencia organizada sufre un impulso extraordinario en varios aspectos. Nicolas Queloz¹ identifica tres dimensiones de esa expansión. Como realidad criminal, se ha verificado un aumento cuantitativo (aumento de los actos de violencia e incluso de intimidación, de los casos de fraude, de robos de todo tipo o de corrupción, de tráficos ilícitos y reciclaje de sus productos) pero, sobre todo, cualitativo (profesionalización, racionalización, extensión e internacionalización). Como noción o expresión genérica se difunde por los medios de comunicación social, es objeto de estudio en la literatura y en reuniones científicas y cada vez

¹ Nicolas Queloz, "Acciones internacionales de lucha contra la delincuencia organizada: el caso de Europa", *Revue de Science criminelle et de droit pénale comparé*, octubre-diciembre 1997.

se utiliza más en el lenguaje común y cotidiano. Como objeto de preocupaciones políticas haciendo efectivos numerosos informes gubernamentales, en discusión en Alemania (desde 1990), en Italia (sobre todo tras la operación Tangentopolis, a partir de 1992), en Francia y en Suecia (a partir de 1993), en seminarios y en las cumbres políticas internacionales. Como objeto de análisis criminológico la delincuencia organizada ha sido tratada de una forma más rigurosa y profunda.

El término delincuencia organizada, sin embargo, se utiliza con frecuencia como una categoría general indefinida al presuponer que toda la gente conoce su significado. Claus Roxin dice que existe un concepto de delincuencia organizada jurídicamente claro, capaz de suscitar un mínimo consenso. Tan sólo tendríamos descripciones heterogéneas acerca del fenómeno que, hasta ahora, no se han abarcado con precisión.²

Juarez Cirino dos Santos³ hace una interesante división entre el discurso americano y el italiano sobre la delincuencia organizada. El primero se define como una conspiración nacional de etnias extranjeras, una especie de submundo de ciudadanos malos que amenazan con destruir la comunidad de ciudadanos buenos, ya sea a través del alcohol, del tráfico de estupefacientes y siempre, no obstante, contra el espíritu de la *american way of life*. Se trata de un concepto que no puede dejar de ser más que un mito, con todas las consecuencias que ello implica. Por otro lado, el concepto italiano identifica la delincuencia organizada con las actividades de la mafia, que no deja de ser una actividad regional, localizada y con especificidades propias que, según este autor, aunque sea científicamente correcto afirmar ese concepto de delincuencia organizada, no puede, por ejemplo, transponerse a la realidad de Brasil. El autor cuestiona con ello las políticas penales que se han seguido en los distintos países a la sombra de un concepto de “naturaleza” y utilidad muy dudoso.

Presentar una definición de delincuencia organizada es dogmáticamente una tarea casi imposible. Existen únicamente unos consensos mínimos sobre la identificación de lo que se habla, cuando se habla de delincuencia organizada. Por ello, será más útil hablar de definiciones de delincuencia organizada:

² Claus Roxin, “Problemas de autoría y participación en la delincuencia organizada”, *Revista Penal*, n° 2 julio de 1998, pág. 65.

³ Juarez Cirini dos Santos, “Delincuencia organizada”, *Revista Brasileña de Ciencias Criminales*, n° 42, marzo de 2003.

criminalísticas o policiales; jurídicas a nivel de los códigos penales y procedimientos penales; criminológicas, etc.

Nicolas Queloz propone una definición criminológica y meramente operativa que responda a las siguientes características fundamentales: está compuesta por grupos (generalmente de tipo familiar, de clanes o étnicos) o de asociaciones de delincuentes (de tipo pandillas profesionales, organizaciones terroristas o grupos ocultos y sectas); tienen una voluntad deliberada de cometer actos delictivos exclusivamente o no relacionados con actividades legales (de cobertura y de infiltración en la esfera económica formal); la preparación, el método y la ejecución de sus actos se caracteriza por una organización rigurosa, estratégica y profesional, constituyendo una verdadera empresa o industria del crimen que pretende una estrategia de racionalización y de extensión internacional (sin fronteras); opera normalmente en tres grupos de actividades sin dejar de lado su relación con los delitos menores o con la micro delincuencia cotidiana; dichos grupos de actividades encajan dentro de la delincuencia organizada y violenta (atentados, toma de rehenes, actos terroristas, amenazas, intimidaciones, etc.), en la organización de actividades de tráfico ilícito extremadamente remunerado (explotación de casas de juego, proxenetismo, tráfico de personas, de drogas, de medicamentos, de armas, de vehículos) y en la delincuencia de guante blanco o económica; obtiene ingresos importantes que aseguran a sus miembros un medio de vida elevado, para seguir con sus actividades, así como de influencia o de presión; una estructura con filiales y oficinas nacionales y transnacionales que posibilita una gran capacidad de adaptación a los cambios políticos, económicos y jurídicos y grandes triunfos a nivel de poder e influencia.

1.2. Delincuencia organizada e internacionalización del delito

Hablar hoy día de la internacionalización del fenómeno criminal es un espacio común, que repercute en la actividad diaria de policías, jueces y fiscales e incluso abogados, tanto en la investigación criminal como en el enjuiciamiento.

Cultivar plantas de coca en Colombia, transportarla por vía aérea a México, Estados Unidos o Brasil, para desde ahí pasar a Europa central, donde será consumida, a través de países como Portugal, España u Holanda, donde se queda, sin embargo, una parte sustancial, es una evidencia. El cultivo de cannabis en las montañas del Rif, en Marruecos, y su exportación a través

de España a los países de Europa es una realidad conocida. El tráfico de personas, sobre todo de mujeres y niños con origen en los países del este de Europa, Filipinas, Tailandia, Brasil, Venezuela o en otros países de América Central, con destino a países de Europa occidental o Estados Unidos, es una realidad que no se puede negar. El tráfico de vehículos automóviles robados en Europa con destino a los países del norte y centro de África florece cada día más. El tráfico de órganos humanos con origen en países de África, América Latina y Asia, y destino a los países ricos empieza a tener una relevancia preocupante. El tráfico de armas es aún hoy un negocio millonario que abarca prácticamente a todos los países del mundo. De igual modo y más recientemente el tráfico de recursos naturales, donde el uranio cobra una especial relevancia, tiene un valor estratégico que no puede dejar de suscitar preocupaciones de naturaleza criminal. Pero, asimismo, bienes tan triviales como los pasaportes u otros documentos identificativos tienen hoy día en la economía de la delincuencia internacional una importancia fundamental en las redes criminales dedicadas al tráfico ilegal de personas. La falsificación de productos de marcas registradas y protegidas a nivel internacional en países del llamado “tercer mundo”, para su exportación global, adquiere una magnitud absolutamente impensable hasta hace relativamente poco tiempo. Por otro lado, el blanqueo de dinero procedente de las actividades delictivas necesita “lavarse” sobre todo en paraísos fiscales conocidos, situados en todas las partes del mundo, que se materializa en cuestión de segundos a través de Internet y las posibilidades que éste ha abierto para la transmisión de flujos financieros *on line*.

Toda esta realidad afecta, en la actualidad, a todos los países del mundo, sin excepción, siendo tan sólo diferente el alcance que el fenómeno adquiere en cada uno de ellos.

En última instancia, esto supone la internacionalización del fenómeno criminal que exige una política penal adecuada que, para ser eficaz, ha de adquirir una dimensión transnacional. Se han dado algunas respuestas normativas en el sentido de conocer esta realidad, controlarla y proporcionar instrumentos legales para luchar contra ella.

Un ejemplo paradigmático es la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Se trata de un instrumento fundamental para encarar de una forma glo-

bal la necesidad de una lucha eficaz y realista frente al fenómeno amplio, difuso y complejo que conforma la delincuencia organizada.

El objeto de la Convención es fomentar la colaboración entre los Estados para combatir de una manera más eficaz la delincuencia organizada y transnacional, configurando, dicha convención, algunas definiciones extremadamente importantes de tipos delictivos así como de instrumentos procesales que deberán introducirse en las diversas legislaciones nacionales.

La actualidad perturbadora de un conjunto específico de delitos relacionados con el tráfico internacional de personas llevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas a proponer que, al mismo tiempo que la Convención, se preparasen y aprobasen protocolos específicos para reprimir el tráfico de personas y, en particular, de mujeres y niños. En ese sentido se aprobaron dos protocolos adicionales a dicha convención, específicos para combatir esas actividades criminales globales, cuya dimensión está creciendo peligrosamente.

De este modo, el *Protocolo Adicional contra el Tráfico ilícito de Inmigrantes por vía terrestre, marítima y aérea*, tiene como objetivo prevenir y combatir el tráfico ilícito de inmigrantes, así como promover la cooperación entre los Estados partes a dicho fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los inmigrantes introducidos de forma clandestina.

El *Protocolo Adicional para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, cuyo objetivo es prevenir y combatir dicha trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y a los niños, proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos y fomentar la cooperación entre los Estados partes, de forma que se alcancen dichos objetivos.

1.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

1.3.1. Delincuencia de “estructura de poder”

La definición establecida en la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁴ pretendía responder a las ambigüedades dogmáticas que condicionaban la necesidad práctica de entender y resolver muchos

⁴ La convención fue adoptada por la Resolución A/RES/55/25 de 15 de noviembre de 2000.

problemas concretos relacionados con la lucha eficaz contra una delincuencia irremediablemente internacionalizada.

Las dificultades dogmáticas para consensuar una definición de delincuencia organizada no impidió que se alcanzasen unas “normas mínimas” en la Convención, permitiendo así a los Estados orientarse hacia unas políticas concretas que sirvan de respuesta global a los problemas que plantea esta delincuencia.

Para la Convención “*grupo delictivo organizado*” es “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” [Artículo 2º, apartado a)].

Además de la definición mencionada, el ámbito de aplicación de la Convención pretendía abarcar el conjunto de actividades delictivas cuyos tópicos significativos envuelven el fenómeno de la delincuencia organizada, es decir, la violencia, la sofisticación, la continuidad, la estructura, la disciplina, las actividades diversificadas, la implicación en actividades empresariales legítimas y la corrupción.

En consecuencia, lo que se cuestiona en la delincuencia organizada es un concepto que tiene como núcleo una estructura de poder. No puede, por otro lado, disociarse la delincuencia organizada de la delincuencia global, transnacional. De igual modo, existe también una conexión directa entre la delincuencia organizada y las actividades lucrativas ilícitas.

La delincuencia organizada abarca un espectro de comportamientos dañinos que incluyen, además de los delitos graves castigados con penas de prisión elevadas (superiores a 4 años de prisión, según la Convención), delitos económicos y financieros, los delitos relacionados con la tecnología informática, los delitos contra el medio ambiente, los delitos de tráfico internacional de sustancias estupefacientes, de armas, de pornografía, de seres humanos, la prostitución de menores, el terrorismo, la evasión fiscal y el espionaje.

Como menciona Alberto Silva Franco⁵, “dichas formas de delincuencia no pasan frecuentemente de la acción visible de una persona o de un grupo bien caracterizado de personas, lo que dificulta sobremanera la detección y captación de las actividades puestas en práctica”. Lo que se constata en to-

5 Globalización y delincuencia de los poderosos, *Revista brasileña de Ciencias criminales*, nº 31, julio-septiembre, 2000, pág. 123.

das ellas son unos datos “comunes representados por una sofisticada estructura organizativa, una finalidad general de obtención de lucros ilimitados, una gran dificultad de determinación territorial y una capacidad de crear una zona grisácea entre lo lícito y lo ilícito”⁶.

La importancia de esta estructura y sobre todo una respuesta penal eficaz a los problemas que esto suscita, se revela en la Convención al afirmar la necesidad de tipificación de la participación en un grupo criminal, con un alcance lo suficientemente amplio de modo que proteja los diferentes bienes jurídicos involucrados (véase el artículo 5º).

1.3.2. Tipos de delitos

La Convención se aplica a los delitos graves de naturaleza transnacional y que involucren a un grupo delictivo organizado, reflejado en un acto que constituya un delito castigado con una pena privativa de libertad no inferior a cuatro años o con una pena más grave [artículo 2º, apartado b)] pero también se aplica a un conjunto específico de delitos cuya conexión con la delincuencia organizada es evidente.

Así pues, según el artículo 3º, apartado a), se consideran delitos “objeto” de la Convención la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción a la justicia.

La Convención enmarca estos fenómenos como uno de los objetivos estructurales en cualquier política penal que pretenda tomarse en serio la delincuencia organizada, en la medida en que afirma la necesidad de tipificación de este tipo de conductas como respuesta adecuada a llevar a cabo por los Estados.

1.3.3. Responsabilidad de las personas jurídicas

Lo que fue un principio clásico del derecho penal de que sólo la persona humana tenía una capacidad psíquica y física para poder actuar, comprender lo qué hacer u omitir y, por tanto, la única capaz de ser culpada, ha sufrido, a lo largo de los últimos años, una modificación sustancial.

Es decir, a partir del momento en que se acepta que la capacidad de actuar o la capacidad de culpabilidad son nociones jurídicas y no deben ser confundidas con las capacidades físicas, psíquicas e intelectuales del ser humano,

6 *Ibidem*, p. 123.

se superan entonces los obstáculos filosóficos con responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se recuerda que en el ámbito del derecho civil hace mucho que las personas jurídicas son sujetos de derechos y son tratadas de la misma forma que las personas físicas, en lo que se refiere a la atribución de derechos y obligaciones.

La presencia real de las personas jurídicas en la sociedad, para realizar negocios, intervenir socialmente, incluso en sociedades altamente complejas y tecnológicas, viene a reforzar la necesidad de responsabilizar a las personas jurídicas que han tenido y tienen cada vez más una intervención social relevante. Como aseguran José Hurtado Pozo y Bernardo del Rosal Blasco⁷, “su influencia relevante, tanto en el desarrollo técnico como económico es determinante en la creación de situaciones de riesgo (por ejemplo en el mercado financiero y en el medio ambiente) y constituye un hecho fundamental para delimitar el papel social que desempeñan”. Son las empresas las que constituyen, actualmente, los sujetos principales en toda la actividad económica y social asumiendo igualmente un papel primordial en la economía de las actividades delictivas. “La presencia en el mundo del delito de las personas jurídicas y de la empresa ya no es la excepción sino la regla”⁸.

En el estado de civilización de la sociedad moderna y ante los perfiles que asume la actual delincuencia, la responsabilidad penal de la persona jurídica se establece en base a la política penal. Consciente de esta realidad y atribuyéndole un significado especial, la Convención de la ONU incentiva a los Estados a que establezcan la responsabilidad penal de las personas jurídicas que participen en delitos graves en los que esté involucrado un grupo delictivo organizado y que cometan los delitos previstos en la Convención (artículo 10). Se trata de la admisibilidad de la responsabilidad penal, civil y administrativa, independientemente de la responsabilidad personal de quienes cometen los delitos.

Por otro lado y teniendo presente la dificultad dogmática referida a propósito de las sanciones a aplicar a las personas jurídicas, la Convención establece que cada Estado adopte “sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias”.

7 José Hurtado Pozo y Bernardo del Rosal Blasco, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, 2001, pág. 13.

8 Klaus Tiedemann, “La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en el Derecho Comparado”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 3, julio-septiembre, 1995, p. 617.

1.3.4. Decomiso de bienes

Un instrumento que surge actualmente como fundamental en las políticas penales nacionales que pretendan llegar de manera efectiva al “corazón” de quienes cometen los delitos graves es incautando el destino de los bienes resultantes de las actividades delictivas.

Los Estados no deben permitir que quien cometa delitos graves, aunque sea castigado penalmente, pueda llegar a tener algún beneficio patrimonial con dicha conducta. En ese sentido, la Convención presta especial atención al decomiso e incautación de bienes, ya sea en el ámbito interno como en el ámbito de los mecanismos que lo hacen efectivo en el ámbito de la cooperación internacional (véase artículos 12, 13 y 14).

1.3.5. Políticas procesales

La Convención pretendía intervenir de una forma más eficaz en el ámbito de los instrumentos normativos que modelan a nivel procesal la concreción de una política penal eficiente. La adecuación de los medios procesales específicos disponibles para hacer frente a esta realidad será, por consiguiente, la mejor concreción de esta situación. En consecuencia, con la inequívoca defensa de la aplicación de dichos medios a los delitos de un catálogo restringido, pueden y deben abrirse algunos caminos nuevos para enfrentarse a esta realidad.

La investigación criminal adscrita a la delincuencia organizada no puede dejar de estar adscrita a una fuerza policial que debe estar altamente especializada, tanto a nivel de formación como en medios técnicos, diferenciada de la policía de la calle y dotada de unos conocimientos orientados únicamente a la delincuencia organizada. En ese sentido, este tipo de institución deberá liberarse de otras competencias que puedan ejercerse con éxito por otros cuerpos de policía, permitiéndole con ello canalizar todos los recursos disponibles en la investigación relacionada con la delincuencia organizada.

De igual forma, es necesario apostar por un refuerzo indiscutible de los sistemas de información y por una visión global de lo que debe ser un sistema de información adecuado al tipo de delincuencia que se está cuestionando. En este sentido, es fundamental una articulación de todas las fuerzas de investigación y seguridad en el ámbito de la cooperación internacional e interregional, en lo que respecta a la delincuencia violenta transnacional. Así, deben

observarse las normas que aparecen en la Convención sobre las Investigaciones conjuntas a las que alude el artículo 19, las Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a las que se refiere el artículo 26, y la Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada a las que se refiere el artículo 28.

1.3.6. Técnicas especiales de investigación

La especificidad de la investigación criminal en el ámbito de la delincuencia organizada de ámbito transnacional impone la adopción, en los marcos procesales nacionales, de unos mecanismos de investigación propios y adecuados a dicha realidad. En este sentido, la Convención, en su artículo 20, permite que los Estados adopten las medidas necesarias para permitir que se recurra a entregas controladas y cuando lo considere adecuado que se recurra a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica u otras formas de vigilancia y operaciones encubiertas.

En lo que respecta a las entregas controladas, cuya eficacia específica en el ámbito del tráfico de estupefacientes es manifiesta, la Convención concreta el procedimiento cuando se produzca a nivel internacional, que debe presuponer siempre el acuerdo de los Estados involucrados y puede incluir métodos como la incautación de mercancías y la autorización de proseguir su camino, sin modificación o tras la sustracción o sustitución de la totalidad o de parte de dichas mercancías (véase el artículo 20, núm. 3).

1.3.7. Protección de los testigos

La constatación de que la prueba testifical sigue teniendo un papel fundamental en el juicio para la demostración de los hechos objeto de la prueba, llevó a la necesidad de compatibilizar esa necesidad con la realidad criminal compleja y grave que envuelve a la delincuencia organizada. Ya en 1995, el Consejo de la Unión Europea, consciente de la necesidad de transmitir a todos los Estados la obligación que se hace fundamental de garantizar una protección adecuada a los testigos, estableció una *Resolución de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el ámbito de la lucha contra el crimen organizado*. En ella se refería de forma genérica a los testigos, en el sentido de que cualquier persona que tenga datos e informaciones que

la autoridad competente considere importantes, deberá ser protegida contra cualquier forma de amenaza, presión o intimidación directa o indirecta.

La Convención, en su artículo 24 viene a establecer, a nivel global, el marco normativo sobre la protección de testigos instando al Estado a desarrollar unos marcos normativos que protejan en general a los testigos en las actuaciones penales contra actos de intimidación y represalias y, específicamente, desarrollen unos procedimientos destinados a facilitar un nuevo domicilio y, si es necesario, impedir o restringir el que se revele información relativa a su identidad y paradero, así como establecer normas en materia de prueba que permitan a los testigos testificar de forma segura.

1.3.8. Protección de las víctimas

En este ámbito, la Convención reconoce el carácter de vulnerabilidad de las víctimas de los delitos comprendidos en la Convención y en esa medida insta a los Estados a que creen mecanismos de protección específicos que protejan a quienes se sientan amenazados con represalias o sean intimidados. De igual forma, impone que los Estados garanticen la reparación de los daños provocados a las víctimas de los delitos.

2. Corrupción

2.1. El fenómeno de la corrupción

El fenómeno de la corrupción comprende actualmente un conjunto de comportamientos y prácticas diversas, relacionadas con el desvío de patrones de comportamientos adecuados y admisibles en el ejercicio de una responsabilidad pública o con esta relacionada, que ponen en cuestión la propia estructura de los Estados Democráticos.

La corrupción mina los principios de la buena administración, de equidad y de justicia social, falsea la competencia, obstaculiza el desarrollo económico y pone en peligro a las instituciones democráticas y los fundamentos éticos de la sociedad.

La corrupción no es, actualmente, un delito específico de los altos cargos de la administración, sino que alcanza a todos los funcionarios de la administración en un amplio sentido así como también al sector privado en aquellos

aspectos que de alguna forma están relacionados con el abuso de poder en beneficio propio.

En términos criminológicos se pueden constatar dos grandes áreas o vertientes en el ámbito de la corrupción.

Por un lado, en el nivel de tipo “de pequeñas corruptelas” – típicas de los funcionarios con menos poder de decisión y, por ello, con menos incidencia pública– en donde además de la “mordida” y otros vicios, se sigue comprobando la aceptación de beneficios (sobornos) para que la maquinaria administrativa “funcione”. La doctrina entiende, en base a un juicio de adecuación social, que no se consideran ilícitos típicos las ofertas insignificantes o aquéllas que sean toleradas o permitidas por el uso social.

Por otro lado, y de una forma mucho más gravosa para el equilibrio económico de las sociedades, hoy día está muy clara en la dogmática la “gran corrupción”, ampliamente percibida, pero mucho menos investigada y raramente detectada a nivel judicial. Se trata de una actividad que involucra a altos cargos públicos que tienen a su disposición el poder de decisión de negocios de elevado valor, donde el mecanismo de la aceptación de sobornos alcanza cantidades extraordinarias. Del otro lado están normalmente las grandes empresas o grupos económicos, multinacionales o incluso otros Estados (a través de departamentos específicos) que pretenden también beneficiarse de esa actividad.

2.2. Las respuestas legales internacionales

La expansión del fenómeno de la corrupción en las sociedades modernas, con la consiguiente amenaza que trae consigo al buen gobierno exigible del propio Estado de derecho, han llevado a las instancias internacionales a enfrentarse de una forma rigurosa al fenómeno, especialmente desde una perspectiva de adecuación y equiparación de los tipos delictivos por un lado, y la creación de mecanismos internacionales de control de la corrupción, por otro.

Son un ejemplo de lo primero las diferentes convenciones internacionales aprobadas por diferentes organismos, en particular la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, concluida en el marco de la Organización de los Estados Americanos, el 29 de marzo de 1996, el *Convenio de 1997 relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*, el *Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Eu-*

ropa, firmado en Estrasburgo del 30 de abril de 1999, la *Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción y los delitos asimilados*, aprobada en Maputo el 11 de julio de 2003 y, por último, la *Convención de la ONU contra la Corrupción*, firmada en Mérida, México, el 31 de octubre de 2003⁹. En un ámbito más específico no puede dejar de hacerse referencia al *Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, de 17 de diciembre de 1997.

En el segundo aspecto de la prevención, además del papel relevante que las organizaciones no gubernamentales, como es el caso de *Transparencia Internacional*, el Consejo de Europa tiene asumido un papel fundamental en esta materia, que sobrepasa incluso el “espacio europeo” en la medida en que países como Estados Unidos firmaron el Convenio de Estrasburgo, a través del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) y de su actividad. De igual forma, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹⁰, realiza periódicamente ciclos de evaluación de los países miembros, para controlar además la adaptación de los mecanismos internos de los países a los instrumentos jurídicos puestos a disposición por la Convención. Existe hoy una gran preocupación por las evaluaciones de la OCDE en el análisis del sistema político y, en concreto, sobre la forma en que se entrecruzan y articulan los sistemas judicial, político y económico.

En el ámbito de la Unión Europea, además de la Comunicación de 26 de agosto de 2003, «Una política global de la UE contra la corrupción» (COM.2003 (317) final), el Programa de Estocolmo, aprobado en fecha 2 de diciembre de 2009, asume el combate contra la corrupción como una de las prioridades del programa de Seguridad y Justicia de la UE. Entre las varias medidas propuestas, se pretende mejorar la persecución judicial de la evasión fiscal y de la corrupción en el sector privado así como aumentar la transparencia de las personas jurídicas.

Reconociendo la relevancia del papel que ha ejercido GRECO, se prevé

9 Juliette Tricot hace una valoración crítica de los instrumentos normativos puestos a disposición por la OCDE, la UE, el Consejo de Europa y la ONU sobre la corrupción en “La corrupción internacional”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, octubre-diciembre 2005, página 769.

10 Sobre la OCDE, en concreto su estructura en términos de políticas anticorrupción, véase <http://www.oecd.org>.

que la propia UE se adhiera a este grupo así como que desarrollará en toda la Unión una política global anticorrupción en estrecha cooperación con ese organismo.

El Parlamento Europeo, asumiendo que “los ciudadanos europeos quieren que la UE desempeñe un papel más significativo en el combate contra la corrupción”, defiende una amplia política anticorrupción, el refuerzo de la cooperación policial y judicial, la intervención de Europol y Eurojust de forma más sistemática en las investigaciones y la creación de una Fiscalía Europea. El Parlamento Europeo también propone la adopción de un instrumento legislativo europeo destinado a la confiscación de los beneficios y de los bienes de las organizaciones criminales internacionales y su reutilización para fines sociales.

2.3. El papel del Consejo de Europa: el caso del GRECO

Para vigilar la aplicación de la Convención del Consejo de Europa por Decisión del Comité de Ministros, adoptada el 5 de marzo de 1998, se constituyó el GRECO como un mecanismo de control permanente de los Veinte Principios Rectores¹¹ y de las dos convenciones del Consejo de Europa sobre corrupción¹². El GRECO define unos ciclos de evaluación a los Estados con base en temas predefinidos que pretenden conocer, de forma profunda, los sistemas políticos de los Estados y evaluar sus prácticas sobre estas cuestiones. En las evaluaciones que hacen los Estados miembros sobre el “estado” de los países en materia de corrupción, los cuestionarios, evaluaciones e informes se estructuran ya sea en el marco jurídico que resulta de la Convención del Consejo de Europa contra la Corrupción, ya sea en el marco jurídico-penal de los Estados examinados.

Los ciclos de evaluación que tienen por objeto las acusaciones penales y el modo como se realiza la investigación criminal, los medios de que dispone y sus repercusiones en los Estados se han expandido sistemáticamente. Pero además de abarcar el conocimiento de las estructuras organizativas de lucha contra la corrupción, las políticas desarrolladas por las instituciones públicas, en el ámbito de la investigación y en el de la prevención, e incluso por

11 Resolución (97) 24 sobre los Veinte Principios Rectores en la Lucha contra la Corrupción.

12 Sobre la composición, misión y estructura del GRECO véase <http://www.coe.int>.

organizaciones no gubernamentales y por las empresas en relación con las cuestiones que conllevan directa o indirectamente situaciones de corrupción, se percibe rápidamente la necesidad de hacer frente también a la cuestión de la financiación del sistema político.

No se trata sólo, en los ciclos más recientes, de identificar las estadísticas criminales sobre la corrupción en los distintos países con las herramientas legislativas puestas por los Estados a las autoridades competentes para investigar, acusar y juzgar los tipos delictivos. Los ciclos de evaluación realizados en los países del Consejo de Europa van mucho más allá de dicha identificación normativa, organizativa y estadística del estado de “cosas” de la corrupción de los diferentes Estados –que sigue siendo una referencia– identificando ahora todos los demás comportamientos patológicos que envuelven los sistemas políticos que potencian o permiten el desarrollo de una cultura de corrupción.

En las evaluaciones adquiere especial relevancia el contenido de las políticas integradas de prevención de comportamientos, a nivel público y privado, que pueden suscitar o crear condiciones propicias para los fenómenos de corrupción que son objeto de atención específica.

De otro lado, la percepción por parte de las distintas instituciones públicas y privadas, de los reflejos negativos que los actos y comportamientos de empresas y ciudadanos en la estructura social y económica que cuestionen la credibilidad del sistema de decisión, a través de la manipulación de la libre competencia son objeto de atención creciente.

Finalmente, el propio sistema político y la financiación de sus estructuras fundamentales, o sea los partidos políticos, así como las campañas electorales son objeto de atención y preocupación directa en términos de evaluación.

En cumplimiento de la *Recomendación Rec (2003)4 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa*¹³ sobre las Reglas Comunes contra la Corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales, el tercer ciclo de evaluación de GRECO, iniciado en 2007, avala el sistema de financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales y su eventual relación con los fenómenos de corrupción.

2.4. Diversificación y armonización de los tipos de delitos de corrupción

La armonización de los tipos delictivos en los distintos ordenamientos jurí-

13 Adoptado por el Comité de Ministros en fecha 8 de abril de 2003.

dicos es un paso esencial para el desarrollo de las políticas de lucha contra la corrupción. Es uno de los objetivos principales de las convenciones internacionales. Contar con instrumentos legislativos eficaces y comunes a todos los Estados que les permitan resolver sus propios problemas y, sobre todo, que puedan relacionarse de una forma eficaz entre sí, de manera que combatan este tipo de delincuencia. Ya que el fenómeno es común a todos los países, los instrumentos legales puestos a disposición de éstos tienen unos parámetros comunes que, por supuesto, cada Estado puede adaptar a su realidad en función de sus propias especificidades.

En este sentido, tanto en la Convención del Consejo de Europa como en la Convención de la ONU se establecen un conjunto de tipos delictivos que cubren todo el campo que puede ser adoptado por los Estados en este ámbito. De la necesidad de armonizar un sistema punitivo que pretende abarcar una realidad global, dichos textos asumen un papel absolutamente relevante por la tipificación que se realiza de los delitos a establecer por los Estados sobre el fenómeno de la corrupción así como sus consecuencias sancionadoras.

En casi todos los textos mencionados se ha definido un conjunto de medios de investigación adecuados a concretar en los distintos Estados mediante un programa de investigación criminal que se considere eficaz y, por ello, relativamente diferenciado de otras formas de delincuencia.

De igual forma se apela a la concreción de políticas de prevención específicas y necesarias a desarrollar por cada Estado. A pesar de que algunos de los instrumentos revelan alguna discontinuidad de normas e incluso de valores es notable el esfuerzo de pretender imponer, a nivel normativo, a los Estados la percepción de una realidad global.

2.4.1. Corrupción activa y pasiva

Existen dos grandes tipos de delitos: la corrupción activa y la corrupción pasiva, recogidos en el artículo 15, apartado a) y b) de la Convención de la ONU. La corrupción puede concretarse en un acto ilícito (corrupción propia) o en un acto lícito (corrupción impropia), siendo a veces difícil establecer la frontera entre estos dos actos, lo que en términos de investigación criminal encierra algunos problemas (véase, por ejemplo, el caso de las investigaciones relacionadas con prescripciones médicas “a cambio” de ventajas económicas prestadas por la industria farmacéutica). Señalar que el bien jurídico protegido

do en el delito de corrupción es la autonomía funcional de Estado / Administración o la legalidad administrativa.

En el análisis breve y siempre parcial del tipo de fenómenos sociales donde son más visibles los comportamientos típicos capaces de enmarcarse dentro de la corrupción, es decir, las zonas de “riesgo”, se identifican por supuesto áreas en las que intervienen algunos servicios públicos, especialmente las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, la administración tributaria, la sanidad (médicos e industria farmacéutica, en concreto a través de la prescripción indebida), y la administración local. Adquiriendo esa realidad cierta relevancia en lo tocante a la adjudicación de obras públicas, adquisición de bienes y servicios públicos y de permisos y supervisión de obras públicas y privadas.

Acompañando en parte la propia globalización de la economía, la dimensión transnacional del fenómeno de la corrupción viene a demostrar que los negocios de grandes sumas de dinero, como la adquisición de armamento o las obras públicas internacionales son áreas de riesgo efectivo que imponen, por eso especiales cuidados en la prevención como en la investigación. Igualmente, nuevas formas de gestión de los servicios públicos, como las sociedades público-privadas, tanto por los valores que envuelven como por el proceso burocrático que conllevan, traen consigo una serie de comportamientos patológicos que rápidamente se transforman en fenómenos de corrupción.

En los casos en los que se pone en tela de juicio a funcionarios o instituciones internacionales, la Convención advierte de la necesidad de tratar de una forma diferenciada ambas situaciones (véase el artículo 16).

2.4.2. Tráfico de influencias

En el sentido de criminalizar a todo aquel que negocia con un tercero su influencia sobre una entidad pública para intentar obtener una decisión ilegal, favorable a los intereses de dicho tercero, se establece un nuevo tipo de delito que caracteriza el tráfico de influencias. En la Convención de la ONU este delito se establece en el artículo 18.

Es importante destacar que la acción típica consiste en solicitar o aceptar beneficios con la promesa, para sí o para un tercero, o consentir o ratificar la solicitud o aceptación de la misma por una persona interpuesta, teniendo como contrapartida de dicho beneficio el tráfico de influencias, por parte del

funcionario público, sobre la entidad pública, para obtener de ella una decisión ilegal favorable.

2.4.3. Delitos relacionados con la corrupción: malversación y abuso de funciones

La existencia de una realidad criminológica que no se trata típicamente de corrupción, pero que tiene conexiones directas con ella, es tenida actualmente en cuenta en el ámbito de las políticas anticorrupción. La Convención de la ONU no omite esta realidad. En consecuencia, tanto el delito de malversación como el de abuso de funciones están previstos en la misma. En la malversación se tutela un bien jurídico complejo al proteger tanto la honradez y fidelidad de los funcionarios públicos como los derechos patrimoniales del Estado. En ese sentido, se considerará delito la conducta que involucra a funcionarios que, de forma ilegítima, se apropian, en beneficio propio o de otra persona, de dinero o de cualquier cosa móvil, pública o privada, que les haya sido entregada, que esté en su poder o a la que tenga acceso en razón a sus funciones (artículo 17 de la Convención).

El abuso de funciones o del cargo es aquel delito que se cometa intencionalmente realizando u omitiendo un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad. En la Convención (artículo 19) este delito está destinado a cubrir una posible laguna en los delitos cometidos en el ejercicio de las funciones públicas, por lo que adquiere una naturaleza subsidiaria frente al resto de tipos de abuso de autoridad.

2.5. Corrupción y titulares de cargos políticos

El hecho de que la corrupción alcance, con cierta frecuencia, en muchos países, a los titulares de cargos políticos, teniendo en consideración las enormes responsabilidades que tienen, ha llevado a un gran número de estados a la tipificación específica de los delitos de corrupción propios de los titulares de los cargos políticos. Por un lado, se establecen unos delitos específicos de corrupción para los titulares de cargos políticos, normalmente con penas más elevadas y, por otro, los mecanismos procesales son también diferentes, de

forma que garantice la rapidez de los procedimientos. Sin embargo, no fue ese el camino seguido por la Convención de la ONU.

La constatación de que las decisiones políticas y sus responsables, a través de la actividad de los partidos, han sido muy permeables a fenómenos de corrupción, ha suscitado la cuestión de la protección del propio sistema democrático, en particular con la fiscalización de los partidos políticos, como estructuras esenciales al Estado Democrático.

Algunos autores, a propósito de la corrupción del sistema político a través de los mecanismos de financiación ilegal de los partidos políticos, utilizan el concepto de «madre de todas las corrupciones»¹⁴, teniendo en cuenta los efectos perversos que de ahí derivan para todo el sistema político sustentado en un Estado Democrático de Derecho. Como señala Perfecto Andrés Ibáñez, «cuando la corrupción está en el centro, en el corazón del sistema político, difícilmente podrá dejar de irradiar en todas las direcciones»¹⁵.

La constatación de esta evidencia llevó al Consejo de Europa a incluir en sus prioridades el establecimiento de directrices a los Estados miembros directamente relacionadas con la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales teniendo en cuenta su relevancia en el funcionamiento de las democracias¹⁶. Es sintomático el tenor de la Recomendación Rec (2003)4 del Consejo de Europa sobre el conjunto de deberes allí establecidos cuyos destinatarios directos son los Estados, motivado por la necesidad de transparencia en las cuentas de la democracia.

2.6. Corrupción en el fenómeno deportivo

Asimismo, en el mundo del deporte se han constatado situaciones peculiares de corrupción, razón por la que, y en atención al carácter particular de la realidad deportiva, se han creado mecanismos propios. Como se trata de un fenómeno socialmente localizado y que pretende proteger especialmente la verdad y la lealtad deportiva, la Convención de la ONU no aborda dicho fenómeno específicamente. Sin embargo, en la medida en que las federaciones

14 La expresión es utilizada por Perfecto Andrés Ibáñez en el artículo «Tangentopoli tiene traducción al castellano» en la obra *Corrupcion y Estado de Derecho. El Papel de La Jurisdiccion*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, página 102.

15 Cfr. «Tangentopoli tiene traducción al castellano» citado, página 103.

16 Sobre esta problemática, cfr. Ingrid Van Bizen, *Financement des partis politiques et des campagnes électorales – lignes directrices*, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003 página 9.

deportivas de cada país y los clubes desempeñan una función pública o prestan un servicio público en los términos definidos en el artículo 2 de la Convención, pueden integrarse en los tipos delictivos establecidos en la ley penal como comportamientos fraudulentos cometidos en el ámbito deportivo.

Se trata de una zona que adquiere cierta particularidad y que al no poder considerarse de alto riesgo debe considerarse como “zona amarilla”, es decir, existen varios fenómenos que precisan una gran atención en el ámbito de la investigación. Las actividades relacionadas con los negocios y los altísimos valores que entrañan las competiciones profesionales, los arbitrajes, en particular del fútbol, son claramente unas áreas muy sensibles. Por otro lado, hay conexiones directas entre este fenómeno y los relacionados con el tráfico de influencias.

2.7. Corrupción en el comercio internacional

Parece indudable que la corrupción es un fenómeno frecuente en las transacciones comerciales internacionales y que, además de suscitar graves preocupaciones públicas, afecta a la buena gestión de los negocios públicos y al desarrollo económico, sobre todo en una época de globalización económica.

Por otro lado, las condiciones internacionales de competencia se ven lógicamente afectadas por dicha corrupción. Por tal motivo se han creado mecanismos internacionales para responder a esa grave situación. Así, adquiere especial relevancia el *Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*, aprobado en el ámbito de la OCDE, en París, el 17 de diciembre de 1997.

2.8. Corrupción en el sector privado

Varios instrumentos internacionales ofrecen una perspectiva que incluye otra dimensión de la corrupción que se aleja, dogmáticamente, de la matriz esencial del concepto. Se trata de la corrupción en el sector privado y la criminalización de conductas corruptas en ese ámbito¹⁷. Se traspa el concepto estrictamente público del fenómeno de la corrupción, que deja de ser una cuestión del “sector público” y de sus funcionarios, sustentándose en una per-

¹⁷ Asimismo, la Unión Europea se pronunció sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado a través de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de junio de 2003 (DOCE L 192, de 31 de julio de 2003, página 54).

cepción de que existe una vertiente privada de la corrupción. “Tan corrupto es un acto de mala aplicación de fondos públicos, en beneficio propio o ajeno, como la apropiación indebida de recursos privados en las sociedades anónimas mediante operaciones de ingeniería financiera que aprovechan la falta de controles y los vacíos jurídicos de una legislación insuficientemente adaptada a la complejidad de las modernas relaciones económicas”, manifiesta Contreras Alfaro, haciéndose eco de la opinión de muchos autores¹⁸.

De igual modo, el Banco Mundial y el Consejo de Europa, a través del GRECO insisten actualmente en la necesidad de incluir el tratamiento de la corrupción dentro de una perspectiva “privada”, ya sea como diagnóstico o bien como tratamiento de la patología. Lo que se pretende es que el sector privado acepte unos criterios de transparencia en sus decisiones, admita sanciones para el incumplimiento de dichos criterios y se concrete, asimismo, el papel intervencionista de las asociaciones profesionales privadas, en cierto modo, capaces de regular los distintos sectores salvaguardando todos los intereses en juego.

La percepción de esta realidad llevó a la Convención de la ONU a establecer dos tipos delictivos referentes a la corrupción y a la “malversación” en el sector privado (artículos 21 y 22), para arbitrar además un amplio conjunto de medidas a implementar por los Estados en el ámbito de la prevención en este área (artículo 12).

2.9. La investigación criminal en el ámbito de la corrupción

Un escenario tan amplio, difuso y complejo donde se visualiza el fenómeno de la corrupción supone en sí mismo un alto grado de dificultad en el ámbito de la investigación criminal. Exige por parte de las autoridades un conjunto de métodos de investigación criminal específicos que posibilitan una investigación eficaz y tienen en cuenta la mencionada realidad, difusa y compleja. La identificación, la consecuencia y el conocimiento de gran parte de las situaciones mencionadas, de forma que se reconozca la prueba de los hechos ocurridos, será el objetivo principal de la investigación. Adquiere una prioridad esencial concretar una estrategia de investigación predefinida que a su vez necesita tener a su disposición unos medios adecuados para la obtención de pruebas.

¹⁸ Véase Luis H. Contreras Alfaro, *Corrupción y Principio de Oportunidad Penal*, citado, página 131.

En este punto, se hace fundamental, frente a la opacidad de la realidad que se va a investigar, echar mano de las intervenciones telefónicas, de unos medios de vigilancia adecuados, de agentes infiltrados, de entregas controladas, de pruebas periciales específicas que acompañen siempre a la investigación, de forma que sea eficaz una estrategia de seguimiento “de los papeles”.

Por otro lado, existe una percepción de gran dificultad en la investigación en lo que se refiere a la identificación y determinación de los circuitos financieros que rodean a la corrupción. La utilización de entidades financieras estratégicamente ubicadas en paraísos fiscales hace más difícil, además, la determinación y el seguimiento del “rastros” de las cantidades de dinero implicadas, donde asumen un papel especial las Unidades de Información Financiera (artículo 58 de la Convención de Mérida). De ahí que sean fundamentales unas políticas de cooperación judicial y policial.

La actualidad de la investigación en el ámbito de la corrupción es, también, un requisito fundamental. La investigación “on line”, es decir, que se realiza cuando los hechos van a suceder, es uno de los principios fundamentales para concretar una investigación eficaz. Tiene poco sentido, en este ámbito, invertir en una investigación arqueológica basada en la reformulación de un pasado de difícil, cuando no imposible, recuperación.

Como se trata de una realidad difusa, “pantanosas”, donde los mecanismos de investigación criminal tradicionales se vuelven ineficaces, se admiten mecanismos propios establecidos en las leyes penales que ofrezcan, tanto a los investigadores como a las autoridades judiciales, la posibilidad de desmantelar con más facilidad las actividades relacionadas con la corrupción. Se trata del llamado derecho premial. Con este “derecho” se establecen unas leyes penales sustantivas y unos mecanismos procesales de protección de personas que ofrezcan informaciones relevantes (artículo 33 de la Convención), unos mecanismos de exención o atenuación de la culpa o tan sólo unos mecanismos de atenuación de las penas aplicadas a quien colabore, con las autoridades policiales o judiciales, en la investigación de los delitos relacionados con la corrupción (artículo 37 de la Convención).

2.10. Autoridades competentes para la investigación de la corrupción

De acuerdo con lo que se ha mencionado, la magnitud que alcanza el fenómeno de la corrupción en las sociedades modernas junto con la dificultad de investigación que se verifica en estos delitos, donde sobre todo son difi-

ciles de reconocer los medios de prueba, obliga a que en la investigación se cuente también con unos profesionales capaces y dotados de una formación específica adecuada a dicha realidad. Por ello existen, en gran parte de los ordenamientos jurídicos, unidades específicas para investigar los delitos de corrupción con agentes formados al efecto. Esta es también la perspectiva asumida por la Convención de la ONU (artículo 36).

3. Droga

3.1. Globalización del fenómeno de la droga. Un mercado global

En cuanto al fenómeno de la droga, actualmente, el consumo, la producción y el tráfico sobrepasan las fronteras de los Estados. La globalización de este fenómeno de la droga no se cuestiona a nivel del estudio, de las políticas y de la aplicación de las leyes relativas a esta materia.

Informaciones disponibles (así, la OEDT¹⁹) revelan que “las estimaciones de la UNODOC muestran que la prevalencia del consumo de opiáceos en Estados Unidos, Canadá y Australia –países donde los datos estadísticos, junto con la UE, son relativamente fiables– es, en gran medida, semejante al de la UE, variando entre un 0,4 % y 0,6 %, siendo Canadá un poco más bajo y Estados Unidos ligeramente más elevado”. El consumo estimado de cannabis en Europa es, de media, considerablemente menor que en Estados Unidos, Canadá o Australia. En cuanto a las drogas estimulantes, los niveles de consumo de éxtasis son muy semejantes en todo el mundo. Y por lo que respecta a la cocaína, la prevalencia del consumo es mayor en Estados Unidos y Canadá de lo que es en la UE y en Australia.

En cuanto a las consecuencias globales negativas relacionadas con la droga, especialmente el impacto de su consumo en la salud pública de los diversos países, una comparación prudente de los índices estimados de nuevos casos de infección por VIH diagnosticados, relacionadas con el consumo de droga inyectada, en 2005, sugiere que los índices en Australia, en Canadá y en

19 Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) es el eje central de la información sobre drogas en la Unión Europea. Su función consiste en recopilar, analizar y difundir información objetiva, fiable y comparable sobre las drogas y la drogadicción en Europa.

la UE son inferiores a 10 casos por millón de habitantes y aproximadamente de 36 casos por millón de habitantes en los Estados Unidos.

Estos datos permiten, obviamente, llegar a la conclusión de que nadie cuestiona, actualmente, que el fenómeno de la droga es un fenómeno global, no pudiendo los Estados dejar de tener en cuenta dicha realidad a la hora de concretar sus políticas.

Una visión realista de cómo abordar política, penal y judicialmente la cuestión de la droga debe tener en cuenta una perspectiva transnacional, so pena de no querer entender nada y, sobre todo, no querer resolver nada. La *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas, de 1988*, en su preámbulo, alerta a los Estados sobre la relación directa del tráfico con la delincuencia organizada internacional, estimulando a los Estados a tratar de forma diferenciada y a darle más importancia a todas las circunstancias que rodean dicha relación.

Quien trafica con estupefacientes tiene como objetivo conseguir unos lucros elevadísimos. Porque, además, objetivamente y como en cualquier negocio, se pretende obtener unos beneficios para sufragar las inversiones realizadas en las redes que sustentan toda la estructura. Es decir, son necesarios unos recursos financieros suficientes para financiar toda la amplísima maquinaria que rodea al negocio. Por otro lado, los recursos financieros y los beneficios necesitan circular por el mundo entero para ser invertidos y aplicados, siendo cierto que este hecho implica siempre la utilización de la actividad bancaria, la constitución de empresas, la utilización de algunos Estados e incluso de algunos dirigentes colocados en posiciones estratégicas. Es decir, actualmente no se puede pensar que el tráfico de estupefacientes no tiene nada que ver con el blanqueo de capitales, con la corrupción, con el propio sistema financiero público y privado y con la actividad comercial de otras actividades ilícitas, como son las armas o la trata de seres humanos.

Sólo una visión integrada del sistema permite al final comprender toda la realidad y, simultáneamente, percibir una adecuada utilización de los instrumentos excepcionales que deben ponerse a disposición de las autoridades de investigación con el fin de hacer frente a dicha realidad. Situación que, no obstante, no puede dejar de entenderse con realismo puesto que no será una tarea fácil hacer frente a dichas realidades poderosas. Stratenwerth, al referirse a la política norteamericana de *war on drugs*, es incisivo: “cuanto más piensan, obstinadamente, los Estados Unidos en continuar, más claro se ve

que no lo hace para ganar”²⁰. Es decir, en la actualidad, no es posible hacer frente de una forma poco “bélica” a la cuestión del tráfico de drogas y a toda la delincuencia organizada relacionada con él. La realidad global es claramente más fértil de lo que es el carácter virtual de algunas soluciones aparentemente eficaces, que al final se vuelven absolutamente trágicas, a la hora de concretarse.

Importa subrayar que la *Estrategia europea contra la droga (2005-2012)*²¹, preconiza un tratamiento global y equilibrado basado en la reducción simultánea de la oferta y de la demanda. Igualmente entre los principios establecidos en dicha Recomendación, adaptados por la aprobación del *Programa de Estocolmo*, importa subrayar la coordinación y cooperación recurriendo a todos los medios disponibles por el Tratado de Lisboa, en especial con los países donde existen graves problemas relacionados con la droga, sea a nivel de producción sea a nivel de consumo, como en los Balcanes Occidentales, América Latina, África Occidental, Rusia, Asia Central, incluido Afganistán y los Estados Unidos.

3.2. Mecanismos legales de control

La dimensión plural de las cuestiones relacionadas con la droga en las sociedades contemporáneas exige un tratamiento pluridisciplinar. Sin embargo, se pueden identificar dos grandes subsistemas en los que encuadrar la cuestión a efectos del control legal de todos los problemas suscitados: el de salud y el policial y judicial, siendo, no obstante, este último el que requiere que se le preste atención.

El marco legal macro normativo, que debe vincular al máximo de Estados posibles en el ámbito jurisdiccional, se deriva de las Convenciones Internacionales de las Naciones Unidas relativas a los estupefacientes. La *Convención Única sobre Estupefacientes de 1961*, pretendía reducir a través de un único documento el número de órganos internacionales existentes y asegurar

²⁰ Gunter Stratenwerth, “La lucha contra el blanqueo de capitales a través del Derecho Penal: el ejemplo de Suiza”, conferencia pronunciada en la Universidad Lusíada de Lisboa, el 6 de noviembre de 2002 (no publicada).

²¹ Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo y al Consejo Europeo sobre la estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012) (2004/2221) (INI). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:226E:0233:0233:ES:PDF>

de una forma global el control de las materias primas de los estupefacientes, fijándose en cuáles son los productos y sustancias que era importante controlar a escala mundial. Más tarde, la *Convención de 1971 sobre sustancias psicotrópicas* completó el ámbito de aplicación de la Convención de 1961, haciendo, no obstante, una diferenciación entre las sustancias psicotrópicas legales e ilegales y los condicionamientos que suscitan. Al tratarse ambas Convenciones de normas globales sobre el mercado lícito de drogas, sólo con la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988* se articuló un poderoso instrumento internacionalmente vinculado a los mecanismos a adoptar por los Estados, de forma que se combatieran las consecuencias graves del tráfico de drogas y, sobre todo, del tráfico internacional.

3.3. Políticas preventivas

Algún realismo político criminal ha servido de guía en el ámbito de las políticas criminales relacionadas con la droga. Con esto se quiere poner de manifiesto que hace mucho que se percibía la necesidad en esta materia, no renunciando a un conjunto de políticas criminales “fuertes” en el área de la investigación y represión de la delincuencia relacionada con el tráfico de drogas y con la delincuencia grave unida a ella, las políticas de prevención criminal relacionadas con la reducción de riesgos e incluso la no penalización de determinadas franjas de consumo han supuesto un parámetro significativo en distintas áreas del mundo.

En el campo de la prevención criminal hay que mencionar también lo que han supuesto las políticas de refuerzo de ampliación de los objetivos relacionados con el blanqueo de capitales. Las cuestiones relacionadas con el tráfico de estupefacientes y los pingües beneficios que generan a los traficantes, originaron la rápida expansión de los mecanismos de ampliación de las políticas antiblanqueo de capitales y que se pusiera énfasis en lo que se hace en la actualidad, de una forma global en el control de los circuitos del dinero que, normalmente, tienen tras de sí fenómenos criminales relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos graves. Ejemplo de ello es la ampliación del tipo delictivo de blanqueo, la implantación de Unidades de Información Financiera y el intercambio de información entre ellas, de forma que se pueda conseguir una detección eficaz del “dinero sucio”.

3.4. Políticas represivas (criminalización, investigación y juicio)

Como se ha mencionado, la acción principal de las políticas preventivas relacionadas con la droga obliga a que se cumpla el principio de armonización legislativa en cuanto a los distintos tipos delictivos que, siendo, por regla general, “de riesgo”, son muy generales como se deriva de la propia Convención de las Naciones Unidas.

De este modo, la Convención presta especial atención a la incriminación de conductas ligadas al tráfico de estupefacientes, psicotrópicos y precursoras de las actividades que se aprovechan de los beneficios derivados de las mismas, incluyendo el blanqueo de capitales (artículo 3) y el decomiso de bienes por los Estados (artículo 5) así como la ampliación del plazo de prescripción de los delitos (artículo 3, n^o 8).

Por otro lado, la Convención es mucho más clara en cuanto a la necesidad de afrontar la investigación criminal de una manera seria y adecuada a la transformación que sufre el propio fenómeno del tráfico de drogas y a las áreas donde es muy problemático, en concreto la actividad marítima (artículo 17). Dentro de este supuesto se han establecido normas relativas a la extradición (artículo 6), el auxilio judicial para la recogida de pruebas y el juicio a los imputados (artículo 7), la transferencia de procedimientos (artículo 8), el intercambio de información (artículo 9) y el uso de técnicas especiales de investigación, y específicamente las entregas vigiladas (artículo 11).

El conjunto de macro políticas penales se ve reflejado en las políticas nacionales e internacionales de lucha contra la droga. Las legislaciones han seguido las recomendaciones y las normas internacionales establecidas en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas así como otras convenciones, en particular, la Convención contra la Delincuencia organizada transnacional, en la medida en que contienen indicaciones más amplias que se aplican también a las drogas. Es el caso, en relación al tráfico, de las investigaciones conjuntas u otras técnicas especiales de investigación no previstas inicialmente en la Convención de 1988, como es el caso de las acciones encubiertas, la vigilancia electrónica u otras formas de vigilancia. Se trata, no obstante, de medios absolutamente imprescindibles a utilizar en las investigaciones teniendo en cuenta los medios utilizados por aquellos que se dedican al tráfico de estupefacientes de forma organizada.

La rápida evolución se empezó a notar principalmente a finales de la dé-

cada de los ochenta del pasado siglo, pero sobre todo a lo largo de los años 90. El perfeccionamiento de los medios de investigación -y sobre todo la enorme inversión que se realizó en esta materia- es el reflejo de dichas políticas. En materia de investigación, además de los instrumentos normativos y legales mencionados, hay que subrayar la eficacia de la cooperación internacional policial y judicial. El fenómeno globalizado de la droga evidencia que el tráfico ya no se puede considerar como algo limitado a un determinado espacio territorial. Se conoce la transnacionalidad del trayecto de las drogas. Las distintas leyes de cooperación judicial internacional, los mecanismos de búsqueda y entrega de personas sospechosas o condenadas, e incluso la existencia de algunas autoridades con poderes para coordinar la investigación a nivel transnacional (como es el caso de Eurojust, en Europa) son ejemplos de políticas eficaces, así como condicionadas a un espacio territorial más amplio.

3.5. Breve nota crítica sobre las políticas represivas referentes a la droga

Las macro políticas de represión en el ámbito de la droga utilizadas de una forma global así como los resultados obtenidos, sugieren que se cuestione si en el ámbito de las políticas represivas no debe orientarse hacia la adecuación a una determinada realidad social, geográfica y territorial. Los estudios publicados sobre la evolución del tema de la droga, ya sea desde el punto de vista del consumo como del tráfico, sugieren que se subraye que las políticas masivas e indiscriminadas de “guerra” total contra la droga carecen de sentido, en la actualidad, si no van acompañadas de unas políticas variadas y distintas. Se subraya, a modo de ejemplo, dos realidades recientes completamente diferenciadas: en la cumbre de la OTAN, celebrada en Rumanía los días 2 y 3 de abril de 2008, a propósito de Afganistán, que como se sabe es uno de los dos principales productores mundiales de opiáceos, a través de una agricultura intensiva (un 12,6 % de la población vive del cultivo de la amapola²²) este país fue alertado de la necesidad de controlar el tráfico de drogas en su interior, bajo pena de que todas las demás políticas de ayuda global que la OTAN y la propia UE tienen en curso, serían totalmente inutilizadas si no había un compromiso fuerte por parte de las autoridades del país sobre esta cuestión. Por esas mismas fechas (el 3 de abril de 2008) en otro lugar del mundo, Río de Janeiro, una incursión de la policía estatal en una de las favelas de la ciudad, dentro de la lucha contra el tráfico de drogas, se cobra 10 muertes. Esta in-

22 Datos recogidos del informe de la ONUDOC de 2006.

cursión forma parte, no obstante, de una política de represión masiva que fue puesta en práctica por el Gobierno del Estado de Río de Janeiro para poner fin a los años de impotencia por el control de algunas favelas dominadas por los cárteles de traficantes que suplantaban muchas veces a las instituciones. Más recientemente, es público lo que pasa diariamente en México, concretamente en Ciudad Juárez, con una verdadera masacre diaria de personas asesinadas, a veces de forma brutal, cuya causa directa radica en el control local del tráfico de drogas.

Los ejemplos citados permiten constatar la ineficacia de una política de represión “pura y dura” cuando no va acompañada de unas políticas sociales que se adecúen a las realidades locales, de forma que constituyan alternativas a quienes viven y sobreviven de la droga. Si a nivel político esa constatación parece ganar adeptos, en el ámbito del derecho penal surgen también perspectivas que pretenden crear “tipos” de derecho penal diversificados.

En octubre de 1999, Jakobs, en una conferencia en Berlín, defendía que la pena prevista y considerada legítima en un Estado de derecho, no es suficiente en algunos ámbitos de la delincuencia. En su opinión, sólo aquellos que se comporten en general como personas, serán tratados como tal, esto significa, como ciudadanos. Quien no se comporte como persona será excluido de la ciudadanía convirtiéndose así en “enemigo”, es decir, en una no persona²³. El debate dogmático que se siguió a esta proposición en Europa, y más tarde a escala mundial, sobre todo amplificada tras los atentados de 2001 a propósito de los casos de terrorismo, ha sido fértil no habiendo tenido, no obstante, una traducción práctica expansiva, pese a haber interesado a quien defiende un derecho penal autoritario. Acompañando las críticas recibidas, en general, sobre la inutilidad, innecesariedad e indeseabilidad de este tipo de discurso dogmático, hay que añadir que el exponente máximo de esta doctrina, traducida en la página negra de la prisión de Guantánamo, no aporta ningún beneficio práctico al sistema de justicia. Porque además de no resolver ningún problema relacionado con el terrorismo, por el contrario, deslegitima la intervención penal de los Estados que utilizan estas políticas, haciéndolos aún más frágiles. No tiene sentido, en consecuencia, utilizar este tipo de cobertura dogmática en el ámbito de una “guerra” total contra la droga.

Una cuestión diferente es la necesidad de responder a la diversidad de

23 Sobre esta doctrina y su crítica véase Cornelius Prittwitz, “Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis crítico o programa del derecho Penal?», en *La Política criminal en Europa*, coord. Víctor Gómez Martín, Atelier, Barcelona, 2004.

problemas que entraña el tema de la droga, en especial, la respuesta multidisciplinar y adecuada a las distintas situaciones que plantea. Los múltiples intereses que están detrás del problema de las drogas – desde la economía de algunos países productores hasta los juegos de placer que están detrás de los comportamientos de consumidores a gran escala, que son más relevantes que “la voluntad de transgresión de los deberes”²⁴, todo esto debe ser valorado y bien ponderado cuando se tiene una perspectiva de las políticas de represión en los delitos relacionados con la droga.

Al no existir soluciones alternativas a las políticas criminales establecidas en la aplicación de la pena de prisión para reprimir el tráfico de estupeficientes, los regímenes sancionadores de naturaleza no penal parecen ser una solución para algunas franjas de represión del consumo e incluso del tráfico-consumo. La aplicación de penas de prisión no exige, sin embargo, una política criminal maximalista que vaya más allá de lo que se exige en otros comportamientos graves. Reprimir y castigar, pero sólo en la medida en que sea necesario.

24 Assim Cândido Agra, *Entre la droga y el delito*, página 80.

Bibliografía

- AA.VV., *Droga: A cooperação nas políticas sobre as drogas e as toxicodependências*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1999.
- ALFARO, Luís H. Contreras, *Corrupcion y Principio de Oportunidad Penal*, Grupo de Estudios contra la Corrupcion, Ratio Legis, Salamanca, 2005.
- AGRA, Cândido, *Entre a Droga e o Crime*, 2ª edição, Casa das Letras, Lisboa, 2008.
- ANDRÈS IBAÑEZ, Perfecto (editor), *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de La Jurisdiccion*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- ASSUNÇÃO, Maria Leonor, «Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada», *Liber Discipulorum*, Coimbra Editora, 2003.
- AUGER LIÑAN, CLEMENTE, «Mercado Mundial y Ordenamiento penal», en *Corrupción y Estado de Derecho*, El Papel de la Jurisdicción, Madrid, 1996.
- BACHER, Jean Luc, «Criminalités économiques», *Criminologie*, vol. xxx, n.º 1, 1997.
- BURGOA, Elena Burgoa, «Hacia una nueva regulación de la prescripción en los delitos contra la administración pública: un debate de actualidad», *Themis*, ano VIII, n.º 14. 2007.
- CABALLERO, Francis, *Droit de la drogue*, Dalloz, 1989.
- CARTIER-BRESSON, Jean, La Banque Mondiale, «La Corruption et la Gouvernance», *Revue Tiers Monde*, n.º 161, janvier-mars 2000.
- CHIAVARIO, MARIO, «La grande criminalité et les exigences du respect des droits de l'homme dans les démocraties européennes», *Révue Penitenciaire et de Droit Pénal*, n.º 3, juillet-septembre, 1997.
- CIRINI DOS SANTOS, Juarez, «Crime Organizado», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 42, Março, 2003.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (CCE) (2003), - *Sobre uma Política Global da EU contra a Corrupção. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu*, Bruxelas, 2003.
- COPELLO, Patricia Laurenzo, «Drogas e Estado de Directo», *Revista do Ministério Público*, ano 16º, 1995.
- COSTA, A. Almeida Costa, «Sobre o Crime de Corrupção», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1984.
- FARIA, Rita, «Corrupção: descrições e reflexões», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17º n.º 1 Janeiro-Março de 2007.
- GÓMEZ MARTIN, Vitor (coord.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (director) *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.
- HASSEMER, WINFRIED, «Perspectivas de uma moderna política criminal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 8, 1994.

- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, Corrupción, su prevención y persecución en España, *Jueces para la democracia, Información y debate*, nº 66, Marzo, 2010.
- JOHNSTON, Michael, «Corruption et Démocracie», *Revue Tiers Monde*, nº 161, janvier-mars 2000.
- KAUFMANN, Daniel «Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción», *Finanzas e Desarrollo*, Setembro de 2005.
- LANDROVE DIAZ, GERARDO, «Represión de la delincuencia económica», *Jueces para la Democracia*, n.º 31, Madrid, Marzo, 1998.
- MOURAZ LOPES, José, *Justiça, Um olhar (des) comprometido*, Almedina, Coimbra, 2005.
- MELILLO, SPATARO, VIGNA, Giovanni, Armando, Piero (a cura), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.
- PRADEL, JEAN, «Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé», *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 67, n.º 3 e 4, 1996.
- PORTA, MÉNY, Donatella della Porta, Yves, *Démocratie et Corruption en Europe*, Éditions La Découverte, Paris, 1995.
- QUELOZ, Nicolas, «As acções internacionais de luta contra a criminalidade organizada», *Revue de Science criminelle et de droit penal comparé*, Octobre-Décembre, 1997.
- ROXIN, Claus, «Problemas de autoria y participacion en la criminalidad organizada» *Revista Pénal*, nº 2 Julio, 1998.
- SANTOS, Cláudia, «A corrupção. Da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador» in *Liber Disciplinorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003.
- SILVA FRANCO, Alberto, «Globalização e Criminalidade dos Poderosos», *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.º 31, Julho-Setembro, 2000.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso, «Principais instrumentos para a prevenção e repressão da corrupção – o sistema português face à convenção de Mérida», *Revista do Ministério Público*, n.º 101, Ano 26, 2005.
- SECRETARIAT d'ÉTAT à l'ÉCONOMIE (SECO), editeur, *Prevenir la Corruption – Conseils aux entreprises suisses actives à l'étranger*, Berne, s/d.
- TIEDEMANN, Klaus, «La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato», *Rivista Italiana di Diritto E Procedura Penale*, Fasc. 3, Luglio-Settembre, 1995.
- TORONE, Giuliano, «La Europa de los capitales y las fronteras de la accion penal», *Corrupcion Y Estado de Derecho, El Papel de la Jurisdiccion*, Madrid, 1996.
- TRICOT, Juliette, «La corruption internationale», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Octobre/Décembre, nº 4, 2005.

- VAN BIZEN, Ingrid *Financement des partis politiques et des campagnes électorales – lignes directrices*, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003.
- , «La investigación de los casos de corrupción a través de las técnicas de “seguimiento de la pista de los papeles (“following the paper trail”)», *Jueces para la Democracia, Information y Debate*, n.º 26, Madrid, 1996.

4. Más información

DELINCUENCIA ORGANIZADA

www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/ (ONU)

www.ec.europa.eu/justice_home/fsj/crime/ (Unión Europea)

CORRUPCIÓN:

www.unodc.org/unodc/en/corruption/ (ONU).

www.ec.europa.eu/justice_home/fsj/crime/corruption (Unión Europea).

www.transparency.org (Transparencia internacional)

www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco (Consejo de Europa- GRECO)

www.ec.europa.eu/anti_fraud (OLAF)

www.usinfo.state.gov/topical/econ/integrity/ (EE.UU.: Departamento de Estado: Foro global de lucha contra la corrupción);

www.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/ (Banco Mundial: anticorrupción)

www.u4.no (Centro de recursos anticorrupción Utstein).

www1.oecd.org/daf/nocorruptionweb (División anticorrupción de la OCDE)

www.spai-rslo.org (Iniciativa anticorrupción del pacto de estabilidad)

www.anticorruptionnet.org (Red anticorrupción para las economías en transición)

<http://www.epac.at/> (Socios europeos contra la corrupción en los organismos de control de la policía nacional de la UE y autoridades anticorrupción)

DROGAS:

www.unodc.org/unodc/en/illicit-drugs/index.html (ONU)

www.coe.int/t/dg3/pompidou (Consejo de Europa, Grupo Pompidou).

www.ec.europa.eu/health-eu/my_lifestyle/drugs. (Unión Europea).

www.emcdda.europa.eu/html (Observatorio Europeo de las Drogas)

TERRORISMO: CONVENIOS SECTORIALES. FINANCIACIÓN Y BLANQUEO

José Ricardo de Prada Solaesa

1. Convenios sectoriales de Naciones Unidas. Especial referencia al terrorismo.
El marco legal internacional para combatir el terrorismo. La obligación internacional de los Estados de cooperar judicialmente en la lucha contra el terrorismo

1.1. Introducción. Ámbito Universal

El terrorismo no es un fenómeno local o que afecte a unos pocos, cultural, geográfica o numéricamente limitados países. Pronto se comprobó que afectaba, de una u otra manera, a la generalidad de los Estados. Por ello, aunque no siempre de la misma forma, ni por razones tampoco únicas, ni con la misma intensidad, ha sido siempre fuente de preocupación de la Comunidad Internacional y, en consecuencia, uno de los temas perennemente presentes en la agenda política y jurídica internacional.

Sin embargo, puede decirse que solo es en tiempos recientes cuando se plantea sin ambages y en toda su intensidad toda la problemática que rodea al terrorismo, aunque sin haberse logrado todavía un consenso internacional suficiente para establecer una definición universal de terrorismo ni, en gran medida por esta razón, un Convenio global y universal único sobre terrorismo, existiendo, por el contrario, como veremos, diversos Convenios sectoriales acompañados de otras normas de derecho internacional que pretenden establecer en lo posible un sistema universal de cooperación en la lucha contra el terrorismo.

1.2. Importancia de la definición de terrorismo. Hechos y delitos con la consideración de terroristas

Históricamente, el mayor obstáculo para la cooperación internacional en materia de terrorismo ha sido la consideración de hechos, que sin duda hoy entendemos como terroristas, como delitos políticos o actuaciones de carácter político o legitimados por fines de este tipo. En el ámbito internacional no existía consenso mínimo en cuanto a su punición y tratamiento jurídico penal. Mayoritariamente eran considerados como una cuestión meramente interna de cada uno de los Estados y, como tales, no admitían ser perseguidos más allá de las fronteras internas de ellos. Al no ser reconocidos como delitos por parte del resto de los Estados no eran como tales susceptibles de extradición. Por el contrario, sus autores se beneficiaban frecuentemente de protección y asilo por razones políticas.

La cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo se inicia y corre en paralelo con el proceso de despolitización del terrorismo, es decir, de los intentos de separación o deslinde de éstos de los delitos políticos.

Una de las primeras normas que introdujo esta nueva perspectiva en el ámbito interno de un Estado fue la Ley francesa de 22 de marzo de 1856, que rescató de la consideración de delito político el atentado contra los Jefes de Estado extranjeros y sus familias, lo que resultaba obvio por el carácter netamente internacional de los sujetos pasivos del delito. Mayores dificultades representó el extender este carácter internacional a otros hechos en los que no se produjeran estas claras conexiones internacionales por razón de los sujetos.

Resulta lógico que las primeras consideraciones sobre el terrorismo en Derecho Internacional estén estrechamente ligadas al Derecho Internacional Humanitario. Especialmente a la calificación del comportamiento de los ejércitos enemigos contra la población civil en conflictos armados internacionales, como actos terroristas. En este sentido, la palabra terrorismo se empleó por primera vez al finalizar la Primera Guerra Mundial, cuando la Comisión de Juristas que se constituyó para establecer las violaciones del derecho de guerra cometidos durante este conflicto consideró que había habido “terrorismo sistemático”¹.

¹ Fernández Sánchez, Pablo Antonio.- La obligación internacional de cooperar en la lucha contra el terrorismo. Ministerio de Justicia. Madrid. 1992, pág. 19.

1.3. El Convenio de la Sociedad de Naciones para la Prevención y Castigo del Terrorismo²

El primer gran paso para el castigo universal del terrorismo lo dio la Sociedad de Naciones en 1934, con la preparación del proyecto de Convenio para la Prevención y Castigo del Terrorismo, que fue finalmente aprobado en 1937³, aunque nunca llegó a entrar en vigor.

Desde un inicio, la Comisión de Expertos de la Sociedad de Naciones encargada de elaborar un proyecto comprobó que el gran obstáculo era encontrar una definición internacionalmente consensuada de terrorismo. El Relator especial propuso un método deductivo, tratando de establecer una vía intermedia entre una definición general de terrorismo, lo que aparecía como imposible, y la mera enumeración de actos concretos considerados como terroristas. Se limitó a describir unas características generales de los actos terroristas, los que, lejos de manifestarse de una forma única e invariable, contrariamente, se exteriorizan como una serie de actos de barbarie odiosa o de vandalismo, una de cuyas características es que tienden a atemorizar y a deprimir a una colectividad, paralizando sus fuerzas de reacción y suprimiendo o atacando a los dirigentes de estas colectividades.

La solución finalmente elegida fue a su vez mixta, combinando un intento de definición general contenida en el artículo 1.2, con una enumeración limitada de actos terroristas en su articulado. La definición general de terrorismo era del tenor siguiente: *“Todos los actos criminales dirigidos contra un Estado y dirigidos o calculados a crear un estado de terror en la mente de una persona, de un grupo o del público en general”*. Esta definición, que todavía hoy sigue siendo de interés, fue criticada en su momento por su carácter tautológico –terrorismo es lo causa terror entre las personas- (SOTTILE) y por ser, a la vez, demasiado amplia y demasiado estricta, en el sentido de que la capacidad de causar terror es en realidad común a la mayoría de los actos cri-

2 La causa inmediata de este Convenio fue el asesinato en Marsella el 9 de octubre de 1934 del Rey Alejandro I de Yugoslavia y el Ministro de Asuntos exteriores de Francia Louis Barthou. Como consecuencia de este episodio histórico Francia tomó la iniciativa de elaborar una Convención Internacional de Terrorismo y también de un Tribunal Internacional para juzgar a los individuos procesados por los crímenes previstos. En Fernández Sánchez, Pablo Antonio, obra citada.

3 Firmado por solo por 24 países, entre los que se encontraba España, y ratificado únicamente por India el 1 de enero de 1941.

minales, independientemente de su finalidad, y porque se refería únicamente a los Estados, cuando se reconocía la susceptibilidad de ser objetivo terrorista de otros sujetos e instituciones no Estados o incluso no estatales (DONNE-DIEU DE VABRES).

1.4. Normas convencionales de Derecho Internacional Humanitario

El segundo gran hito de proscripción del terrorismo desde el punto de vista de las convenciones internacionales, según ha sido comúnmente puesto de manifiesto por la doctrina, lo constituyen las relativas al Derecho Internacional Humanitario. Terrorismo y crímenes de guerra, aunque en principio se desenvuelven en contextos diferentes, es decir, en situaciones de guerra o de paz respectivamente, siempre han tenido una gran relación conceptual.

La IV Convención de Ginebra relativa a la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra, en su artículo 33, referido a “Responsabilidad individual, castigos colectivos, pillaje, represalias”, establece la prohibición expresa del terrorismo. El texto⁴ es verdaderamente muy escueto. La prohibición se refiere exclusivamente a terrorismo contra civiles protegidos, dejando la duda sobre la legitimidad del terrorismo o si cabe considerar en algún caso como terrorismo a acciones llevadas contra militares combatientes. Por otra parte, la aplicación del convenio es solo referible a conflictos armados internacionales, aunque normas semejantes existen en relación con conflictos armados que no tienen este carácter⁵⁶.

4 El texto establece que: “No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo...”.

5 Ver Artículos 51-párrafo 2º del Protocolo Adicional I referido a la protección de las víctimas en conflictos armados internacionales y Artículos 4-2ºd y 13-2º del Protocolo Adicional II referido a la protección de las víctimas en conflictos armados sin carácter internacional. Es ultimo prohíbe expresamente los “actos de terrorismo” o cuya finalidad principal sea la de “aterrorizar” a la población civil.

6 El tema suscita situaciones y cobra dimensiones muy difíciles de abordar y resolver jurídicamente. Las posibilidades imaginables son muchas: conflictos armados internacionales y no internacionales, mixtos, en los que surge una insurgencia contra el ejército invasor y a la vez una división interna; ejércitos combatientes en misiones de paz, en misiones con la aprobación y beneplácito de UN en misiones de intervención humanitaria, guerrilla y modalidades de guerra asimétrica, etc.

1.5. Convenios internacionales universales sectoriales sobre terrorismo

La proliferación de manifestaciones de corte terrorista en el último cuarto del Siglo XX hizo resurgir la necesidad de planteamientos primero internacionales, y luego globales, contra el terrorismo.

Superada la confusión de los primeros momentos, y constatada la inviabilidad de entrada en vigor del Convenio de la Sociedad de Naciones para la Prevención y Castigo del Terrorismo, los sucesos en la década de los 60 referidos a actividades en aquel momento emergentes y especialmente vulnerables, como la navegación aérea, determinaron, desde 1963, la adopción de una serie de Convenios de carácter sectorial, pero con vocación de universalidad. Los primeros de ellos fueron precisamente para la protección de la aviación civil.

Esta nueva vía de internacionalización del tratamiento jurídico contra el terrorismo era ciertamente mucho menos ambiciosa que la anteriormente emprendida, pero si mucho más práctica y respondía a las necesidades derivadas de los avances tecnológicos y de las nuevas actividades económicas, especialmente los medios de transporte aéreos y marítimos.

Característica común de estos instrumentos, a diferencia del Convenio de la Sociedad de Naciones, ha sido su amplia sino general ratificación, con lo que inaugura una nueva época.

Junto con otros que se estudiarán después, conforman el cuerpo de instrumentos de carácter convencional a través de los que, en el marco de la ONU y sus organismos especializados, así como el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), con el que la comunidad internacional se ha auto dotado para perseguir eficazmente, pero también para prevenir, la comisión de actos terroristas, sin que se haya llegado por el momento a la adopción de un convenio universal único sobre terrorismo.

Hasta ahora se han elaborado 16 (13+3) instrumentos de esta clase, que abarcan: convenios, protocolos y modificaciones adicionales.

Los últimos, en el año 2005, en que se introdujeron cambios sustantivos en tres de estos instrumentos universales para que se tuviera específicamente en cuenta la amenaza del terrorismo. El 8 de julio de aquel año, los Estados aprobaron las Enmiendas a la Convención sobre la protección física de material nuclear, y el 14 de octubre aprobaron el Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marí-

tima y el Protocolo de 2005 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

Actualmente, a través de la Comisión Jurídica (sexta comisión), los Estados miembros están negociando un decimocuarto tratado internacional. Se trata de un ambicioso proyecto de convenio general y universal sobre el terrorismo internacional que, más que sustituir, complementaría el marco actual de instrumentos internacionales de la lucha contra el terrorismo. Se basaría en los principios rectores fundamentales en realidad ya presentes en los recientes convenios sectoriales contra el terrorismo: la generalización de la incriminación de los crímenes terroristas, la previsión legal de estos crímenes, la exigencia de su enjuiciamiento o extradición de sus perpetradores; la eliminación de la legislación que establece excepciones a su punición por motivos políticos, filosóficos, ideológicos, raciales, étnicos, religiosos o de índole parecida; el intenso llamamiento a los Estados Miembros para que adopten medidas de prevención de los actos terroristas y hagan hincapié en la necesidad de que los Estados Miembros cooperen, intercambien información y se presten mutuamente la mayor asistencia posible en lo relativo a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de los actos terroristas.

En la Estrategia Mundial de la ONU contra el Terrorismo, aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2006, los Estados Miembros subrayaron la importancia de todos los instrumentos internacionales vigentes contra el terrorismo, comprometiéndose todos ellos a considerar la posibilidad de ser partes en ellos cuanto antes y de aplicar inmediatamente sus disposiciones.

1.6. Otros instrumentos de la ONU en la lucha contra el terrorismo: Resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad dentro del Capítulo VII de la Carta de San Francisco

1.6.1. Acciones de la Asamblea General en la lucha contra el terrorismo

La Asamblea General se ha estado ocupando del problema internacional del terrorismo desde la década de los 70. Inicialmente, en los decenios de 1970 y 1980 se abordó el problema mediante diversos convenios y resoluciones. Durante ese período, la Asamblea General aprobó dos importantes convenios relativos a la lucha contra el terrorismo: la Convención sobre la Prevención y

el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas en 1973 y la Convención Internacional contra la toma de rehenes en 1979.

Tampoco deben perderse de vista las innegables aportaciones que en esta época inicial hicieron varias de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU. Resulta cierto que estas Resoluciones de la Asamblea General no tienen carácter obligatorio. Sin embargo la doctrina internacionalista ha dado a las Resoluciones y Declaraciones de este Órgano un singular valor, colocándolas a medio camino entre los Tratados Internacionales y la costumbre internacional (CARRILLO SALCEDO). Especial valor se viene a reconocer a las Resoluciones adoptadas por consenso, ya que vienen a representar la conciencia jurídica de la humanidad, que ha generado una práctica reiteradas de los Estados y que las ha convertido en normas jurídicas⁷.

De esta época, singular importancia tuvieron: la Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, imponiendo un deber de abstenerse a todos los Estados de organizar, instigar ayudar o participar en actos de guerra civil o de terrorismo o permitir en su Estado la comisión de actos de este tipo. Este mismo planteamiento es reiterado en otras resoluciones (por ejemplo, la Resolución 2734 (XXV) de 16 de diciembre de 1970). Especial mención merece la Resolución 3034 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972, tras el atentado producido con ocasión de los Juegos Olímpicos de Munich, al ser la primera vez que la ONU estudia *ex professo* la cuestión del terrorismo internacional. Ya en aquel momento se patentizaron las profundas discrepancias existentes entre bloques de países (con diferentes ideologías, sistemas jurídicos, sistemas políticos, económicos, etc.) en aspectos absolutamente básicos, a la hora de abordar estos temas. Incluso el desacuerdo llegó a la propia denominación del fenómeno como terrorismo internacional⁸, situación que de una u otra

7 Fernández Sánchez, PA, obra citada, pág. 57.

8 Merece la pena destacar la significativa discrepancia que se produjo incluso con respecto al título de la resolución, que no se limitó a referirse a Terrorismo Internacional, sino que contiene un auténtico “programa” de actuación, pasando a ser el de: *“Medidas para prevenir el terrorismo internacional que ponga en peligro o amenace vidas inocentes o comprometan las libertades fundamentales y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y actos de violencia que tienen su origen en la miseria, frustraciones, injusticias, y desesperanza y que impulsen a ciertas personas a sacrificar sus vidas, incluida la propia, en un intento de efectuar cambios radicales”*. En la resolución se viene a reafirmar el *“derecho inalienable a la autodeterminación y a la independencia”* y la *legitimidad* de la lucha *“de los pueblos sometidos a regímenes coloniales y racistas y otras formas de dominación extranjera”*.

manera, en esencia, se mantiene hasta nuestros días, no obstante los grandes avances y acercamientos de posiciones que han tenido los Estados, especialmente después del 11 de septiembre de 2001. En esta Resolución se crea un Comité especial sobre terrorismo internacional.

En diciembre de 1994⁹, la Asamblea volvió a centrar una vez más su atención en la cuestión del terrorismo mediante una Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. En una Declaración complementaria se establecía un Comité Especial de Medidas para Eliminar el Terrorismo en 1996. Desde que se aprobó esta Declaración, la Asamblea se ha estado ocupando sistemáticamente del problema del terrorismo.

En los últimos años, en el marco del Comité *ad hoc* sobre terrorismo de la Asamblea, así como en el Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión se han logrado notables adelantos en la elaboración de instrumentos internacionales. Desde 1997 (Resolución 51/210 de 17 de diciembre de 1996¹⁰), los Estados Miembros han completado los trabajos relacionados con tres instrumentos concretos contra el terrorismo, que abarcan tipos específicos de actividades terroristas: el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear de 2005.

Actualmente, tal como hemos indicado, por los Estados Miembros se está negociando un proyecto de convenio general contra el terrorismo internacional, que vendría a complementar el marco actual constituido por los instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo.

Tras los atentados del 11-S, 11-M y del sudeste asiático, en la Cumbre de septiembre de 2005, representantes de todos los Estados expresaron inequívocamente su condena al terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, independientemente de quién lo cometa, en dónde y con qué propósitos. Basándose en esta plataforma histórica, en la Cumbre se pidió también a los Estados Miembros que prosiguieran su labor por medio de la Asamblea General y aprobaran una estrategia contra el terrorismo, basada en las recomendacio-

9 Resolución 49/60 de 9 de diciembre de 1994 por la que se adopta la Declaración de Medidas para eliminar el Terrorismo Internacional. Posterior Resolución 50/53 de 11 de diciembre de 1995.

10 Resolución 51/210 de 17 de diciembre de 1996 por la que se complementa la Declaración de Medidas para eliminar el Terrorismo Internacional aprobado como anexo a la Resolución 49/60 de 9 de diciembre de 1994.

nes del Secretario General, que promoviera respuestas amplias, coordinadas y coherentes contra el terrorismo a nivel nacional, regional e internacional.

El 2 de mayo de 2006, siguiendo esas recomendaciones, el Secretario General Kofi Annan presentó en un informe a la Asamblea General una serie detallada de recomendaciones. Esas recomendaciones constituyeron la base fundamental de una serie de consultas con los Estados Miembros que concluyeron en la aprobación de una Estrategia mundial contra el terrorismo para las Naciones Unidas, adoptada el 8 de septiembre de 2006. La estrategia tiene forma de Resolución (A/RES/60/288) con un plan de acción anexo y pretende ser un instrumento único para mejorar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales contraterroristas. Su valor estriba en que por primera vez todos los miembros de ONU han llegado al acuerdo en una estrategia y en una aproximación operativa en la lucha contra el terrorismo. Con esta estrategia, la Asamblea General pretende reafirmar y extender su papel en la lucha contra el terrorismo. En la estrategia se pide también a la Asamblea que supervise la aplicación y examine y actualice la estrategia.

1.6.2. Acciones del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo. Triple vía de acción con diversidad de Comités¹¹

Como órgano ejecutivo de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad se ha venido ocupando de una manera expresa de los temas de terrorismo, ya desde principios de los años 90. En una época inicial sus acciones consistieron en sanciones contra determinados Estados a los que se consideraba vinculados con actos terroristas: la Jamahiriya Árabe Libia (1992); Sudán (1996) y los talibanes (1999 - ampliadas para incluir a Al-Qaida en 2000 en la resolución 1333). En Resolución 1269 (1999), el Consejo de Seguridad hizo un llamamiento general para la cooperación entre Estados para la prevención y el castigo de todo acto terrorista. Por Resolución 1267 (15 de octubre de 1999)¹², el Consejo de Seguridad crea el Comité 1267, integrado por los 15 miembros

11 Cano Linares, M^a Ángeles.- La labor del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo: Tres vías de actuación y la necesidad de coordinación de los diferentes Comités implicados. En "Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales". Dirigido por Antonio Cuerda Riezu y Francisco Jiménez García. Madrid.2009, pag 123 y ss.

12 Como consecuencia de los atentados de 7 de agosto de 1998 contra las embajadas de Estados Unidos en Nairobi (Kenia) y Dar es Salaam (Tanzania) atribuidos a Bin Laden y Al-Qaeda.

del Consejo, encargado de supervisar la aplicación de las sanciones contra los talibanes en Afganistán por su apoyo a Osama Bin Laden. Las sanciones inicialmente establecidas fueron modificadas en subsiguientes resoluciones, extendiéndose a Al-Qaida en diciembre de 2000 (Resolución 1333) y a partir de 2002 (Resolución 1390) no se reducen sólo a Afganistán. Las sanciones se refieren tanto a personas como a grupos y entidades asociadas con Al-Qaida y los talibanes designados en una “Lista Consolidada” mantenida por el Comité 1267.

Las sanciones requieren de todos los Estados la congelación de los fondos vinculados con los individuos y entidades incluidos en la Lista, la prevención de la entrada o tránsito por sus territorios, como el suministro, venta o entrega de armas o equipamiento militar.

El Secretario General de la ONU, a petición del Consejo de Seguridad, nombró un Equipo expertos en lucha contra el terrorismo y cuestiones jurídicas conexas (embargos de armas, contraterrorismo, financiación del terrorismo, etc.) para prestar asistencia al Comité, encargándose de llevar a cabo el análisis y vigilancia de las sanciones impuestas.

Por Resolución 1617 (2005) el Consejo de Seguridad extendió el mandato de este Comité, clarificando los actos y actividades de los individuos, grupos y entidades que debían ser calificados como asociados con Al-Qaida, Osama Bin Laden o Talibanes.

Los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra los Estados Unidos determinaron una intensificación de la labor del Consejo de Seguridad. La primera fue la Resolución 1368 y posteriormente la 1373 (28 de septiembre de 2001) dictada esta última dentro del capítulo VII de la Carta de San Francisco¹³, por la que se aprueban medidas legales, institucionales y prácticas de carácter obligatorio para todos los Estados¹⁴. Esta resolución obliga a los Estados miembros a adoptar algunas importantes medidas para prevenir las actividades terroristas y criminalizar diversas formas de acciones terroristas, así como medidas que asistan y promuevan la cooperación entre los países, incluso la adhesión a los instrumentos internacionales contra el

13 El Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas se refiere a “Acción en caso de Amenazas a la Paz, Quebrantamiento de la Paz o Actos de Agresión” y faculta al CS a adoptar medidas para el mantenimiento de la Paz y la Seguridad, de carácter obligatorio para los Estados, a cuya implementación deberán de contribuir éstos, además de prestarse ayuda mutua para su ejecución.

14 Art 25 de la Carta establece la obligatoriedad para los Estados (los Estados se comprometen a aceptar y cumplir) de las decisiones del CS.

terrorismo. Se crea igualmente un Comité contra el Terrorismo (CCT), compuesto asimismo de todos los miembros del Consejo de Seguridad. Los Estados Miembros están obligados a informar periódicamente al Comité contra el Terrorismo sobre las medidas que han adoptado para aplicar la Resolución 1373.

Para apoyar la labor de este Comité, por Resolución 1535 (2004) el Consejo aprobó el establecimiento de una Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (Counter-Terrorism Committee Executive –CTED-), encargada de vigilar la aplicación de la resolución 1373 y de facilitar la prestación de asistencia técnica a los Estados miembros.

Por Resolución 1540 (28 de abril de 2004), el Consejo creó un nuevo órgano contra el terrorismo: el Comité establecido en virtud de la resolución 1540 (el Comité 1540), integrado también por todos los miembros del Consejo, al que encargó la tarea de vigilar el cumplimiento de la resolución 1540 por parte de todos los Estados Miembros, en la que se exhorta a los Estados a que eviten el acceso de “agentes no estatales” (entre los que están los grupos terroristas) a armas nucleares, químicas o biológicas de destrucción masiva.

El mandato del Comité 1540 fue extendido y sus fines actualizados por el Consejo de Seguridad por resoluciones 1673 (2006), 1810 (2008) 1977 (2011), esta última vez, significativamente, por 10 años (hasta 25 de abril de 2021).

Por Resolución 1566 (2004) pidió a los Estados Miembros que adoptaran medidas contra grupos y organizaciones implicados en actividades terroristas que no fuesen de las que se ocupaban el Comité 1267. Se creó otro grupo de trabajo integrado por todos los miembros del Consejo encargado de recomendar medidas legislativas, instituciones y prácticas contra esas personas y grupos y de analizar la posibilidad de establecer un fondo de indemnización para las víctimas del terrorismo que se nutriría de donaciones y de los fondos incautados a las organizaciones terroristas.

Por Resolución 1624 (14 de septiembre de 2005), actuando paralelamente a la Cumbre Mundial, el Consejo de Seguridad, tras la celebración de una reunión de alto nivel, aprobó la condena de todo acto de terrorismo independientemente de su motivación, así como la incitación a su comisión (incitement), repudiando cualquier intento de justificación o glorificación (apología) que pueda incitar ulteriores actos terroristas, llamando a todos los Estados a adoptar las medidas que necesarias para prohibir actos de incitación a la comisión de actos terroristas (apología) y a la prevención de tales conductas. Está en línea con la Convención del CE [STCEn° 196] sobre pre-

vención del terrorismo de 2005 que establece la necesidad de criminalizar la provocación pública a cometer delitos terroristas (art 5.2) que constituye una amalgama entre la apología y la inducción al terrorismo.¹⁵

Atendiendo a las críticas¹⁶ de falta de garantías básicas en los procedimientos de inclusión en la listas, el Consejo de Seguridad adoptó la Resolución 1904 de 17.12.2009, en la que se introduce la figura del Ombudsperson designado por el Secretario G. de UN en consulta con el Comité de Sanciones de UN (Comité 1267) para resolver sobre las demandas de “*deslisting*” en atención a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de UN¹⁷ y de la Corte Europea de Justicia respecto de la falta de garantías en el contexto del “*terrorism listing*” y la congelación de patrimonios previstos en la referida RCSNU 1267 (1999). No obstante, la jurisprudencia del tribunal de justicia de UE (*Kadi v. Comisión*¹⁸) ha establecido que la oficina del Ombudsperson no es equivalente a un auténtico procedimiento judicial contradictorio.

Sanciones y congelación de activos (assets-freezing)

Tanto el Convenio sobre financiación del terrorismo (1999) como las RCSNU 1267 (1999), 1373 (2001), (posteriormente modificadas por las, 1526 (2004), 1566 (2004), 1617 (2005), 1730 (2006), 1822 (2008), 1904 (2009)) establecen la obligación de cooperar por parte de todos los Estados en la prevención de la financiación del terrorismo. Se establecen varias clases de procedimientos. El previsto en las Resoluciones 1267 (1999) y 1390 (2002) es diferente al de la 1373 (2001) y siguientes. La Resolución 1267 estableció un Consejo de

15 Ben Saul, *Speaking of Terror: Criminalising Incitement to Violence*. University of Sidney, Sidney Law School, Legal Studies Research Paper, N° 08/112, October 2008, pag. 2, plantea los problemas de compatibilidad de estos instrumentos con el derecho a la libertad de expresión. Los Estados deben justificar la legalidad (internacional), necesidad y proporcionalidad de sus políticas antiterroristas.

16 http://www.ecchr.de/index.php/terror_lists.html

17 Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Bélgica CDHNU 1472/2006, CCPR/C/94/D/1472/2006, views, 22 October 2008. El Comité encontró violación respecto del derecho a la libertad de circulación e interferencia en el Derecho a la vida privada y familiar, pero tenían un recurso en el derecho interno belga que debían haber utilizado.

18 *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, 3 septembrer 2008, casos C-402/05P y C-415/05P. Resoluciones de 3.09.2008. Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran v. Council (2006) ECR II-4665, T-256/07 23, October 2008.

Seguridad Al-Qaeda y un Comité de Sanciones a los Talibanes y requiere a los Estados miembros a congelar los activos patrimoniales y establecer restricciones para viajar y el embargo de armas a entidades o individuos designados por el Comité por haber participado, financiado o sostenido actos terroristas. No se establece ningún derecho a recurrir las resoluciones del Comité.

El procedimiento previsto de la Resolución 1373 establece una amplia obligación por parte de los Estados para prevenir la financiación del terrorismo, sin necesidad de establecer ninguna lista de entidades o personas por parte del Comité de Sanciones a Al-Qaeda y a los Talibanes para la adopción de medidas de congelación de patrimonios.

Cabe decir que no caben recursos contra las resoluciones, sin que estos Comités tengan ningún carácter ni control judicial de sus decisiones.

Las Resoluciones 1730 (2006) establecen un procedimiento de “deslisting” y la 1904 (17.12.2009), como consecuencia de los procedimientos instaurados ante el TJUE y CDHNU por sujetos sometidos a congelación de bienes, no obstante el Ombudsperson designado por el Secretario G. de UN en consulta con el Comité de Sanciones de UN para resolver sobre las demandas de “deslisting”, adolece según se ha puesto de manifiesto de un procedimiento judicial y contradictorio¹⁹.

1.7. Particular estudio de los Convenios internacionales universales sectoriales sobre terrorismo

1.7.1. Notas comunes a los 16 (13+3) Convenios

1.7.1.1. Código de crímenes terroristas

Estos Tratados contienen en su regulación hasta una cincuentena de delitos o conductas delictivas (*offences*), incluidas 10 referidas a la aviación civil, 16 referidas a la navegación marítima o plataformas continentales, una docena de crímenes contra las personas, 7 de crímenes referidos al uso, posesión o amenaza de uso de bombas o material nuclear y dos crímenes de financiación del terrorismo.

Por ello existe una general tendencia de considerar que entrañan una suerte de código construido progresivamente en el tiempo de crímenes terroristas y como tal susceptible de servir de “texto de referencia” para la confección de otros tratados. Así ocurre, por ejemplo, en la lista anexa que

¹⁹ Ver nota anterior.

se contiene en el Convenio de Financiación de Terrorismo. Las obligaciones establecidas en este tratado se refieren a las actividades definidas en los tratados listados en la lista anexa y obliga a todos los Estados, independiente de que hayan ratificado dichos tratados. No obstante, se permite a los Estados que no sean parte de dichos tratados realizar reservas limitando la amplitud de las obligaciones de la convención de 1999.

Se trata de una técnica ya utilizada en la elaboración de otros tratados. En el Segundo Tratado sobre terrorismo de 2002 la Organización de Estados Americanos²⁰ se utiliza la misma técnica, estableciendo obligaciones directamente en relación con los crímenes definidos en los tratados de la ONU.

Igualmente, la Convención europea de 1977 de Supresión del Terrorismo, modificada por el protocolo de 2003²¹, adopta similar aproximación: “obligaciones concernientes a actos de terrorismo según se define en los tratados internacionales”.

La resolución 1566 del Consejo de Seguridad de la ONU de 2004 en su párrafo 3º soporta la misma idea de que los hechos contenidos en los tratados de la ONU constituyen una suerte de “código de crímenes terroristas”.

1.7.1.2. Obligaciones generales establecidas en los tratados de la ONU contra el terrorismo

- La principal es la de incorporar los crímenes definidos en los diferentes tratados en los sistemas penales nacionales de tal manera que sirvan de base para sentencias penales que reflejen la gravedad de las conductas en ellos contempladas.

- También confiere una suerte de “jurisdicción universal” sobre estos delitos.

Se trata de una jurisdicción universal en todo caso distinta a la que se establece en los crímenes contra la humanidad (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra)²². Representa, en realidad, la posibilidad de persecución en

²⁰ *Convención Interamericana contra el Terrorismo* adoptada en Bidgetown (Barbados) el 3 de junio de 2002 y que entró en vigor el 10 de julio de 2003.

²¹ *Protocolo de enmienda Convenio europeo para la represión del terrorismo* [STE n° 190]. Puesto a la firma en Estrasburgo el 9.10.2003.

²² *No existe suficiente razón ni en derecho Internacional convencional ni en derecho internacional consuetudinario para afirmar la jurisdicción Universal en los delitos de terrorismo. Los Convenios de NNU refieren el principio aut dedere aut iudicare mas que el de jurisdicción universal. No obstante la expansión del Convenio sobre supresión de ataques con bombas de 1997, no existe suficiente fundamento para extraer el principio de jurisdicción universal de sus en su art 6.1 y 6. 2.* En: Stubbing Bates, Elisabeth and

el ámbito interno cuando no proceda la extradición. En todo caso no se dará el principio de concurrencia de jurisdicciones, sino la posibilidad de ejercer eventual jurisdicción en relación con personas que se encuentra a disposición de una determinada jurisdicción.

Establecen en sus regulaciones formas amplias de atribución de jurisdicción, bien sea por razón de territorio, personalidad activa del autor o pasiva de las víctimas o interés económicos o de otro tipo.

- Obligación de extraditar o de perseguir (principio *aut dedere aut judicare*).

Esta obligación extraditar o, en caso contrario, de perseguir, constituye una de las piedras angulares de la cooperación establecida en estos Tratados, que pretenden evitar lugares de impunidad para el terrorismo, estableciendo mecanismos jurídicos con esta finalidad. El propio tratado establece la definición de los delitos y sirve de base jurídica para la extradición, transferencia, entrega y en general la cooperación jurídica internacional, sin perjuicio de la existencia de tratados específicos en materia de extradición o cooperación.

Esta obligación de extraditar o de perseguir está, lógicamente, en directa conexión con la amplitud de medios y de criterios de atribución de competencia o incluso de la suerte de “jurisdicción universal” que vienen a establecer.

- No consideración estos delitos como delitos políticos.

- Establecen formas de cooperación internacional. Pueden distinguirse dos modalidades netamente diferentes: cooperación para prevenir y cooperación para perseguir delitos.

- Establecen igualmente cláusulas de protección y respeto de los derechos humanos. A través de tres vías o técnicas diferentes:

- Mediante previsiones generales con la mención de que el carácter obligatorio de los Tratados será sin perjuicio de otras obligaciones internacionales establecidas en otros Tratados, en este caso de protección de Derechos Humanos.

- Estableciendo derechos para las personas acusadas, en concreto, al debido proceso. Algunos tratados establecen complementariamente el derecho recibir visitas de representante consular de su nacionalidad.

- Estableciendo previsiones relativas a la extradición, la transmisión de personas, entrega de persona ya sean ordinarias o extraordinarias y singularmente la cláusula de salvaguarda del derecho de asilo (las previsio-

others.- Terrorism and International Law. Accountability, Remedies and Reform. A report of the IBA Task Force on Terrorism. Edited by IBA Task Force. 2011. Oxford University Press. Parraf. 4.22, pág. 175.

nes contenidas en los tratados no afectan al derecho de asilo), particularmente los más modernos y de *non-refoulement*.

1.7.2. Los 16 (13+3) Convenios:

- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (“Convenio de Tokio”)
- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (“Convenio de La Haya”)
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (“Convenio de Montreal”)
- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos
- Convención internacional contra la toma de rehenes (“Convención sobre toma de rehenes”)
- Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (“Convención sobre los materiales nucleares”)
- Enmiendas a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares. Firmado en Viena el 8 de junio de 2005. Sujeto a ratificación
- Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima
- Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima
- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental
- Protocolo de 2005 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental
- Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección
- Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas
- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo
- Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear

1.8. Convenios Internacionales regionales sobre terrorismo

Junto con Convenios internacionales universales sectoriales sobre terrorismo, han ido surgiendo en paralelo instrumentos jurídicos de carácter regional, tanto en el ámbito del Consejo de Europa y UE, que serán también objeto de particular estudio, como en otros ámbitos regionales.

1.8.1. Ámbito regional americano

Dentro del marco de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), la “*Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia Internacional*”, adoptado en Washington el 2 de febrero de 1971 y sobre todo la *Convención Interamericana contra el Terrorismo*, adoptada en Bridgetown (Barbados) el 3 de junio de 2002 y que entró en vigor el 10 de julio de 2003.

1.8.2. Ámbito regional africano

- La Conferencia africana ha patrocinado una *Declaración contra el terrorismo* en octubre de 2001.
- La Organización de la Conferencia Islámica adoptó en Ouagadougou el 1 de julio de 1999 la *Convención de la Organización de la Conferencia Islámica sobre la lucha contra el terrorismo Internacional*, en vigor desde noviembre de 2002 y en abril de 2002 la “*Declaración y plan de acción de Kuala Lumpur sobre terrorismo internacional*”.
- La Liga Árabe, por su parte, adoptó el 22 de abril de 1988 en El Cairo la *Convención Árabe de lucha contra el terrorismo*.

1.8.3. Ámbito regional europeo

Deben distinguirse, en la forma clásica, las acciones y el marco legal sobre terrorismo de la UE y el del Consejo de Europa. Ambos pretenden ser complementarios del universal de la ONU ya estudiado.

1.8.3.1. Marco legal de la UE en materia de lucha contra el terrorismo

La UE ha venido adoptando desde antiguo numerosas específicas medidas con impacto en materia terrorista, si bien en un principio de una manera fragmentaria y dentro de otras normas más amplias. El objetivo de hacer más

eficaz la lucha contra el terrorismo en toda la UE con específicos instrumentos ya fue abordado con motivo del Consejo Europeo de Tampere de 1999 y del Consejo Europeo de Santa María da Feira, en junio de 2000. Sin embargo, no ha sido hasta los ataques del 11 de septiembre de 2001, cuando la UE definitivamente ha intensificado la lucha contra el terrorismo. En esta óptica ha adoptado medidas complementarias de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, especialmente la 1373 en relación con la que adoptó una Decisión marco que invita a los Estados miembros a acercar a sus legislaciones, además de establecer normas mínimas sobre delitos terroristas. Después de haber delimitado estos delitos, el texto precisa las sanciones que los Estados miembros deben incorporar en su legislación nacional. En estos momentos se encuentra en trámite un proyecto de modificación de la decisión marco cuyo mayor interés estriba introducir la incitación a cometer o apología de los delitos terroristas.

1.8.3.1.1. Congelación de bienes: lista de personas y grupos terroristas

- Posición común 2001/931/ PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, relativa a la aplicación de medidas específicas con el fin de luchar contra el terrorismo.^{23 24 25}

23 Reglamento (CE) nº 2580/2001 del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo [Diario Oficial L 344 de 28.12. 2001]. Este Reglamento constituye una medida necesaria a escala comunitaria y complementaria de los procedimientos administrativos y judiciales relativos a las organizaciones terroristas en la Unión Europea y en terceros países. Se propone luchar contra toda forma de financiación de las actividades terroristas; con este fin, define el concepto de «fondos y otros haberes financieros» que deben congelarse, de «servicios bancarios y otros servicios financieros» y de «control de una persona jurídica». El acto prevé también excepciones con el fin de permitir la liberación de los bienes en algunos casos específicos. El artículo 2, apartado 3, de este Reglamento estipula que el Consejo redactará, revisará y modificará la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplica. En virtud de este artículo se han adoptado una serie de reglamentos y decisiones para actualizar la lista.

24 Decisión 2003/48/JAI del Consejo, de 19 diciembre 2002, relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo de acuerdo con el artículo 4 de la Posición común 2001/931/PESC [Diario Oficial L 16 de 22.1.2003].

25 El Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TUE) anuló por Sentencia de 12.12.2008 la decisión de la UE de congelar los fondos de la Organización Muyahidín del Pueblo de Irán (OMPI) en el marco de la lucha contra el terrorismo. Este bloqueo de fondos fue el resultado directo de su inclusión en la Lista negra, y se aplica únicamente a los grupos

Esta Posición común se propone poner en práctica medidas suplementarias en aplicación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de la ONU. En particular, establece una lista de personas, grupos y entidades implicados en actos de terrorismo a los cuales es necesario aplicar la medida de congelación preventiva de fondos y otros haberes financieros en el marco de la lucha contra la financiación del terrorismo.

Definición de «actos terroristas». En la Posición común se definen como actos intencionados que pueden dañar seriamente a un país u organización internacional intimidando a su población, imponiendo toda clase de dificultades, y desestabilizando o destruyendo sus estructuras fundamentales, constitucionales, sociales y económicas. En esta lista se incluyen los siguientes actos:

- Atentado contra la vida o la integridad física de una persona.
- Secuestro y toma de rehenes.
- Destrucción masiva de una instalación pública o privada, incluido el sistema informático.
- Captura de los medios de transporte colectivo (aeronaves o buques).
- Fabricación, posesión, adquisición, transporte y utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas o químicas
- Liberación en el aire de sustancias peligrosas, provocación de inundación, explosión o incendios.
- Perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental.
- Dirección de un grupo terrorista o participación en estas actividades, incluida la financiación o el suministro de medios logísticos.

La simple amenaza de cometer uno de estos delitos debe considerarse como un acto terrorista.

Definición de “grupo terrorista”. Se considera como tal una asociación estructurada de personas que actúan de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas, independientemente de su composición y el nivel de elaboración en su estructura.

- Lista de personas y entidades consideradas terroristas

En el anexo de la Posición común figura la lista que se ha elaborado sobre

extracomunitarios (no afecta a las organizaciones internas de la UE, como ETA, Batasuna o GRAPO, a las que no se aplica la congelación de bienes). La sentencia consideró que la decisión del Consejo no estaba motivada, vulneraba el derecho de defensa e infringía el derecho a la tutela judicial efectiva.

la base de las investigaciones realizadas por las autoridades judiciales o policiales de los Estados miembros. Esta lista puede completarse y ser revisada semestralmente para su actualización. En la lista se contienen los nombres de ETA, IRA (Ejército Republicano Irlandés), GRAPO, la rama terrorista de Hamas, la Yihad islámica palestina y otros grupos revolucionarios activistas, así como los nombres de las personas que forman parte de los mismos.

El nombre de Usamah bin Ladin y las personas y entidades asociadas a éste no han sido incluidos en esta lista, ya que figuran en la Posición común 2002/402/PESC del Consejo, de 27 de mayo de 2002, sobre medidas restrictivas contra Usamah bin Ladin, los miembros de la organización Al-Qaida y los talibanes, y otras personas, grupos, empresas y entidades asociados²⁶.

En la Posición Común de 17-5-2004 que actualiza el Anexo, se incluyen: AUC (por Decisión de 2-5-2002), FARC (por Decisión de 17-6-2002), ELN (por Decisión de 2-4-2004), organizaciones islámicas y organizaciones separatistas (terrorismos internos o locales).

Medidas que deben adoptar los Estados miembros y la UE: Congelación de los fondos y otros haberes financieros o recursos económicos de las personas y entidades incluidas en la lista. Mutua asistencia entre los Estados, a través de una cooperación policial y judicial adecuada, para combatir y prevenir los actos de terrorismo. Con el fin de investigar las personas y las entidades que figuran en la lista, podrán utilizar plenamente los poderes que les son conferidos por los actos de la UE y por todos los demás acuerdos bilaterales o internacionales.

- Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo

²⁶ Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 467/2001 del Consejo por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán [Diario Oficial L 139 de 29.5.2002]. Este Reglamento define los términos «fondos», «congelación de fondos», «recursos económicos» y «congelación de recursos económicos». El artículo 7 dispone que la Comisión podrá modificar o completar el Anexo I (lista de las personas físicas o jurídicas, grupos o entidades) sobre la base de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o del Comité de Sanciones.

Principios: La Decisión marco será aplicable a todo acto terrorista cometido de forma intencionada contra una organización internacional o un país.

Estos actos deberán ser cometidos con el fin de amenazar a la población y destruir o afectar seriamente a las estructuras políticas, económicas o sociales del país (asesinato, daños corporales, toma de rehenes, chantaje, fabricación de armas, atentados, amenaza de cometer tales actos, etc.) cometidos por uno o más individuos y contra uno o más países.

La Decisión marco define a un grupo terrorista como una asociación estructurada de más de dos personas que actúa de manera concertada. Además serán punibles la incitación, la ayuda, la complicidad y las tentativas para cometer un acto terrorista.

Con el fin de castigar los actos terroristas los Estados miembros deberán prever en su legislación nacional:

- sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasivas que pueden conllevar la extradición;
- las circunstancias agravantes y atenuantes (colaboración con las autoridades judiciales y policiales; identificación de pruebas y de otros participantes en los actos delictivos).

Además se aplicarán sanciones contra las personas jurídicas cuando se compruebe que la persona física tiene el poder de representación de la persona jurídica o la autoridad para efectuar un control de la misma.

Los Estados miembros se comprometen a adoptar medidas para:

- establecer su competencia en relación con los actos terroristas;
- establecer su competencia si se niegan a extraditar a sus propios nacionales;
- coordinar sus acciones y fijar las competencias con objeto de centralizar las gestiones cuando varios Estados miembros sean responsables.

Garantizarán asimismo una ayuda adecuada a la víctima del delito y a su familia (además de las medidas ya previstas en la Decisión marco JAI/220/2001).

- Decisión marco 2008/919/JAI de 28 de noviembre de 2008, que modifica la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI²⁷

La Comisión extiende el ámbito de la Decisión marco a tres nuevos delitos: la provocación (incitación pública), el reclutamiento a efectos de cometer actos terroristas y la formación o entrenamiento con fines terroristas.

²⁷ Diario Oficial de la Unión Europea, L330, de 9 de diciembre de 2008 (páginas 21 a 23).

Modifica sustancialmente los artículos 3 y 4 de la DM de 2002. El nuevo artículo 3 de la Decisión marco reformada sigue rubricándose igual que su precedente, como “Delitos ligados a actividades terroristas”, si bien adquiere un contenido sustancial propio y mucho más desarrollado que el anterior. Queda como sigue:

1. A efectos de la presente Decisión Marco, se entenderá por:

a) “Provocación a la comisión de un delito de terrorismo”: la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos;

b) “captación de terroristas”: la petición a otra persona de que cometa cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), o en el artículo 2, apartado 2;

c) “adiestramiento de terroristas”: impartir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos, con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), a sabiendas de que las enseñanzas impartidas se utilizarán para dichos fines.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que entre los delitos ligados a actividades terroristas se incluyan los siguientes actos dolosos:

d) provocación a la comisión de un delito de terrorismo;

e) captación de terroristas;

f) adiestramiento de terroristas;

g) hurto o robo con agravantes cometido con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1;

h) chantaje con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1;

i) libramiento de documentos administrativos falsos con el fin de cometer cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), y en el artículo 2, apartado 2, letra b).

1. Para que un acto contemplado en el apartado 2 sea punible no será necesaria la comisión efectiva de un delito de terrorismo.

Los plazos para su transposición a la legislación nacional es el de 9 de diciembre de 2010.

- Marco legal del Consejo de Europa (CE): Instrumentos: Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo [STCEn° 196]

El combate contra el terrorismo ha sido también uno de los campos de actuación del Consejo de Europa a partir de 1970. Los esfuerzos de esta institución europea, en paralelo con la UE, y dentro del marco de acción de la ONU, se ha visto ostensiblemente incrementado a partir de 2001, llevando la iniciativa internacional en la elaboración de un Convenio con medidas especialmente dirigidas a la prevención del terrorismo, contemplando expresamente la incitación indirecta (apología) a la comisión de actos terroristas. Es importante señalar que los puntales sobre los que se asienta la actuación del CE en esta materia de lucha contra el terrorismo son: el fortalecimiento de la acción jurídica contra el terrorismo; la salvaguarda de los valores democráticos fundamentales; y el abordaje de las causas del terrorismo.

En su seno han sido creados dos comités de expertos intergubernamentales: El Grupo Multidisciplinar sobre Acción Internacional contra el Terrorismo (GMT) creado en 2001 y el Comité de Expertos en Terrorismo (CODEXTER), que reemplazó al primero en 2003 y continua trabajando y coordinando acciones en las aéreas prioritarias de esta materia. El CODEXTER ha promovido tanto la elaboración como la actual difusión, para su ratificación lo más amplia posible, del importante Convenio 196 para la Prevención de terrorismo.

Los más relevantes instrumentos del Consejo de Europa en relación con el terrorismo son los siguientes:

- Convenio europeo para la represión del terrorismo [n° 90]. Puesto a la firma en Estrasburgo el día 27 de enero de 1970, con entrada en vigor general el 4 de agosto de 1978²⁸.

- Protocolo de enmienda al Convenio europeo para la represión del terrorismo [STE n° 190], puesto a la firma en Estrasburgo el 9 de octubre de 2003. Para su entrada en vigor requiere la ratificación de todos los Estados que firmaron el Convenio original. España no lo ha ratificado por el momento.

Notas características:

- Primer tratado europeo terrorismo.

²⁸ Firmado por España el 27 de abril de 1978, ratificado el 20 de mayo de 1980 y vigente desde el 21 de agosto de 1980.

- Refuerza la cooperación internacional.
- Regula la extradición y asistencia judicial.
- Exclusión de la consideración política del terrorismo.
- Establece excepciones derivadas del necesario respeto de los derechos humanos.
- Gran aceptación y difusión.
- Puesta al día mediante el Protocolo.
- Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo [ST-CEn° 196], puesto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Entró en vigor el 1 de junio de 2007. Firmado por España el 16 de mayo de 2005, y ratificado el 27 de febrero de 2009, con entrada en vigor el 1 de junio de 2009.

Merece destacarse de este Convenio que pretende trascender del establecimiento de mecanismos tendentes a la mera sanción del terrorismo como medio de prevención y para ello presta atención sobre determinados temas, tales como la cooperación internacional en la prevención y no solo en la persecución del terrorismo. Dentro de la idea central de la prevención específica del terrorismo, introduce específicamente como conductas a perseguir la provocación pública para cometer actos terroristas, la recluta de terroristas, el entrenamiento o formación de terroristas, estableciendo la obligación de contemplarlas como delitos en los códigos penales de los Estados, la responsabilidad de las personas jurídicas o entidades legales por dichos hechos. También establece la obligación de adoptar por los Estados partes medidas para proteger a las víctimas por los atentados cometidos en su territorio. Establece reglas pormenorizadas de atribución de la jurisdicción sobre la base de los principios clásicos, pero permite además la jurisdicción sustentada en las normas internas de cada Estado (art. 14.4). Contempla la obligación general por parte de los Estados de investigar sobre esta clase de delitos. Normas de cooperación internacional, extradición, etc.

Notas características:

- Cambio paradigma: supresión a prevención
- Contempla nuevos tipos penales: apología, reclutamiento, formación o adiestramiento.
- Único convenio con específicas disposiciones sobre víctimas.
- En vigor desde 2007: 44 firmas y 19 ratificaciones.
- Gran Influencia en otros instrumentos: ONU (CS 1624), UE (DM de 2008), OSCE.

- Cooperación con el CTC/CTED.
- Convenio relativo al blanqueo, al descubrimiento, a la incautación y al decomiso de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo [STCE n° 198], puesto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Entró en vigor el 1 de mayo de 2008. Firmado por España el 16 de mayo de 2005, ratificado el 26 de marzo de 2010, con entrada en vigor para España el 1 de julio de 2010.

Notas características:

- Modernización del Convenio preexistente.
- Incorporación de las recomendaciones especiales del GAFI con carácter vinculante.
- Constituye un Convenio único del CE en la materia.
- En vigor desde 2008: 35 firmas y 22 ratificaciones.
- Mecanismo de seguimiento: MONEYVAL.
- Cooperación con el CTC/CTED.

Existen una pluralidad de otros Convenios del Consejo de Europa no específicamente sobre terrorismo, pero que tienen relación con el tema y una singular importancia. Entre ellos:

- Convenio Europeo de Extradición [STE n° 24] y Primer y Segundo Protocolos adicionales a este Convenio [STE n° 86 et STE n° 98];
- Convenio europeo de ayuda mutua judicial en materia penal [STE n° 30] y Primer y Segundo Protocolos adicionales a este Convenio [STE n° 99 y STE n° 182];
- Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos penales [STE n° 73];
- Convenio europeo relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas [STE n° 116];
- Convenio relativo al blanqueo, al descubrimiento, a la incautación y al decomiso de los productos del crimen STE n° 141];
- Convenio sobre la cibercriminalidad [STE n° 185] y Protocolo adicional relativo a la incriminación de actos de naturaleza racista xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos [STE n° 189].

También son importantes varias Resoluciones, Declaraciones y Recomendaciones del Comité de Ministros y Recomendaciones y Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria adoptadas sobre la materia y que representan el común, pero también singular, punto de vista del Consejo de Europa. Ha de

tenerse en cuenta las características del ámbito regional que abarca, obviamente diferente del mucho más amplio y condicionado de la ONU y también del muy reducido de la UE.

2. Instrumentos internacionales contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

2.1. Introducción. Organismos internacionales y actuaciones contra el blanqueo de capitales

Desde un inicio la ONU ha asumido un papel preponderante para promover la armonización de las medidas de lucha y el fortalecimiento de la cooperación internacional en la lucha contra el blanqueo de dinero como una pieza clave para la prevención y el combate de los delitos de tráfico de drogas y del terrorismo a nivel internacional, a través de sus fuentes de financiación.

La Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas o Convención de Viena de 1988, fue el primer instrumento internacional que abordó la problemática del producto del delito y prescribió que todos los Estados signatarios tipificaran el blanqueo de dinero como delito.

El dinero generado por el delito es rastreable y para su utilización y aprovechamiento ulterior requiere ser blanqueado, es decir, reintroducirlo en el tráfico dinerario. Por otra parte, la comisión de nuevos hechos delictivos organizados requiere de importantes cantidades de dinero, cuyo flujo y tráfico puede ser igualmente detectado, por lo que frecuentemente requiere de cauces clandestinos para su ocultación. Resulta, por tanto, imprescindible la creación de mecanismos de distinta clase que permitan combatir el blanqueo de dinero y el control de los flujos dinerarios que puedan servir de fuente de financiación de actividades delictivas organizadas especialmente graves, singularmente el terrorismo.

Organismos en el seno de la ONU como la Oficina contra la Droga y el Delito tienen por misión vigilar que no existan brechas o subterfugios en los mecanismos internacionales de fondos y asistir técnicamente a los Estados en sus políticas antiblanqueo e incluso en la promulgación de la legislación necesaria y de reglamentación de sus servicios financieros.

En la Declaración política aprobada en junio de 1998 por la Asamblea

General de la ONU en su período extraordinario de sesiones dedicado a la acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas ha reafirmado la vigencia de esa estrategia.

Diez años después de aprobada la Convención de Viena de 1988, la Asamblea General mejoró y actualizó ese instrumento al aprobar un plan de acción llamado “Medidas contra el blanqueo de dinero” para perfeccionar y fortalecer aún más la acción de la comunidad internacional contra la economía delictiva a nivel mundial.

En los últimos tiempos la preocupación por el control de los flujos económicos relacionados con los delitos no se ha circunscrito solo a los provenientes o relacionados con el tráfico de drogas. Se han ampliado a la delincuencia organizada internacional y especialmente con respecto al terrorismo, surgiendo, en paralelo a los instrumentos generales referidos al blanqueo de dinero otros más específicos referidos a la financiación del terrorismo, por considerar, no ya desde la perspectiva del control de los beneficios, sino de los flujos económicos que soportan y financian actividades terroristas, que su control por distintas vías puede ser un instrumento fundamental, junto con otros, para la prevención del terrorismo.

Por su especificidad y por su ensamblaje con el resto de los Convenios, tanto a nivel de la ONU como del Consejo de Europa y la UE, se ha considerado conveniente, por razones sistemáticas, el estudio y tratamiento de los Convenios que específicamente se refieren a financiación del terrorismo en los apartados correspondientes de Convenios referidos al terrorismo, dedicando los epígrafes siguientes a los Convenios e instrumentos universales y regionales referidos al blanqueo en general, por supuesto de aplicación a la materia terrorista.

2.2. Instrumentos internacionales contra el blanqueo de capitales

2.2.1. Ámbito universal

2.2.1.1. Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988

2.2.1.2. Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (“Convención de Palermo”)²⁹

29 Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 15 de noviembre de 2000.

2.2.1.3. Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

- Introducción

La creciente preocupación despertada por la amenaza del lavado de dinero a las instituciones financieras y en general al sistema bancario, y especialmente las grandes proporciones alcanzadas por el problema de la droga, llevaron a los líderes del G-7 a establecer el GAFI, en julio de 1989.

El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) es un organismo intergubernamental cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales con la finalidad de impedir que se utilicen en futuras actividades delictivas y lleguen a afectar a otras actividades económicas lícitas.

El GAFI está integrado por 31 países y dos organismos internacionales y se estructura, asimismo, en grupos regionales. Es un organismo multidisciplinario, que reúne a expertos encargados de adoptar medidas sobre cuestiones jurídicas, financieras y operativas.

No forma parte de ningún organismo internacional y cuenta con un presupuesto y una estructura muy reducida. Es el único organismo especializado y dedicado exclusivamente a la lucha contra el blanqueo de capitales que goza de gran consideración en los foros internacionales y sus informes y recomendaciones son tenidos en cuenta para legislar y arbitrar medidas contra el blanqueo de dinero.

Las conocidas y adoptadas mundialmente Cuarenta Recomendaciones fueron aprobadas por primera vez en 1990 y tras varias modificaciones, las últimas son del 20 de junio de 2003.

El GAFI es un organismo que no sólo tiene como misión establecer recomendaciones teóricas, sino también evaluar a los distintos países en relación con el grado de aplicación de principios y cánones internacionales sobre blanqueo de capitales en las respectivas legislaciones nacionales en esta materia³⁰.

- Las Cuarenta Recomendaciones

En abril de 1990, el GAFI emitió un informe con cuarenta recomendaciones tendentes a articular un sistema internacional de lucha contra el blanqueo de capitales. El Informe trata de profundizar y fomentar la aplicación

³⁰ El 23 de junio de 2006 se publicó el informe de evaluación del GAFI sobre España, dentro de la Tercera Ronda de Evaluaciones Mutuas, en la que se describen y analizan las medidas del sistema español en cuanto a prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

de la Convención de la ONU para la prevención y represión del blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico (Viena 1988).

Entre 1990 y 1995, el GAFI elaboró varias Notas Interpretativas de las Recomendaciones. En 1996 fueron revisadas.

Constituyen el marco básico de lucha contra el blanqueo de capitales y fueron concebidas para su aplicación universal. Abarcan el sistema jurídico penal y policial, el sistema financiero y su reglamentación, y la cooperación internacional. La aplicación de las Recomendaciones se supervisa a través de un doble enfoque: un ejercicio anual de autoevaluación y un proceso más detallado de evaluación mutua³¹.

El GAFI también realiza exámenes horizontales de las medidas adoptadas.

Las Recomendaciones, después de la revisión se aplican ahora no solo al lavado de activos sino también a la financiación del terrorismo, y se combinan con ocho recomendaciones especiales sobre esta materia, por lo que se establece finalmente un esquema de medidas ampliado, global y coherente para combatir tanto el lavado de activos como la financiación del terrorismo.

Se encuentran agrupadas en cuatro apartados diferenciados:

En el primer apartado se recogen los Principios generales, en los que se recomienda a los Estados ratificar la Convención de Viena contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; eliminar obstáculos, como el secreto bancario o profesional; intensificar la cooperación multilateral y la ayuda mutua judicial en los procedimientos que se sigan por esta causa.

El segundo apartado dedicado al papel de los ordenamientos jurídicos nacionales insta a incorporar en los ordenamientos jurídicos nacionales tipos penales contra el blanqueo de capitales, no limitándose al tráfico de drogas y sus beneficios y para poder perseguir y decomisar el producto de los delitos de blanqueo.

El tercer apartado se refiere a la participación del sistema financiero en la lucha contra el blanqueo, siendo este el verdadero núcleo de las Recomendaciones, y las reglas se refieren a la identificación de los clientes, la custodia y conservación de los documentos de las operaciones, vigilancia o detección del transporte transfronterizo de que superen un determinado umbral, etc.

Un último apartado lo constituyen las recomendaciones referidas a la cooperación internacional, singularmente la adopción de Convenios internacionales universales como el de Viena, el de delincuencia organizada de Palermo o el de financiación del terrorismo, así como los Convenios e instru-

31 Ver nota anterior referida a España

mentos internacionales de carácter regional. Se refiere también a mecanismos concretos de cooperación, tanto la extradición como la asistencia legal mutua y otros mecanismos de cooperación.

- Países y Territorios No Cooperativos (NCCT)

De especial importancia es la elaboración, desde el año 2000, de listas donde se recogen los países y territorios no cooperativos en la lucha contra el blanqueo de capitales y se recogen aquellas jurisdicciones que no prestan cooperación internacional.

La inclusión en la lista carece de efectos jurídicos, pero constituye un importante elemento de presión política.

2.2.2. Consejo de Europa

2.2.2.1. Recomendación R (80) 10 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal, de 27 de junio de 1980
Es la primera de las iniciativas internacionales en la prevención de blanqueo de capitales a través de la actividad bancaria, por considerar que la inserción de capitales delictivos en el sistema financiero y la transferencia de capitales de origen delictivo favorece la comisión de nuevos actos delictivos y produce un efecto expansivo, tanto nacional como internacional.

2.2.2.2. Convenio sobre blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos. Estrasburgo. 1990³²

La característica más trascendente es la consideración extensiva de la figura del blanqueo a cualquier actividad delictiva y no solamente a los delitos relacionados con las drogas.

La no inclusión de la participación como un elemento del artículo 6.1 a, b y c³³ referido a los hechos que deberían considerarse punibles, al en-

³² En vigor para España desde el 1 de diciembre de 1998.

³³ Artículo 6. Delitos de blanqueo. 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, si se cometieren intencionadamente:

a) La conversión o transmisión de bienes sabiendo que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; b) La ocultación o simulación de la verdadera naturaleza, origen, localización,

tenderla superflua por el distinto enfoque dado en relación con otros Convenios.

Resulta indiferente si el delito antecedente está sujeto o no a la jurisdicción penal del Estado parte; o el que los Estados puedan prever la no sanción del delito previo de blanqueo, puesto que existen Estados donde no es posible la imputación del delito adicional si la persona ha cometido un delito previo.

No se hace referencia a la conducta imprudente para aquellos que deberían haber previsto la procedencia ilícita de los bienes y los comportamientos realizados con ánimo de lucro propio, lo que es considerado irrelevante al estar implícito (DIEZ RIPOLLÉS).

El Convenio no se refiere solo a Europa al estar presentes en su confección Australia, Canadá y EEUU y ser considerada una convención abierta y no exclusiva del ámbito europeo.

El núcleo principal del Convenio lo constituye el Capítulo III dedicado a la cooperación internacional. Las medidas de cooperación internacional recogidas en el articulado van dirigidas a la mayor colaboración posible en las investigaciones y procedimientos tendentes a la confiscación de los instrumentos y productos de las acciones delictivas.

2.2.2.3. Convenio relativo al blanqueo, al descubrimiento, a la incautación y al decomiso de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo [STCE nº 198]. Ver epígrafe 1.8.3.2.

2.2.3. Unión Europea

2.2.3.1. Directiva del Consejo de Ministros de la Comunidad Europea 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales

Constituye la primera medida de carácter normativo tomada por la UE en esta materia³⁴. Las consideraciones que propone la Directiva son las siguientes:

- La utilización de las entidades de crédito para el blanqueo del producto de

disposición, movimiento, derechos relativos a los bienes o propiedad sobre los mismos, sabiendo que dichos bienes son productos; e) La adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos; d) La participación, asociación o conspiración para cometer cualquiera.

³⁴ Es opinión común de la doctrina el carácter meramente administrativo y no penal de la Directiva.

actividades delictivas y la amenaza que supone para la solidez y estabilidad de las instituciones financieras en particular y para la credibilidad del sistema financiero en su conjunto.

- La influencia del blanqueo de capitales en el aumento de la delincuencia organizada en general y el tráfico de estupefacientes en particular.
- Necesidad de una norma comunitaria que unificara los criterios a seguir e impidiera la adopción por parte de los Estados miembros de medidas incompatibles con las libertades comunitarias.
- Justifica el establecimiento de medidas penales y la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales recomendadas en la Convención de Viena de 1988 y el Convenio de Estrasburgo de 1990.
- Referencia a las medidas para prevenir la utilización del sistema financiero, como complemento de las medidas penales, aludiendo a la recomendación del Consejo de Europa de 1980 y a la Declaración de Principios de Basilea de 1988.
- Necesidad de coordinación de las medidas nacionales para la lucha eficaz contra el blanqueo de capitales. Dichas medidas de cooperación y coordinación internacional están recogidas suficientemente en el Convenio de Estrasburgo de 1990, ya que la Directiva europea termina donde comienza el referido Convenio.
- Adopción de las recomendaciones del GAFI y peticiones del Parlamento Europeo para la elaboración de un programa global comunitario para combatir el tráfico de estupefacientes.
- Amplía la definición de blanqueo de capitales contenida en la Convención de Viena a los delitos de delincuencia organizada y terrorismo, y pone en consideración de los Estados miembros la necesidad de su prohibición.

El artículo 1º de la Directiva define los términos básicos que se emplean en la directiva y con especial atención el concepto de blanqueo de capitales, uno de los ejes fundamentales del texto.

Dispone que el blanqueo de capitales comprenderá las siguientes acciones cometidas intencionalmente:

a) La conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que esté implicada en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

b) La ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o derechos

correspondientes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad.

c) La adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad.

d) La participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución.

El artículo 1.3 menciona además, el problema de la extraterritorialidad del delito de blanqueo de capitales, al considerar que existe delito de blanqueo aun cuando las actividades delictivas se desarrollen en el territorio de otro Estado parte o en el de un tercer país.

En el mismo artículo se conceptúa por actividad delictiva las infracciones definidas en el Convenio de Viena sobre tráfico ilícito de estupefacientes y cualquier otra actividad delictiva definida como tal por cada Estado miembro.

El núcleo esencial de la Directiva lo constituyen las obligaciones fijadas a las entidades de crédito e instituciones financieras:

a) Identificación de los clientes en el momento de entablar relaciones de negocio o de efectuar transacciones por encima de una determinada cantidad con el objetivo de evitar el anonimato y el control de determinadas operaciones.

b) La obligación de conservar durante un periodo mínimo de 5 años las copias o referencias de los documentos de identificación, así como los justificantes o registros de las operaciones con fuerza probatoria en una investigación judicial.

c) La obligación de examen especial de las transacciones que puedan estar vinculadas con el blanqueo de capitales³⁵.

d) La colaboración necesaria que se manifiesta en la obligación de comunicar por iniciativa propia a las autoridades responsables cualquier hecho que pudiera ser indicio de un blanqueo de capitales y facilitar a las autoridades, a petición de éstas, toda la información necesaria de conformidad con

³⁵ Expresamente el artículo 5 de la Directiva señala: “Los Estados miembros velarán para que las entidades de crédito y las instituciones financieras examinen con especial atención cualquier transacción que consideren que, por su naturaleza, pueda estar particularmente vinculada al blanqueo de capitales”.

los procedimientos establecidos en la legislación aplicable (levantamiento del secreto bancario).

e) Obligación de abstención de ejecución de cualquier operación cuando exista conocimiento o sospecha de que tal operación se haya relacionada con el blanqueo de capitales, previéndose la posibilidad de ejecución y posterior comunicación para el caso de que no sea posible tal abstención, en el caso de que la no ejecución de la operación pudiera entorpecer la acción policial dificultando la persecución penal.

f) Derecho a la confidencialidad de los responsables financieros respecto a la información facilitada³⁶.

g) Extensión de las obligaciones dirigidas a las entidades de crédito a las profesiones o empresas cuyas actividades puedan ser especialmente sensibles a su utilización con fines de blanqueo (artículo 12).

- Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales

Las modificaciones dejan en vigor casi toda la Directiva 91/308, incorporándose los siguientes cambios:

a) Extensión del concepto de “institución financiera” comprendiendo también las actividades de las agencias de cambio y las oficinas de transporte o envío de fondos; al igual que las empresas de seguros autorizadas y empresas de inversión.

b) Las obligaciones a las que están sometidas las entidades descritas también son aplicables a las personas físicas o jurídicas que puedan intervenir en procesos de blanqueo de dinero como consecuencia de su actividad profesional, tales como auditores y contables externos, asesores fiscales, agentes de la propiedad inmobiliaria y aquellos que comercian con artículos de elevado valor, los casinos y los notarios y otros profesionales independientes del Derecho, como los abogados³⁷.

³⁶ Respecto al tratamiento de la información facilitada por los obligados, se faculta a las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo el uso de la información recibida para otros fines ajenos a la persecución de los actos delictivos recogidos en la Directiva: tráfico de drogas, delincuencia organizada y terrorismo (artículo 6, último párrafo).

³⁷ Respecto a los notarios y profesionales del Derecho, se contempla la exención de la obligación, en los casos en que estos profesionales obtengan la información en el curso de las actividades de defensa, judicial o no, y determinación de las situaciones jurídicas,

c) Se amplía las obligaciones de castigar penalmente el blanqueo proveniente no solo del tráfico de drogas sino de cualquier tipo de delito grave, teniendo en cuenta para ello las Recomendaciones del GAFI. Se consideran delitos graves, como mínimo, los ya previstos en la Directiva 91/308, además del fraude y la corrupción, aquellos que pueden generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con la legislación penal de cada Estado miembro, añadiendo además la posibilidad, por parte de los Estados miembros, de considerar actividad delictiva cualquier otro delito.

d) En relación con el secreto bancario se elimina cualquier restricción sobre la divulgación de informaciones, eximiendo de cualquier responsabilidad tanto a la entidad como a sus directivos y empleados.

e) La obligación del artículo 3 de la Directiva se amplía respecto a la identificación de los clientes, con especial incidencia en relación con la banca directa o la banca a distancia que permite transacciones financieras sin presencia física.

f) Relacionado con el suministro de información, se prevé la posibilidad de colaboración entre autoridades para el intercambio de información indispensable en la lucha contra el blanqueo de capitales y la adopción del modelo de convenio de la OCDE para el intercambio de informaciones fiscales, concernientes al trato de las informaciones en poder de abogados y otros profesionales independientes del Derecho, lo que hace viable la interacción entre el blanqueo de dinero y los temas fiscales.

- Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, incluida la financiación del terrorismo

La nueva directiva persigue dos objetivos fundamentales: actualizar la

incluido el asesoramiento relativo a la incoación o la forma de evitar un proceso, estando sujetos a lo dispuesto en la Directiva cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que exista un riesgo de que los servicios de dichos profesionales del ámbito jurídico se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas.

En cuanto a los abogados existió un debate muy polémico en el Parlamento europeo ante la posibilidad del levantamiento del secreto profesional de este colectivo. Al efecto se tuvo en cuenta el Informe de 1998 de la Oficina de la ONU contra la droga y el delito, en el que se relataban numerosos casos de corrupción y blanqueo a cargo de abogados y otros intermediarios.

definición de delitos graves sobre blanqueo de dinero, aquellos sancionados con más de un año de prisión, e incluir la financiación del terrorismo como parte de la definición de blanqueo de capitales³⁸.

Los aspectos más destacables son:

a) La definición de financiación del terrorismo, entendiéndose por tal el suministro o la recogida de fondos por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

b) En cuanto al ámbito de aplicación, siguiendo las recomendaciones del GAFI, se hace referencia explícita a los proveedores de servicios, a fideicomisos y empresas así como a los intermediarios de seguros de vida, además de recoger al resto de obligados en las anteriores directivas (entidades de crédito, ESI, aseguradoras del ramo de vida, cambio de moneda, casinos, auditores, contables, asesores fiscales y profesionales jurídicos) y toda persona física o jurídica que comercie y ejecute pagos por importe igual o superior a 15.000 euros.

c) Se definen conceptos tales como institución financiera conforme al criterio del GAFI.

d) Establece, de acuerdo con GAFI, que las entidades de crédito e instituciones financieras no deben mantener cuentas anónimas.

e) Establece requisitos más detallados respecto a la identificación de clientes y comprensión de sus actividades, especificando que los procedimientos pueden variar en función del riesgo, concretamente en cuanto al beneficiario efectivo y la mayor vigilancia para las operaciones complejas o poco transparentes.

f) Introduce el concepto de diligencia debida simplificada para el caso de que exista un riesgo reducido de blanqueo de capitales.

g) Necesidad de diligencia debida reforzada y de introducir medidas especiales para los casos en que no hay contacto directo con el cliente, en caso de relaciones de corresponsalía bancaria transfronteriza y en caso de relaciones con personas políticamente expuestas, quedando incluidas también las personas con proyección política expuestas al blanqueo de capitales tanto de terceros países como dentro de las fronteras de la UE.

h) Necesidad de que los Estados miembros tomen las medidas necesi-

³⁸ Pretende reforzar la lucha contra la financiación del terrorismo que proceda tanto de delitos como a través de vías legales.

rias para impedir que los empleados (de las empresas obligadas por la normativa) sean objeto de amenazas o discriminaciones.

i) Somete a la obligación de licencia o registro a las agencias de cambio, proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos y a los casinos.

j) Requiere la identificación de todas aquellas personas que realicen pagos en metálico por un valor superior a los 15.000 euros.

Creación de unidades de información financiera (UIF) en los Estados miembros³⁹.

Imposición de sanciones en caso de incumplimiento de la legislación⁴⁰.

Los Estados miembros aplicarán las disposiciones necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 15 de diciembre de 2007.

- Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de fecha 1 de agosto de 2006

Donde se establecen disposiciones relativas a la definición de PEP's o "personas del medio político"⁴¹ y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, cuestiones todas ellas no definidas en la anterior directiva.

39 Cada Estado miembro creará una Unidad de Información Financiera (UIF) de carácter nacional y central que recabará, analizará y comunicará a las autoridades competentes la información divulgada relativa a un posible blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, con acceso a la información financiera, administrativa y judicial que precisen.

Los establecimientos y personas sujetos a la Directiva estarán obligados a informar a las UIF cuanto antes cuando tengan conocimiento, sospechas o buenas razones para sospechar que una operación o tentativa de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo está en curso o ha tenido lugar.

En caso de sospecha de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, los establecimientos y personas sujetos a la Directiva se abstendrán de efectuar cualquier transacción hasta que hayan informado a la UIF.

La Directiva deja la elección a los Estados miembros la posibilidad de no imponer la obligación de información a la UIF para los miembros de las profesiones jurídicas independientes, notarios, interventores de cuentas, contables externos y asesores fiscales con respecto a la información recibida sobre uno de sus clientes o del mismo al evaluar jurídicamente su situación o en el ejercicio de su misión de defensa o representación del cliente en un procedimiento judicial o en el marco de tal procedimiento, etc.

40 En caso de incumplimiento de la legislación nacional adoptada para aplicar la Directiva, los establecimientos y personas contemplados podrán ser considerados responsables de las violaciones. Las sanciones serán eficaces, proporcionadas y disuasorias.

41 Jefes de Estado o de Gobierno, ministros, parlamentarios, etc.

Apéndice I Para saber más

1. Convenios sectoriales de naciones unidas. Especial referencia al terrorismo

1.1. Particular estudio de los Convenios internacionales universales sectoriales sobre terrorismo

Los 16 (13+3) Convenios:

- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (“Convenio de Tokio”)
- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (“Convenio de La Haya”)
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (“Convenio de Montreal”)
- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos
- Convención internacional contra la toma de rehenes (“Convención sobre toma de rehenes”)
- Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (“Convención sobre los materiales nucleares”)
 - Enmiendas a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares.

Firmado en Viena el 8 de Junio de 2005. Sujeto a ratificación

- Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presen servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima
- Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima
- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental
 - Protocolo de 2005 del Protocolo
- Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección
- Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas
- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo
- Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear

2. Instrumentos internacionales contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

2.1. Instrumentos internacionales contra el blanqueo de capitales

2.1.1. Ámbito Universal

- Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988
- Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (“Convención de Palermo”)

2.2. Convenios sectoriales de naciones unidas. Especial referencia al terrorismo

Particular estudio de los Convenios internacionales universales sectoriales sobre terrorismo

Los 16 (13+3) Convenios:

- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (“Convenio de Tokio”)

Firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963. En vigor desde 4 de diciembre de 1969. 182 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 1 de octubre de 1969.

Ámbito muy reducido. Se aplica únicamente a los actos que afecten a la seguridad durante el vuelo.

Considerado de facto el primer autentico tratado internacional referido al terrorismo, aunque se da la particularidad de que como algunos otros de los tratados no se refiere en sí mismo al terrorismo como fenómeno.

Establece obligaciones de asistencia y obligación de represión de actos terroristas.

Cada Estado deberá tomar las medidas necesarias a fin de establecer su jurisdicción en relación con las infracciones cometidas en aeronaves matriculadas en dicho estado.

Las infracciones cometidas a bordo de aeronaves matriculadas en un Estado Contratante serán consideradas, a los fines de extradición, como si se hubiesen cometido, no sólo en el lugar en el que hayan ocurrido, sino también en el territorio del Estado de matrícula de la aeronave.

Sin perjuicio de lo anterior, ninguna disposición del Convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición (no establece por tanto obligación de extradición).

Autoriza al comandante de la aeronave a imponer medidas razonables, de carácter coercitivo, contra toda persona que le dé motivos para creer que ha cometido o está a punto de cometer un acto de esa índole, siempre que sea necesario para proteger la seguridad de la aeronave; y

Exige que las partes contratantes asuman la custodia de los infractores y devuelvan el control de la aeronave a su legítimo comandante.

- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (“Convenio de La Haya”)

Firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. En vigor desde 14 de octubre de 1971. 185 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 30 de octubre 1972.

Ámbito aún más reducido que el del Convenio de Tokio.

Considera delito que una persona que esté a bordo de una aeronave en vuelo “ilícitamente, mediante la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza, o cualquier forma de intimidación, se apodere de la nave o ejerza control sobre ella” o intente hacerlo.

Exige que las partes en el convenio castiguen los secuestros de aeronaves con “penas severas”.

Exige que las partes que hayan detenido a infractores extraditen al infractor o lo hagan comparecer ante la justicia; y

Exige que las partes se presten asistencia mutua en los procedimientos penales incoados con arreglo al convenio.

- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (“Convenio de Montreal”)

Firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. En vigor desde 26 de enero de 1973. 185 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 30 de octubre 1972.

Establece que comete delito quien ilícita e intencionalmente perpetre un acto de violencia contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo si ese acto pudiera poner en peligro la seguridad de la aeronave; coloque un artefacto explosivo en una aeronave; o intente cometer esos actos; o sea cómplice de una persona que perpetre o intente perpetrar tales actos.

Exige que las partes en el convenio castiguen estos delitos con “penas severas”; y

Exige que las partes que hayan detenido a los infractores extraditen al infractor o lo hagan comparecer ante la justicia.

- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos

Adoptado en Nueva York el 14 de diciembre de 1973. En vigor desde 20 de febrero de 1977. 166 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 8 de agosto de 1985.

Define a la “persona internacionalmente protegida” como un Jefe de Estado, Ministro de Relaciones Exteriores, representante o funcionario de un Estado o una organización internacional que tenga derecho a protección especial en un Estado extranjero y sus familiares; y

Exige a las partes que tipifiquen como delito “la comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida, la comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de tal persona; la amenaza de cometer tal atentado”; y de todo acto que “constituya participación en calidad de cómplice” y los castiguen “con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su carácter grave”.

- Convención internacional contra la toma de rehenes (“Convención sobre toma de rehenes”)

Adoptado en Nueva York el 17 de diciembre de 1979. En vigor desde 3 de junio de 1977. 168 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 26 de marzo de 1984.

Dispone que “toda persona que se apodere de otra o la detenga, y amenace con matarla, hierirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención”.

- Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (“Convención sobre los materiales nucleares”)

Firmado en Viena el 26 de octubre de 1979. En vigor desde el 8 de febrero de 1987. 130 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 6 de septiembre de 1991.

Tipifica la posesión ilícita, la utilización, la transferencia y el robo de materiales nucleares, y la amenaza del empleo de materiales nucleares para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales.

Enmiendas a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares. Firmado en Viena el 8 de junio de 2005. Sujeto a ratificación

Establecen la obligación jurídicamente vinculante de los Estados Partes de proteger las instalaciones y los materiales nucleares de uso nacional con fines pacíficos, así como su almacenamiento y transporte; y

Disponen una mayor cooperación entre los Estados con respecto a la aplicación de medidas rápidas para ubicar y recuperar el material nuclear robado o contrabandado, mitigar cualquier consecuencia radiológica del sabotaje y prevenir y combatir los delitos conexos.

- Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presen servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil

Firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988. En vigor desde 6 de agosto de 1989. 161 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 8 de mayo de 1991.

Amplía las disposiciones del Convenio de Montreal (véase el No. 3 supra) para incluir los actos terroristas cometidos en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional.

- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima

Hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. En vigor desde el 1 de marzo de 1992. 146 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 7 de julio de 1989. Establece un régimen jurídico aplicable a los actos cometidos contra la navegación marítima internacional parecido a los regímenes establecidos respecto de la aviación internacional; y

Provee las bases legales para las acciones contra aquellos que cometan actos ilegales contra los buques. Dispone que, comete delito de terrorismo la persona que ilícita e intencionalmente se apodere de un buque o ejerza control sobre éste por medio de la fuerza, la amenaza o la intimidación; cometa un acto de violencia contra una persona que se encuentra a bordo de un buque si dicho acto pudiera poner en peligro la seguridad de la navegación del buque; coloque un artefacto o sustancia destructivos a bordo de un buque; y perpetre otros actos contra la seguridad de los buques.

Originalmente la Convención fue diseñada para facilitar el enjuiciamiento a terroristas y piratas por sus crímenes sin tomar en cuenta dónde eran apresados ni dónde los habían cometido.

Con la Convención, los Gobiernos contratantes están obligados a extraditar, procesar o enjuiciar a las partes a los presuntos ofensores.

- Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima

Adoptado en Londres el 14 de octubre de 2005.

Tipifica la utilización de un buque como instrumento para favorecer la comisión de un acto de terrorismo.

Tipifica el transporte a bordo de un buque de diversos materiales a sabiendas de que se pretende utilizarlos para causar o para amenazar con causar muertes, heridas graves o daños, a fin de favorecer la comisión de un acto de terrorismo.

Tipifica el transporte a bordo de un buque de personas que han cometido actos de terrorismo; e

Introduce procedimientos para regular el embarque en un buque sospechoso de haber cometido un delito previsto por el Convenio.

- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental

Hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. En vigor desde el 1 de marzo de 1992. 135 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el de 7 julio de 1989.

Establece un régimen jurídico aplicable a los actos realizados contra plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental similar a los regímenes establecidos respecto de la aviación internacional.

- Protocolo de 2005 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental

Adoptado en Londres el 14 de octubre de 2005.

Adapta los cambios en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima al contexto de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

- Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección

Hecho en Roma el 1 de marzo de 1991. En vigor desde el 21 de junio de 1998. 136 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 31 de mayo de 1994.

Su objetivo es controlar y limitar el empleo de explosivos plásticos no marcados e indetectables (negociado a raíz de la explosión de una bomba en el vuelo 103 de Pan Am en 1988).

Las partes están obligadas a asegurar en sus respectivos territorios un control efectivo de los explosivos plásticos “sin marcar”, es decir los que no contengan uno de los agentes de detección enumerados en el anexo técnico del tratado.

En términos generales, las partes deberán, entre otras cosas: adoptar medidas necesarias y eficaces para prohibir e impedir la fabricación de explosivos plásticos sin marcar; impedir la entrada o salida de su territorio de explosivos plásticos sin marcar; ejercer un control estricto y eficaz sobre la tenencia y transferencia de explosivos sin marcas que se hayan fabricado o introducido en su territorio antes de la entrada en vigor del Convenio; asegurarse de que todas las existencias de esos explosivos sin

marcar que no estén en poder de las autoridades militares o policiales se destruyan o consuman, se marquen o se transformen permanentemente en sustancias inertes dentro de un plazo de tres años; adoptar las medidas necesarias para asegurar que los explosivos plásticos sin marcar que estén en poder de las autoridades militares o policiales se destruyan o consuman, se marquen o se transformen permanentemente en sustancias inertes dentro de un plazo de quince años; y asegurar la destrucción, lo antes posible, de todo explosivo sin marcar fabricado después de la entrada en vigor del Convenio para ese Estado.

- Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas

Adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997. En vigor desde el 23 de mayo de 2001. 153 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 30 de abril de 1999.

Crea un régimen de jurisdicción universal respecto de la utilización ilícita e intencional de explosivos y otros artefactos mortíferos en, dentro de o contra diversos lugares de uso público definidos con la intención de matar u ocasionar graves lesiones físicas o con la intención de causar una destrucción significativa de ese lugar.

- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo

Adoptado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999. En vigor desde el 10 de abril de 2002. 160 Estados partes. Entrega del instrumento de ratificación por España el 9 de abril de 2002.

Importante desde el punto de vista de la definición del terrorismo.

Insta a las partes a que adopten medidas para prevenir y contrarrestar la financiación de terroristas, ya sea directa o indirectamente, por medio de grupos que proclamen intenciones caritativas, sociales o culturales o que se dediquen también a actividades ilícitas, como el tráfico de drogas o el contrabando de armas.

Compromete a los Estados a exigir responsabilidad penal, civil o administrativa por esos actos a quienes financien el terrorismo.

Prevé la identificación, congelación y confiscación de los fondos asignados para actividades terroristas, así como la distribución de esos fondos entre los Estados afectados, en función de cada caso. El secreto bancario dejará de ser una justificación para negarse a cooperar.

- Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear

Adoptado en Nueva York el 13 de abril de 2005. En vigor desde el 7 de julio de 2007. 29 Estados partes.

Contempla una amplia gama de actos y posibles objetivos, incluidas las centrales y los reactores nucleares.

Contempla la amenaza y la tentativa de cometer dichos delitos o de participar en ellos, en calidad de cómplice.

Establece que los responsables deberán ser enjuiciados o extraditados.

Alienta a los Estados a que cooperen en la prevención de atentados terroristas intercambiando información y prestándose asistencia mutua en las investigaciones penales y procedimientos de extradición; y

Contempla tanto las situaciones de crisis (prestación de asistencia a los Estados para resolver la situación) como las situaciones posteriores a la crisis (disposición del material nuclear por conducto del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) a fin de garantizar su seguridad).

3. Instrumentos internacionales contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

3.1. Instrumentos internacionales contra el blanqueo de capitales

3.1.1. Ámbito Universal

3.1.1.1. Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988

Fue la primera de las regulaciones a nivel internacional que obligó a los Estados intervinientes a incorporar a su legislación nacional como delito las operaciones financieras relacionadas con las drogas, como recoge en su articulado, donde dispone que todos los Estados parte adoptarán las medidas que sean necesarias para tipificar como delito el blanqueo de capitales cuando se comete intencionalmente, aunque sólo se tipifica este delito en relación con los capitales procedentes del tráfico ilícito de estupefacientes.

Se tipificaran como delito cuando se cometen intencionalmente:

- la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos de tráfico de drogas, o de un acto de participación en tal delito, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (art. 3,1.b i));
- la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos de drogas o de un acto de participación en tal delito (art.3,1.b ii), y
- la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de

recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno de los delitos de tráfico de drogas o de un acto de participación en tal delito (art.3,1.c)i).

El art 5 contiene una amplia regulación del decomiso de los productos del delito y de sus transformados.

Se considera a la Convención de Viena como uno de los documentos más importantes en la lucha contra el blanqueo de capitales entre otras razones porque relaciona por primera vez el tráfico de drogas y el producto del delito⁴².

3.1.1.2. Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (“Convención de Palermo”)⁴³

La aparición y el auge de la delincuencia organizada y la transnacionalización de las actividades criminales, favorecidas por el nuevo escenario socioeconómico, con actuaciones que superaban las barreras entre Estados aprovechando los cambios de soberanía y jurisdicción otorgaba a los delincuentes una serie de ventajas, las más destacadas eran:

La elusión de las políticas de control de blanqueo de capitales que giraban en torno a la identificación y denuncia de ciertas operaciones.

Las provocadas por las deficiencias de la regulación internacional, utilizando las posibilidades que ofrecían los países con sistemas de control más deficientes y débiles.

Las deficiencias en materia de cooperación judicial internacional por la existencia de procedimientos penales no coincidentes en los Estados.

Las diferencias en el tratamiento del secreto bancario por los distintos Estados, motivado por los intereses económicos en juego.

La utilización de profesionales ajenos a la organización criminal para las actividades de constitución de sociedades y blanqueo del dinero.

La falta de regulación legal, por parte de muchos países, de las nuevas tecnologías, comercio electrónico, banca por Internet, métodos utilizados actualmente para el blanqueo de capitales.

Inexistencia de un registro central estatal de las cuentas existentes en las entidades financieras, además de la falta de interrelación informática entre los organismos encargados del blanqueo de los países afectados.

Falta de formación especializada de los responsables de perseguir el blanqueo: inspectores de aduanas y de hacienda, jueces y otros funcionarios públicos.

La Resolución de la Asamblea General de la ONU de 9 de diciembre de 1998, acordó elaborar una convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional y el 17 de diciembre pidió al Comité Especial que prosiguiera su trabajo en los proyectos de convención y los protocolos conexos.

42 La amplia aceptación y ratificación por parte de 106 países firmantes de la Convención supone un cambio decisivo en la visión internacional de blanqueo de dinero.

43 Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 15 de noviembre de 2000.

La Convención fue aprobada por la Asamblea General el 15 de diciembre de 2000 y llevada a la conferencia política que se celebró en Palermo del 12 al 15 de diciembre de 2000. Se halla vigente al haberse llegado al número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor.

La Convención se extiende a la regulación de:

- La participación en un grupo organizado.
- El lavado de dinero.
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- Las sanciones.
- El decomiso.
- La transparencia de las transacciones.
- El establecimiento de jurisdicción, y
- La extradición, la obligación de extraditar o enjuiciar, la extradición de los nacionales y el examen de los casos de extradición.

Dentro de las definiciones que recoge (art. 2), a destacar la de: “grupo delictivo organizado, que se entenderá por un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Este mismo artículo recoge también las definiciones de blanqueo de dinero, trata de personas y obstrucción a la Justicia además de otras. Recoge igualmente el concepto de entrega vigilada, ya formulado en la Convención de Viena, que permite la entrada y salida de remesas ilícitas o sospechosas con el objetivo de investigar delitos e identificar a los responsables. La peculiaridad radica en la posibilidad de intervención de cualquier Estado que se crea con derecho a perseguir determinado delito, lo que es generador en algunos casos de problemas y situaciones ante posibles intromisiones no justificadas.

A los efectos de la Convención se considera el delito de carácter transnacional si:

- Se comete en más de un Estado.
- Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado.
- Se comete dentro de un Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado,
- o se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

La Convención titula su artículo 6 “Penalización del blanqueo del producto del delito” y establece en su párrafo primero que cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- la conversión o transferencia de bienes, a sabiendas de que estos bienes son pro-

ducto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

- la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o de legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

- la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; - la participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

En el párrafo 2, dispone que para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 de este artículo: “cada Estado parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes, cada Estado parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados”.

La penalización del blanqueo que cubre el artículo 6 incorpora como delitos determinantes a los delitos graves definidos en el artículo 2 b) como un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Asimismo, la participación en un grupo delictivo organizado (art. 5), la corrupción (art. 8) y la obstrucción de la justicia (art. 23) se constituyen en delitos determinantes, ampliando notablemente el universo de los delitos relacionados.

Por otra parte, el artículo 7 de la Convención de Palermo bajo el título “Medidas para combatir el blanqueo de dinero” desarrolla, con cierto detalle, todo un sistema: de la supervisión de las entidades financieras, de los requisitos sobre identificación de clientes, de las denuncias de transacciones sospechosas, de la cooperación e intercambio de información, del establecimiento de una unidad de inteligencia financiera, de la vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero efectivo, etc. e insta a los Estados parte a guiarse por las iniciativas de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

Por su parte, en 1997, la Oficina de Fiscalización de Drogas y de Prevención del Delito, denominada ahora Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, estableció el Programa Mundial contra el Blanqueo de Dinero con el fin de dar cumplimiento a los mandatos de la ONU contra el blanqueo de dinero basados en las Convenciones de 1988 y de 2000. La Oficina es el centro de coordinación del sistema de la ONU para las cuestiones relacionadas con el blanqueo de dinero y el producto del delito. Proporciona asistencia técnica a los Estados para que desarrollen la in-

fraestructura necesaria para combatir el blanqueo y puedan aplicar las disposiciones de los tratados relativas a esta cuestión.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo. (BOE de 29 de abril 2010)

La tercera y cuarta directiva tenían como fecha de transposición el 15 de diciembre de 2007. El Estado español incumplió esta obligación por lo que fue condenado en dos ocasiones por el TJCE⁴⁴. Esta Ley precisamente tiene como finalidad transponer dichas directivas aunque va más allá. Se refiere no solo al blanqueo de capitales, también abarca la financiación del terrorismo, aunque no agota esta materia ya que deja subsistente la Ley 12/2003 de 21 de mayo de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

Hemos de destacar que no es una ley penal ni procesal, sino de carácter administrativo y establece un mejor encaje de esta materia con los artículos 301 a 304 del Código Penal.

44 El 24 de septiembre de 2009 (TJCE 2009,292) (asunto C-504/2008) y el 1 de octubre de 2009 (TJCE 2009 301) (asunto C-502/2008).

CONVENIOS BILATERALES Y DE LA UNIÓN EUROPEA CON TERCEROS. ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO UE-EEUU

Raquel López Jiménez

1. Convenios bilaterales entre estados miembros de la UE y terceros países y organizaciones internacionales

Como veremos a continuación, la Unión Europea (en adelante UE) ha firmado algunos Acuerdos con terceros países y organizaciones internacionales en materia de cooperación policial y judicial en materia penal atendiendo a los artículos 24 y 38 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Independientemente de los Acuerdos a los que ha llegado la UE como institución con terceros países y organizaciones internacionales es importante resaltar la importancia que, hoy en día, todavía tienen los acuerdos o convenios bilaterales en esta materia. Tal y como se señala en el tema 1 de este curso al tratar la evolución de la cooperación judicial penal: “aunque la cooperación jurídica internacional en materia penal tuvo su origen en políticas intergubernamentales de ámbito bilateral, para a continuación avanzar en ámbitos de carácter multilateral o regional, esto no ha supuesto en ningún caso la desaparición de la cooperación entre dos Estados. Más aún, podría decirse que ésta constituye con carácter general una mejora de las disposiciones de ámbito regional”.

En este sentido, aun cuando la UE ha llevado a cabo acuerdos con terceros países y organizaciones internacionales, también los Estados miembros de la UE han firmado acuerdos bilaterales con terceros países en materia de cooperación jurídico internacional para facilitar dicha cooperación¹.

¹ No voy a hacer una exposición detallada de todos los convenios bilaterales existentes entre los países miembros de la UE y terceros países porque excedería con creces los límites del trabajo al ser numerosa la lista, pero sí voy a enumerar alguno de ellos sólo a

2. Acuerdos entre la UE y terceros países y organizaciones internacionales

Pueden establecerse convenios entre los Estados miembros de la UE para su adopción por éstos en asuntos relacionados con cooperación policial y judicial en materia penal (art. 34 del TUE).

También la UE puede celebrar acuerdos con terceros países y organizaciones, con arreglo a lo establecido en los artículos 24 y 38 del TUE, sobre cuestiones relativas a la Política exterior y de Seguridad Común (PESC) y a la cooperación policial y judicial en materia penal.

En relación con estos últimos acuerdos de la UE con terceros países y organizaciones podemos señalar:

- el Acuerdo firmado entre la Corte Penal Internacional (CPI) y la UE sobre cooperación y asistencia firmado el 10 de abril de 2006²;
- los dos acuerdos entre la UE y los EEUU, firmados en junio de 2003 en Washington sobre Extradición y Asistencia Judicial en materia penal y

título ejemplificativo. Así, por ejemplo, acuerdos bilaterales de asistencia judicial en materia penal firmados con Italia, podríamos citar, entre otros: Argelia: Convención en materia de asistencia judicial penal tras el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular (Argelia, 2003); Argentina: Convención para la asistencia judicial en materia penal (Roma, 1987); Australia: Tratado de asistencia mutua en materia penal (Melbourne, 1988); Bolivia: Tratado de asistencia judicial en materia penal (Cochabamba, 1996); Canadá: Tratado de asistencia mutua en materia penal (Roma, 1990); Costa Rica: Convención de extradición y asistencia judicial (Roma, 1873); México: Tratado de extradición (Ciudad de México, 1899); Paraguay: Tratado de extradición (Asunción, 1907) (aunque en vigor sólo el artículo 16); Perú: Tratado de asistencia judicial en materia penal (Roma, 1994); Estados Unidos: Tratado de asistencia mutua en materia penal tras el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de los Estados Unidos de América (Roma, 1982); Venezuela: Tratado de extradición y de asistencia judicial en materia penal (Caracas, 1930); etc. También Francia ha firmado numerosos tratados bilaterales con terceros países en materia de cooperación judicial penal, entre otros, por ejemplo, con África del Sur, Algeria, Australia, Bosnia Herzegovina, Brasil, Camerun, Canadá, China, Colombia, Croacia, Egipto, Hong Kong, India, Irán, Israel, Kosovo, Madagascar, México, Mónaco, Nigeria, Paraguay, Perú, República Dominicana, Rusia, Servia, Tailandia, Uruguay, etc. Por su parte, Reino Unido también ha firmado acuerdos con terceros países en materia de asistencia judicial penal, como por ejemplo, con Algeria, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Las Bahamas, Barbados, Bolivia, Canadá, Colombia, Ecuador, Hong Kong, India, Malasia, México, Nigeria, Panamá, Paraguay, Perú, Rumania, Tailandia, USA, Uruguay, etc.

² Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 28 de abril de 2006 (L 115/50).

- el Acuerdo entre la UE y la República de Islandia y el Reino de Noruega, de 19 de diciembre de 2003, sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000, y su Protocolo de 2001.

- Acuerdo entre la UE y Japón sobre cooperación en materia penal, firmado el 30 de noviembre de 2009.

- Acuerdo entre la UE y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega, firmado el 28 de junio de 2006.

- Decisión del Consejo de 7 de marzo de 2011, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein al Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, en particular sobre la cooperación judicial en materia penal y policial (2011/349/UE).

2.1. Acuerdo de cooperación y asistencia de la UE con la CPI

Aunque la creación de la CPI³, el 1 de julio de 2002, parece ser una cuestión ajena a los ámbitos competenciales comunitarios de la UE, tanto en su dimensión de política exterior como en su dimensión de cooperación policial y judicial en materia penal ha ido generándose una cierta implicación de la UE en el establecimiento de la CPI.

Y decimos que parece una cuestión ajena porque la UE constituye una comunidad de derecho donde las materias penales siguen formando parte del núcleo principal de las competencias estatales. No obstante, la UE y sus Estados miembros han adoptado una posición decidida a favor de la existencia de la CPI y la han trasladado a términos jurídicos, en una aproximación abierta a las bases jurídicas de los Tratados, tanto por lo que respecta a la política exterior y de seguridad común como por lo que respecta al tercer pilar de cooperación policial y judicial en materia penal⁴.

Desde la creación de la CPI, la UE ha mostrado siempre un apoyo incon-

3 Sobre el origen y características, normas de competencia y procedimentales, estructura y funcionamiento, la obligación de cooperar con la CPI ver tema 14 de este Módulo V, apartado 3.2.

4 Véase a PONS RAFOLS, “La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, mayo/agosto 2003, págs. 1068 y ss.

dicional, para ello se ha valido de diferentes instrumentos con el fin de materializar ese apoyo. En un plano político, se han construido distintos acuerdos entre las dos instituciones así como se ha prestado una atención especial a la puesta al día de posiciones comunes dentro de la UE⁵. Hay que aclarar que se trata de posiciones comunes que no de acciones comunes, que son actuaciones diferentes, ya que de acuerdo al artículo 14 del TUE, las acciones comunes se referirán a situaciones específicas en las que se considere necesaria una acción operativa de la UE y serán vinculantes para los Estados miembros en las posiciones que adopten; por el contrario, las posiciones comunes, tal y como lo establece el artículo 15 del TUE, definirán el enfoque de la UE sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático y los Estados miembros velarán por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones comunes⁶.

La última Posición Común en junio de 2003, que sustituye y refunde la inicial de 2001 tuvo como finalidad respaldar el funcionamiento efectivo de la CPI en la misma línea de la modificación realizada en 2002. La Decisión 2011/168/PESC, del Consejo, de 21 de marzo de 2011, relativa a la Corte Penal Internacional y por la que se deroga la Posición Común 2003/444/PESC. Señala la doctrina que lo innovador de esta Posición Común de 2003 se puede situar en tres aspectos:

- Se establece que para respaldar la independencia de la CPI, la UE y sus Estados miembros deberán animar a los Estados Parte para que hagan efecti-

5 Véase a VIDAL MARTÍN, “El doble rasero de la impunidad: la UE y la Corte Penal Internacional”, en FRIDE, comentario, diciembre de 2007, quien señala que la primera posición común data de Junio de 2001 (Posición Común 2001/443/PESC) y su artículo 7 preveía sucesivas revisiones cada 6 meses. Estas revisiones se llevaron a cabo en Junio de 2002 (Posición Común 2002/474/PESC) y Junio de 2003 (Posición Común 2003/444/PESC), reforzando así la posición de la UE. La revisión de 2002, introduce una referencia expresa al “apoyo universal” que la UE ofrece a la Corte, apelando específicamente a la colaboración con otros Estados y todos los agentes de la Comunidad Internacional. La segunda revisión de la posición común pretende en cambio dar una nueva orientación a la actividad de la UE respecto a la CPI, refiriéndose repetidamente a las conclusiones del Consejo de 30 de Septiembre de 2002 sobre la CPI y sobre los principios rectores de la UE anejos. Dicha revisión menciona por primera vez el delito de agresión, pide a los Estados miembros que contribuyan en las actividades del grupo de trabajo especial y, cuando existan respalden sus soluciones.

6 Véase a PONS RAFOLS, “La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional”, op, cit., pág. 1080, quien manifiesta que las posiciones comunes se configuran más como una orientación de política a la que los Estados miembros deben conformarse.

va su contribución; hacer esfuerzos para conseguir la firma y ratificación del Acuerdo sobre privilegios e inmunidades de la CPI; esforzarse por respaldar el desarrollo de la formación y de la asistencia de los jueces, fiscales, funcionarios y abogados en los trabajos relacionados con la Corte.

- La UE y sus Estados miembros seguirán de cerca la evolución relativa a la cooperación efectiva con la CPI y en este contexto y por lo que se refiere a los obstáculos que a ella están poniendo los EEUU, llamarán la atención cuando sea necesario, de terceros Estados acerca de las conclusiones del Consejo de 30 de septiembre de 2002 sobre la CPI y sobre los principios rectos de la UE anejos a dichas conclusiones, en relación con propuestas de acuerdos o arreglos relativas a las condiciones de entrega de personas a la CPI.

- Establece una práctica previa en declaraciones de la Presidencia y en intervenciones ante diferentes foros internacionales en relación con la CPI, en el sentido de que los países adherentes pretenden también aplicar la Posición Común desde el día de su adopción⁷.

La Decisión del Consejo de 2011 pretende impulsar el apoyo universal al Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como garantizar su integridad, su independencia y su correcto funcionamiento. La Unión y sus Estado se comprometen a aumentar la participación en el Estatuto de Roma. Pueden potenciar este proceso en el marco de negociaciones y de diálogos políticos con terceros países u organizaciones regionales. Además, pueden adoptar iniciativas para promover los valores, los principios y las disposiciones del Estatuto.

Teniendo en consideración que la práctica totalidad de los Estados miembros de la UE son parte en el Estatuto de Roma, resultando lógico que la UE se apresurara a la celebración de un acuerdo con la CPI que permitiera la adecuada cooperación entre ambas organizaciones.

Los mecanismos de cooperación policial y judicial en materia penal adoptados por la UE han de permitir la cooperación policial y judicial en relación con los delitos competencia de la CPI facilitando tanto la persecución como el enjuiciamiento de sus autores por las jurisdicciones como la cooperación con la Corte.

No obstante, las características peculiares de los crímenes que conoce la CPI, crímenes de trascendencia internacional y de especial gravedad, llevaron al Consejo a adoptar dos decisiones reforzando con ello la cooperación.

⁷ PONS RAFOLS, “La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional”, op. cit., pág. 1085.

La primera de ellas fue la Decisión de 13 de junio de 2002⁸, a iniciativa de los Países Bajos, en relación con la creación de una Red europea de puntos de contacto⁹, y la segunda la Decisión de 8 de mayo de 2003¹⁰, a iniciativa de Dinamarca, con la finalidad de reforzar la cooperación en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes competencia de la CPI.

Sin embargo, hay que resaltar que de acuerdo con los instrumentos ya existentes sobre asistencia policial y judicial en materia penal, lo que añaden estas Decisiones no es muy relevante, y como establece la doctrina, se agota en la recogida e intercambio de información y en la cooperación genérica en relación con las investigación y el enjuiciamiento, pero sí que se resalta especialmente la necesidad de que las autoridades competentes en materia de inmigración tengan la información suficiente respecto a presuntos responsables de estos crímenes, ya que muchos de estos crímenes habrán tenido lugar probablemente fuera de las fronteras de los Estados miembros y los servicios de policía pueden tener dificultades para obtener información suficiente o para verificar la exactitud de la información obtenida¹¹.

El último paso se produjo con la firma del Acuerdo de Cooperación y Asistencia de la UE con la CPI el 10 de abril de 2006¹². Mediante este Acuerdo se da continuidad a la línea de colaboración de ambas instituciones y reglamenta especialmente cuestiones relativas al intercambio de información (incluida la clasificada), reuniones estables entre las dos instituciones, testi-

8 Decisión 2002/494/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 (DOCE L 167 de 26 de junio de 2002).

9 Sobre la Red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, ver tema 14, apartado 3.2.6.

10 Decisión 2003/335/JAI del Consejo de 8 de mayo de 2003 (DOCE L 118 de 14 de mayo de 2003).

11 PONS RAFOLS, "La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional", op. cit., págs. 1089-1092.

12 Estados Unidos ha mantenido una actitud ofensiva contra la Corte Penal Internacional, en primer lugar fue retirándose de la firma del estatuto de Roma, y en segundo lugar, pretendiendo celebrar acuerdos bilaterales por los que, teniendo en cuenta el art. 98.2 del Estatuto de Roma, pretende impedir la entrega a la Corte de cualquier persona nacional de los Estados Unidos, lo que constituye claramente la continuación de la estrategia puesta en marcha por dicho país y que pasaba inicialmente por introducir en las propias Reglas de Procedimiento y Prueba la opción de garantizar la inmunidad de sus ciudadanos ante la Corte a través del Acuerdo de relaciones con las Naciones Unidas o a través de un acuerdo separado entre las Naciones Unidas y la propia Corte.

monios del personal de la UE, seguridad, inmunidades, recursos, formación y cooperación directa entre UE y Fiscalía de la CPI.

Partiendo del artículo 87, apartado 6 del Estatuto de Roma que dispone que la CPI podrá solicitar de cualquier organización intergubernamental que le proporcione información o documentos, u otras formas de cooperación y asistencia que se hayan acordado con cualquiera de sus organizaciones, de conformidad con su competencia o mandato, se firmó dicho acuerdo, que contiene las estipulaciones para la cooperación y asistencia entre la CPI y la UE y no entre la CPI y los Estados miembros de la UE, por tanto, no fue posible negociar un acuerdo entre la UE y la CPI en su conjunto, sino que fue necesario una negociación mediante pequeños acuerdos entre organismos de cada institución.

Es así que este Acuerdo no vincula a los Estados miembros, sino a la UE como organismo coral. En este sentido, sería necesaria la participación directa de los Estados miembros. El Acuerdo se fundamentó en el art. 87.6 del Estatuto de Roma, pero el Acuerdo no sólo se remite a dicha disposición para su interpretación, sino que en el mismo Preámbulo del Acuerdo se especifica que el mismo debe considerarse en conjunción con el resto de las disposiciones del Estatuto de Roma y con sus Reglas de Procedimiento y Prueba, supeditado a ellos.

Entrando en el contenido del Acuerdo, debemos señalar en primer lugar que el Acuerdo consta de un Preámbulo, 20 artículos y un Anexo.

En los artículos 1, 2 y 3 se especifica la finalidad del Acuerdo (estipular las condiciones de la cooperación y asistencia entre la UE y la CPI) y definiciones, y en el artículo 3, los acuerdos con los Estados miembros, en este último se indica que el Acuerdo, incluidos los acuerdos que se celebren en virtud del artículo 11, no se aplicará a las solicitudes de información de la CPI que se refieran a información distinta de los documentos de la UE, incluida la información clasificada de la UE, que proceda de un Estado miembro. En este caso, la solicitud deberá hacerse directamente al Estado miembro afectado.

En el artículo 4 se especifica la obligación de cooperación y asistencia, así se indica que la UE y la CPI convienen en que, para facilitar el desempeño efectivo de sus respectivas funciones, cooperarán estrechamente entre sí, según proceda, y se consultarán mutuamente en asuntos de interés común, de conformidad con las disposiciones respectivas del TUE y del Estatuto. Con la finalidad de facilitar el cumplimiento de esta obligación de cooperación y asistencia, las Partes acuerdan establecer los adecuados contactos periódicos

entre la CPI y el Centro de contacto de la UE para la Corte. De esta forma, se utilizan las vías de información entre ambas instituciones para sustentar la cooperación y consulta mutua, y tal y como se establece en el artículo 5 del Acuerdo la información no se concentra sólo en el Centro de contacto de la UE para la Corte, sino también en la asistencia de ésta última a las reuniones y conferencias organizadas bajo los auspicios de la UE siempre que sean de interés para la institución judicial y así ésta pueda prestar asistencia en los temas de su competencia.

En relación con el intercambio de información, en el artículo 7 se prevé que la UE y la CPI procederán, en la mayor medida posible, al intercambio regular de información y documentos de interés mutuo, de conformidad con el Estatuto y con las Reglas de Procedimiento y Prueba. En el apartado tercero se prevé la posibilidad de que a iniciativa propia la UE facilite información o documentos que sean procedentes para la actuación de la CPI. Por su parte, el Secretario de la Corte proporcionará información y documentación relativa a los escritos procesales, las vistas orales, las sentencias y los autos de la CPI que puedan ser de interés para la UE.

Donde más se estrecha la obligación de cooperación entre la UE y la CPI es en el deber de cooperar de esta organización con el Fiscal de la Corte, deber enmarcado por los arts. 54.3 apartados c) y d) del Estatuto, artículo al que se remite el artículo 11, apartados 1.ii) y iii) del Acuerdo. En este artículo se establece que el Fiscal podrá solicitar la cooperación de una organización intergubernamental de conformidad con su respectiva competencia y mandato, así como concretar los acuerdos compatibles con el Estatuto que sean necesarios para facilitar la cooperación de una organización intergubernamental. Además la UE se compromete a proporcionar al Fiscal información adicional que obre en su poder, y que éste le solicite, debiendo cursarse las solicitudes de información en general por escrito y en el plazo no superior a un mes. De todas formas, la UE y el Fiscal podrán convenir en que la Unión facilite al Fiscal documentación o información, siempre que éste preserve su carácter confidencial y únicamente a los efectos de obtener nuevas pruebas. Los documentos o la información no se divulgará en ninguna etapa del procedimiento, ni después de concluido, ni a otros órganos de la CPI ni a terceras partes, exceptuando el supuesto de que se dé el consentimiento de la UE.

En relación con los privilegios e inmunidades, el artículo 12 del Acuerdo prevé que si la CPI trata de ejercer su jurisdicción sobre alguna persona a la que se imputa la comisión de alguno de los delitos sobre los que la Corte tiene

competencia y si esa persona disfruta, de acuerdo con las correspondientes normas de Derecho internacional, de ciertos privilegios e inmunidades, la institución pertinente de la UE se compromete a cooperar plenamente con la CPI y, teniendo en cuenta las responsabilidades y competencias que le otorga el TUE, así como las disposiciones pertinentes del mismo, adoptará todas las medidas necesarias para permitir que la CPI ejerza su jurisdicción, en particular suspendiendo los citados privilegios e inmunidades de conformidad con las normas correspondientes del Derecho internacional.

Finalmente, en virtud del artículo 44, apartado 4, del Estatuto de Roma, al que remite el artículo 13 del Acuerdo, la UE y la CPI acuerdan establecer, atendiendo a cada caso particular, en qué circunstancias excepcionales podrá la Corte recurrir a los conocimientos especializados de personal proporcionado gratuitamente por la UE, para que colabore en la labor de cualquiera de los órganos de la Corte.

Tal y como ha señalado la doctrina¹³, el personal proporcionado con estos parámetros habrá de ser empleado siempre de conformidad con las directrices que ha de establecer la Asamblea de los Estados Parte, tal y como está contemplado en el art. 44.4 del Estatuto. Además no sólo el personal sino que también los servicios e instalaciones de la UE que sean necesarios y estén disponibles serán puestos a disposición de la CPI, a petición de la misma, incluido, en su caso, el apoyo *in situ*. Los términos y las condiciones en los que la UE podrá proporcionar dichas instalaciones, servicios y apoyo se establecerán, en su caso, en acuerdos previos complementarios, por lo que sé hasta ahora no celebrados.

En lo que respecta a la formación, el artículo 15 del Acuerdo contempla la obligación de la UE de procurar respaldar de un modo apropiado el desarrollo de la formación y de la asistencia de los jueces, fiscales, funcionarios y abogados en los trabajos relacionados con la institución judicial, siempre consultando con ésta.

Finalmente, en los artículos 16 a 20 del Acuerdo se hace referencia a la logística y aplicación de las normas de tratados. Así, en el artículo 16 se indican las direcciones a efectos de correspondencia entre ambas organizaciones, estableciendo como puntos de contacto el Consejo de la UE y su Jefe de Registro, por un lado, y en el caso de la CPI, su Secretaría o Fiscalía. En lo que se refiere a las diferencias que puedan surgir entre la UE y la CPI sobre la

13 QUESADA ALCALÁ, “La Unión Europea y la Corte Penal Internacional...”, op. cit., pág. 367.

interpretación o aplicación de dicho Acuerdo se resolverá mediante consultas entre las Partes. Se considera la posibilidad de revisar el acuerdo por escrito y de común acuerdo de las Partes, y de denuncia del mismo.

En relación con el Anexo adjunto al Acuerdo se hace referencia a la información clasificada de la UE y a su facilitación a la CPI en condiciones conforme a las normas de seguridad del Consejo¹⁴. La información clasificada se refiere a cualquier información o material determinado que requiera protección contra toda revelación no autorizada y que haya sido así designado por una clasificación de seguridad¹⁵. La regulación del anexo es muy minuciosa, y deja en manos de ambas Partes, pero fundamentalmente de la CPI, la garantía de que dicha información es utilizada adecuadamente, protegiendo su seguridad en todo caso. Así, se facilita el intercambio de información entre ambos órganos para posibilitar el ejercicio correcto de la jurisdicción de la CPI, sin que el carácter confidencial de ciertos documentos de la UE puedan servir de obstáculo¹⁶.

En relación con la financiación de la UE a la CPI ha sido bastante grande e incondicional, ello ha provocado algunas reacciones de recelo entre diferentes sectores de la Comunidad Internacional en el sentido de asimilar ambos organismos¹⁷.

2.2. Especial referencia al Convenio UE-EEUU

Si bien es cierto que nadie discute la importancia del vínculo transatlántico que une las dos orillas del Océano en una amplia comunidad de valores e intereses¹⁸,

14 Decisión 2001/264/CE del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por la que se adoptan las normas de seguridad del Consejo (DO L 101 de 11.4.2001, p.1).

15 QUESADA ALCALÁ, “La Unión Europea y la Corte Penal Internacional...”, op. cit., págs. 368 y 369.

16 QUESADA ALCALÁ, “La Unión Europea y la Corte Penal Internacional...”, op. cit., págs. 369 y 370.

17 Véase VIDAL MARTÍN, “El doble rasero de la impunidad: la UE y la Corte Penal Internacional”, op. cit.

18 El 22 de noviembre de 1990, pocos meses después de la caída del muro de Berlín, durante la Presidencia italiana y recién estrenado el mandato de George Bush padre, la UE y Estados Unidos firmaban la Declaración Transatlántica, formalizándose la relación bilateral entre ambas entidades. En este primer paso se establecían seis objetivos comunes: a) promocionar la democracia; 2) promover la estabilidad y paz internacionales; 3) conseguir un entorno económico mundial que permita un crecimiento sostenido; 4) promocionar

que es conocida como “Occidente”¹⁹, también lo es que muchos intentan romper el vínculo existente sobre todo en estos últimos tiempos. Las relaciones entre Europa y EEUU no han sido siempre fáciles y menos en los últimos años y es así que en la década de los noventa se ha suscitado un nuevo debate acerca de la comunidad de valores entre ambas. Ha desaparecido la idea, si alguna vez existió, de que ciudadanos europeos y americanos comparten los mismos valores y la misma visión del mundo y cada vez con más fuerza se oye la idea de que entre ambas orillas del Atlántico se había producido o se estaría produciendo lo que se ha venido denominando un “divorcio axiológico”²⁰. Este divorcio axiológico trae causa, entre otros motivos, por la diferente concepción de principios que son sustanciales a una comunidad civil y política, entre ellos podemos resaltar la diferente actitud de la UE y de EEUU ante la pena de muerte²¹; la negativa americana a ratificar el Tratado por el que se prohíben

los principios de la economía de libre mercado, limitando las medidas proteccionistas; 5) prestar apoyo a los países en vías de desarrollo inmersos en reformas políticas y económicas; y 6) acompañar los procesos de cambio iniciados por los países de Europa Central y Oriental. Además, la Declaración establecía un marco de relaciones fundado en tres niveles de reuniones bianuales: en la cumbre (Presidente del Consejo y de la Comisión junto con el Presidente de EEUU), a nivel ministerial (Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la UE junto con un representante de la Comisión y el Secretario de Estado norteamericano); y entre la Comisión y representantes del gobierno norteamericano. Véase a ORIOL COSTA y PABLO AGUIAR, “Relaciones Transatlánticas. ¿Hacia la dilución del partenariado estratégico?”, en *Relaciones Transatlánticas*, en <http://selene.uab.es>, pág. 95.

19 Señala MUÑOZ ALONSO Y LEDO, “El vínculo trasatlántico. Las relaciones de la Unión Europea con la OTAN y Estados Unidos”, en *Un concepto estratégico para la UE*, Centro Superior de Estudios de Defensa Nacional, nº 71, www.ceseden.es, pág. 303, que “no cabe duda de que la democracia que ha arraigado primero en Occidente, en ambas orillas del Atlántico casi simultáneamente, no es fruto del azar sino la consecuencia de esa raíz común, la Ilustración, que comparten europeos y americanos. Ahí está la base de la comunidad de visiones y políticas que los han unido desde entonces y que, de una manera muy especial, se ha puesto de relieve durante la segunda mitad del siglo XX. Un periodo histórico durante el cual el factor fundamental de la seguridad colectiva de Europa ha sido, precisamente, la Alianza Atlántica”.

20 Véase a MUÑOZ-ALONSO Y LEDO, “El vínculo trasatlántico. Las relaciones...”, *op. cit.*, pág. 322.

21 La persistencia de la pena de muerte en 38 Estados de los EEUU, así como los tribunales militares de este país fueron los escollos más evidentes hacia la firma de los acuerdos. EEUU no parecía preparado para aceptar las excepciones que la UE pretendía introducir con el objetivo de evitar la extradición en los casos en los que esté prevista la

las minas antipersona; la misma actitud de EEUU ante el Tratado que aprobó la CPI y las presiones sobre otros Estados para bien evitar su ratificación, bien acordar bilateralmente la exención de los ciudadanos²²; la negativa a ratificar el compromiso de Kioto sobre emisión de gases contaminantes; la diferente actitud de Europa y EEUU ante los transgénicos, etc. Unido a ello además está la diferente visión que ambos tienen sobre el orden internacional.

Fue a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas de Nueva York, que conmocionaron al mundo, cuando se aceleraron los procedimientos de cooperación judicial y se reforzó la idea de facilitar que las diversas resoluciones dictadas en un proceso penal tuviesen efectos más allá de las fronteras del Estado en que dicha resolución había sido dictada. Esta tendencia a la flexibilización de las barreras entre las jurisdicciones de los distintos Estados llevó, entre otras cosas, a la iniciación de negociaciones entre la UE y los EEUU que concluyeron con dos Acuerdos internacionales por los que se pretendía perfeccionar o complementar las relaciones bilaterales ya existentes entre los distintos Estados miembros de la UE con EEUU, en materia de cooperación judicial, principalmente en asuntos penales.

Es así, que en junio de 2003, se firmaron en Washington dos Acuerdos entre la UE y los EEUU sobre Extradición y Asistencia Judicial en materia penal como dos acuerdos bilaterales entre dos entidades internacionales²³, pero con la importante particularidad de no introducir cuerpos normativos autónomos, sino que, de una manera más indirecta, pero no menos ambiciosa, se garantizase una regulación suficientemente homogénea y reforzada a través de la subsiguiente reforma de los tratados existentes entre cada uno de los Estados miembros de la UE y EEUU²⁴.

pena capital o bien fuesen de aplicación de procedimientos judiciales estadounidenses que no reuniesen las garantías percibidas como necesarias por la Europa comunitaria.

22 Sobre este particular, ver el tema 14, apartado 3.2.1, nota a pie de página número 26.

23 Señala DE JORGE MESAS, “El Acuerdo de extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América. La perspectiva del Consejo General del Poder Judicial”, en <http://www.cienciaspenales.net>, en relación con la naturaleza jurídica del Acuerdo que se trata de un convenio internacional, celebrado al amparo del artículo 24 del Tratado de la Unión Europea, y por lo tanto encuadrado entre las normas jurídicas de la UE propias del segundo pilar, pero que de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Convenio, las partes contratantes son la Unión Europea y los Estados Unidos de América, por tanto, no se articula como un convenio multilateral, sino como un convenio bilateral con dos partes.

24 LUJOSA VADELL, “Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de

Estos Acuerdos no se aplican de manera inmediata sino que deberán tenerse en cuenta al aplicar los tratados bilaterales de extradición y asistencia judicial existentes ya entre cada uno de los Estados miembros de la UE y EEUU.

En definitiva, estos dos Acuerdos establecen un marco genérico con unos mínimos mejorado en los aspectos más importantes de la cooperación judicial internacional en materia penal. Estos mínimos deberán servir de punto de partida para la actualización de los diversos tratados que ya están en vigor entre los Estados miembros de la UE y EEUU. En definitiva, los acuerdos complementan los acuerdos bilaterales entre EEUU y Estados miembros de la UE y suponen un valor añadido en relación con dichos acuerdos bilaterales. Los acuerdos establecen las garantías necesarias para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y respetan los principios constitucionales de los Estados miembros.

En ambos textos se declara que el punto de partida es el deseo de una mayor facilitación de cooperación como vía para una superior eficacia de la lucha contra la delincuencia, siempre teniendo presentes las garantías constitucionales relativas al derecho a un juicio justo.

El Parlamento Europeo en la Recomendación que efectuó sobre los Acuerdos UE-EEUU en materia de extradición y cooperación judicial en el ámbito penal²⁵ puso de manifiesto que estos primeros acuerdos significarían un importante avance político, como mínimo en tres aspectos:

- 1) En la eficacia de la lucha contra la delincuencia internacional, ya que cubrirían dos importantes zonas del mundo como son Europa y EEUU y abrirían, por consiguiente, el camino hacia otros acuerdos similares con otros países como Rusia, reforzando asimismo indirectamente la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional;
- 2) En el refuerzo del espacio judicial europeo, ya que la aplicación de los acuerdos obligaría a los Estados miembros, y pronto a los países candidatos, a estrechar sus vínculos y su cooperación, aplicando, en primer lugar entre ellos mismos, los convenios europeos firmados, pero todavía no ratificados, y que sirven de base para los acuerdos con los EEUU. Además, la obligación de

América sobre extradición y asistencia judicial en materia penal”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004, pág. 2.

²⁵ Recomendación del Parlamento Europeo sobre los acuerdos UE-EEUU en materia de extradición y de cooperación judicial en el ámbito penal (2003/2003 (INI)). A5-0172/2003.

respetar las obligaciones internacionales debería llevar de una vez por todas a los Estados miembros a reglamentar de manera menos caótica y aleatoria las disposiciones en materia de protección de datos;

3) En el refuerzo de las garantías de los acusados, en la medida en que estos acuerdos confirman las garantías recogidas ya en los acuerdos bilaterales de los Estados miembros de la UE con los EEUU, añadiéndoles las garantías que se derivan de la legislación europea.

Por lo que se refiere a los aspectos jurídicos e institucionales, el Parlamento Europeo recomienda²⁶ que todos los acuerdos hagan referencia al artículo 6 del TUE, así como a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, de forma que sus disposiciones sean vinculantes: por una parte, porque la UE no podría negociar legítimamente más allá de las competencias que le otorga y de las obligaciones que le impone su Tratado constitutivo y, por otra, por razones de buena fe hacia los EEUU, que, al no ser parte de la Convención Europea ni participar en los mecanismos de control, no deben verse sorprendidos por las obligaciones que se derivan de los mismos para la UE.

El Parlamento considera esencial que estos acuerdos se conviertan también en el marco transparente de colaboración entre Europa y los EEUU, tanto para los organismos europeos como para EUROPOL, EUROJUST y la OLAF, y pide la creación de comisiones mixtas de seguimiento, también a nivel parlamentario, con objeto de evitar cualquier posible conflicto de interpretación así como problemas de aplicación.

2.2.1. Acuerdos de extradición y ayuda judicial mutua en materia penal entre la UE y EEUU

De acuerdo a el artículo 24²⁷ del TUE y también del mismo Tratado el artículo

²⁶ Recomendación del Parlamento Europeo sobre los acuerdos UE-EEUU en materia de extradición y de cooperación judicial en el ámbito penal (2003/2003 (INI)). A5-0172/2003.

²⁷ Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 24 del 12 de 2002 (C 325/5). En dicho artículo se indica: “1. Cuando para llevar a la práctica el presente título sea necesario celebrar un acuerdo con uno o varios Estados u organizaciones internacionales, el Consejo, podrá autorizar a la Presidencia, en su caso asistida por la Comisión, a entablar negociaciones a tal efecto. El Consejo celebrará dichos acuerdos basándose en una recomendación de la Presidencia. 2. El Consejo decidirá por unanimidad cuando el acuerdo se refiera a una cuestión en la que se requiera la unanimidad para la adopción de decisiones internas. 3. Cuando el acuerdo tenga como finalidad aplicar una acción común o una posición común,

38²⁸, el Consejo de la UE, el 26 de abril de 2002, decidió autorizar a la Presidencia, asistida por la Comisión, a entablar negociaciones con los EEUU, y la Presidencia negoció dos Acuerdos de Cooperación Internacional en materia penal, uno sobre Asistencia Judicial y otro sobre Extradición. Ambos Acuerdos fueron firmados en Washington el 25 de junio de 2003²⁹.

Los Acuerdos se firmaron en nombre de la UE, sin perjuicio de su posterior celebración. Así, en el artículo 3.2 de ambos Acuerdos se prevé el intercambio de instrumentos escritos entre los EEUU y los Estados miembros de la UE sobre la aplicación de los tratados bilaterales. En el apartado tercero del artículo 3 del Acuerdo sobre Asistencia Judicial se recoge una obligación semejante para los Estados miembros que no han celebrado tratado alguno de asistencia judicial con los EEUU. Para dar efectividad a todo ello, los Estados miembros deberán coordinar su actuación en el seno del Consejo con vistas a establecer dichos instrumentos escritos.

La adopción de un acuerdo en materia de asistencia judicial y cooperación en la lucha contra el terrorismo entre la UE y los EEUU fue una de las conclusiones del Plan de Acción de la UE en el Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001. De esta forma, los ministros de Justicia e Interior aprobaron en mayo de 2002 el mandato por el cual la Presidencia negociaría ambos acuerdos de extradición y cooperación judicial con los EEUU. Finalmente, en el Consejo de 6 de junio de 2003 los Estados miembros de la UE tras un largo periodo de negociación, dieron su aprobación formal a sendos Acuerdos³⁰.

el Consejo decidirá por mayoría cualificada de conformidad con el apartado 2 del artículo 23. 4: Lo dispuesto en el presente artículo será también aplicable a las materias incluidas en el título VI. Cuando el acuerdo se refiera a una cuestión en la que se requiera la mayoría cualificada para la adopción de decisiones o de medidas internas, el Consejo decidirá por mayoría cualificada de conformidad con el apartado 3 del artículo 34. 5. Ningún acuerdo será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento constitucional; los restantes miembros del Consejo podrán acordar, no obstante, que el acuerdo se les aplique provisionalmente”.

28 En dicho artículo se manifiesta que: “Los acuerdos a que se refiere el artículo 24 podrán tratar sobre materias incluidas en el presente título” (Título VI: Disposiciones relativas a la cooperación judicial y policial en materia penal).

29 DO L 181, de 19 de julio de 2003, págs. 27 y 34, respectivamente.

30 El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior lanzó la idea de negociar un acuerdo entre los Estados Unidos y la Unión Europea en su reunión extraordinaria de 20 de septiembre de 2001, inmediatamente después de los atentados perpetrados el 11 de septiem-

Como veremos más detalladamente al comentar el articulado del Acuerdo de Extradición, éste pretende profundizar en la cooperación y hacer más eficaz la lucha contra la delincuencia. Entre los aspectos más importantes que podemos extraer hay que resaltar que reglamenta la identificación de los hechos que dan lugar a la extradición; las relaciones entre los convenios bilaterales de extradición y éste multilateral; las formalidades a seguir en las solicitudes de extradición; la transmisión de documentos; la petición de arresto provisional, de traslado temporal; el orden de prelación entre las peticiones de extradición y entrega; los motivos de denegación, así como la cláusula de aplicación territorial, de gran importancia para España por su no aplicación automática a Gibraltar. Una de las novedades que incorpora dicho Acuerdo hace referencia a la posibilidad de además de utilizar la vía diplomática, a raíz de una detención preventiva, la posibilidad de presentar la solicitud y los documentos en la Embajada del Estado requerido ante el Estado requirente.

Por otro lado, el Acuerdo de asistencia judicial entre la UE y los EEUU no deroga los convenios bilaterales existentes entre cada uno de los Estados Miembros de la UE con los EEUU, sino que complementa o sustituye sus disposiciones en aplicación de la cláusula convencional más favorable. Por ello, en su artículo 3.2 el propio Acuerdo prevé para hacer posible su aplicación, la negociación de unos instrumentos bilaterales en los que se determine la forma en que se va a aplicar cada una de las disposiciones del Acuerdo.

Ha sido en virtud del artículo 3.2 del Acuerdo de Asistencia Judicial entre los Estados Unidos de América y la UE, sobre la aplicación del Tratado de Asistencia Jurídica mutua en materia penal entre los Estados Unidos de América y el Reino de España, firmado el 20 de noviembre de 1990, hecho ad referendum en Madrid el 17 de diciembre de 2004, por el que se ha firmado un Instrumento³¹. Así, con el fin de poner en práctica el Acuerdo de

bre. El Consejo mostró su acuerdo con el principio de proponer a los Estados Unidos la negociación de un acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos, sobre la base del artículo 38 del Tratado UE, en el ámbito de la cooperación penal en materia de terrorismo. Dicha disposición refrendada al día siguiente por el Consejo Europeo, suscitó el interés de los Estados Unidos y fue objeto de un intercambio de cartas entre el Presidente Bush y Guy Verhofstadt y de una nueva toma de posición por parte del Consejo en su reunión de 20 de octubre de Gante. Véase los antecedentes de la aprobación de los Acuerdos en el Informe que contiene una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo al Consejo sobre los acuerdos UE-EEUU en materia de cooperación judicial penal y de extradición (2003/2003 (INI) A5-0172//200.

31 Publicado en el BOE de 26 de enero de 2010.

asistencia judicial UE-EEUU, el anexo recoge el texto integrado de las disposiciones del Tratado de asistencia jurídica mutua de 1990 y del Acuerdo de asistencia judicial UE-EEUU que se aplicará cuando entre en vigor este Instrumento. El mismo estará sujeto a la conclusión por los Estados Unidos de América y el Reino de España de sus procedimientos internos para la entrada en vigor. Este instrumento entrará en vigor en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de asistencia judicial UE-EEUU. En el caso de denuncia del Acuerdo de Asistencia judicial, este Instrumento se dará por terminado y deberá aplicarse el Tratado de asistencia jurídica mutua de 1990. No obstante, los gobiernos de los Estados Unidos de América y el Reino de España pueden acordar que se sigan aplicando algunas o todas las disposiciones de este Instrumento.

a) Acuerdo de asistencia judicial entre la UE y los EEUU, hecho en Washington el 25 de junio de 2003

Dicho Acuerdo consta de preámbulo, dieciocho artículos y una nota explicativa.

En el preámbulo, las Partes manifiestan su deseo de celebrar un Acuerdo de asistencia judicial que facilite la cooperación de los Estados miembros de la UE y los EEUU con la finalidad de luchar de manera más eficaz contra la delincuencia como medio para proteger sus sociedades democráticas respectivas y valores comunes.

En el artículo 1 que hace referencia al objeto y fines, se prevé que las Partes Contratantes se comprometen, de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo, a disponer mejoras de la cooperación en el marco de la asistencia judicial.

En el artículo 2, a los efectos de la aplicación del Acuerdo, se contiene las definiciones de una serie de términos, como son el significado de “Partes contratantes” y “Estados Miembros”.

En el artículo 3 se establecen las condiciones de aplicación de los artículos 4 a 10 del Acuerdo en relación con los tratados bilaterales de asistencia judicial entre los Estados miembros de la UE y los EEUU, vigentes en el momento de la entrada en vigor de dicho Acuerdo o en ausencia de éstos.

La UE garantizará, con arreglo al TUE, que cada Estado miembro determine mediante instrumento escrito entre el Estado miembro y los EEUU la forma en que, de conformidad con lo previsto en el artículo 3, se aplicará su tratado bilateral de asistencia judicial vigente con los EEUU y se asegurará de que los nuevos Estados miembros que se adhieran a la UE después de la

entrada en vigor del presente Acuerdo y que tengan tratados bilaterales de asistencia judicial con los EEUU adopten esas mismas medidas.

En el artículo 4 del Acuerdo (identificación de información bancaria) se dispone que a solicitud del Estado requirente el Estado requerido comprobará sin demora, conforme a las condiciones establecidas en el presente artículo, si los bancos situados en su territorio poseen información sobre si una persona física o jurídica sospechosa o acusada de una infracción penal es titular de una o varias cuentas bancarias. El Estado requerido comunicará sin demora los resultados de su investigación al Estado requirente. Estas mismas acciones podrán realizarse también con vistas a la identificación de: a) la información relativa a personas físicas o jurídicas condenadas o implicadas en un delito; b) la información poseída por entidades financieras no bancarias, o c) las transacciones financieras no relacionadas con las cuentas.

Las solicitudes de asistencia judicial se transmitirán entre las autoridades centrales responsables de la asistencia judicial de los Estados miembros, o entre las autoridades nacionales de los Estados miembros responsables de la investigación y persecución de infracciones penales y las autoridades nacionales de los EEUU responsables de la investigación o persecución de infracciones penales que hayan sido designadas conforme al presente Acuerdo.

Además, en el mismo artículo 4 se prevé que la asistencia en relación con la identificación de información bancaria no podrá denegarse por motivos de secreto bancario, pero sí podrá aplicarse el criterio general de la doble tipificación o podrá limitarse la asistencia a aquellos delitos para los que se prevé pena de privación de libertad o medida de seguridad de al menos cuatro años en el Estado requirente y de al menos dos años en el Estado requerido, o limitarse a una serie de delitos graves especificados concretamente que sean punibles tanto en el Estado requirente como en el Estado requerido. En los dos últimos casos debe garantizarse como mínima la aplicación de estas disposiciones a los delitos relacionados con la actividad terrorista y el blanqueo de productos generados por una amplia serie de actividades delictivas graves punibles en ambos Estados. El Estado requerido responderá a una solicitud de información relativa a las cuentas o transacciones identificadas en virtud del presente artículo, de conformidad con las disposiciones del tratado de asistencia judicial aplicable que esté en vigor entre los Estados interesados o, en su defecto, de conformidad con los requisitos que establezca su legislación nacional.

En el artículo 5 del Acuerdo se prevé la posibilidad de que las Partes Con-

tratantes adopten las medidas necesarias para crear equipos conjuntos de investigación que operen en los respectivos territorios de cada Estado miembro y los EEUU. En cuanto a los procedimientos con arreglo a los cuales funcionará el equipo, su composición, duración, localización, organización, funciones, objetivo y las reglas de participación de los miembros del equipo de un Estado en actividades de investigación que tienen lugar en territorio de otro Estado, se ajustarán a lo acordado entre las autoridades competentes que sean responsables de la investigación o persecución de las infracciones penales, conforme a la designación realizada por los Estados interesados respectivos.

En estos casos, como excepción a las vías ordinarias de asistencia judicial, las circunstancias en las que se desarrolla esta actuación conjunta hace imprescindible permitir la comunicación directa entre las autoridades competentes de los Estados implicados, aunque se prevé que en casos de complejidad excepcional se puedan acordar cauces de comunicación adecuados para ello. En el desarrollo de la investigación conjunta, además, las medidas de investigación que deban adoptarse en uno de los Estados que componen el equipo podrán ser solicitadas por un miembro del Estado en que han de adoptarse tales medidas, sin necesidad de acudir a las vías formales de asistencia judicial. Como ha señalado la doctrina es otra peculiaridad de esta vía de cooperación que supone superar en estos casos concretos las rigideces tradicionales por las necesidades prácticas de eficacia en la cooperación³².

En el artículo 6, abriendo paso a las nuevas tecnologías en materia de asistencia judicial, las Partes se comprometen a tomar las medidas necesarias para permitir el uso de la tecnología de videoconferencia entre cada Estado miembro y los EEUU para tomar declaración, en un procedimiento en el que sea posible prestar asistencia judicial, a un testigo o perito que se encuentre en un Estado requerido. En la medida en que no se hayan especificado en dicho artículo 6, las normas que regularán este procedimiento serán las establecidas con arreglo al tratado de asistencia judicial aplicable que esté en vigor entre los Estados interesados o la legislación del Estado requerido. En concreto en el artículo 8 del tratado bilateral entre España y EEUU se regula los testimonios y pruebas en el Estado requerido y en los artículos 10 y 11 los traslados al Estado requirente, éste último en caso de personas detenidas³³.

32 Véase a LUJOSA VADELL, “Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América...”, op. cit., págs. 15 y 16.

33 En lo no previsto en el tratado bilateral hay que acudir a nuestra legislación interna, en este sentido, debemos acudir a lo previsto por la LO 14/1999, de 9 de junio, de

La aplicación del artículo 6 del Acuerdo tiene sólo validez para las declaraciones de testigos y peritos y no para la de los imputados, a diferencia de la regulación llevada a cabo por el Convenio entre los Estados miembros de la UE³⁴, que lo posibilita en el artículo 12.

En el artículo 7 se complementa lo contenido en los artículos 4 y 5 del tratado bilateral con España³⁵ relativos a la “Forma y Contenidos de la Solicitud” y a la “Ejecución de solicitudes”; así las solicitudes de asistencia judicial y las comunicaciones relacionadas con ellas podrán transmitirse mediante sistemas rápidos de comunicación, en particular por fax o correo electrónico, con la subsiguiente confirmación formal si así los solicita el Estado requerido. De esta forma, el Estado requerido podrá responder a la solicitud a través de cualquier sistema acelerado de comunicación.

Por su parte, en el artículo 8 del Acuerdo se incluye una norma sobre asistencia judicial a las autoridades administrativas que investiguen una conducta a efectos de la persecución penal de las mismas o para la remisión de los resultados de tal investigación al Ministerio Fiscal o a las autoridades judiciales de instrucción penal. Se trata, por tanto, de una cooperación entre autoridades judiciales y autoridades administrativas investigadoras, o incluso a otras autoridades administrativas, siempre y cuando se prevea la iniciación de un proceso penal o de la remisión al Ministerio Fiscal o a autoridades judiciales que dirijan la investigación penal. Se trata de la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de un Estado y directamente la policía de otro, sin necesidad de que en éste último se haya iniciado ya el proceso penal, aunque la investigación se dirija a poder iniciarlo en su día.

En el artículo 9 del Acuerdo, se establecen limitaciones prácticas destinadas a proteger datos personales y de otra índole. Se establecen, por tanto, limitaciones acerca de la utilización de los datos obtenidos a través de la asistencia judicial, se permite su utilización no sólo para las actuaciones penales

modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 448.III y 707.II LECrim), el artículo 4 de la LO 13/2003, de 24 de octubre, ha añadido nuevas disposiciones sobre esta materia en la LOPE (art. 229.3) y en la LECrim (art. 306.IV, 325 y 731 bis).

34 Hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (DO C 197, de 12 de julio de 2000, pág. 1) y declarado provisionalmente aplicable entre España y aquellos países que hayan emitido también una declaración de aplicabilidad provisional (BOE de 15 de octubre de 2003).

35 Tratado de Asistencia jurídica mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, Washington 20 de noviembre de 1990 (BOE 17/6/1993).

sino también, evidentemente atendiendo al artículo 8 anteriormente comentado, para las actuaciones administrativas relacionadas con investigaciones y actuaciones judiciales no penales³⁶. El Estado requerido procurará por todos los medios que tiene a su alcance mantener la confidencialidad de la solicitud y de su contenido si así lo solicita el Estado requirente. Si no puede ejecutarse la solicitud sin romper la confidencialidad, la autoridad central del Estado requerido informará de ello al Estado requirente, el cual determinará entonces si la solicitud debe ejecutarse a pesar de ello (art. 10 del Acuerdo).

Cuando sea necesario, las Partes Contratantes se consultarán para permitir que se haga el uso más eficaz posible de este Acuerdo, en particular para facilitar la resolución de cualquier diferencia relativa a su interpretación o su aplicación.

b) Acuerdo de extradición entre la UE y los EEUU, hecho en Washington el 25 de junio de 2003

Como decíamos anteriormente, con la finalidad de mejorar la cooperación en el contexto de las relaciones aplicables a la extradición entre los Estados miembros de la UE y los EEUU se firmó el Acuerdo de extradición entre la UE y EEUU el 25 de junio de 2003, en Washington. Dicho Acuerdo consta

36 El Proyecto de Acuerdo sobre asistencia mutua en materia judicial contenía disposiciones detalladas en materia de protección de datos, basadas en gran medida en el artículo 23 del Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a la asistencia mutua entre los Estados miembros de la UE en materia penal. Como se puso de manifiesto en el Informe que contiene una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo al Consejo sobre los acuerdos UE-EEUU en materia de cooperación judicial y de extradición (A5-0172/200), se trata de uno de los temas más delicados con respecto al cual, por una parte, la UE no ha terminado de definir normas comunes y, por otra, los EEUU sólo tienen en cuenta la protección de datos de sus propios ciudadanos. Por lo que se refiere a la UE, los principios aplicables son, en general, los establecidos en el Convenio del Consejo de Europa nº 108 de 1981, en la Recomendación de 1987 y en el artículo 23 del Convenio de 2000. Los artículos 27 y 28 del Convenio sobre la delincuencia en el ciberespacio (Budapest, 23 de noviembre de 2001) se podrían considerar asimismo textos de referencia. El Parlamento no puede por menos de lamentar la ausencia de criterios claros y homogéneos al respecto, tanto en la legislación de la UE como en los acuerdos bilaterales existentes. Ello dificulta en gran medida que, en caso de transmisión de datos, se verifique que éstos no se utilizan para fines que difieran de aquellos para los que han sido transmitidos o utilizados por autoridades distintas de las que los han solicitado. Se debería efectuar un análisis de las repercusiones de la reciente *Homeland security act* en la medida en que éste afecte a los datos transmitidos por la UE o sus agencias (EUROPOL/EUROJUST).

de preámbulo, veintidós artículos y una nota explicativa.

En cuanto al ámbito de aplicación territorial, el Acuerdo es aplicable a los EEUU y respecto de la UE, a los Estados miembros y a los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable un Estado miembro, o a países que no son Estados miembros y sobre cuyas relaciones exteriores tenga competencias un Estado miembro, cuando así se acuerde mediante Canje de Notas diplomáticas entre las Partes Contratantes, debidamente confirmado por el correspondiente Estado miembro.

En el Acuerdo se contiene la previsión de que alguna de sus normas se apliquen a falta de normas aplicables en los tratados bilaterales de extradición existentes, mientras que otros preceptos se superponen o modifican la de los tratados bilaterales.

Aunque a continuación pasaremos a desglosar y comentar los artículos concretos del Acuerdo, señalar que los acuerdos recogen disposiciones relativas a los hechos que darán lugar a extradición, la transmisión y autenticación de documentos, la pena capital, las solicitudes de extradición formuladas por varios Estados, y a la información sensible contenida en una solicitud. En este Acuerdo se recogen los principios clásicos de doble incriminación y límite mínimo punitivo, que es el de pena privativa de libertad cuyo límite máximo alcance un año de prisión. La vía de transmisión de las solicitudes de extradición y asistencia judicial es el canal diplomático.

En el artículo 3 se establecen las condiciones de aplicación de los artículos 4 a 14 del Acuerdo en relación con los tratados bilaterales de extradición entre los Estados miembros y los EEUU, vigentes en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo. La UE garantizará, con arreglo al TUE, que cada Estado miembro determine mediante instrumento escrito entre el Estado miembro y los EEUU la forma en que, de conformidad con lo dispuesto en el propio artículo 3, se aplicará su tratado bilateral de extradición vigente con los EEUU y asegurará que los nuevos Estados miembros que se adhieran a la UE después de la entrada en vigor del Acuerdo y que tengan tratados bilaterales de extradición con los EEUU adopten esas mismas medidas.

Es así, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 3.2 del Acuerdo de Extradición entre la UE y los EEUU³⁷ de 25 de junio de 2003, los gobiernos de

37 “a) La UE garantizará, con arreglo al TUE, que cada Estado miembro determine mediante instrumento escrito entre el Estado miembro y los EEUU la forma en que, de conformidad con lo previsto en el presente artículo, se aplicará su tratado bilateral de extradición vigente con los EEUU. b) La UE, con arreglo al TUE, se asegurará de que los

España y de los EEUU reconocieron que, de acuerdo con las disposiciones de este instrumento, el Acuerdo de Extradición UE-EEUU se aplicase en relación con el Tratado bilateral de Extradición entre España y los EEUU de 29 de mayo de 1970, Tratado Suplementario de Extradición de 25 de enero de 1975, Segundo Tratado Suplementario de Extradición de 9 de febrero de 1988 y Tercer Tratado Suplementario de Extradición de 12 de marzo de 1996, respectivamente.

En el artículo 4 del Acuerdo, en relación con los hechos que dan lugar a la extradición, se indica que un delito dará lugar a extradición si fuere punible de acuerdo con la ley del Estado requirente y del Estado requerido con una pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de más de un año o con una pena más grave y cuando se trate de la tentativa y de la conspiración para cometerlo o cualquier otra forma de participación en su comisión. Esto supone, por tanto, la aplicación del principio de doble incriminación en las relaciones entre los Estados de la UE y los EEUU. La regulación del artículo 4 del Acuerdo deberá aplicarse en lugar de las listas de infracciones específicas que puedan estar contenidas en los tratados bilaterales tal y como se establece en el artículo 3.1 del Acuerdo de Extradición.

Por otro lado, no es ninguna novedad, porque ya se recogía en el artículo 2 del tratado bilateral entre España y EEUU³⁸, que también sea aplicable la extradición respecto a la tentativa y la conspiración para cometer esos delitos, ni la aplicación a cualquier forma de participación en ellos. Además, tampoco es novedad el mantener, como límite mínimo para la extradición de personas condenadas por delitos que puedan dar lugar a extradición, el de al menos cuatro meses por terminar de cumplir la condena.

En el artículo 4 del Acuerdo se mantiene una norma específica de inclusión de los delitos atribuidos a la jurisdicción federal estadounidense por

nuevos Estados miembros se adhieran a la UE después de la entrada en vigor del presente Acuerdo y que tengan tratados bilaterales de extradición con los EEUU adopten las medidas indicadas en la letra a). c) Las Partes Contratantes procurarán concluir el procedimiento indicado en la letra b) antes de la fecha prevista de adhesión de un nuevo Estado miembro, o posteriormente lo antes posible. La UE notificará a los EEUU la fecha de adhesión de los nuevos Estados miembros”.

38 En el artículo 2 apartado B) se especifica que “la extradición será también concedida por la participación en los delitos mencionados, no sólo como autor o cómplice, sino también como encubridor, así como por la tentativa y conspiración para cometerlos, siempre que resulte punible por ambas legislaciones con una privación de libertad superior a un año”.

demostrarse la existencia de un transporte entre Estados o la utilización de correos u otros servicios interestatales, y se incluyen también en el ámbito de la extradición aquellos delitos especificados en la solicitud, incluso penados con pena privativa de libertad inferior a un año, cuando se conceda la extradición por otro delito que directamente dé lugar a ella.

Finalmente, en el artículo 4.4 del Acuerdo se prevé una norma aplicable a los delitos cometidos fuera del territorio del Estado requirente, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos aplicables, si la legislación del Estado requerido prevé que se castigue un delito cometido fuera de su territorio en circunstancias similares. Si la legislación del Estado requerido no prevé que se castigue un delito cometido fuera de su territorio en circunstancias similares, la autoridad ejecutiva del Estado requerido podrá, a su discreción, conceder la extradición siempre que se cumplan todos los demás requisitos aplicables para la misma.

Es cierto, como ha señalado la doctrina, que llama la atención, en comparación con otros textos internacionales dedicados a la cooperación judicial en materia penal, la ausencia en este Acuerdo de normas materiales relativas a supuestos de suspensión o denegación de la extradición, que suelen completar con una delimitación negativa el ámbito material de aplicación de esta institución³⁹.

No obstante, se deja a la regulación mediante acuerdos bilaterales de los diferentes países los supuestos en los que podrá denegarse la extradición puesto que, tal y como se desprende del artículo 17.1 del Acuerdo, no se impide que en los tratados bilaterales entre los Estados miembros de la UE y los EEUU se prevean normas como las del artículo 5 del tratado bilateral con España⁴⁰, por lo que no se garantiza con alcance europeo una regulación míni-

39 Véase a LUJOSA VADELL, “Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición...”, op. cit., pág. 5, quien señala que “ni siquiera la referencia al artículo 14 a supuestos en que esté implicada información sensible puede traerse a colación en este punto, pues se refiere simplemente a la previsión de garantías para la transmisión de esta información por el estado requirente para reforzar su solicitud de extradición. Por ello, se plantea un posible talón de Aquiles ante la nueva regulación”.

40 Se indica en el artículo 5, apartado A) que “no se concederá la extradición en ninguna de las circunstancias siguientes:

1. Cuando la persona reclamada sea objeto de proceso o haya sido ya juzgada en el territorio de la Parte requerida por el delito por el cual se pide la extradición.
2. Cuando la persona reclamada haya sido juzgada y absuelta en un tercer Estado

mamente unificada al respecto quedando, en definitiva, bastante incompleta la regulación. La concreción de importantes aspectos decisivos para la concesión o no de la extradición, como es el efecto de cosa juzgada, la prescripción, la definición del “delito político” o “delito estrictamente militar”, etc, queda a la suerte de la regulación por los tratados bilaterales. Únicamente en el apartado 2 del artículo 17 del Acuerdo se hace referencia a los supuestos en que los principios constitucionales o una sentencia firme del Estado requerido pudieran constituir un impedimento para el cumplimiento de la obligación de proceder a la extradición, pero ni en el Acuerdo ni en el tratado bilateral aplicable se contempla una solución de la cuestión, estableciéndose en estos casos la realización de consultas entre ambos Estados para una solución *ad casum*⁴¹.

Por su parte, en los artículos 5 a 8 se contienen una serie de previsiones relativas a la transmisión y autenticación de documentos, la transmisión de documentos con vistas a una detención preventiva y a raíz de una detención preventiva y la información complementaria. Así, el Acuerdo de la UE con EEUU sigue basándose en las fórmulas tradicionales, es decir, la vía diplomática, incluso para la transmisión de documentos a raíz de una detención preventiva, aunque en este último supuesto se permite la opción de la relación directa entre los Ministerios de los Estados requirente y requerido, o los servicios ofrecidos por INTERPOL. De acuerdo al artículo 11 del tratado bilateral entre EEUU y España, el contenido sería el mismo que el establecido en el Acuerdo aunque se establece de manera mucho más pormenorizada⁴².

por el delito por el cual se solicita la extradición o haya cumplido la correspondiente pena.

3. Cuando la acción penal o la pena hayan prescrito según las leyes de cualquiera de las dos Partes.

4. Cuando el delito por el que se pide la extradición se considere por la Parte requerida como un delito de carácter político o haya razones fundadas para creer que el requerimiento de extradición ha sido hecho con el propósito de perseguir o castigar a una persona por un delito del referido carácter. Si surgiera alguna duda respecto a si un caso cae o no dentro de las disposiciones de este apartado, decidirán las autoridades del Gobierno de la Parte requerida.

5. Cuando el delito sea estrictamente militar”.

41 LUJOSA VADELL, “Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición...”, op. cit., págs. 5 y 6.

42 Se especifica en el artículo 11 que: “A) En casos de urgencia, cualquiera de las Partes Contratantes podrá solicitar de la otra Parte la detención provisional de la persona

Sin embargo, para los Estados miembros de la UE tras la aprobación de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁴³, ha supuesto la aplicación concreta del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y favorece la relación directa entre autoridades judiciales.

En el artículo 9 se prevé que si se concediera la extradición de una persona contra la que se sigue un proceso o estuviere cumpliendo condena en el Estado requerido, este Estado podrá entregar temporalmente a dicha persona al Estado requirente para su persecución judicial⁴⁴. La persona así entregada permanecerá en custodia en el Estado requirente y será devuelta al Estado requerido una vez concluya el proceso que se sigue contra ella, de conformidad con las condiciones que determinen de mutuo acuerdo ambos Estados. El tiempo de detención cumplido en el territorio del Estado requirente a la espera de que concluya el proceso en el mismo podrá deducirse del tiempo de condena que quede por cumplir en el Estado requerido. No se prevé en el Acuerdo norma alguna que permita la posposición del procedimiento de extradición por parte del Estado requerido en los mismos supuestos en que se permite el traslado temporal. Por tanto, serán los Estados miembros los que establezcan en los tratados bilaterales normas a este respecto, al igual que ha hecho España con EEUU en el acuerdo bilateral (artículo 8.B)⁴⁵.

reclamada, en espera de la presentación del requerimiento de extradición, a través de la vía diplomática. Ésta solicitud podrá se hecha, además de a través de la vía diplomática, por comunicación directa entre los respectivos Ministerios de Justicia. B) Esta solicitud deberá contener la descripción de la persona reclamada, la indicación de la intención de solicitar la extradición de dicha persona, la declaración de la existencia de una orden de arresto o la declaración de culpabilidad o sentencia contra dicha persona y cualquier otra información que pueda ser exigida por la Parte requerida. C) Al recibir una solicitud de esta naturaleza, la Parte requerida tomará las medidas adecuadas para asegurar la detención de la persona reclamada. D) La persona detenida en virtud de esta solicitud será puesta en libertad si después de transcurridos treinta días desde su detención no se ha recibido la solicitud de extradición acompañada de los documentos especificados en el artículo 10. Sin embargo, esta disposición no impedirá la iniciación de un procedimiento dirigido a la extradición del reclamado, si la petición se recibe posteriormente”.

43 DO L 190, de 18 de julio de 2002.

44 Son supuestos diferentes los del traslado temporal y la extradición en tránsito que regula el artículo 12 del Acuerdo de Extradición.

45 Se indica en dicho artículo apartado B) que: “el Estado requerido puede pospo-

En el artículo 10 se regula el supuesto de las solicitudes de extradición formuladas por varios Estados estableciendo, como regla general, que si el Estado requerido recibe solicitudes del Estado requirente y de uno o varios otros Estados para la extradición de la misma persona, ya sea por el mismo delito o por delitos distintos, la autoridad ejecutiva del Estado requerido deberá determinar a qué Estados entregará, si procede, la persona. En el supuesto de que el Estado requerido reciba una solicitud de extradición de los EEUU y una solicitud de entrega en virtud de una orden europea de detención respecto de la misma persona, ya sea por el mismo delito o por delitos distintos, la autoridad competente del Estado miembro requerido determinará a qué Estado entregará, si procede, la persona reclamada. Esta norma completa lo establecido en el artículo 16 de la Decisión marco, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, donde se regula únicamente la concurrencia de órdenes de entrega⁴⁶.

En este mismo artículo del Acuerdo sólo se contienen reglas aplicables en caso de concurrencia de peticiones de extradición procedentes de Estados, pero no, por tanto, las que procedan de un tribunal con jurisdicción internacional. Por ello, el Acuerdo no interfiere en las obligaciones asumidas por los Estados miembros respecto de la CPI y es que EEUU rechaza la jurisdicción de esta Corte sobre sus ciudadanos⁴⁷.

En el artículo 11 se prevé que, si la persona reclamada consistente en su entrega al Estado requirente, el Estado requerido, de acuerdo con los principios y procedimientos establecidos en su ordenamiento jurídico interno, podrá entregar a esta persona al Estado requirente lo antes posible y sin más trámites. El consentimiento de la persona reclamada podrá incluir la renuncia a la aplicación del principio de especialidad.

En el artículo 12 se trata del tránsito por el territorio de las Partes de

ner el procedimiento de extradición contra la persona que estuviere siendo sometida a enjuiciamiento o que esté cumpliendo condena en dicho Estado. El aplazamiento puede continuar hasta que haya concluido el procedimiento penal y se haya cumplido cualquier sentencia”.

⁴⁶ Ver tema 10 referido a la Orden de Detención Europea (Módulo IV).

⁴⁷ En la nota explicativa sobre el Acuerdo de Extradición que refleja la interpretación común sobre la aplicación de determinadas disposiciones de dicho Acuerdo manifiesta en relación con el artículo 10 que este artículo no pretende afectar a las obligaciones de los Estados que son Partes en el Estatuto de Roma de la CPI ni a los derechos de los EEUU como no Parte en lo que respecta a la CPI.

una persona entregada, del procedimiento a seguir y de los casos en que la autorización del Estado de tránsito no es precisa. La extradición en tránsito no está regulada en el Tratado bilateral entre España y EEUU por lo que de acuerdo al artículo 3.1.i) se aplicará la regulación establecida en el Acuerdo de extradición entre los Estados miembros y EEUU.

La vía para transmitir la solicitud de tránsito será bien la diplomática, directamente entre los respectivos Ministerios o Departamentos de Justicia, o a través de INTERPOL. Se equipara por tanto a la transmisión de solicitudes de detención preventiva. En cuanto al contenido de la solicitud, ésta deberá contener una descripción de la persona transportada, así como una breve exposición de los hechos que se le imputan. Durante el tránsito la persona continuará detenida⁴⁸.

No se requerirá autorización cuando se utilice el transporte aéreo y no esté programado ningún aterrizaje en el territorio del Estado de tránsito. Pero si tiene que aterrizar de forma imprevista, el Estado en que tenga lugar el aterrizaje podrá exigir una solicitud de tránsito de conformidad con lo expuesto anteriormente. Finalmente, se establece en el artículo 12 del Acuerdo, que para evitar la fuga de la persona hasta que se efectúe el tránsito se deberán adoptar todas las medidas necesarias, siempre que la solicitud de tránsito se reciba en un plazo de 96 horas desde el aterrizaje no programado.

En el artículo 13 se establece que cuando el delito por el que se solicita la extradición pueda ser castigado con la pena de muerte, según la legislación del Estado requirente, y no sea punible con la pena de muerte con arreglo a la legislación del Estado requerido, éste podrá conceder la extradición con la condición de que no se imponga la pena de muerte a la persona en cuestión. Si por motivos de procedimiento el Estado requirente no puede cumplir dicha condición, el Estado requerido podrá conceder la extradición con la condición consistente en que, de imponerse la pena de muerte, la misma no se ejecutará. Si el Estado requirente no acepta las condiciones señaladas podrá denegarse la solicitud de extradición.

La postura de España ante estos delitos que puedan ser castigados con la pena de muerte en la parte requirente ha sido siempre firme, no dejando

48 Atendiendo a lo establecido en el artículo 25, apartado 4, de la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega, no se aplica esta exigencia cuando se utilice el transporte aéreo y no se prevean escalas en el territorio del Estado de tránsito.

abierta la posibilidad de poder o no conceder la extradición en estos casos⁴⁹. Por ello, España formuló una Declaración a este artículo imponiendo la obligatoriedad de denegar la extradición en estos casos, salvo que la parte requirente ofrezca garantías suficientes a juicio de la parte requerida, de que no impondrán la pena de muerte o de que si se impone no será ejecutada. En la Declaración, España especificó la obligación de denegar la entrega si no se dan las citadas garantías.

En el artículo 14 se regula el supuesto en que una solicitud de extradición requiera la transmisión de información sensible y en el artículo 15 se indica que, cuando sea necesario, las Partes se consultarán para permitir que se haga el uso más eficaz posible del Acuerdo consultado, en particular para facilitar la resolución de cualquier diferencia relativa a su interpretación o aplicación.

En el artículo 16 se dispone que el Acuerdo se aplicará a los delitos cometidos tanto antes como después de su entrada en vigor y a las solicitudes de extradición formuladas después de su entrada en vigor. No obstante, lo previsto en los artículos 4 (hechos que dan lugar a extradición) y 9 (traslado temporal) será de aplicación a las solicitudes que estén pendientes en un Estado requerido en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo.

En el artículo 17 se prevé que el Acuerdo no impedirá que el Estado requerido aduzca motivos de denegación de una solicitud de extradición relacionados con materias no regidas en el mismo pero contempladas en el tratado bilateral de extradición vigente entre un Estado miembro y los EEUU. Si los principios constitucionales del Estado requerido, o una sentencia firme, pudieran constituir impedimento para el cumplimiento de la obligación de proceder a la extradición ni el Acuerdo consultado o el tratado bilateral de extradición aplicable contemplan una solución al respecto, se celebrarán consultas entre el Estado requirente y el Estado requerido.

En el artículo 18 se dispone que el Acuerdo sometido a consulta no será obstáculo para que, tras su entrada en vigor, se celebren acuerdos bilaterales congruentes con aquél entre un Estado miembro y los EEUU.

Por último, los artículos 19 a 22 tratan, respectivamente, de la designa-

⁴⁹ No sólo la postura de España ha sido firme a este respecto, también por ejemplo Gran Bretaña ha sido tajante, es así que en el Caso Soering contra el Reino Unido (STE-DH de 7 de julio de 1989, se afirmó que la decisión ministerial británica de extraditar al demandante a los EEUU violaría el artículo 3 del Convenio de Roma (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”), en caso de ser ejecutada.

ción y notificación, la aplicación territorial del Acuerdo, su revisión y su entrada en vigor y denuncia.

Y ya sólo nos resta para concluir decir que en el supuesto de que cualquiera de las medidas contempladas en el Acuerdo cree una dificultad operativa a uno o varios Estados miembros de la UE o a los EEUU, la dificultad deberá resolverse en primer lugar, si es posible, mediante consultas entre el Estado o Estados miembros afectados y los EEUU, o, si resulta adecuado, mediante los procedimientos de consulta establecidos en el Acuerdo. En el supuesto de que no sea posible resolver la dificultad operativa únicamente mediante consultas, será conforme con el Acuerdo que los futuros acuerdos bilaterales entre el Estado o Estados miembros y los EEUU contemplen un mecanismo alternativo operativamente viable que satisfaga los objetivos de la disposición específica respecto a la que haya surgido la dificultad⁵⁰.

2.3. Acuerdo entre la UE y la República de Islandia y el reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, entre los estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000, y del protocolo al mismo, de 2001

Con la finalidad de mejorar la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE e Islandia y Noruega, sin perjuicio de las normas que protegen las libertades individuales, se celebró el 19 de diciembre de 2003 un acuerdo entre la UE y dichos Estados⁵¹.

Tal y como se establece en el Preámbulo de dicho Acuerdo, teniendo en cuenta que las relaciones actuales entre las Partes contratantes requieren una estrecha colaboración en la lucha contra la delincuencia y mostrando el interés común de las Partes contratantes por garantizar que la asistencia judicial entre los Estados miembros de la UE e Islandia y Noruega se lleve a cabo con rapidez y eficacia, de forma compatible con los principios fundamentales de sus respectivos derechos internos y respetando los derechos individuales y los principios contenidos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, manifestando su confianza en la estructura y el funcionamiento de sus respectivos sistemas jurídicos y en la capacidad de las Partes contratantes para garantizar un juicio justo, han decidido complementar el

50 Véase la nota explicativa sobre el Acuerdo de Extradición.

51 Publicado en DO L 26 de 29.1 2004, p. 3-9.

Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959, y otros Convenios vigentes en este ámbito, mediante el referenciado Acuerdo.

Las disposiciones contenidas en el Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y en los otros Convenios vigentes siguen siendo de aplicación a todas aquellas cuestiones que no se contemplen en el citado Acuerdo.

En cuanto al contenido del Acuerdo éste regula la asistencia judicial en materia penal, basada en los principios del Convenio de 20 de abril de 1959. Teniendo en cuenta que en el apartado 1 del artículo 2 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000, y en el artículo 15 de su Protocolo de 16 de octubre de 2001 se determinan las disposiciones que constituyen medidas que desarrollan el acervo Schengen y que, por consiguiente, han sido aceptadas por Islandia y Noruega en virtud de sus obligaciones en el marco del Acuerdo de 18 de mayo de 1999 celebrado por el Consejo de la UE con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen y considerando que Islandia y Noruega han expresado su deseo de celebrar un acuerdo que les permita aplicar también las demás disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, de 2000, y del Protocolo al mismo, de 2001, en sus relaciones con los Estados miembros de la UE, el 19 de diciembre de 2003 se firmó el Acuerdo que estamos comentando.

El Acuerdo consta de un Preámbulo, diez artículos y dos Anexos.

En el primero de los artículos se indica que sin perjuicio de dicho Acuerdo, el contenido de los arts. 4, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 25 y 26, así como los arts. 1 y 24 en la medida en que estos últimos pueden afectar a alguno de los anteriores, del Convenio de 29 de mayo de 2000, celebrado por el Consejo de la UE de conformidad con el artículo 34 del TUE, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, será de aplicación tanto en las relaciones entre la República de Islandia y el Reino de Noruega como en las relaciones entre cada uno de estos Estados y los Estados miembros de la UE.

También las disposiciones contenidas en los arts. 1, apartado 1 a 5, artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11 y 12, del Protocolo de 16 de octubre de 2001, celebrado por el Consejo de la UE de conformidad con el artículo 34 del TUE, del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, serán de aplicación tanto en las relaciones entre la Repú-

blica de Islandia y el Reino de Noruega como en las relaciones entre cada uno de estos Estados y los Estados miembros de la UE.

Además las declaraciones realizadas por los Estados miembros de acuerdo a los arts. 9.6, 10.9, 14.4, 18.7 y 20.7 del Convenio de la UE de asistencia judicial y el art. 9.2 del Protocolo de la UE de asistencia judicial serán también aplicables en las relaciones con la República de Islandia y el reino de Noruega.

En relación con lo dispuesto en el artículo 2 del Presente Acuerdo, con el fin de cumplir su objetivo de lograr la aplicación e interpretación más uniforme posible de las disposiciones anteriormente indicadas, las Partes contratantes deberán llevar a cabo un seguimiento permanente de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así como de la evolución de la jurisprudencia de los tribunales competentes de Islandia y de Noruega relacionada con dichas disposiciones. Para esta finalidad se prevé la creación de un mecanismo que garantice la periódica transmisión recíproca de dicha jurisprudencia. Islandia y Noruega tendrán derecho a presentar memorias u observaciones escritas al Tribunal de Justicia en los casos en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya solicitado que dicho Tribunal se pronuncie, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de cualquiera de dichas disposiciones.

En caso de rechazo de una solicitud, Noruega e Islandia podrán solicitar que el Estado miembro requerido notifique a EUROJUST los problemas hallados en relación con la ejecución de la solicitud, para una posible solución práctica.

En los casos en los que exista algún tipo de litigio en la interpretación o aplicación del Acuerdo, o en alguna de las disposiciones comentadas, las Partes podrán recurrir a una reunión de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la UE y de Islandia y Noruega con el fin de resolver sus diferencias en el plazo de 6 meses.

En el artículo 5 del Acuerdo se hace referencia a la revisión del Acuerdo que se tiene que hacer dentro de los cinco años. Por su parte, en el artículo 6 se contempla la obligación de notificar la conclusión de los procedimientos necesarios para expresar su consentimiento en obligarse por el Acuerdo.

En el artículo 7 del Acuerdo se hace referencia a la adhesión de los nuevos Estados miembros de la UE al Convenio UE de asistencia judicial o al Protocolo UE de asistencia judicial creándose derechos y obligaciones en virtud de dicho Acuerdo.

El artículo 8 de se refiere a la denuncia del Acuerdo que pueden realizar las Partes.

Finalmente, en los artículos 9 y 10 se contempla respectivamente quien es el depositario del Acuerdo otorgándose el cargo al Secretario General del Consejo de la UE y las lenguas en las que está redactado el Acuerdo.

Recientemente se ha publicado en el DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea) de 9 de septiembre de 2010, una Decisión que recoge un Acuerdo entre la UE, Islandia y Noruega en materia de lucha contra el terrorismo. Esta Decisión del Consejo es de fecha de 26 de julio de 2010 relativa a la celebración del Acuerdo entre la UE e Islandia y Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y la Decisión 2008/616/JAI del Consejo relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza y el Anexo del mismo (2010/482/UE).

Este Acuerdo fue firmado el 30 de noviembre de 2009, a reserva de su celebración en una fecha posterior y consta de 4 artículos.

Finalmente indicar la Decisión del Consejo, de 7 de junio de 2012, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, y del Protocolo al mismo, de 2001, en la que se dispone en su artículo 1 que queda aprobado, en nombre de la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, y del Protocolo de 2001⁵².

2.4. Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre cooperación en materia penal firmado en Bruselas el 3 de noviembre de 2009 y en Tokio el 15 de diciembre de 2009

La Unión europea ha firmado con Japón un Acuerdo de cooperación en materia penal⁵³.

Se trata del primer acuerdo de este tipo firmado por la UE con un tercer Estado no miembro. Asimismo este Acuerdo significado añadir un valor especial

⁵² 2012/305/UE.

⁵³ Publicado en el DOUE de 12 de febrero de 2010.

a las relaciones de la UE con Japón, contribuyendo a combatir delitos mientras se garantiza el respeto de los principios de Justicia, del Estado de Derecho y de la democracia, así como la independencia judicial. Las herramientas de cooperación serán ahora más efectivas y los costes y retrasos se verán reducidos de manera significativa a la hora de realizar labores jurídicas entre la UE y Japón.

En cuanto al objeto y finalidad de este Acuerdo es el referido a prestar asistencia judicial en lo que respecta a investigaciones, enjuiciamientos y otros procedimientos, incluidos los judiciales, en materia penal, tal y como lo contempla el artículo 1 de dicho Acuerdo.

Está excluida la extradición, al traslado de procedimientos en materia penal y a la ejecución de condenas distintas del decomiso previstas en el artículo 25 de dicho Acuerdo.

El Acuerdo fue firmado en Bruselas el 30 de noviembre de 2009 y en Tokio el 15 de diciembre de 2009 y consta de 31 artículos y 4 Anexos.

Evidentemente todo el contenido del Acuerdo es relevante a la hora de hacer efectiva la asistencia mutua entre UE y Japón, no obstante, extraemos de ellos los que hemos considerado más significativos. Así, en relación con el alcance de la asistencia, de acuerdo al artículo 3, ésta comprenderá:

- a) La toma de testimonio o declaración;
- b) La facilitación de audiciones mediante videoconferencia;
- c) Obtención de objetos, entre otras vías por medio de registro o incautación;
- d) Obtención de registros, documentos y extractos de cuentas bancarias;
- e) Registro de personas y objetos y lugares;
- f) Búsqueda de paradero e identificación de personas, objetos y lugares;
- g) Entrega de objetos que obren en posesión de las autoridades legislativas, administrativas o judiciales del Estado requerido así como de sus autoridades locales;
- h) Notificación de documentos e información a una persona de una citación para que comparezca en el estado requirente;
- i) Traslado temporal de una persona detenida a efectos de su actuación como testigo o para otro fin probatorio;
- j) Asistencia en procedimientos relativos al embargo preventivo o la incautación y al decomiso de productos o instrumentos del delitos;
- k) Cualquier otro tipo de asistencia que pueda prestarse conforme a la ley del Estado requerido entre un Estado miembro y Japón.

En relación con la forma que deben adoptar las solicitudes de cooperación, de acuerdo al artículo 8 del Acuerdo las solicitudes de asistencia se harán por escrito, pero en caso de urgencia, se podrán realizar por cualquier otro medio de comunicación fiable, incluido el fax o el correo electrónico. En este caso si lo solicita el Estado requerido, el Estado requirente deberá aportar lo más pronto posible una confirmación por escrito complementaria de la solicitud.

En relación con la ejecución de las solicitudes, éstas se deben ejecutar siempre conforme a la legislación del Estado requerido. Si estimara que la ejecución de una solicitud interferiría con una investigación, enjuiciamiento u otro tipo de procedimiento, incluidos los procedimientos judiciales, en curso en el Estado requerido, este procederá a aplazar dicha ejecución. El estado debe de informar de los motivos de aplazamiento y consultará el procedimiento a seguir. En lugar de aplazar la ejecución, el Estado requerido podrá supeditar ésta a los requisitos que se estimen necesarios, previa celebración de consultas con el Estado requirente. En caso de que el Estado requirente acepte estos requisitos, el Estado requirente habrá de atenerse a ellos.

Los Estados deberán informarse del resultado de la ejecución, en este sentido, le transmitirá el testimonio, las declaraciones o los objetos que haya obtenido a raíz de la ejecución, incluida toda reclamación de las personas cuyo testimonio, declaración u objetos se solicitan relativa a la inmunidad, incapacidad o privilegios con arreglo a la legislación del Estado requirente. El Estado requerido entregará los originales de los registros o documentos solicitados, o bien copias autenticadas, en caso de existir motivos razonables para ello.

Existen supuestos en los que se puede denegar una solicitan, los mismos están contemplados en el artículo 11 del Acuerdo, entre ellos, que la solicitud se refiera a una infracción de carácter político o a una infracción vinculada a una infracción de carácter político; que causa perjuicio a su soberanía, seguridad, orden público u otros intereses esenciales, que la persona haya sido condenada o absuelta por los mismos hechos en virtud de sentencia firme en una Estado miembro o Japón, o no constituye infracción penal con arreglo a la legislación del Estado requerido.

Para la efectiva ejecución de una solicitud se pueden adoptar medidas coercitivas siempre que éstas sean necesarias y que el Estado requirente le facilite información que justifique el recurso a las mismas conforme a la legislación del Estado requerido.

Por lo que respecta a la necesaria presencia en el Estado requirente de personas detenidas en el Estado requerido, para que éstas presten declaración o en relación con cualquiera otra diligencia probatoria, se las podrá trasladar de forma temporal al Estado requirente al tal efecto, siempre que medie consentimiento por parte del interesado y que exista acuerdo en tal sentido entre el Estado requirente y el Estado requerido, siempre que la legislación del Estado requerido lo permita.

Por otro lado, en el Acuerdo se permite suministrarse información espontánea entre los Estados miembros y Japón, es decir, intercambio de información sin que medie solicitud previa, así, podrán suministrarse información relativa a asuntos penales en la medida en que lo permita la legislación del Estado transmisor.

Finalmente, para resolver cualquier dificultad, las autoridades centrales de los Estados miembros y Japón (especificados en uno de los Anexos) se consultarán a fin de resolverlo.

Bibliografía

- DE JORGE MESAS, L.F., *El Acuerdo de extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América. La perspectiva del Consejo General del Poder Judicial*, en *www.cienciaspenales.net*
- LUJOSA VADELL, *Acuerdos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre extradición y asistencia judicial en materia penal*, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004.
- MUÑOZ ALONSO Y LEDO, *El vínculo trasatlántico. Las relaciones de la Unión Europea con la OTAN y Estados Unidos*, en *Un concepto estratégico para la UE*, Centro Superior de Estudios de Defensa Nacional, nº 71, *www.cesede.es*
- ORIOLO COSTA y PABLO AGUIAR, *Relaciones Transatlánticas. ¿Hacia la dilución del partenariado estratégico?*, en *Relaciones Transatlánticas*, *www.selene.uab.es*
- PONS RAFOLS, *La Unión Europea ante la Corte Penal Internacional*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, mayo/agosto 2003, págs. 1068 y ss.
- QUESADA ALCALÁ, *La Unión Europea y la Corte Penal Internacional: ¿una relación de apoyo «incondicional»?*, en *La proyección exterior de la Unión Europea: desafíos y realidad*, con ABRIL STOFFELS; CONDE PÉREZ; COSTAS TRASCASAS y otros, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág.318 y ss.
- VIDAL MARTÍN, *El doble rasero de la impunidad: la UE y la Corte Penal Internacional*, en *FRIDE*, comentario, diciembre de 2007.

Apéndice I

Instrumentos bilaterales de cooperación judicial penal

En este apartado vamos a hacer una sistematización de los instrumentos bilaterales de cooperación judicial en materia penal suscritos por España atendiendo a dos bloques de materias: los que se refieren a la asistencia judicial penal y los que se refieren al traslado de personas condenadas⁵⁴, excluyendo los que se refieren a la extradición porque esta materia ya ha sido tratada en otro de los temas de este curso.

Una vez hecha la enumeración, pasaremos a clasificar los instrumentos bilaterales de cooperación judicial penal atendiendo al ámbito o materia concreta a tratar, resaltando lo más importante de dicho Convenio.

Así, dentro de los instrumentos bilaterales de cooperación judicial penal en el ámbito de la asistencia judicial penal debemos mencionar los siguientes:

a) Tratado de extradición y asistencia judicial, entre el Reino de España y Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987 y en vigor desde el 15 de julio de 1990.

b) Tratado de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Australia, hecho en Madrid el 3 de julio de 1989 y aplicable desde el 31 de enero de 1991.

c) Convenio entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre asistencia judicial en materia penal, hecho “ad referéndum” en La Paz el 16 de marzo de 1998, aplicable desde el 1 de abril de 2000.

d) Tratado de asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y Canadá, hecho en Madrid el 4 de julio de 1994, aplicable desde el 3 de marzo de 1995.

e) Convenio de Cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho en Madrid el 29 de mayo de 1997, aplicable desde el 1 de diciembre de 2000⁵⁵.

f) Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1981, aplicable desde el 20 de noviembre de 1984.

g) Tratado de asistencia jurídica penal entre el Reino de España y la República de Chile, hecho en Santiago el 14 de abril de 1992 y aplicable desde el 21 de enero de 1995.

h) Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, hecho en Washington el 20 de noviembre de 1990 y aplicable desde el 30 de junio de 1993.

i) Tratado de asistencia jurídica en materia penal entre el Reino de España y el

54 Toda la lista de Convenios puede verse en la página Web www.prontuario.org

55 En el BOE de 19 de junio de 2010, se ha publicado un protocolo adicional al Convenio de cooperación judicial en materia penal entre España y Colombia.

Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997, aplicable desde el 24 de junio de 1997.

j) Tratado de asistencia jurídica penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, hecho en México el 21 de noviembre de 1978; el Primer Protocolo se firmó el 23 de junio de 1995 y el Segundo el 6 de diciembre de 1999. El Tratado es aplicable desde el 1 de junio de 1980; el primer Protocolo es aplicable desde el 1 de septiembre de 1996 y el segundo desde el 1 de abril de 2001.

k) Convenio entre el Reino de España y la República de Panamá, sobre asistencia legal y cooperación judicial en materia penal, hecho “ad referéndum” en Madrid el 19 de octubre de 1998, aplicable desde el 1 de marzo de 2000.

l) Convenio de Cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Paraguay, hecho “ad referéndum” en Asunción el 26 de junio de 1999 y aplicable desde el 1 de mayo de 2001.

m) Tratado de asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Perú, hecho “ad referéndum” en Madrid el 8 de noviembre de 2000, aplicable desde el 12 de diciembre de 2001.

n) Convenio de Cooperación judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de El Salvador, hecho en Madrid el 10 de marzo de 1997, aplicable desde el 1 de septiembre de 1998.

o) Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez, sobre asistencia judicial en materia penal, hecho en Túnez el 24 de septiembre de 2001, aplicable desde el 1 de marzo de 2003.

p) Tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay, hecho en Montevideo el 19 de noviembre de 1991, aplicable desde el 7 de febrero de 2000.

q) Convenio de asistencia judicial en materia penal y extradición entre el Reino de España y la República Socialista Federativa de Yugoslavia, hecho en Belgrado el 8 de julio de 1980, aplicable desde el 1 de junio de 1982.

r) Convenio bilateral relativo a la asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular, firmado en Madrid, el 7 de octubre de 2002.

s) Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho ad referéndum en Madrid el 20 de marzo de 2007.

t) Tratado sobre asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 2 de marzo de 2004.

u) Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009.

Por otro lado, en relación con el traslado de personas condenadas, los instrumentos bilaterales serían los siguientes:

a) Tratado entre el Reino de España y la República de Argentina, sobre Traslado de condenados, hecho en Buenos Aires el 29 de octubre de 1987, aplicable desde el 27 de mayo de 1992.

b) Tratado entre España y Bolivia sobre Transferencia de personas condenadas, firmado en Madrid el 24 de abril de 1990 y aplicable desde el 27 de mayo de 1995.

c) Tratado sobre traslado de presos entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, hecho en Brasilia el 7 de noviembre de 1996, aplicable desde el 22 de abril de 1998.

d) Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho “ad referéndum” en Madrid el 28 de abril de 1993, y aplicable desde el 10 de abril de 1998.

e) Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Costa Rica, hecho en Madrid el 23 de octubre de 1997, aplicable desde el 1 de octubre de 1998.

f) Convenio entre el Reino de España y la República de Cuba sobre ejecución de sentencias penales, hecho “ad referéndum” en Madrid el 23 de julio de 1998, aplicable desde el 26 de septiembre de 1998.

g) Instrumento de ratificación del Convenio sobre traslado de personas condenadas entre la República Popular China y el Reino de España, hecho en Madrid el 14 de noviembre de 2005 y en vigor desde el 4 de abril de 2007.

h) Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y la República Dominicana sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003 y aplicable desde el 23 de octubre de 2003.

i) Convenio entre el Reino de España y la República del Ecuador para el cumplimiento de condenas penales, hecho en Quito el 25 de agosto de 1995, aplicable desde el 2 de marzo de 1997.

j) Convenio entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto sobre traslado de personas condenadas, firmado en El Cairo el 5 de abril de 1994 y aplicable desde el 26 de junio de 1995.

k) Instrumento de Ratificación del Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Guatemala, hecho “ad referéndum” en Madrid el 26 de marzo de 1996 y entró en vigor el 4 de abril de 2007.

l) Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Honduras, hecho en Tegucigalpa el 13 de noviembre de 1999 y aplicable desde el 10 de mayo de 2001.

m) Convenio sobre ejecución recíproca de resoluciones judiciales en materia penal entre el Reino de España y la República Popular Húngara de fecha de 28 de septiembre de 1987 y aplicable desde el 12 de enero de 1989.

n) Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asis-

tencia a personas detenidas y al traslado de personas condenadas, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997, aplicable desde el 18 de junio de 1997.

o) Convenio entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania relativo a la asistencia a personas detenidas y al traslado de personas condenadas, hecho el 12 de septiembre de 2006 y aplicable desde el 12 de septiembre de 2006.

p) Tratado entre España y los Estados Unidos Mexicanos sobre Ejecución de Sentencias penales, hecho en México el 6 de febrero de 1987, aplicable desde el 15 de mayo de 1989.

q) Convenio entre el Reino de España y la República de Nicaragua para el cumplimiento de condenas penales, hecho en Managua el 18 de febrero de 1995 y aplicable desde el 12 de junio de 1997.

r) Tratado entre el Reino de España y la República de Panamá sobre traslado de personas condenadas, firmado en Madrid, el 20 de marzo de 1996, aplicable desde el 27 de junio de 1997.

s) Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Paraguay, firmado en Asunción el 7 de septiembre de 1994 y aplicable desde el 3 de noviembre de 1995.

t) Tratado entre el Reino de España y la República del Perú sobre Transferencia de personas sentenciadas a penas privativas de libertad y medidas de seguridad privativas de libertad, así como de menores bajo tratamiento especial, hecho en Lima el 25 de febrero de 1986, aplicable desde el 5 de agosto de 1987.

u) Convenio entre el Reino de España y la Federación de Rusia relativo al traslado de personas condenadas para el cumplimiento de penas privativas de libertad, hecho en Moscú el 16 de enero de 1998, aplicable desde el 21 de febrero de 1998.

v) Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de El Salvador, firmado en San Salvador el 14 de febrero de 1995, aplicable desde el 8 de junio de 1996.

w) Acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de Tailandia sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales, hecho en Bangkok el 7 de diciembre de 1983 y aplicable desde el 10 de diciembre de 1987.

x) Convenio entre el Reino de España y la República de Venezuela sobre Ejecución de Sentencias Penales, firmado en Caracas el 17 de octubre de 1994 y aplicable desde el 18 de noviembre de 1995.

y) Convenio sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República del Yemen, hecho en Madrid el 18 de octubre de 2007 y en vigor desde el 1 de marzo de 2008.

z) Convenio de traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad entre el Reino de Arabia Saudí y el Reino de España, hecho ad referendum en Jeddah el 27 de mayo de 2008.

aa) Tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Filipinas y el Reino de España, hecho en Madrid el 18 de mayo de 2007.

ab) Convenio relativo a personas detenidas y al traslado de personas condenadas entre el Reino de España y el reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.

Una vez detallada la lista de convenios bilaterales relativos a la asistencia judicial penal y traslado de personas condenadas, a continuación vamos a extraer las notas comunes de todos ellos desglosándolo en los siguientes bloques o materias:

1. Notificación y traslado de documentos procesales y resoluciones judiciales

En materia de notificación y traslado de documentos procesales y resoluciones judiciales España ha firmado tratados con Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Colombia, República Dominicana, Chile, Estados Unidos de América, Marruecos, México, Panamá, Paraguay, Perú, El Salvador, República de Tunecina, Uruguay y Yugoslavia. No volvemos a citar el concreto convenio por haberlo hecho ya en el epígrafe anterior.

En esta materia, podemos resaltar algunas normas comunes a todos los convenios firmados con España en relación con las vías de transmisión de los documentos, el idioma a utilizar y los principios que protegen dichos convenios.

En este sentido, en relación con la vía de transmisión, la mayoría de los convenios firmados con España prevén que los documentos tanto judiciales como extrajudiciales se transmitan a través de las autoridades centrales designadas en el convenio y en algunas ocasiones a través del canal diplomático, como es el caso de Argentina y Australia. Excepcionalmente, se permite anticiparlo por cualquier medio que deje constancia escrita de la remisión, siempre que se confirme por escrito la misma.

En cuanto al idioma, la comisión rogatoria deberá ir acompañada de una traducción en la lengua oficial, o una de las lenguas oficiales del Estado requerido. Se incluirá, en todo caso, la solicitud de cooperación jurisdiccional original en español con la firma correspondiente. Las solicitudes de notificación deberán transmitirse a la autoridad competente de la Parte requerida con una antelación suficiente a la fecha de la comparencia de las partes y la Autoridad requerida deberá devolver a la Parte requirente el justificante de la notificación, o bien informar sobre los motivos por los que no se pudo diligenciar.

La finalidad u objetivo de todos estos convenios es el de lograr que el demandado tenga conocimiento efectivo del documento que se le quiere notificar mediante la colaboración de todos los Estados, de esta forma, se garantiza el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes.

2. Obtención y práctica de pruebas

En materia de obtención y práctica de pruebas España ha firmado tratados con Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Colombia, República Dominicana, Chile, Estados Unidos de América, Marruecos, México, Panamá, Paraguay, Perú, El Salvador, República de Tunecina, Uruguay y Yugoslavia.

En cuanto a las normas comunes de todos estos convenios firmados con España hay que decir respecto a la vía de transmisión que la vía ordinaria es a través de las Autoridades centrales designadas en el Convenio y algunas veces, como es el caso de Argentina y Australia, a través de la vía diplomática. En casos de urgencia se permite la transmisión por cualquier medio que deje constancia escrita de la remisión, siempre que se confirme posteriormente por escrito.

En lo que respecta al idioma la comisión rogatoria deberá ir acompañada de una traducción en la lengua oficial, o una de las lenguas oficiales, del Estado requerido. Se incluirá la solicitud de cooperación jurisdiccional original en español, con la firma correspondiente. La comisión rogatoria se dirigirá a la Autoridad extranjera competente según el convenio e irá acompañada de un oficio dirigido al Ministerio de Justicia español, como Autoridad central.

Las solicitudes deberán contener las siguientes indicaciones:

- a) la autoridad competente de la que emana la solicitud,
- b) la descripción de la naturaleza del asunto penal, incluyendo un relato de los hechos más relevantes y la legislación aplicable, excepto cuando se trate de la entrega de documentos u objetos,
- c) la identidad, nacionalidad y localización de la persona o personas que son objeto de la investigación o diligencia,
- d) la descripción precisa de la asistencia requerida y de cualquier otra información que se estime útil para facilitar el efectivo cumplimiento de la solicitud.

3. Medidas cautelares

En materia de medidas cautelares España ha firmado tratados con Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Colombia, República Dominicana, Chile, Estados Unidos de América, Marruecos, México, Panamá, Paraguay, Perú, El Salvador, República de Tunecina, Uruguay y Yugoslavia.

La vía de transmisión ordinaria de las solicitudes de adopción de las medidas cautelares es a través de las Autoridades centrales designadas en los Convenios, o en algunos casos, como Argentina y Australia a través de la vía diplomática, y en caso de urgencia, de cualquier forma que deje constancia escrita de la remisión, siempre que se confirme posteriormente por escrito.

La solicitud deberá ir acompañada de una traducción en la lengua oficial, o una de las lenguas oficiales, del Estado requerido. Se incluirá, en todo caso, la solicitud de cooperación jurisdiccional original en español con la firma correspondiente.

La finalidad de permitir la adopción de medidas cautelares en el Estado requerido es la de fortalecer el derecho de defensa, permitiendo al demandante solicitar, alternativamente, medidas cautelares ante el tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se debe cumplir la medida cautelar o ante el tribunal que conoce del fondo del asunto.

4. Ejecución de sentencias firmes y traslado de personas condenadas

En materia de ejecución de sentencias firmes y traslado de personas condenadas España ha firmado tratados con Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Egipto, Honduras, Marruecos, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Rusia, El Salvador, Tailandia, Venezuela, República Popular Húngara.

La lista de tratados, con su entrada en vigor, ha sido enumerada anteriormente, por lo que no vamos a repetirlos de nuevo, pero sí vamos a extraer de todos ellos las normas comunes en materia de ejecución de sentencias firmes y traslado de personas condenadas. Hay que tener en cuenta las especificaciones contenidas en los convenios de asistencia jurídica en materia penal que también hemos citado anteriormente.

En cuanto al idioma, la solicitud deberá ir acompañada de una traducción en la lengua oficial, o una de las lenguas oficiales, del Estado requerido. Se debe incluir la solicitud de cooperación jurisdiccional original en español con la firma correspondiente.

El objetivo de todos estos convenios es promover la cooperación mutua entre las autoridades judiciales de los Estados contratantes con la intención de favorecer la reinserción del condenado, integrándose en su medio natural. La aplicación de estos convenios bilaterales por los países firmantes es bastante frecuente.

Algunos de los países que han firmado convenio bilateral con España forman parte también del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, por lo que, en la práctica se viene aplicando aquél de los dos que resulta más favorable o aquél que alegue la Parte requirente⁵⁶. Si bien es cierto que la mayoría de los convenios bilaterales se ajustan a las disposiciones del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas.

⁵⁶ Convenio 112 del Consejo de Europa de 21 de marzo de 1983 ratificado por Instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE n^o 138 de 10 de junio de 1985).

5. Transmisión de procedimientos y denuncias. Intercambio espontáneo de información

En relación con el intercambio espontáneo de información, los convenios que contienen una regulación expresa de esta institución serían los que España ha firmado con Argentina (Tratado de extradición y asistencia judicial entre el Reino de España y Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987); con Bolivia (Convenio entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre asistencia judicial en materia penal, hecho ad referendum en la Paz el 16 de marzo de 1998); y con Chile (Tratado de asistencia jurídica penal entre el Reino de España y la República de Chile, hecho en Santiago el 14 de abril de 1992).

La finalidad de estos convenios es el intercambio de información acerca de infracciones penales cuya persecución entre dentro del ámbito de competencias de la autoridad receptora.

La solicitud deberá ir acompañada de una traducción en la lengua oficial, o una de las lenguas oficiales del Estado requerido. Además, se incluirá, en todo caso, la solicitud de cooperación jurisdiccional original en español con la firma correspondiente.

La vía de transmisión es con Bolivia y Chile a través de las Autoridades centrales designadas por el Convenio y, por el contrario, con Argentina es a través del canal diplomático, en caso de urgencia, se puede anticipar por cualquier medio que deje constancia escrita de la remisión, siempre que se confirme posteriormente por escrito.

En concreto, en el artículo 42 del Tratado firmado por España con Argentina se indica que “toda denuncia cursada por una parte contratante cuyo objeto sea incoar un proceso ante los tribunales de la otra parte se transmitirá por las vías previstas en el artículo anterior”, esta vía, como he señalado anteriormente, es la diplomática. Además, se sigue indicando en dicho artículo que “la parte requerida notificará a la parte requirente el curso dado a la denuncia y remitirá en su momento una copia de la decisión dictada”.

Por su parte, en el artículo 23 del Convenio firmado por España con Bolivia se manifiesta que “cualquiera de los Estados contratantes podrán cursar una solicitud con el fin de iniciar un procedimiento criminal ante las autoridades competentes del otro Estado contratante en el caso de que ambos Estados gocen de jurisdicción para investigar o proceder judicialmente (...). El Estado requerido estimará la iniciación de una investigación de un procedimiento judicial en la medida en que resulte pertinente según su legislación, sus prácticas y sus normas procesales. El Estado requerido notificará al Estado requirente las medidas adoptadas en virtud de dicha solicitud. El Estado requerido concederá validez procesal a las actuaciones judiciales realizadas en el Estado requirente, en los mismos términos previstos por la legislación de este último”.

Finalmente, en el artículo 42 del Tratado firmado por España con Chile se con-

templa que toda denuncia cursada por una Parte contratante cuyo objeto sea incoar un proceso ante los Tribunales de la otra Parte, se transmitirá por la vía diplomática. La Parte requerida notificará a la parte requirente el curso dado a la denuncia y remitirá en su momento una copia de la decisión dictada.

Acuerdos de extradición y ayuda judicial mutua en materia penal entre la UE y EEUU

De acuerdo a los artículos 24⁵⁷ y 38⁵⁸ del TUE, el Consejo de la UE, el 26 de abril de 2002, decidió autorizar a la Presidencia, asistida por la Comisión, a entablar negociaciones con los EEUU, y la Presidencia negoció dos Acuerdos de Cooperación Internacional en materia penal, uno sobre Asistencia Judicial y otro sobre Extradición. Ambos Acuerdos fueron firmados en Washington el 25 de junio de 2003⁵⁹.

Los Acuerdos se firmaron en nombre de la UE, sin perjuicio de su posterior celebración. Así, en el artículo 3.2 de ambos Acuerdos se prevé el intercambio de instrumentos escritos entre los EEUU y los Estados miembros de la UE sobre la aplicación de los tratados bilaterales. En el apartado tercero del artículo 3 del Acuerdo sobre Asistencia Judicial se recoge una obligación semejante para los Estados miembros que no han celebrado tratado alguno de asistencia judicial con los EEUU. Para dar

57 Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 24 del 12 de 2002 (C 325/5).

En dicho artículo se indica: “1. Cuando para llevar a la práctica el presente título sea necesario celebrar un acuerdo con uno o varios Estados u organizaciones internacionales, el Consejo, podrá autorizar a la Presidencia, en su caso asistida por la Comisión, a entablar negociaciones a tal efecto. El Consejo celebrará dichos acuerdos basándose en una recomendación de la Presidencia. 2. El Consejo decidirá por unanimidad cuando el acuerdo se refiera a una cuestión en la que se requiera la unanimidad para la adopción de decisiones internas. 3. Cuando el acuerdo tenga como finalidad aplicar una acción común o una posición común, el Consejo decidirá por mayoría cualificada de conformidad con el apartado 2 del artículo 23. 4: Lo dispuesto en el presente artículo será también aplicable a las materias incluidas en el título VI. Cuando el acuerdo se refiera a una cuestión en la que se requiera la mayoría cualificada para la adopción de decisiones o de medidas internas, el Consejo decidirá por mayoría cualificada de conformidad con el apartado 3 del artículo 34. 5. Ningún acuerdo será vinculante para un Estado miembro cuyo representante en el Consejo declare que tiene que ajustarse a las exigencias de su propio procedimiento constitucional; los restantes miembros del Consejo podrán acordar, no obstante, que el acuerdo se les aplique provisionalmente”.

58 En dicho artículo se manifiesta que: “Los acuerdos a que se refiere el artículo 24 podrán tratar sobre materias incluidas en el presente título” (Título VI: Disposiciones relativas a la cooperación judicial y policial en materia penal).

59 DO L 181, de 19 de julio de 2003, págs. 27 y 34, respectivamente.

efectividad a todo ello, los Estados miembros deberán coordinar su actuación en el seno del Consejo con vistas a establecer dichos instrumentos escritos.

En concreto, en lo que se refiere a España, los Acuerdos que comentamos afectan al Tratado de Extradición entre España y EEUU hecho en Madrid en mayo de 1970⁶⁰ y al Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre el Reino de España y los EEUU hecho en noviembre de 1990⁶¹.

La adopción de un acuerdo en materia de asistencia judicial y cooperación en la lucha contra el terrorismo entre la UE y los EEUU fue una de las conclusiones del Plan de Acción de la UE en el Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001. De esta forma, los ministros de Justicia e Interior aprobaron en mayo de 2002 el mandato por el cual la Presidencia negociaría ambos acuerdos de extradición y cooperación judicial con los EEUU. Finalmente, en el Consejo de 6 de junio de 2003 los Estados miembros de la UE tras un largo periodo de negociación, dieron su aprobación formal a sendos Acuerdos⁶².

Como veremos más detalladamente al comentar el articulado del Acuerdo de Extradición, éste pretende profundizar en la cooperación y hacer más eficaz la lucha contra la delincuencia. Entre los aspectos más importantes que podemos extraer hay que resaltar que reglamenta la identificación de los hechos que dan lugar a la extradición; las relaciones entre los convenios bilaterales de extradición y éste multilateral; las formalidades a seguir en las solicitudes de extradición; la transmisión de documentos; la petición de arresto provisional, de traslado temporal; el orden de prelación entre las peticiones de extradición y entrega; los motivos de denegación, así como la cláusula de aplicación territorial, de gran importancia para España por su no aplicación automática a Gibraltar. Una de las novedades que incorpora dicho Acuerdo hace referencia a la posibilidad de además de utilizar la vía diplomática, a raíz de una

60 BOE de 14 de septiembre de 1971, núm. 220.

61 BOE de 16 de junio de 1993, núm. 143.

62 El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior lanzó la idea de negociar un acuerdo entre los Estados Unidos y la Unión Europea en su reunión extraordinaria de 20 de septiembre de 2001, inmediatamente después de los atentados perpetrados el 11 de septiembre. El Consejo mostró su acuerdo con el principio de proponer a los Estados Unidos la negociación de un acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos, sobre la base del artículo 38 del Tratado UE, en el ámbito de la cooperación penal en materia de terrorismo. Dicha disposición refrendada al día siguiente por el Consejo Europeo, suscitó el interés de los Estados Unidos y fue objeto de un intercambio de cartas entre el Presidente Bush y Guy Verhofstadt y de una nueva toma de posición por parte del Consejo en su reunión de 20 de octubre de Gante. Véase los antecedentes de la aprobación de los Acuerdos en el Informe que contiene una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo al Consejo sobre los acuerdos UE-EEUU en materia de cooperación judicial penal y de extradición (2003/2003 (INI)) A5-0172//200.

detención preventiva, la posibilidad de presentar la solicitud y los documentos en la Embajada del Estado requerido ante el Estado requiriente.

Por otro lado, el Acuerdo de asistencia judicial entre la UE y los EEUU no deroga los convenios bilaterales existentes entre cada uno de los Estados Miembros de la UE con los EEUU, sino que complementa o sustituye sus disposiciones en aplicación de la cláusula convencional más favorable. Por ello, en su artículo 3.2 el propio Acuerdo prevé para hacer posible su aplicación, la negociación de unos instrumentos bilaterales en los que se determine la forma en que se va a aplicar cada una de las disposiciones del Acuerdo.

Tras las pertinentes negociaciones, el Instrumento fija la aplicación del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre España y los EEUU de 1990 y contribuye a reforzar la lucha contra la delincuencia internacional, favoreciendo la asistencia judicial y la cooperación judicial entre ambos Estados, así como la lucha contra las formas más graves de delincuencia, incluidos el terrorismo, la delincuencia financiera o el blanqueo de capitales.

Las modificaciones y novedades que, por imperativo del Acuerdo entre la UE y EEUU, se introducen en el tratado bilateral de asistencia jurídica mutua y se reflejan en el texto integrado recogido en el anexo del Instrumento bilateral tratan, entre otras materias, sobre la prestación de asistencia mutua entre autoridades administrativas, la utilización de medios de comunicación rápidos, limitación del uso de datos y sobre los efectos del delito. Asimismo, se añaden varios artículos en los que se regulan respectivamente la identificación de cuentas bancarias, los equipos conjuntos de investigación y la toma de declaración mediante videoconferencia.

En virtud del artículo 3.2 del Acuerdo UE-EEUU, para la aplicación del Tratado de Extradición entre España y los EEUU de 29 de mayo de 1970 y tratados suplementarios de extradición de 25 de enero de 1975, 9 de febrero de 1988 y 12 de marzo de 1996, España firmó con EEUU un instrumento bilateral el 17 de diciembre de 2004, pero que aún no ha sido ratificado por EEUU y al no estar en vigor no hay publicación oficial.

INSTITUCIONES DE APOYO A LA COOPERACIÓN:
RED JUDICIAL EUROPEA, EUROJUST, EUROPOL, INTERPOL,
MAGISTRADOS DE ENLACE, IBERRED

Julieta Carmona Bermejo

Introducción

Este tema se ha dedicado a las instituciones de apoyo a la cooperación judicial internacional. Puesto que la delincuencia no conoce fronteras, en los últimos años se han desarrollado de forma vertiginosa nuevas estructuras institucionales de cooperación contra la criminalidad transnacional, al tiempo que se han reforzado las ya existentes.

A nivel regional, en la Unión Europea es donde se han producido los mayores avances, favoreciéndose y fomentándose tanto la cooperación policial (con la creación de Europol) como la cooperación judicial (primero con la creación de los magistrados de enlace, luego con la Red Judicial Europea y posteriormente con la creación y posterior refuerzo de Eurojust). A finales de 2008 se reforzaron las competencias de la Red Judicial Europea, de Eurojust y de Europol, este último cambiando la naturaleza de su texto constitutivo pues pasó a regirse por una Decisión del Consejo y no por un Convenio internacional entre los Estados Miembros de la UE como había venido ocurriendo hasta esa fecha ¹. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 (Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007²) se abren grandes expectativas

¹ Si bien el acuerdo político sobre Europol se zanjó en 2008, la Decisión del Consejo no pudo materializarse hasta el 6 de abril de 2010. Se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 15 de mayo de 2009 (DOUE L121/37-66).

² El Tratado de Lisboa modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, existiendo ahora un Tratado de la Unión Europea (TUE)

de futuro, pues la cooperación judicial en materia penal ya no constituye un pilar intergubernamental, se refuerzan aún más las funciones de Europol y de Eurojust y se partirá de esta última para la creación de la Fiscalía Europea.

No obstante, no debemos tampoco olvidar las instituciones de cooperación a nivel internacional, con las que los mecanismos de cooperación judicial europeos colaboran estrechamente: Interpol, la organización internacional de policía, e Iber-RED, la red iberoamericana de cooperación judicial en materia penal y civil. Y tampoco otras formas de cooperación judicial a nivel internacional como es la cooperación del juez nacional con los tribunales internacionales: el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda y la obligación de cooperar con el Tribunal Penal Internacional en aplicación del principio de complementariedad por el que éste se rige.

En definitiva, el objetivo de este tema es presentarles una panorámica de las herramientas institucionales puestas a su alcance para ayudarles en su trabajo diario ante una rogatoria o un exhorto de auxilio judicial internacional, tanto en el ámbito de la Unión Europea como a nivel internacional.

1. Instituciones de cooperación en el ámbito europeo

Como ya se ha estudiado en los temas 1 y 2, la creación de un espacio de seguridad, libertad y justicia se ha venido fraguando desde el Tratado de Maastricht y tuvo su gran impulso tras la adopción del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen (ver tema 7), el Tratado de Ámsterdam y el Consejo Europeo de Tampere (ver tema 8). Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la cooperación judicial y policial logrará mayores avances, llegando a convertirse en uno de los objetivos específicos de la UE (art. 3 TUE). El nuevo Tratado elimina los tradicionales pilares de la UE y “comunitariza³” los asuntos de justicia e interior (ver tema 2). Durante todo

y un Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Se presenta aquí el hipervínculo a la versión consolidada de dichos textos: <http://eur-lex.europa.eu/JOhtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:ES:HTML>

³ Una de las mayores consecuencias de esta “comunitarización” es la ampliación del ámbito de la competencia del Tribunal de Justicia (ahora “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, ex art. 13 TUE) que tiene competencia plena en los instrumentos de cooperación

este proceso, instrumentos institucionales de cooperación a nivel de la Unión se han venido creando, perfeccionando, adaptando a las últimas ampliaciones de la UE y a los nuevos retos que presenta la delincuencia transfronteriza, conformando un espacio de cooperación judicial de referencia para otras regiones del mundo.

A continuación analizaremos por orden cronológico estas instituciones europeas de cooperación: los magistrados de enlace, la Red Judicial Europea, Europol y Eurojust.

1.1. Magistrados de Enlace

1.1.1. Creación

Se trata del primer instrumento institucional creado en el seno de la Unión Europea para facilitar la cooperación judicial tanto en materia penal como civil. Concebido inicialmente en el ámbito de la lucha contra la droga y la delincuencia organizada⁴, la figura nació dotada de un ámbito de actuación más amplio para combatir eficazmente la delincuencia transnacional en todas sus formas, no sólo la ya mencionadas sino también el terrorismo y la lucha contra el fraude, en particular el cometido contra los intereses financieros de la Comunidad Europea.

Regulados por la Acción Común 96/277/JAI de 22 de abril de 1996⁵, posteriormente ampliada por la Acción Común 96/602/JAI de 14 de octubre de 1996⁶, al objeto de salvar los escollos que presenta el trabajar con diferentes

judicial penal; es decir, que el juez nacional puede plantear cuestiones prejudiciales también en esta materia (art. 267 TFUE).

4 Véanse las Recomendaciones adoptadas por los Ministros de Justicia e Interior en su reunión de Luxemburgo del 13 de junio de 1991 y las previsiones sobre los funcionarios de enlace contenidas en el plan global de lucha contra la droga adoptado por el Consejo Europeo de Madrid de 15 y 16 de diciembre de 1995.

5 Acción común de 22 de abril de 1996 (96/277/JAI) adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea. DO L 105/1 de 27.04.1996.

6 Acción común de 14 de octubre 1996 (96/602/JAI) adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se define un marco de orientación común para las iniciativas de los Estados miembros sobre funcionarios de enlace. DO L 268/2 de 19.10.1996.

sistemas jurídicos en la Unión, el Consejo regulaba así una práctica que había venido precedida de las iniciativas de algunos Estados miembros⁷.

1.1.2. Objetivos

Con vistas a mejorar una mayor comprensión recíproca entre los ordenamientos jurídicos y los sistemas judiciales de los Estados miembros y para incrementar la rapidez y eficacia de la cooperación judicial, los Estados miembros, mediante acuerdos bilaterales o multilaterales⁸, enviarán magistrados de enlace a otros Estados miembros o a un tercer Estado (esto último teniendo en cuenta las exigencias propias de determinadas zonas estratégicas fronterizas con la Unión Europea o de otras regiones de creciente interés estratégico, y con especial atención a las regiones más sensibles a causa de la mayor incidencia de las formas más graves de delincuencia transnacional, tal y como indica el artículo 4 de la Acción Común 96/602/JAI).

1.1.3. Competencias y actuación

Con carácter general, tal y como recoge el art.2 de la Acción Común 96/277/JAI de 22 de abril de 1996, las funciones de los magistrados de enlace incluirán normalmente cualquier actividad que contribuya a impulsar y acelerar, sobre todo a través de contactos directos con los servicios competentes y con las autoridades judiciales del Estado de acogida, todo tipo de cooperación judicial en materia penal, y, en su caso, civil.

Más concretamente, las funciones de estos funcionarios de enlace se pueden resumir en las siguientes:

1. Labores de intermediación en el cumplimiento de las solicitudes de asistencia judicial,
2. Labores de información: intercambio de información o datos estadísticos a fin de impulsar el conocimiento mutuo de los distintos sistemas) y bancos de datos jurídicos de los Estados interesados y las relaciones entre

⁷ A modo de ejemplo, en marzo de 1993 Francia ya tenía destacado a un magistrado de enlace en Roma (véase: <http://www.legalconnexion.com/contact/contact/magistliaison.pdf>).

⁸ Los gastos relativos a la formación, envío y actividades de sus propios funcionarios de enlace correrán a cargo de los Estados miembros, ex artículo 9 de la Acción Común 96/602/JAI.

los profesionales del campo jurídico de ambos Estados (información sobre el ordenamiento jurídico nacional, organigrama judicial o futuras reformas legislativas de interés para el fomento de la cooperación judicial internacional, etc.). Mediante esta recogida e intercambio de información, especialmente la de carácter estratégico, los magistrados de enlace participan en la mejora de los instrumentos bilaterales y multilaterales de cooperación, lo cual se ha demostrado de especial relevancia en la cooperación judicial con terceros Estados.

Todo ello, sin perjuicio de las normas de procedimiento vigentes en materia de cooperación judicial y de los intercambios de información entre los Estados miembros y la Comisión Europea o entre éstos y terceros Estados basados en otros instrumentos. Cabe destacar no obstante, que en el caso de magistrados de enlace enviados a terceros Estados, conforme a acuerdos específicos, cada Estado miembro podrá tener en cuenta la posibilidad de utilizar en beneficio de otros Estados miembros a sus funcionarios de enlace enviados a terceros Estados, especialmente en las zonas geográficas que no estén cubiertas de manera adecuada (ex artículo 4(4) de la Acción Común 96/602/JAI de 14 de octubre de 1996). Así pues, un magistrado de enlace podrá enviar información relevante sobre actividades delictivas concernientes a otros Estados miembros, o incluso un Estado miembro que no disponga de funcionario de enlace en un tercer Estado podrá dirigir solicitudes de información a otro Estado miembro que haya destinado un funcionario de enlace en ese tercer Estado. El Estado que reciba la solicitud la examinará con plena autonomía y, si accede a la solicitud, la transmitirá a su propio funcionario de enlace en el tercer Estado concernido (ex artículo 5 de la Acción Común 96/602/JAI de 14 de octubre de 1996).

1.1.4. Perspectiva de futuro de los magistrados de enlace

La figura de los magistrados de enlace, lejos de verse absorbida por la Red Judicial Europea o por Eurojust, se ha visto reforzada con la creación y reciente modificación de dichas instancias. La nueva Decisión de refuerzo de Eurojust⁹ establece la posibilidad de envío de magistrados de enlace de terce-

⁹ En adelante, con el fin de facilitar la lectura, todas las referencias a la "Decisión de Eurojust" –"DEJ"– se realizarán a la versión consolidada de la Decisión del Consejo 2002/187/JAI, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust tal y cómo queda modificada por la Decisión del Consejo 2009/426/JAI, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust.

ros Estados no comunitarios en comisión de servicios a sus dependencias¹⁰ y establece la posibilidad por parte de Eurojust de enviar magistrados de enlace en comisión de servicios a terceros países¹¹. Por su parte, la nueva Decisión sobre la Red Judicial Europea (en adelante, `DRJE`) también prevé la perpetuidad de la figura: los mantiene asociados a la RJE y los conecta a la red telecomunicaciones segura en aquellos casos en los que los magistrados de enlace en un Estado miembro tengan funciones análogas a aquellas confiadas a los puntos de contacto de la RJE¹².

1.2. Red Judicial Europea Penal (RJE)

1.2.1. Creación y objetivos

En 1997 el Consejo adoptó un Plan de acción para combatir la delincuencia organizada, fraguado en el Grupo de Alto Nivel del Consejo en el que participaron expertos de los Estados miembros de la Unión Europea. La mayoría de las recomendaciones de dicho Plan de Acción tenían por objeto mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros. Siguiendo la Recomendación No. 21, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Acción Común 98/428/JAI de 29 de junio de 1.998 (“AC RJE”), sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se creaba una red judicial europea (“RJE”).

La RJE se inauguró oficialmente el 25 de septiembre de 1998, constituyéndose así en la primera medida estructural de cooperación judicial eminentemente práctica y operacional en la Unión Europea. Diez años después, con el objetivo fundamental de aclarar la relación y mejorar la comunicación entre la RJE y Eurojust¹³, el Consejo adoptó la nueva Decisión 2008/976/JAI de 16 de diciembre de 2008 sobre la Red Judicial Europea que deroga y sustituye a la citada Acción Común. El nuevo texto entró en vigor el 24 de diciembre de 2008.

El objetivo de la Red Judicial Europea es mejorar la cooperación judicial

10 Véase el nuevo artículo 26bis (2) de la DEJ.

11 Véase el artículo 27bis de la DEJ.

12 Véase el artículo 2(6) de la DRJE, Decisión 2008/976/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 sobre la Red Judicial Europea, DOUE L348/130, de 24.12.2008.

13 Tal y cómo se decidió en el Consejo Europeo de Tampere en 1999, Eurojust debe cooperar estrechamente con la RJE, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias (ver punto 46 de las Conclusiones de la Presidencia).

entre los Estados miembros de la Unión, en particular en la lucha contra las formas de delincuencia grave¹⁴. Para ello, se crea una red de expertos que aseguren la óptima ejecución de las comisiones rogatorias y exhortos de auxilio judicial entre los Estados miembros.

La RJE, pues, actúa mediante el contacto directo en una red de puntos de contactos judiciales en cada uno de los Estados miembros. Su Secretaría se encuentra situada en el seno de la Secretaría de Eurojust como unidad funcionalmente diferenciada y autónoma, si bien el presupuesto de Eurojust incluye una parte relativa a las actividades de la Secretaría de la RJE¹⁵.

1.2.2. Composición

La RJE se caracteriza por su estructura flexible y dinámica, basada en el principio de comunicación directa entre los puntos de contacto, con carácter plenamente horizontal.

Los puntos de contacto de la Red se designan por sus autoridades nacionales, según sus normas internas, atendiendo a la composición tripartita de: autoridades centrales responsables de la cooperación judicial, las autoridades judiciales y otras autoridades competentes con competencias específicas en el marco de la cooperación internacional¹⁶.

Los puntos de contacto deben, además, cubrir todo su territorio nacional, así como las diferentes formas de delincuencia grave, y conocer al menos otra lengua oficial de otro Estado miembro de la Unión.

¹⁴ Ver. art. 4(1) DRJE.

¹⁵ Ver art. 11 DRJE.

¹⁶ A modo de ejemplo, en la página web <http://www.poderjudicial.es/>, “Consejo General del Poder Judicial”, “relaciones internacionales”, “Auxilio judicial internacional”, “redes judiciales”, “otras redes judiciales”, “Red Judicial Europea Penal”, se encuentra el directorio de los puntos de contacto en España, cuales son: por el Ministerio de Justicia: la Subdirectora General de Cooperación Jurídica Internacional; por el CGPJ: el Vocal miembro de la Comisión de Relaciones Internacionales y un Letrado del Servicio de Relaciones Internacionales; por el Ministerio Fiscal, cuatro puntos de contacto en: la Fiscalía General del Estado, la Fiscalía Especial Antidroga, la Fiscalía Nacional con competencia en materias de terrorismo y extradición y la Fiscalía Anticorrupción. La página web de la RJE (<http://www.ejn-crimjust.eu.int/>) da acceso a múltiple información así como a la utilización de los instrumentos que se estudiarán en el tema 19 en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia penal, al igual que la relación completa de puntos de contacto en todos los Estados miembros de la Unión.

La DRJE creó las figuras del corresponsal nacional y del corresponsal de instrumentos. El primero realiza labores de coordinación del funcionamiento de la Red a nivel nacional (art. 2 (3) y 4(4) DRJE) y el segundo se asegura de que la información relativa a su Estado miembro se facilite y actualice (art. 2(4) y 4(5) DRJE). Las autoridades nacionales podrán pedir el parecer del corresponsal nacional antes de crear un nuevo punto de contacto.

Como se ha mencionado, los magistrados de enlace están asociados a la RJE por parte de cada Estado miembro emisor, según las modalidades internas de cada Estado miembro¹⁷. Cabe destacar que la Comisión europea también puede nombrar puntos de contacto en la Red, para los ámbitos que sean de su competencia (sobre todo en casos de delitos de fraude contra los intereses económicos de la Comunidad Europea¹⁸).

1.2.3. Competencias y actuación de los puntos de contacto

La finalidad de los puntos de contacto es facilitar la ejecución de las solicitudes de auxilio judicial, tanto activándolas, en su caso, como informando a las autoridades judiciales de otros Estados miembros de la legislación aplicable en el Estado miembro del que son nacionales.

Los puntos de contacto son por tanto intermediarios activos¹⁹, si bien a nivel horizontal, sin crear una estructura jerarquizada, y su labor principal es:

a) intercambio de información:

- proporcionar la información legal y práctica necesaria para que las autoridades judiciales de su país, así como los puntos de contacto y autoridades judiciales de los demás Estados miembros, puedan preparar eficazmente una solicitud de cooperación judicial o puedan mejorar la cooperación judicial en general. Para ello, los puntos de contacto deben:

- tener acceso a cuatro tipos de información: datos completos de los demás puntos de contacto (actualmente posible gracias a la herramienta informática Atlas), lista simplificada y repertorio de autoridades judiciales, información jurídica y práctica concisa sobre los sistemas judiciales y procesales de los Estados miembros (“fichas belgas²⁰”) y a los textos de los instrumentos

17 Ver. ar.2(6) DRJE.

18 Ver. art. 2(7) DRJE.

19 Así calificados por el art. 4(1) DRJE.

20 Como se ha podido ver en el tema de herramientas técnicas de cooperación del

jurídicos pertinentes para poner en práctica la cooperación judicial. Con la entrada en vigor de la nueva DRJE, se encarga a la Secretaría que ponga esta información también a disposición de las autoridades judiciales competentes (art. 7 DRJE).

- Establecer y mantener contactos de carácter informal (al menos tres veces al año), para favorecer la coordinación de la cooperación judicial y ampliar sus conocimientos sobre los distintos sistemas legislativos de los Estados miembros de la Unión, examinar los problemas que dificultan la cooperación judicial y hacer propuestas para la solución de los mismos.

b) coordinar la actuación en caso de que varios exhortos deban enviarse a otro Estado miembro. El punto de contacto también puede intervenir como mediador en caso de dificultades o demoras en la ejecución de una rogatoria o exhorto solicitados.

c) Participar y promover sesiones de formación a nivel nacional en cooperación con la Red Europea de Formación Judicial²¹.

La nueva DRJE, por último, potencia las herramientas informáticas de cooperación. Si bien el estudio pormenorizado de los instrumentos informáticos desarrollados por la RJE han sido materia de estudio en el tema sobre las herramientas técnicas del módulo introductorio, cabe destacar que desde la entrada en vigor de la nueva DRJE los puntos de contacto gozan de una conexión de telecomunicaciones segura, que permite el flujo de datos y de las solicitudes de cooperación judicial entre los Estados miembros.

La cuestión sobre la relación entre la Red Judicial Europea y Eurojust se desarrollará en el epígrafe siguiente.

1.3. Eurojust

1.3.1. Creación

La cooperación judicial en la Unión Europea se vio impulsada en 1999, tras las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en 1999, en el cual mediante sesión especial se sentaron las bases para hacer realidad el espacio de

módulo introductorio, se trata de fichas técnicas referentes a las distintas medidas de investigación y a su procedimiento en cada Estado Miembro.

²¹ Esta última función ha sido incluida en la nueva DRJE (nuevo párrafo 3 del art. 4).

libertad, seguridad y justicia enunciado en el Tratado de Ámsterdam como respuesta lógica a una Unión casi sin fronteras interiores con la comunitarización del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. En Tampere se crea un auténtico espacio europeo de justicia cuya piedra angular es el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (véase el punto 33 de la Conclusiones). Firmemente resuelto a que se refuerce la lucha contra la delincuencia organizada y transnacional grave, el Consejo Europeo decidió la adopción de medidas estructurales dedicadas a facilitar la coordinación de las investigaciones y actuaciones judiciales que se lleven a cabo en el territorio de diferentes Estados miembros, tales como la supresión del procedimiento formal de extradición entre los Estados miembros (punto 35) o la facilitación de la obtención de pruebas y embargo de bienes (punto 36) e impulsó los equipos conjuntos de investigación (punto 43), previstos en el Tratado de Ámsterdam, y la armonización del Derecho penal nacional (puntos 48 y 55).

En este marco, a iniciativa de Alemania, Bélgica, Francia, Portugal y Suecia, el Consejo Europeo acordó en su punto 46 la creación de una unidad (que denominaron Eurojust) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por cada Estado miembro con arreglo a su ordenamiento jurídico, para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave. La nueva unidad tendría como misión el facilitar la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y el apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular basándose en análisis de Europol, así como en cooperar estrechamente con la Red Judicial Europea, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de comisiones rogatorias.

En cumplimiento de estas directrices y como desarrollo a los artículos 29 y 31 del Tratado de la UE entonces en vigor, el Consejo de la Unión creó por Decisión de 14 de diciembre de 2000²² la Unidad Provisional de Cooperación Judicial, situada en Bruselas y basada en las infraestructuras del Consejo, como medida transitoria a la creación de Eurojust (véase su artículo 5). La experiencia adquirida con la mencionada Unidad provisional serviría de base para la elaboración de la Decisión 2002/187/JAI de 28 de febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (en adelante, “Decisión Eurojust”).

²² Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 2000 por la que se crea una Unidad provisional de cooperación judicial (2000/799/JAI). D.O. L324/2 de 21.12.2000.

Tras seis años de rodaje y basado en el principio de reconocimiento mutuo como pilar de la cooperación judicial, el Consejo adoptó el 16 de diciembre de 2008 la Decisión de refuerzo de Eurojust²³ (“DREJ”), dotándole así de mayor eficacia en su capacidad operativa. Esta nueva Decisión entró en vigor el 4 de junio de 2009, si bien los Estados miembros gozan hasta el 4 de junio de 2011 para adoptar todas aquellas modificaciones de su Derecho interno que fueran necesarias²⁴.

Por último, al entrar en vigor el 1 de diciembre de 2009 el Tratado de Lisboa, se abrió así la vía para la creación, a partir de Eurojust, de la Fiscalía Europea (art. 86(1) TFUE).

23 Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, publicada en el DOUE de 4 de junio de 2009, L138/14. Como esta Decisión modifica sustancialmente el articulado de la Decisión de 2002 mediante únicamente tres artículos, al objeto de facilitar la lectura de este tema, cada vez que se haga referencia a la “Decisión Eurojust” (ó “DEJ”) se entenderá hecha al artículo ya modificado o creado por la Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 tal y cómo queda en el texto consolidado elaborado por la Secretaría del Consejo de 15 de julio de 2009. Véase nota al pie 10.

24 Esto atañe fundamentalmente, como luego veremos, a la normativa nacional sobre el miembro nacional de Eurojust que en su día y a la luz de la Decisión de 2002 adoptaron la mayoría de los Estados miembros. La Decisión de refuerzo de Eurojust introduce como veremos nuevos y cruciales instrumentos para fortalecer la cooperación, y con ellos nuevos interrogantes sobre cómo aplicarlos. Por ello, en 2009 Eurojust junto con el Trío de Presidencias y las Secretarías Generales del Consejo y de la Comisión lanzó la idea de crear un Grupo de Trabajo informal compuesto por dos representantes nacionales: uno responsable a nivel nacional del proceso de aplicación en general y otro especializado en cuestiones técnicas concretas. El objetivo de este Grupo de Trabajo informal, que se ha venido reuniendo en 2009 y 2010, es el de constituir un foro de debate estructurado en el que los participantes intercambian experiencias comunes y buenas prácticas. Gracias a la labor de este Grupo, Eurojust ha podido elaborar un Plan de Acción para la aplicación de la nueva Decisión Eurojust que si bien no es vinculante, podrá servir a los Estados miembros de guía en el seguimiento de la puesta en marcha de los nuevos instrumentos previstos (la creación de la célula de emergencias, del sistema de coordinación nacional, los nuevos poderes de los miembros nacionales o la creación de todo el marco jurídico de los magistrados de enlace de Eurojust en terceros países, por citar sólo algunos ejemplos). Como la aplicación de la nueva Decisión Eurojust también supone una profunda adaptación interna de la organización, el Plan de Acción también prevé modificaciones sustanciales en el organigrama de Eurojust y de su Reglamento Interno.

1.3.2. Objetivos y competencias

Eurojust es una unidad, calificada de órgano de la Unión dotado de personalidad jurídica propia (véase art. 1 de la DEJ), lo cual significa que goza de iniciativa presupuestaria (su financiación se realiza con cargo al presupuesto general de la Unión Europea) y tiene su sede en La Haya (Países Bajos).

El principal papel de Eurojust es el de eliminar los escollos en la actuación de cooperación judicial en materia penal. Eurojust está llamado también a desempeñar un papel esencial en materia de lucha contra el terrorismo.

Este objetivo general se desglosa en los recogidos en el artículo 3 de la DEJ:

- fomentar y mejorar la coordinación, entre las autoridades competentes de los Estados miembros, de las investigaciones y de las actuaciones judiciales (siempre que afecten a dos o más Estados miembros y condicionada por tanto la solicitud como la información presentadas);

- mejorar la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, en particular facilitando la ejecución de asistencia judicial internacional y de las solicitudes de extradición;

- apoyar en general a las autoridades competentes de los Estados miembros para dar mayor eficacia a sus investigaciones y actuaciones (i.e., prestar servicios de traducción e interpretación y organizar reuniones de coordinación entre los representantes de los Estados miembros afectados) y

- prestar apoyo a investigaciones y actuaciones que afecten únicamente a un Estado miembro y un tercer país, o a un Estado miembro y a la Comunidad, cuando se haya celebrado con dicho país un acuerdo de cooperación o cuando exista un interés esencial en dicho apoyo.

Las competencias de Eurojust se encuentran recogidas en el artículo 4 y en el anexo de la DEJ, siendo su competencia general los tipos de delincuencia y las infracciones para los que Europol tenga en cada momento competencia de actuación²⁵ y delitos conexos. En otros tipos de infracciones Eurojust puede, a título complementario, colaborar en investigaciones y actuaciones judiciales a instancia de la autoridad competente de un Estado miembro.

1.3.3. Composición

La Decisión Eurojust en su artículo 2 establece que: “*Eurojust está compues-*

²⁵ Art. 4(1) y anexo de la Decisión Europol.

to por un miembro nacional destacado por cada Estado miembro, que sea fiscal, juez o agente de policía de competencia equivalente [...]". No obstante, en este apartado también haremos referencia a las oficinas nacionales y al Colegio, ya que Eurojust para el desempeño de sus funciones puede actuar bien a través de sus miembros nacionales bien colegiadamente.

1.3.3.1. Las oficinas nacionales

Eurojust está compuesto por un miembro nacional destacado por cada Estado miembro. Existen pues tantas oficinas nacionales como Estados miembro de la Unión Europea. Compuestas por un miembro nacional y uno o más asistentes, uno de los cuales puede actuar como suplente del miembro nacional, su tamaño varía en función de la decisión que tome cada Estado miembro. La DREJ ha venido a reforzarlas, obligando a que los miembros nacionales estén asistidos al menos por un adjunto y por un asistente (art. 2 (2) (b) DEJ).

El miembro nacional –cuyo estatuto se encuentra regulado por los arts. 9 a 9septies de la DEJ y por el art. 12 de su Reglamento Interno– es nombrado por su Estado miembro de origen, conforme a su sistema jurídico y está sujeto a su Derecho nacional²⁶. Debe detentar la condición de fiscal, juez o funcionario de policía con competencias equivalentes.

Además de los miembros nacionales, existe la figura de los corresponsales nacionales (art. 12 de la Decisión Eurojust), que si bien no forman parte de las oficinas nacionales de Eurojust, trabajan en estrecha colaboración con éstas. Cada Estado miembro puede establecer o designar uno o varios corresponsales nacionales, cuyo cometido será el mantenimiento del sistema de coordinación nacional²⁷. Al igual que el miembro nacional, su estatuto se

²⁶ A modo de ejemplo, en el caso español tanto el estatuto del miembro nacional como las relaciones entre Eurojust y la autoridades españolas se regulan por la Ley 16/2006 de 26 de mayo. Actualmente, tal y como establece el art. 42 de la DEJ: "En caso necesario, los Estados miembros adaptarán su Derecho nacional a la presente Decisión a la mayor brevedad y en cualquier caso a más tardar el 4 de junio de 2011." España se encuentra actualmente estudiando la reforma de su ley que regula el estatuto del miembro nacional de Eurojust destacado por España.

²⁷ Este sistema se encargará de coordinar las actuaciones entre: los corresponsales nacionales de Eurojust, el corresponsal nacional de Eurojust para cuestiones de terrorismo, el corresponsal nacional para la Red Judicial Europea y hasta tres puntos de contacto de la RJE, los agentes de recuperación de activos y los miembros nacionales de las siguientes redes europeas: Red para los equipos conjuntos de investigación, Red para las personas

regula por el Derecho nacional de cada Estado miembro²⁸, aunque en este caso su lugar de trabajo es en el Estado miembro que les haya designado. Un corresponsal nacional, puede también ser al mismo tiempo punto de contacto de la Red Judicial Europea.

Las relaciones entre el miembro nacional y el corresponsal nacional no excluyen relaciones directas entre el miembro nacional y sus autoridades competentes ni la creación del sistema nacional de coordinación excluye contactos directos de las autoridades judiciales entre sí.

Cabe por último destacar la presencia en Eurojust de funcionarios de enlace o de magistrados de enlace provenientes de terceros países o de entidades internacionales con los que se haya firmado un acuerdo de cooperación (art. 26bis (2) DEJ). Hasta el momento, dos Estados han destacado funcionarios de enlace a Eurojust: Noruega y los Estados Unidos de América.

1.3.3.2. El Colegio y los comités

El Colegio es responsable de la organización y del funcionamiento de Eurojust. Regulado en los arts. 10 y 28 de la Decisión Eurojust y en los arts. 1 al 11 del Reglamento Interno, el Colegio está compuesto por todos los miembros nacionales, cada uno de los cuales dispone de un voto. El Colegio elige de entre sus miembros un Presidente y dos Vicepresidentes. Tanto la elección del Presidente como la de cada uno de los Vicepresidentes, debe ser aprobada por el Consejo. Los tres componen la Presidencia, por un mandato de tres años

responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra y Red contra la corrupción (ver art. 12 (2) DEJ).

28 En el caso español, ver arts. 8 y 9 de la Ley 16/2006 de 26 de mayo. Para una panorámica sobre los demás Estados miembros, ver el Informe de la Comisión, de 6 de julio de 2004, sobre la transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales de la Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia [COM (2004) 457 final -no publicado en el Diario Oficial]. Con datos hasta abril de 2004, la Comisión concluye, si bien el plazo de transposición era septiembre de 2003, a fecha de abril 2004, sólo 4 Estados miembros habían transpuesto la Decisión Eurojust a sus ordenamientos jurídicos nacionales (Portugal, Alemania, Austria y Francia, otros 6 debían adaptarla (Bélgica, España, Finlandia, Grecia, Italia, Luxemburgo) y los demás Estados miembros (de la UE15) estimaban que no tenían que modificar su legislación nacional. Ya también en este informe, la Comisión recomendaba a los Estados miembros que confirieran a su miembro nacional en Eurojust, los poderes judiciales y de investigación necesarios. Con la entrada en vigor de la Decisión de Refuerzo de Eurojust, los Estados miembros tienen hasta el 4 de junio de 2011 para adaptar, si fuera necesario, su Derecho nacional a las nuevas funciones de los miembros nacionales.

respectivamente; pudiendo ser reelegidos una sola vez. La representación de Eurojust recae en el Presidente, a él compete dirigir el trabajo del Colegio y supervisar la gestión diaria llevada a cabo por el Director administrativo.

Desde finales de 2004, los trabajos no operativos del Colegio se han organizado por medio de comités (posibilidad dada por el art. 6 del Reglamento Interno). Los comités se componen de un número reducido de miembros nacionales o asistentes (elegidos por el Colegio tras haber mostrado su interés el miembro nacional), a los que dan apoyo técnico miembros de la Administración relevantes según la materia que se discuta en cada momento. Al frente de cada comité los miembros del mismo eligen a su Portavoz, quien presentará las conclusiones de sus trabajos en forma de recomendaciones al resto del Colegio para su adopción. Actualmente existen 13 comités²⁹, si bien su número varía en función de las necesidades del Colegio.

1.3.4. Actuación

Para el cumplimiento de sus funciones, Eurojust funciona bien a través de sus miembros nacionales (art. 6 de la Decisión Eurojust), bien colegiadamente (art. 7 de la Decisión Eurojust).

1.3.4.1. Actuación de Eurojust colegiadamente

En cuestiones operativas, Eurojust funciona de forma colegiada en los siguientes casos:

- cuando así lo soliciten uno o varios miembros nacionales afectados por un asunto tratado por Eurojust,
- cuando se refieran a investigaciones o actuaciones judiciales que tengan repercusiones a escala de la Unión o puedan afectar a Estados miembros distintos de los directamente implicados,
- cuando se plantee una cuestión general relativa a la consecución de su objetivos, o

²⁹ Los comités actuales se pueden dividir en tres categorías: (1) temáticos: Relaciones Exteriores, “Bruselas” (seguimiento de las propuestas legislativas que se debaten en el Consejo y la Comisión de interés para Eurojust, así como otras actividades de interés a nivel de la Unión), Tráfico de seres humanos y delitos conexos, Euroorden y exhorto europeo de obtención de pruebas, Fraude y delitos económicos, terrorismo; (2) de relaciones con otros organismos: Europol, OLAF y RJE y Magistrados de enlace y (3) de orden interno de Eurojust: Presidencia, Administración, Protección de Datos y proyecto EPOC y Estrategia de gestión de casos.

- cuando así lo establezcan otras disposiciones de la Decisión Eurojust.

Las formas de actuación del Colegio se encuentran reguladas en el art. 7 de la Decisión Eurojust pudiendo destacarse la resolución de conflictos de competencias³⁰ y la asistencia en caso de rechazos o dificultades reiteradas ante una solicitud de auxilio judicial. En estos casos, el Colegio puede adoptar una opinión no vinculante, si bien en caso de que la autoridad nacional competente decidiera no seguir las indicaciones de la misma, deberá motivar su decisión, salvo en casos de seguridad nacional o si ésto pudiera poner en peligro una investigación en marcha o la seguridad de individuos (ver art. 8 de la Decisión Eurojust).

1.3.4.2. Actuación de Eurojust a través de sus miembros nacionales

Todas las comunicaciones y transmisiones de información entre Eurojust y las autoridades competentes de los Estados miembros se efectúan a través del miembro nacional correspondiente (art 9 (2) DEJ). Esto significa:

- por un lado, que cada Estado miembro definirá la naturaleza y el alcance de las competencias judiciales que otorgue a su miembro nacional en su propio territorio dotándole tanto de acceso a la información que figure en el registro nacional de penados u otros, como de la potestad de ponerse directamente en contacto con las autoridades competentes de su Estado miembro.

- por otro lado, que los otros Estados miembros, se comprometen a aceptar y reconocer las prerrogativas así conferidas a los miembros nacionales, siempre que sean conformes con los compromisos internacionales.

Los Estados miembros se compromete, además, a asegurar que sus miembros nacionales estén informados de: casos de conflicto de jurisdicción, entregas controladas, rechazos o dificultades reiterados en la ejecución de una rogatoria, la creación de un equipo conjunto de investigación así como de los casos que atañan directamente a más de tres Estados miembros y que versen sobre un delito que conlleve una pena de al menos cinco o seis años o en los que se encuentre envuelta una organización criminal o que el caso tenga dimensiones transfronterizas o tenga repercusiones a nivel de la Unión

³⁰ La labor de Eurojust – actuando tanto colegiadamente como mediante sus miembros permanentes- se ha visto reforzada en este punto con la Decisión Marco 2009/948/JAI DEL CONSEJO de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (DOUE L 328/42, de 15.12.2009). Los conflictos de jurisdicción y el principio de *ne bis in idem* son objeto de estudio del tema 19 de este curso, por lo que les remito al mismo.

(art. 13 Decisión Eurojust). El Grupo Informal sobre la aplicación de la nueva Decisión de Eurojust (formado por expertos del Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y los Estados miembros) ha elaborado una plantilla estándar para facilitar la transmisión de información sobre los casos desde los Estados miembros a Eurojust. Esta plantilla estándar permite no sólo facilitar el manejo de la información sino sobre todo su transmisión y proceso de forma segura.

A nivel operativo, Eurojust funciona a través de uno o varios de los miembros nacionales implicados en un caso, pudiendo desempeñar las funciones previstas en el art.6 de la Decisión Eurojust. La nueva DREJ refuerza esta tarea, pues al ampliar el ámbito de actuación del art 8 DEJ a las solicitudes de los miembros nacionales, se obliga a las autoridades nacionales requeridas a motivar su decisión en caso de decidir no acceder a las solicitudes del miembro nacional.

La nueva DREJ , además, ha venido a paliar las distorsiones creadas en la práctica debidas a la dispar atribución de competencias por parte de los Estados miembros a sus miembros nacionales. Los poderes de los miembros nacionales vienen conferidos bien por su capacidad como autoridad nacional competente, bien porque así lo haya decidido su Estado miembro. El miembro nacional deberá hacer saber si actúa como autoridad nacional competente o como miembro de Eurojust al que su Estado ha conferido dicha potestad (art. 9bis Decisión Eurojust). No obstante, todos los miembros nacionales deberán tener conferida al menos los poderes de:

- a) recepción, transmisión, seguimiento y puesta a disposición de información relativa a la ejecución de peticiones de auxilio judicial (art.9ter Decisión Eurojust) y
- b) participación en los equipos conjuntos de investigación (art. 9septies Decisión Eurojust).

Si las normas constitucionales y el sistema judicial nacional lo permitieran, se podría ampliar el margen de acción del miembro nacional con los siguientes poderes:

- c) poderes ejercidos de acuerdo con o a petición de una autoridad nacional competente (art.9quater Decisión Eurojust): elaborar y enviar una comisión rogatoria, ejecutar solicitudes de auxilio judicial y decidir sobre ellas, ordenar que se lleven a cabo medidas de investigación o autorizar y coordinar entregas controladas. Estas actuaciones deben, en principio, ejercerse por la autoridad nacional competente.

d) poderes ejercidos por el miembro nacional en caso de urgencia (art.9 quinquies Decisión Eurojust): cuando no sea posible identificar o ponerse en contacto con la autoridad nacional competente, el miembro nacional de Eurojust puede autorizar y coordinar entregas controladas y ejecutar solicitudes de auxilio judicial y decidir sobre ellas. Tan pronto como se haya identificado a la autoridad nacional competente, se le informará de las actuaciones realizadas.

La nueva DREJ dota además a Eurojust de una mayor operatividad al crear la Célula de Coordinación de Emergencias (art.5bis Decisión Eurojust): una unidad de permanencia ininterrumpida -24 horas al día, todos los días de la semana- compuesta por un punto de contacto en Eurojust y un representante por Estado miembro (el miembro nacional, su adjunto o un asistente). En caso de urgencia, la autoridad nacional competente enviará la solicitud de auxilio judicial al punto de contacto de la célula de emergencia, quién se la remitirá inmediatamente al representante del Estado miembro requirente y, si explícitamente solicitado, al representante del Estado miembro en cuyo territorio deberá ejecutarse dicha solicitud. La CCE está operativa desde 2011.

1.3.4.3. Relaciones funcionales

Eurojust coopera y mantiene relaciones funcionales tanto con otros organismos de la Unión como con organismos y organizaciones internacionales así como con terceros países³¹. Existen, no obstante, distintos grados de cooperación.

1.3.4.3.1. Relaciones con otros organismos de la Unión³²

Así, Eurojust mantiene una cooperación *estrecha* con Europol, evitando sobre todo duplicaciones en la actuación. Las relaciones entre Eurojust y Europol se rigen por las disposiciones del Acuerdo entre Europol y Eurojust de 9 de junio de 2004³³. Donde más se ha venido desarrollando la cooperación

³¹ Ver arts. 26 y 27 de la DEJ.

³² EL nuevo art. 26 DEJ también prevé la cooperación entre Eurojust y la Red Europea de Formación Judicial y con FRONTEX. Desde el 7 de febrero de 2008 existe un memorando de entendimiento con la Red Europea de Formación Judicial en el que se enmarcan las estancias de formación de jueces y fiscales a Eurojust.

³³ Elaborado sobre la base de las disposiciones del art. 23 del Reglamento Interno de Eurojust.

entre los dos organismos es en la participación de Eurojust en los ficheros de trabajo con fines de análisis (“AWF” en su acrónimo del término en inglés “*analysis work files*”) de Europol³⁴. En junio de 2007, Eurojust designó a miembros nacionales y a analistas como expertos asociados (art. 26(1)(a) de la Decisión Eurojust). A nivel de oficinas nacionales, de entre las funciones de los miembros nacionales figura la de mantener estrechas relaciones con la unidad nacional de Europol (art. 9 sexies (5)(d) Decisión Eurojust).

Las relaciones con la Red Judicial Europea (RJE) son *privilegiadas*. Tanto la nueva Decisión sobre la RJE como la Decisión de refuerzo de Eurojust vienen a aclarar y al mismo tiempo profundizar la relación entre ambas. Dichas relaciones se basan en la consulta y la complementariedad (art. 10 DRJE y art. 25bis Decisión Eurojust), en particular entre el miembro nacional, los puntos de contacto de un mismo Estado miembro y el corresponsal nacional de Eurojust. Como ya se ha expuesto, la Secretaría de la RJE forma parte de la Administración de Eurojust, si bien como una unidad separada y autónoma.

Esta *excelente* cooperación se materializa en las siguientes medidas:

- Eurojust tiene acceso a la información centralizada recogida por la RJE y a su red de telecomunicaciones seguras,

- el miembro nacional de Eurojust informará a los puntos de contacto de la RJE de aquellos casos que considere la RJE está en mejor situación de conocer y viceversa,

- los miembros nacionales de Eurojust pueden asistir a las reuniones de la RJE, por invitación de esta última. A su vez, puntos de contacto de la RJE pueden ser invitados a las reuniones de Eurojust³⁵.

Eurojust mantiene una cooperación estrecha con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). A tal fin, la OLAF puede contribuir a los trabajos de Eurojust que tengan por objeto coordinar las investigaciones y actuaciones judiciales sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades, bien a iniciativa de Eurojust, bien a petición de la OLAF, siempre que no se opongan las autoridades competentes de los Estados miembros (art. 26(4) Decisión Eurojust). Esta cooperación se plasmó el 24 de septiembre de 2008 en un Acuerdo práctico sobre disposiciones relativas a la cooperación (la peculiaridad del nombre responde a la falta de personalidad jurídica de

34 Desde 2003, el Protocolo danés ofrece la posibilidad de que Europol invite a expertos de terceros Estados u organismos a asociarse a las labores de los grupos de análisis.

35 Ver art. 26(2)(c) de la Decisión Eurojust.

OLAF, detentada por la Comisión europea). Ambas instancias mantienen reuniones periódicas y se invitan mutuamente a actividades que se consideren de interés³⁶.

En cuanto a los organismos de formación, Eurojust coopera con la Red Europea de Formación judicial y con la Academia Europea de Policía, CEPOL.

Por último, como novedad introducida por la DREJ, en la medida en que ello sea útil para el ejercicio de sus funciones, Eurojust podrá establecer y mantener relaciones de cooperación con FRONTEX, la agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la Unión Europea (art. 26(1)(c) Decisión Eurojust).

Para casos concretos, Eurojust puede cooperar con magistrados de enlace de los Estados miembros con el objeto de crear un marco de intercambio que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión. Para evitar solapamientos y duplicidades entre Eurojust, la RJE y los magistrados de enlace, en octubre de 2007 Eurojust organizó una reunión con ellos para debatir cómo mejorar la actuación en casos que afecten a dos o más Estados. En los últimos años, Eurojust ha venido desarrollando su red de puntos de contacto y actualmente cuenta con 31 en 23 Estados, tanto en el resto de Europa como en otros continentes³⁷.

1.3.4.3.2. Relaciones con terceros países

Eurojust puede celebrar acuerdos de cooperación, aprobados por el Consejo, con terceros países. Dichos acuerdos podrán contener, en particular, disposiciones sobre las modalidades de envío en comisión de servicios de funcionarios de enlace o de magistrados de enlace a Eurojust. Como se ha expuesto, actualmente Eurojust cuenta con dos magistrados de enlace de países terceros. Asimismo, podrán incluir disposiciones relativas al intercambio de datos personales; en tal caso, Eurojust consultará a la Autoridad Común de Control.

Eurojust podrá intercambiar toda la información necesaria para el des-

³⁶ Ver art. 22 del Reglamento Interno de Eurojust.

³⁷ Los Estados en los que Eurojust mantiene puntos de contacto son: Albania, Argentina, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Croacia, Egipto, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Moldova, Mongolia, Montenegro, Noruega, Federación Rusa, Serbia, Singapur, Suiza, Tailandia, Turquía, Ucrania y los Estados Unidos de América. Fuente: Memoria anual Eurojust 2007.

empeño de sus funciones con las autoridades competentes de terceros países para investigaciones y actuaciones judiciales. Todo ello, si se cumplen dos requisitos³⁸:

- que el miembro nacional del Estado miembro que haya facilitado la información de su consentimiento para la transmisión y
- que exista un acuerdo de cooperación en vigor o que se trate de un caso urgente.

En casos de urgencia, Eurojust también puede cooperar con un tercer Estado sin que haya necesidad de un acuerdo de cooperación en vigor, siempre que esta cooperación no suponga la transmisión de datos personales desde Eurojust a dichas entidades. La transmisión de datos personales desde Eurojust a terceros Estados en los que no se aplique el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 sólo podrá realizarse cuando exista un nivel suficiente comparable de protección de datos. No obstante, aun cuando no se cumplan dichas condiciones un miembro nacional podrá, actuando como tal, de manera excepcional y únicamente para que se adopten medidas urgentes con el fin de prevenir un peligro inminente y grave para una persona o para la seguridad pública, proceder a un intercambio de información que incluya datos personales. Corresponderá al miembro nacional determinar si es legal autorizar la comunicación y la comunicación de datos sólo se autorizará si el destinatario se compromete a que los datos se utilicen únicamente para el fin para el que fueron comunicados.

Actualmente, Eurojust ha firmado acuerdos de cooperación con los siguientes Estados (por orden cronológico): Noruega, Islandia, Estados Unidos de América, Croacia, Suiza y la Antigua República Yugoslava de Macedonia.

1.3.4.3.3. Relaciones con instituciones u organismos internacionales afines: Iber-RED, UNODC y la Corte Penal Internacional.

Para cumplir sus objetivos, Eurojust puede establecer contactos, intercambiar experiencias de naturaleza no operativa e intercambiar toda la información necesaria para el desempeño de sus funciones con organismos y organizaciones internacionales. Entre estas, cabe destacar:

- la firma en abril de 2007 de una Carta de entendimiento con la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, como paso previo para explorar áreas de cooperación y un posible acuerdo entre ambos organismos;
- la firma en Lisboa el 4 de mayo de 2009 del Memorando de Entendi-

38 Ver art. 27 de la DEJ.

miento entre Eurojust e Iber-RED (este documento se elaboró en tres versiones lingüísticas todas ellas oficiales: español, portugués e inglés) y

- la firma el 26 de febrero de 2010 del Memorando de Entendimiento con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

Relaciones entre Eurojust y las autoridades españolas

1.4. Europol

1.4.1. Creación

La idea de crear una oficina europea de policía empezó a fraguarse durante el Consejo Europeo de Luxemburgo en 1991. Con la adopción del Tratado de Maastricht, el artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea plasmó esta posibilidad al prever la cooperación policial entre los Estados miembros para prevenir y combatir el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y demás formas graves de delincuencia organizada mediante la creación de un sistema de intercambio de información a nivel de la Unión en el seno de “una oficina europea de policía” a la que el mismo Tratado denominaba “Europol”. En desarrollo de dicho precepto, la unidad empezó su andadura en enero de 1994, bajo la denominación de “Unidad de Drogas de Europol” (UDE), con la adopción por el Consejo de la Acción Común 95/73/JAI, de 10 de marzo de 1995³⁹. Basándose en el artículo K.3. del Tratado de la Unión Europea, los Estados miembros adoptaron el Acto del Consejo de 26 de julio de 1995, en cuyo anexo figuraba el comúnmente llamado “Convenio Europol”⁴⁰ con lo que quedó oficialmente constituido dicho órgano de cooperación policial. El

³⁹ Esta Acción Común sufrió modificaciones posteriores con la Acción Común 96/747/JAI, de 29 de noviembre de 1996 (D.O. L342 de 31.12.1996).

⁴⁰ Cabe destacar que, como veremos en el epígrafe final de esta sección, Europol no es en puridad un órgano o agencia de la Unión Europea, pues no fue adoptado por una Decisión del Consejo sino por un Convenio “internacional” entre los Estados miembros. De hecho, el presupuesto de Europol no depende del presupuesto de la Unión sino que se nutre de las contribuciones de los Estados miembros. La repercusión práctica de esto es que la vertiente intergubernamental es todavía más fuerte que en los demás órganos del Tercer pilar hasta ahora estudiados. No obstante, existe actualmente una propuesta de convertir Europol en una agencia de la Unión y de convertir el Convenio Europol en una Decisión del Consejo.

Convenio Europol entró en vigor el 1 de octubre de 1998 y el 1 de julio de 1999 la UDE fue definitivamente reemplazada por Europol.

La organización se vio reforzada por el Consejo Europeo de Tampere de 1999, cuyas Conclusiones conminaban a los Estados miembros a que le proveyeran del apoyo y recursos necesarios al tiempo que se preveía el refuerzo del papel de Europol aumentando sus prerrogativas y su ámbito de actuación⁴¹.

En los últimos años, el Convenio Europol ha sido revisado varias veces, al írsele ampliando los delitos sobre los que tiene competencias. En diciembre de 2006 la Comisión europea presentó una propuesta⁴² para sustituir el actual Convenio Europol por una Decisión del Consejo de la Unión. Tras casi dos años de negociaciones en el Consejo en abril de 2008 se alcanzó un acuerdo político que posibilitó la adopción formal en el Consejo el 6 de abril de 2009 de la Decisión por la que se crea la Oficina Europea de Policía (en adelante “Decisión Europol”). Si bien la Decisión Europol entró técnicamente en vigor el 4 de junio de 2009, no fue aplicable hasta el 1 de enero de 2010, tal y cómo preveía su artículo 64.

Desde su creación, Europol goza de personalidad jurídica propia⁴³ y su sede se encuentra en La Haya (Países Bajos). Aunque bajo la Decisión Europol se amplía el campo de actuación de la Oficina, pues ya no es necesario en todos los casos el elemento de organización criminal, la naturaleza de sus funciones no ha sufrido ningún cambio. No obstante, como veremos a lo largo de esta sección, el cambio de Convenio a Decisión del Consejo presenta indudables ventajas, sobre todo la vinculación más estrecha con las instituciones de la Unión y por ello la mayor celeridad en la adaptación de Europol a las cambiantes necesidades en la lucha contra la delincuencia transnacional.

1.4.2. Objetivos

Europol tiene por objetivo la mejora de la cooperación policial entre los Estados miembros de la Unión Europea en la prevención y lucha contra la delincuencia organizada, el terrorismo y otras formas de delitos graves que afecten a dos o más Estados miembros (art. 3 Decisión Europol) y delitos conexos (art. 4 y anexo Decisión Europol). La lista de otras formas de delitos graves

⁴¹ Ver Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, Puntos 43 y 56.

⁴² Dicha propuesta, la COM (2006)817 final, aunque no está publicada en el Diario Oficial, está disponible en la página web de la UE.

⁴³ Véanse el art. 26(1) del Convenio Europol y el art. 2(1) de la Decisión Europol.

había venido incrementándose a lo largo del tiempo mediante sucesivas modificaciones al Convenio Europol, por lo que el anexo de la nueva Decisión Europol resulta especialmente útil y esclarecedora pues presenta una relación actualizada de las mismas. A modo de ejemplo valga destacar: los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad y los bienes de las personas que se hayan cometido o que se cometan en el marco de actividades terroristas⁴⁴, el tráfico ilícito de material nuclear y radiactivo, inmigración clandestina y trata de seres humanos⁴⁵, tráfico de vehículos robados, acuñación de moneda falsa y falsificación de medios de pago, blanqueo de dinero y delitos conexos⁴⁶, delitos contra la propiedad, los bienes públicos y delitos de fraude, delitos contra el medio ambiente⁴⁷, y protección del euro⁴⁸. Con la Decisión Europol, la Oficina ha visto reforzado su papel como oficina central europea contra la falsificación del euro (art. 5(5) Decisión Europol).

1.4.3. Composición

Los Estados miembros cooperan entre sí en Europol a través de sus unidades nacionales (UNE)⁴⁹. Las UNE actúan de enlace entre Europol y los servicios nacionales competentes y están formadas por funcionarios de enlace⁵⁰ que son nombrados por los Estados miembros respectivamente de entre funcionarios de los servicios nacionales competentes para prevenir y combatir los delitos que sean competencia de Europol. Los funcionarios de enlace per-

44 Includido tras la modificación del Convenio Europol ex Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998 por la que se encomienda a Europol la lucha contra los delitos cometidos o que puedan cometerse en el marco de actividades terroristas que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad o los bienes de las personas (1999/C 26/06).

45 Includido tras la modificación del Convenio Europol ex, Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998 por la que se completa la definición de la forma de delincuencia «trata de seres humanos» incluida en el anexo del Convenio Europol (1999/C 26/05).

46 En cumplimiento de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (Punto 56), los Estados miembros adoptaron el “Protocolo sobre blanqueo de capitales” (“*Acto del Consejo de 30 de noviembre de 2000 que establece, sobre la base del apartado 1 del artículo 43 del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), un Protocolo que modifica el artículo 2 y el anexo de dicho Convenio (2000/C 358/01)*”), modificando así el artículo 2 del Convenio Europol.

47 Recogidos en la Decisión de 6 de diciembre de 2001.

48 Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005.

49 Véase art. 8 de la Decisión Europol.

50 Véase el art. 9 de la Decisión Europol.

manecen bajo la responsabilidad de las autoridades nacionales acreditantes, están sometidos a las normativas nacionales y son los encargados de velar por los intereses de la unidad nacional en Europol.

Con la entrada en vigor de la Decisión Europol, los órganos de la Oficina se simplifican y el peso de la Comisión Europea (antes mero observador en el Consejo de Administración) y del Parlamento Europeo (ahora como órgano autorizante y verificador del presupuesto) se refuerzan. Así pues, sus órganos se reducen al Consejo de administración⁵¹ y al Director⁵².

El Consejo de administración de Europol, está compuesto por un representante por cada Estado miembro, más uno de la Comisión Europea⁵³, disponiendo de un voto cada uno de sus miembros. Se reúne periódicamente (al menos dos veces al año) y es responsable del seguimiento preciso del funcionamiento de Europol; especialmente: la adopción de una estrategia que incluya índices de referencia destinados a determinar si se han alcanzado los objetivos fijados y la supervisión de las labores del Director. Los miembros titulares o suplentes podrán ser acompañados y asesorados por expertos de sus Estados miembros durante las deliberaciones del Consejo de administración y la presidencia es rotativa, correspondiendo al representante del Estado miembro que ejerza la presidencia del Consejo de la Unión.

1.4.4. Competencias y actuación

Europol desempeña un papel fundamental en el apoyo a la prevención, análisis e investigación de la delincuencia a escala de la Unión (es decir, se requiere que dos o más Estados miembros estén afectados para que Europol pueda actuar).

Cabe destacar que Europol carece de poderes ejecutivos o de investigación. Por lo tanto, su actuación consiste en⁵⁴:

- facilitar la transmisión, gestión e intercambio de información entre los servicios nacionales, y
- proporcionar análisis de la delincuencia (“ficheros”) a estos servicios.

La Decisión Europol ha especificado estas funciones a:

⁵¹ Véase art. 37 de la Decisión Europol.

⁵² Véase art. 38 de la Decisión Europol.

⁵³ Antes de la entrada en vigor de la Decisión Europol la Comisión tenía un papel de mero observador, en incluso en algunas materias se le vetaba la asistencia.

⁵⁴ Véase art. 5 de la Decisión Europol.

- proporcionar apoyo en materia de análisis e información a los Estados miembros en relación con un acontecimiento internacional importante y
- elaborar evaluaciones de las amenazas, análisis estratégicos e informes generales sobre el estado de los trabajos en relación con su objetivo, incluidas evaluaciones de la amenaza de la delincuencia organizada.

Sobre los equipos conjuntos de investigación, valga destacar que ya con anterioridad a la entrada en vigor de la Decisión Europol existía la posibilidad de sugerir la creación de un equipo conjunto de investigación en casos específicos⁵⁵. La Decisión Eurojust la recoge ahora expresamente en su art. 5. En este campo, puede Europol, además, participar en los equipos conjuntos de investigación⁵⁶ formados por los servicios de los distintos Estados miembros proporcionándoles sobre el terreno la información que necesiten⁵⁷.

Finalmente, Europol asiste en la formación de los miembros de las autoridades nacionales competentes y les facilita apoyo técnico.

Para el desempeño de estas funciones, Europol cuenta con un sistema informatizado de recopilación de la información. Gracias al nuevo art. 10 de la Decisión Europol, se podrán crear y mantener otros sistemas de tratamiento de datos personales y el sistema actual se podrá enriquecer con nuevos tipos de información (tales como datos dactiloscópicos, el perfil de ADN o información relativa al lugar de residencia o a la profesión de la persona en cuestión; ver art. 12 Decisión Europol). Actualmente, el sistema de información Europol (“SIE”) consta de tres elementos: el sistema de información informatizado propiamente dicho, los ficheros de trabajo con fines de análisis (“AWF” en su acrónimo en inglés “*análisis work files*”) y el sistema de índices. Cabe destacar que los datos relativos a las infracciones conexas no pueden figurar en

⁵⁵ Los Estados miembros dotaron a Europol de esta posibilidad en el Consejo Europeo de Tampere, en 1999 (ver Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, Punto 43), si bien esta potestad se otorgaba a la organización con una moratoria de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (art. 30(2) del Convenio Europol).

⁵⁶ . A modo de ejemplo, la normativa española reguladora de los equipos conjuntos de investigación, Ley 11/2003 de 21 de mayo, incluye la regulación de los equipos que se pudieran crear en el ámbito de Europol, además de Eurojust y OLAF (véase la Disposición Adicional Segunda).

⁵⁷ Si bien el Acto del Consejo de 28 de noviembre de 2002 establece los privilegios e inmunidades de Europol y sus agentes, la responsabilidad penal de los miembros en los equipos conjuntos de investigación se encuentra regulada por cada ordenamiento nacional. Véase, a modo de ejemplo, la Ley española de la responsabilidad penal de los miembros de los equipos de investigación conjunta cuando actúen en España (Ley Orgánica 3/2003 de 21 de mayo).

el sistema informatizado. Los datos registrados pues en el sistema se refieren tanto a personas que hayan cometido una infracción o delito competencia de Europol, que hayan sido condenadas por ello con arreglo al Derecho nacional de un Estado miembro o incluso aquellas sospechosas de haberlo cometido o, en casos de excepcional gravedad, que sean susceptibles de cometerlo.

A este sistema informatizado de información tienen pleno acceso tanto las UNE como los funcionarios de enlace y un acceso restringido los servicios competentes nacionales designados por los Estados miembros.

En cuanto a los ficheros de trabajo⁵⁸, estos sí pueden almacenar datos de infracciones conexas y se utilizan para registrar datos sobre sospechosos, presuntos infractores, posibles testigos, víctimas y otras potenciales personas de contacto.

El sistema de índices puede ser únicamente consultado por los agentes de Europol habilitados, el Director y los funcionarios de enlace.

Puesto que la misión fundamental de Europol es recoger y analizar información, el derecho a la vida privada de los ciudadanos cobra especial relevancia en esta organización. Si bien el Convenio Europol regula la materia de tratamiento y protección de datos de carácter personal en el Capítulo V, previniendo el nombramiento por cada Estado miembro de una autoridad nacional de control y la creación de una autoridad de control común e independiente, el Consejo de la Unión había venido paulatinamente adoptando normas complementarias⁵⁹ que regulaban la transmisión de datos procedentes de terceros o destinados a instancias terceras. Con la derogación del Convenio Europol y en aplicación de la Decisión Europol (arts.22, 23 y 25), el Consejo adoptó el 11 de diciembre de 2009⁶⁰ dos Decisiones claves que sustituyeron a la legislación anterior en materia de tratamiento y protección de datos personales e información clasificada: la Decisión del Consejo 2009/936/JAI de 30 de

58 En aplicación de la Decisión Europol, el 30 de noviembre de 2009 el Consejo adoptó la Decisión /936/JAI por la que se adoptan las normas de desarrollo aplicables a los ficheros de trabajo de análisis de Europol (DOUE L325/14 de 11.12.2009).

59 Acto del Consejo 99/C 26/01, de 3 de noviembre de 1998, por el que se aprueban las normas aplicables a los ficheros de análisis de Europol (D.O. C26 de 30.1.1999); Acto del Consejo 99/C 26/2, de 3 de noviembre de 1998, por el que se adoptan normas sobre protección del secreto aplicables a la información de Europol. (D.O. de 30.1.1999), modificado por el Acto del Consejo de 5 de junio de 2003 (D.O. C 152 de 28.6.2003) y Acto del Consejo 99/C 26/03, de 3 de noviembre de 1998, por el que se fijan normas referentes a la recepción por parte de Europol de información procedente de Estados y organismos terceros ((D.O. C26 de 30.1.1999).

60 Véase DOUE L325, de 11 de diciembre de 2009.

noviembre, por la que se adoptan las normas de desarrollo aplicables a los ficheros de trabajo de análisis de Europol y la Decisión del Consejo 2009/934/JAI de 30 de noviembre, por la que se adoptan las normas de desarrollo que rigen las relaciones de Europol con los socios, incluido el intercambio de datos personales y de información clasificada. Ambas decisiones entraron en vigor el 1 de enero de 2010.

Cabe por último destacar que la Decisión del Consejo 2009/935/JAI de 30 de noviembre establece las prioridades en las relaciones externas de Europol al determinar la lista de terceros Estados y organizaciones con los que Europol podrá celebrar acuerdos de cooperación⁶¹.

2. Instituciones de cooperación a nivel internacional

2.1. La Red Iberoamericana de Cooperación Judicial (Iber-RED)

2.1.1. Creación y objetivos

A semejanza del Espacio Judicial Europeo, en Iberoamérica se ha puesto en

⁶¹ Basado en el Convenio Europol y en el Acto del Consejo de 3 de noviembre de 1998, por el que se establecen las normas para las relaciones exteriores de Europol con los terceros Estados y los organismos no relacionados con la Unión Europea (1999/C 26/04), Europol celebró acuerdos de cooperación estratégica u “operativa” (sólo los últimos permiten la transmisión de datos de carácter personal) con los siguientes países y organismos internacionales: (a) acuerdos de cooperación operacionales con: Australia, Canadá, Croacia, Islandia, Noruega, Suiza, los EE.UU e Interpol, y (b) acuerdos estratégicos con: Albania, Bosnia-Herzegovina, Colombia, Antigua República Yugoslava de Macedonia, República de Moldova, Montenegro, Federación Rusa, Serbia, Turquía, Ucrania, la Organización Mundial de Aduanas y la Oficina de NN.UU. sobre Drogas y Crimen (UNODC). Se entiende también por terceros a otras instancias de la Unión Europea con las que la labor de Europol pueda estar relacionada. Basado en el Acto del Consejo de administración de Europol de 15 de octubre de 1998, Europol tiene actualmente acuerdos estratégicos con las siguientes instancias de la Unión: Comisión Europea, Banco Central Europeo, OLAF y el Observatorio Europeo de la Droga y Toxicomanías, FRONTEX, CEPOL y SitCen y un acuerdo operacional con Eurojust. Desde la entrada en vigor el 1 de enero de 2010 de la nueva normativa de Europol en materia de protección de datos personales y de prioridades en sus relaciones exteriores, Europol no ha adoptado ningún acuerdo de cooperación operativa o estratégica con un tercer Estado o institución.

marcha la creación del Espacio Judicial Iberoamericano⁶². Para su consecución, en 2004 se constituyó la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial, Iber-RED⁶³. Creada por la Reunión de Responsables Iberoamericanos de todos los Sectores de la Administración de Justicia (Conferencia de Ministros de Justicia⁶⁴, Cumbre Judicial Iberoamericana⁶⁵ y Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP)⁶⁶), celebrada en Cartagena de Indias (Colombia) en octubre de 2004, Iber-RED fue concebida además bajo los auspicios de la Conferencia Iberoamericana de Ministros de Justicia de junio de 2004⁶⁷ y con el apoyo de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno⁶⁸.

Su objetivo es la creación de una red de puntos de contacto⁶⁹ que aglutine a todos los operadores jurídicos protagonistas en la remisión y cumplimiento de comisiones rogatorias y solicitudes de cooperación judicial internacional y

62 Se entiende por “Iberoamérica” o “Comunidad Iberoamericana de Naciones” al territorio comprendido bajo la “comunidad histórica de países que forman parte de una cultura común dentro del mundo lusoamericano e hispanoamericano”. Actualmente, 22 Estados componen la Comunidad Iberoamericana de Naciones: Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela (véase Punto VII de la Exposición de Motivos del Reglamento Iber-RED) Puerto Rico participa también de la Iber-Red por su integración en la Cumbre Judicial Iberoamericana.

63 El Reglamento Iber-RED data del 27-29 de octubre de 2004 y se encuentra disponible en los idiomas oficiales de la organización (español, portugués e inglés) en: http://www.iberred.org/index.php?option=com_content&task=view&id=12&Itemid=45 Por motivos obvios, durante esta exposición se hará referencia a su versión en español.

64 www.xvconferenciaiberoamericanamjusticia.es

65 www.cumbrejudicial.org

66 <http://www.aiamp.net>

67 Véase la Declaración de la XIV Conferencia de los Ministros de Justicia en Fortaleza (Brasil), del 31 de mayo al 2 de junio de 2004: <http://www.xvconferenciaiberoamericanamjusticia.es/>

68 Véase el Comunicado Especial sobre la creación de la Red Iberoamericana de Cooperación Judicial adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno iberoamericanos en la XIV Cumbre Iberoamericana, celebrada en 2004 en San José de Costa Rica: <http://www.oei.es/xivcumbred2.htm#3>

69 La lista actualizada se puede encontrar en la página web de Iber-RED (www.iberred.org). A fecha de cierre de la elaboración de este tema, la lista está actualizada a 5 de noviembre de 2007.

se entiende como un instrumento para mejorar, simplificar y acelerar la cooperación judicial efectiva entre los Estados en materia penal y civil.

Más concretamente, se puede hablar de un doble objetivo:

- a nivel interno (Disposición 3 del Reglamento Iber-RED), Iber-RED tiene como objetivos:

- optimizar la cooperación judicial en materia penal y civil entre los países participantes, y

- establecer progresivamente y mantener actualizado un sistema de información sobre los diferentes sistemas legales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

- a nivel externo (Título IV del Reglamento Iber-RED), Iber-RED tiene como objetivo el mantener contactos e intercambiar experiencias con otras redes de cooperación judicial y organismos internacionales que promuevan la cooperación judicial internacional. En este punto se dedica especial importancia a la labor de asistencia en el cumplimiento de solicitudes de cooperación remitidas por la Corte Penal Internacional (ver Disposición 14(1) del Reglamento Iber-RED y la sección 2.3 de este tema) y sobre todo al impulso a través de sus puntos de contacto de relaciones operativas con Eurojust (ver Disposición 14(2) del Reglamento Iber-RED y la sección 1.3.5.3.3 de este tema).

2.1.2. Composición

Iber-RED está compuesta de dos divisiones: penal y civil. Tal y cómo estipula la Disposición 4 del Reglamento Iber-RED, existen tres categorías de miembros de Iber-RED:

- los puntos de contacto designados por los Ministerios de Justicia, por los Ministerios Públicos y Fiscalías Generales, y por los organismos judiciales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones;

- los organismos y autoridades centrales establecidos en instrumentos de Derecho internacional en los que los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones sean parte o en normas de Derecho interno relativas a la cooperación judicial en materia penal y civil y, en su caso,

- cualquier otra autoridad judicial o administrativa con responsabilidad en la cooperación judicial en el ámbito penal y civil cuya pertenencia a Iber-RED sea considerada conveniente por sus miembros.

Los puntos de contacto⁷⁰ son quienes, actuando como corresponsales nacionales en cada Estado, realizan las tareas operativas de asistencia judicial en el ámbito iberoamericano. Cada institución competente (Ministerios de Justicia, Ministerios Públicos y Fiscalías Generales, y organismos judiciales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones) puede designar al menos tres puntos de contacto, atendiendo al descriptor orgánico que les facilita la Secretaría General y velando por que éstos cuenten con la capacitación adecuada en materia de cooperación judicial internacional (Disposición 8 del Reglamento Iber-RED), con lo que actualmente Iber-RED goza de una amplia y especializada red de puntos de contacto.

Iber-RED está dotada además de una Secretaría General (Disposiciones 7 y 12 del Reglamento Iber-RED) concebida como una unidad administrativa rotativa, que será desarrollada y puesta en práctica por el Ministerio de Justicia que en cada momento ostente la Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos⁷¹. Así pues, la Secretaría General no ostenta competencias operativas, sino de coordinación, difusión, representación y mantenimiento de la Red.

En cuanto a las funciones de representación, cabe destacar que está dotada de potestad para mantener contactos e intercambiar experiencias con otras redes y organismos internacionales que promuevan la cooperación judicial (Disposición 8(2) *in fine* del Reglamento Iber-RED). Sobre esta base se han firmado los ya mencionados Memorandos de entendimiento con Eurojust y con la Red Judicial Europea.

2.1.3. Competencias y Actuación

Para la consecución de sus objetivos, Iber-RED actúa bajo la estricta observancia del principio de complementariedad; es decir, con pleno respeto a la competencia que, en materia de cooperación judicial internacional, ostentan los poderes ejecutivos y autoridades centrales de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.

⁷⁰ La lista actualizada se puede encontrar en la página web de Iber-RED (www.iberred.org). A fecha de cierre de la elaboración de este tema, la lista está actualizada a 5 de noviembre de 2007.

⁷¹ Actualmente, el cargo de Secretario General de Iber-RED lo ostenta el Prof. Dr. D. Víctor MORENO CATENA, quien fue nombrado durante la XV Conferencia de Ministros de Justicia de Países Iberoamericanos, en septiembre de 2006.

Los puntos de contacto ejercen dos tipos de funciones, muy similares a las ya estudiadas de los puntos de contacto de la Red Judicial Europea, con expreso respeto al principio de complementariedad y en la medida que se establezca en su Derecho nacional respectivo⁷²:

- Operativas⁷³:

- desarrollo de los procedimientos de incidencia transfronteriza (intermediación activa, reforzamiento, simplificación y facilitación de los mecanismos tradicionales de cooperación judicial internacional) y agilización de solicitudes de cooperación judicial cursadas;

- aplicación efectiva y práctica de los convenios de cooperación judicial vigentes en los Estados iberoamericanos;

- coordinación del examen de solicitudes de cooperación judicial internacional;

- a nivel externo, los puntos de contacto podrán realizar funciones operativas en relación con puntos de contacto o corresponsales de otros organismos, con especial atención, como ya se anunció, al impulso de relaciones operativas con Eurojust (ver Disposición 14(2) del Reglamento Iber-RED y la sección 1.3.5.3.3 de este tema).

- No operativas⁷⁴:

- proporcionar y actualizar la información necesaria para la buena cooperación judicial;

- participación y colaboración en la organización de reuniones⁷⁵ de los puntos de contacto (reuniones como mínimo de una vez al año).

2.2. La organización internacional de policía criminal (Interpol)

2.2.1. Creación y objetivos⁷⁶

72 Ver Disposiciones 5(1), 13(2) y 14(2) del Reglamento Iber-RED.

73 Ver Disposiciones 5, 6, 10 y 11 del Reglamento Iber-RED.

74 Ver Disposiciones 13(2) y 14(2) del Reglamento Iber-RED.

75 Cabe destacar que durante la última reunión de los puntos de contacto de Iber-RED, celebrada en Punta del Este (Uruguay) en noviembre de 2007, uno de los puntos a debate fue el Proyecto de Código de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica (ver <http://www.iberred.org/documentos/ConclusionesIIIReunionppccUruguayBIS.pdf>) La IV reunión de los puntos de contacto está prevista que tenga lugar en junio de 2008 en Argentina.

76 Para saber más sobre Interpol: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/DefaultEs.asp>

Se trata de la organización internacional de cooperación policial más antigua del mundo. Creada en 1923, hoy en día cuenta con 188 países miembros y su objetivo fundamental es facilitar la cooperación policial transfronteriza no sólo entre sus Estados miembros sino también en apoyo de organizaciones internacionales, autoridades y servicios cuya finalidad es la lucha contra la delincuencia. Interpol contribuye a la cooperación policial internacional, incluso en aquellos casos en los que no existen relaciones diplomáticas entre los Estados concernidos. Así pues, como veremos, Interpol constituye un valioso elemento en la captura de prófugos buscados no sólo por los Estados miembros sino también por los tribunales internacionales y por la Corte Penal Internacional.

2.2.2. Composición

Según el art. 5 de su Estatuto, Interpol se compone de los siguientes órganos: Asamblea General: órgano directivo supremo de la organización en la que participan los delegados de los Estados miembros en pie de igualdad (cada país tiene un voto; art. 13 Estatuto); Comité Ejecutivo: encargado de comprobar la ejecución de las decisiones de la Asamblea General y de supervisar la labor del Secretario General. Está regido por el Presidente de la organización; Secretaría General: al frente de la cual se encuentra el Secretario General, encargado del trabajo diario de la organización; Las oficinas nacionales (OCN): nutridas de funcionarios de policía altamente cualificados. Las OCN actúan como puntos de contacto con la Secretaría Nacional de la organización, las oficinas regionales y los demás Estados miembros; Los asesores: designados por el Comité Ejecutivo y aprobados por la Asamblea General, la organización recurre a esta figura en casos en los que se requiera el estudio de cuestiones científicas. Su función es meramente consultiva.

La sede de la organización se encuentra en Lyon (Francia) y cuenta con siete oficinas regionales⁷⁷. La organización trabaja en cuatro idiomas oficiales: inglés, francés, español y árabe.

Por último, cabe destacar que Interpol cuenta con personalidad jurídica propia (art. 41 Estatuto) y su presupuesto se nutre de las contribuciones de los Estados miembros (art. 38 Estatuto).

⁷⁷ Las oficinas regionales se encuentran situadas en: Argentina, Camerún, Costa de Marfil, El Salvador, Kenia, Tailandia y Zimbawe.

2.2.3. Competencias

El Estatuto de Interpol expresamente prohíbe “*toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial*” (art. 3 Estatuto)⁷⁸.

Con esta limitación, a diferencia de Europol, Interpol sí goza de potestad de acción operativa. Más concretamente, Interpol realiza cuatro funciones esenciales:

- servicio mundial de comunicación policial protegida: se trata del sistema conocido como I-24/7. A él tienen acceso las fuerzas policiales nacionales autorizadas por sus autoridades nacionales y se utiliza para solicitar y comunicar datos policiales cruciales, así como acceder a ellos de forma instantánea y en un entorno seguro.

- servicio de información operativa y bases de datos con fines policiales: Interpol gestiona una serie de bases de datos en las que se encuentran almacenada información sobre: nombres, fotografías de delincuentes y personas buscadas, huellas dactilares, perfiles de ADN, documentos de viaje robados o perdidos (desde 2002, tras haberse establecido una clara relación entre actividades terroristas y el uso indebido de documentos de viaje), vehículos robados, imágenes de abuso sexual a menores⁷⁹ y obras de arte robadas. Mediante las soluciones técnicas desarrolladas por Interpol (conocidas como MIND y FIND; bases de datos en red móvil o fija) los agentes de policía destacados en aeropuertos o puestos fronterizos pueden acceder, a través de sus terminales nacionales, a estas bases de datos.

Interpol también publica y distribuye notificaciones internacionales, que se explicarán con mayor detenimiento en la próxima sección.

- servicio de apoyo policial operativo: este servicio se centra en los siguientes ámbitos delictivos prioritarios: corrupción⁸⁰, drogas y delincuencia

⁷⁸ Véase también la publicación: “*Marco jurídico de actuación de Interpol en asuntos que revistan carácter político, militar, religioso o racial*”: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS07es.asp>

⁷⁹ Base de datos conocida como ICAID. Su programa informático de reconocimiento de imágenes permite establecer vínculos entre las imágenes relacionadas con una misma serie de abusos o imágenes tomadas en un mismo lugar aunque correspondan a distintas víctimas.

⁸⁰ A modo de información complementaria, en 2009 entró en funcionamiento la Escuela Anticorrupción de Interpol (situada en Austria), cuyo objetivo es la investigación

organizada⁸¹, delincuencia económica y financiera y de alta tecnología, prófugos, seguridad pública y terrorismo (para lo que se ha creado una unidad específica en la Secretaría General) y trata de seres humanos.

Además, si bien no son considerados como áreas prioritarias por la organización, Interpol también cuenta dentro de su ámbito de operaciones con cuestiones relacionadas con: genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad⁸² y delito contra el medio ambiente.

- formación y perfeccionamiento policial: Interpol realiza actividades de formación policial específica a las fuerzas policiales nacionales así como labores de asesoría y asistencia.

2.2.4. Actuación

Para llevar a cabo el apoyo operativo, Interpol cuenta con un Centro de Mando y Coordinación, con sede en la Secretaría General (Lyon) y disponible las 24 horas del día. El CMC coordina el intercambio de información y asume las funciones de gestor de crisis en el caso de incidentes graves, conectando entre sí a la Secretaría General, las OCN y las oficinas regionales. Los servicios del CMC incluyen, entre otros, el envío de unidades de gestión de crisis o de equipos de identificación de víctimas de catástrofes (en caso de atentado terrorista o catástrofe natural); puede también enviar unidades de apoyo para grandes acontecimientos deportivos o cumbres mundiales con el fin de

e instrucción académica en la búsqueda y recuperación de activos, blanqueo de capitales, vigilancia e investigación de la ayuda al desarrollo, contabilidad forense y la ética. Bajo esta iniciativa se ha creado en el seno de la Interpol el Grupo multidisciplinar de Expertos en materia de corrupción (GEIC).

81 En este área, el proyecto MILLENIUM proporciona apoyo analítico e información a los países miembros sobre las organizaciones delictivas internacionales euroasiáticas y sus miembros, jerarquías, ámbitos de actividad y formas de actuar.

82 Desde 1994, Interpol lleva prestando su apoyo tanto a los Estados miembros como a los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruan-
da en la localización y captura de personas acusadas de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El 7 de octubre de 2004 la Asamblea General de Interpol adoptó la Resolución AG-2004-PRES-17, por la que se conmina a los Estados miembros a cooperar entre ellos y con las demás organizaciones internacionales. Se autoriza, además, a la firma de un acuerdo entre la organización y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, lo cual abre el acceso a esta última al servicio mundial de comunicación policial protegida y al servicio de información operativa y las bases de datos con fines policiales de Interpol.

ayudar a los Estados miembros organizadores a un mayor y más efectivo despliegue de sus dispositivos de seguridad.

El instrumento fundamental en la función operativa de Interpol es el sistema de notificaciones internacionales. Se encuentran clasificadas en siete categorías, según el tipo de información que comuniquen a las autoridades nacionales:

- **Rojas:** Se utilizan para solicitar la detención preventiva con miras a la extradición de una persona buscada, y se basan en una orden de detención o en una resolución judicial. El fundamento jurídico de las notificaciones rojas es la orden de detención o la sentencia judicial expedida o dictada por las autoridades judiciales del país interesado.

- **Azules:** Se utilizan para conseguir más información sobre la identidad de una persona, su paradero o sus actividades delictivas en relación con un asunto penal.

- **Verdes:** Se utilizan para difundir alertas o información policial sobre personas que han cometido delitos en un país y es probable que vuelvan a cometerlos en otros.

- **Amarillas:** Se utilizan para ayudar a localizar a personas desaparecidas, especialmente menores, o a descubrir la identidad de personas incapaces de identificarse a sí mismas.

- **Negras:** Se utilizan para buscar información sobre cadáveres sin identificar.

- **Notificaciones especiales de INTERPOL y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas:** Se utilizan para alertar a la policía sobre grupos y personas que son objeto de las sanciones impuestas por la ONU a Al Qaeda y a talibanes.

- **Naranjas:** Se utilizan para alertar a la policía, a los organismos públicos y a las demás organizaciones internacionales sobre materiales peligrosos, actos delictivos o hechos que representan un peligro potencial para la seguridad pública.

Las notificaciones internacionales también son utilizadas por la Corte Penal Internacional y los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda para buscar a personas que han cometido graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario, crímenes contra la humanidad o genocidio.

2.3. Cooperación con los tribunales internacionales: TIPY, TIPR, CPI

Hasta ahora hemos analizado las instancias internacionales al servicio del juez o fiscal nacional para facilitarle el auxilio judicial. Sin embargo, en este apartado veremos, si bien brevemente, cómo el juez o fiscal nacional no está exento de obligaciones internacionales vinculadas con la cooperación judicial, sobre todo hacia los tribunales internacionales y la Corte Penal Internacional.

2.3.1. Cooperación con el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia (TIPY) y con el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR)

El art. 29 del Estatuto del TIPY y el art. 28 del Estatuto del TIPR establecen la obligación de cooperar de los Estados partes en la investigación y enjuiciamiento de las personas acusadas de haber cometido violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario.

En desarrollo de estas disposiciones, los Estados partes han adoptado a nivel nacional normas reguladoras de cómo llevar a cabo tal obligación⁸³, siendo la consecuencia más importante la legación de competencia a los Tribunales *ad hoc* en caso de conflicto positivo de competencias (art. 9 del Estatuto del TIPY y art. 8 Estatuto del TIPR). Además, a los órganos judiciales nacionales se les puede conminar a realizar tareas específicas a petición de los Tribunales *ad hoc* tales como:

- la identificación y localización de personas,
- toma de declaración,
- presentación de pruebas,
- detención de personas, o incluso
- la entrega o traslado de un acusado para ponerlo a disposición de los

Tribunales *ad hoc*.

Para llevar a cabo estas acciones operativas la colaboración de Interpol ha demostrado ser de especial importancia (ver sección precedente).

⁸³ A modo de ejemplo, véanse las Leyes españolas de cooperación con los Tribunales *ad hoc*: la Ley orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia y la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda.

2.3.2. Cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI)

El 17 de julio de 1998 la Conferencia de Plenipotenciarios adoptó el Estatuto de Roma, creando así la primera corte penal internacional para enjuiciar a individuos de carácter permanente y, en principio, sin limitaciones *ratione temporis* o *ratioe loci*⁸⁴, como ocurre con los Tribunales *ad hoc*.

Contrariamente a lo ocurrido con los Tribunales *ad hoc*, la obligación de cooperar de los Estados partes con la CPI se basa en el principio de complementariedad. Esto implica que los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para el enjuiciamiento de los delitos previstos en el Estatuto de Roma (i.e.: genocidio, crimen de guerra, crimen contra la humanidad y en el futuro, crimen de agresión) no están conminados a hacer delación de su competencia a favor de la Corte; es decir, ésta no tiene primacía respecto de las jurisdicciones nacionales sino que actúa complementando a éstas, en caso de que el Estado competente no quiera o no pueda enjuiciar (ver arts. 17 y 18 del Estatuto de Roma⁸⁵).

Además, existe una obligación general y plena de cooperar de los Estados

84 Cabe matizar que la competencia de la CPI se limita en el tiempo al momento de su entrada en vigor, tras haber sido ratificada por 60 Estados Partes (lo que ocurrió el 1 de julio de 2002) o a la fecha de adhesión de un nuevo Estado Parte si éste no ha realizado una Declaración concediendo competencia a la Corte previa a esa fecha (art. 11 Estatuto de Roma). En cuanto a su competencia territorial, ésta se limita al territorio de un Estado el territorio de un Estado Parte en cuyo territorio (incluyendo buques o aeronaves con su pabellón) haya tenido lugar la conducta de que se trate, el territorio de un del que sea nacional el acusado del crimen, cuando un Estado que no sea Parte en el Estatuto de Roma realizara una declaración consintiendo la competencia de la Corte en su territorio respecto de crímenes específicos o, en cualquier caso, cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas remita al fiscal de la Corte una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma (caso este último de la actuación de la CPI en Darfur, Sudán; ver arts. 12 y 13 Estatuto de Roma). La vocación de universalidad de la Corte y el ritmo de ratificaciones apunta a que muy pronto ésta será competente *ratione loci* en la práctica totalidad del orbe.

85 En desarrollo de estas disposiciones del Estatuto de Roma, la Ley española de cooperación con la CPI, Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre estipula en su art. 10 la inhibición de la jurisdicción española a favor de la Corte; si bien el art. 8 de esta misma ley prevé la posibilidad de requerimiento de inhibición al fiscal de la CPI en los casos en los que de la información suministrada por el Fiscal General del Estado pareciera que se ha ejercido jurisdicción en España, se está ejerciendo o, como consecuencia de la notificación recibida, se ha iniciado una investigación por las autoridades españolas.

partes en la investigación y enjuiciamiento de crímenes competencia de la Corte. Conscientes de que esta obligación de cooperar es la piedra angular de toda la estructura de la Corte, la Conferencia de Plenipotenciarios dedicó a ello toda la Parte IX del Estatuto de Roma: De la cooperación internacional y la asistencia judicial (arts. 86 a 102 Estatuto de Roma). En cumplimiento de esta obligación⁸⁶, los Estados partes adoptaron leyes de cooperación con la CPI. A modo de ejemplo, la normativa española en la materia es la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, cuyos arts. 2 y 3 regulan la cooperación pasiva y activa respectivamente. Para la activación de esta última, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal podrán dirigir, por conducto del Ministerio de Justicia, solicitudes de cooperación a la Corte que se consideren necesarias en el marco de un proceso que se siguiere en España y en los casos y condiciones que establece el artículo 93.10 del Estatuto de Roma. Las autoridades competentes para llevar a cabo la aplicación de la Ley de cooperación con la CPI son, entre otros, los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria y, en particular, la Audiencia Nacional y el Ministerio Fiscal (art. 4 Ley Orgánica 18/2003).

86 El art. 88 Estatuto de Roma reza así: “*los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.*”

Apéndice I Relativo al Sistema Español

1. Normativa española sobre los magistrados de enlace

A modo de ejemplo de cómo están regulados en el plano interno los magistrados de enlace, en el ordenamiento jurídico español, no existía ninguna referencia a los magistrados de enlace antes de la adopción de la Ley 16/2006 de 26 de mayo por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea⁸⁷. Si bien previamente España ya había designado magistrados de enlace en cuatro Estados miembros –aunque sólo se han cubierto en Francia e Italia- y en dos terceros Estados –Marruecos y Colombia- el Anexo a la Ley 16/2006 fija la *plantilla* de magistrados de enlace en 4 en la Unión y 2 en terceros Estados.

Según esta normativa, se habilita al Gobierno para crear o suprimir, mediante Real Decreto y a propuesta del Ministro de Justicia, plazas de magistrados de enlace, y se especifica que deberán ser miembros de la Carrera Judicial o Fiscal con al menos cinco años de servicio. Para los nombramientos y remoción de los magistrados de enlace, se requerirá la propuesta conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Justicia. Cabe destacar que los magistrados de enlace dependerán orgánicamente de la misión diplomática a la que se les asigne, y funcionalmente del Ministerio de Justicia. En cuanto a sus funciones, se ciñe a las establecidas por las Acciones Comunes 96/277/JAI y 96/602/JAI.

2. Relaciones entre Eurojust y las autoridades españolas. Ley 6/2006⁸⁸

En el ámbito español, el estatuto del miembro nacional y las relaciones entre España y Eurojust se encuentran regulados por la Ley 16/2006 de 26 de mayo. Además, esta ley adapta el ordenamiento jurídico español a la Decisión Eurojust e incorpora medidas prevista en la Decisión del Consejo 2005/671/JAI sobre intercambio de información y cooperación en delitos de terrorismo. En este apartado nos ceñiremos a las atribuciones y obligaciones del miembro nacional español y a las relaciones entre Eurojust y las autoridades españolas.

⁸⁷ Véase la Disposición Adicional Primera de la Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea. BOE n.º. 126 de 27/5/2006, pp. 19965 – 19969.

⁸⁸ Esta ley se encuentra actualmente en proceso de revisión para adaptarse a la nueva Decisión de Refuerzo de Eurojust, que entró en vigor el 4 de junio de 2009.

2.1. Atribuciones y obligaciones del miembro nacional español

Sus atribuciones se encuentran reguladas en los arts. 10 a 12 de la Ley 16/2006, pudiendo destacarse:

- Recibir y transmitir solicitudes de asistencia judicial formuladas por jueces y fiscales nacionales o por las autoridades competentes de otros Estados miembros; en este último caso, bien a través de Eurojust o bien directamente en casos de urgencia;
- Sobre las solicitudes de auxilio judicial recibidas, podrá: corregir errores, dividir la solicitud o cualquier otra modificación que resulte necesaria para su rapidez y correcta tramitación;
- Acceso a la información: tanto al Registro Central de Antecedentes Penales como a los demás registros públicos y a la información recabada por las fuerzas y cuerpos de la seguridad del Estado en igualdad de condiciones que los demás jueces y fiscales nacionales. Además, puede recibir información de la OLAF y acceder al Sistema de Información Schengen (SIS) y de la RJE.

La obligación más relevante del miembro nacional es la de mantener informado al Gobierno (art. 5 de la Ley 16/2006). Así,

- elabora un informe anual elevado al Ministerio de Justicia (el cuál eleva una copia a las Cámaras), y
- puede ser llamado para informar a las Comisiones de Justicia y de Interior del Congreso de los Diputados y del Senado.

2.2. Relaciones entre Eurojust y las autoridades españolas

El capítulo III de la Ley 16/2006 (arts. 13 a 17) regulan las relaciones entre Eurojust y las autoridades españolas basándola en el deber de colaboración con Eurojust que deben observar jueces, magistrados, el Ministerio Fiscal y demás entidades públicas, bajo pena de sanción disciplinaria.

2.2.1. Actuaciones a instancia de Eurojust

Con carácter general, Eurojust goza de poder de comunicación directa con el órgano judicial o fiscalía que conozca de un asunto determinado.

El Fiscal General del Estado será competente para recibir las solicitudes de Eurojust cuando se refieran a:

- La iniciación de una investigación o una actuación penal sobre hechos concretos;
- El reconocimiento de que las autoridades de un Estado miembro están en mejor condición para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos.

Recibida una solicitud, el Fiscal General del Estado resolverá e impartirá en su caso las instrucciones oportunas para que por el Ministerio Fiscal se insten las actuaciones que sean pertinentes.

En aplicación del art. 8 de la Decisión Eurojust, si las autoridades competentes resolvieran rechazar una solicitud formulada por Eurojust, deberán motivar su decisión, salvo perjuicio de los intereses nacionales esenciales en materia de seguridad o que con ello se comprometiera el desarrollo de investigaciones en curso, o la seguridad de las personas (ver art. 14 de la Ley 16/2006).

Si la solicitud versara sobre la creación de un equipo conjunto de investigación, ésta deberá ser remitida a la autoridad española competente para su constitución; es decir: la Fiscalía de la Audiencia Nacional, el Juzgado Central de Instrucción o el Ministerio del Interior (ver Ley 11/2003).

2.2.2. Solicitudes por parte de las autoridades nacionales de intervención de Eurojust

Pueden realizar solicitudes de intervención de Eurojust los órganos judiciales, los miembros del Ministerio Fiscal o el Ministerio de Justicia, en el ámbito de sus respectivas competencias, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- que la intervención (investigaciones policiales, diligencias de investigación o procedimientos) deba realizarse dentro del territorio de la Unión,
- que la intervención deba realizarse en el territorio de un tercer Estado con el que Eurojust haya firmado un acuerdo de cooperación.

2.2.3. Remisión a España de las actuaciones penales iniciadas en otro Estado miembro

2.2.4. Recibida una solicitud, bien del Colegio de Eurojust bien del miembro nacional español, el Fiscal General del Estado podrá instar:

- Al inicio de procedimiento judicial o
- A la ampliación a otros hechos del procedimiento ya abierto en España, como consecuencia de la declaración efectuada por una autoridad competente de un Estado miembro de la Unión por la que se acuerde la remisión a España del procedimiento. Esta ampliación sólo será posible si se ajusta al procedimiento español; es decir:
 - si el estado del proceso iniciado en España así lo permitiera,
 - que la jurisdicción española resulte competente y
 - que el delito no hubiera prescrito en España.

En ambos casos, se considerarán válidos en España los actos de instrucción realizados por el Estado miembro remitir siempre que no sean contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. Si el delito en España fuera

únicamente perseguible a instancia de parte, se considerará válido lo instruido sin el requisito de la previa presentación de querrela si quién tiene derecho a ejercitar la acción penal expresamente acepta la investigación realizada al tiempo que interpone dicha querrela.

3. Redes españolas de facilitación de la cooperación

3.1. Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE)

3.1.1. Creación y objetivos

A finales de 1.999 el Consejo General del Poder Judicial, atendiendo a la judicialización de los instrumentos internacionales de cooperación judicial y colaborando en el incipiente proceso de construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, constituyó una llamada “Subred” compuesta por jueces y magistrados formados en materia de cooperación jurídica internacional, tanto en el campo civil como en el penal, distribuidos por toda la geografía nacional con la finalidad de servir de apoyo a los jueces nacionales que requirieran de asesoramiento en la materia.

La “Subred” sirvió de base para la instauración de la Red Judicial Española de Cooperación Jurídica Internacional (“REJUE”), creada por Acuerdo Reglamentario 5/2003 del Consejo General del Poder Judicial de 28 de mayo de 2.003, y actualmente regulada en los artículos 81 a 85 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2.005, del Pleno del Consejo general del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales⁸⁹.

Desde finales de 2003 la REJUE está plenamente operativa y su coordinación corresponde al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial⁹⁰, siendo responsable tanto de su adecuado funcionamiento como de su coordinación con Eurojust, con la Red del Ministerio Fiscal de Cooperación Judicial Internacional y con cuantas instituciones, organizaciones o estructuras, nacionales o internacionales, tengan atribuidas funciones en materia de auxilio judicial internacional.

La REJUE presta así no sólo asistencia a los órganos nacionales que se enfrentan a una situación de auxilio judicial internacional sino también a los puntos de contacto

⁸⁹ Modificado por el ACUERDO de 28 de noviembre de 2007, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que modifica el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de agosto, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

⁹⁰ En este Servicio se encuentra a su disposición el listado completo de los miembros de la REJUE, tanto en sus secciones penal como civil, con sus destinos, teléfonos, fax y correos electrónicos.

de la Red Judicial Europa y a los de Iber-RED. No es pues fortuito que la Comisión Europea la haya reconocido como ejemplo de buena práctica y que aliente a los demás Estados miembros a crear redes similares a nivel nacional.

3.1.2. Funciones de los miembros de la REJUE

La principal función de la REJUE es prestar apoyo directo a los jueces y magistrados que requieran una ayuda especializada a la hora de tratar con expedientes en los que intervenga algún elemento de cooperación internacional. Esta labor se desglosa en las siguientes funciones (art. 84 del Reglamento 1/2005):

- prestar la asistencia necesaria a los órganos judiciales para la correcta remisión y eficaz cumplimiento de las solicitudes de cooperación jurisdiccional internacional, así como el apoyo que precisen los puntos de contacto de la Red Judicial Europea y de otras instituciones de análoga naturaleza.

- actuar como intermediario activo para facilitar la cooperación judicial internacional; esta función implica las labores de informar, asesorar, coordinar y en su caso llevar a cabo aquellas gestiones tendentes a la agilización de la asistencia, con pleno respeto a la potestad jurisdiccional de los órganos judiciales afectados. Esta intermediación activa responderá a criterios de proximidad geográfica y de especialización en la materia. En caso de incidencias, éstas serán atendidas por el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial. Cabe señalar, por último, que dicha intermediación activa se presta a solicitud de tanto los órganos españoles (judiciales, autoridad central o fiscalía) como de una autoridad extranjera con competencia para solicitar el auxilio.

- funciones de información y formación: promover y participar en las labores de formación; elaborar estudios y documentos y proponer instrumentos que favorezcan la cooperación⁹¹ (lo que se potencia con las reuniones anuales); registrar cada una de sus actuaciones de intermediación y redactar una memoria anual que, al igual que el registro, se eleva al Consejo General del Poder Judicial.

Para obtener más información sobre la REJUE véase: <http://www.poderjudicial.es/>, “relaciones internacionales” y dentro de este apartado en “auxilio judicial internacional”, “redes judiciales”, “Red Judicial Española”.

3.2. Red del Ministerio Fiscal de Cooperación Judicial Internacional

A modo de introducción, debe señalarse que hasta estos momentos la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado es el órgano central del Ministerio Fiscal en materia de cooperación jurídica internacional. A ella le corresponde la coordinación

⁹¹ Como ejemplo práctico de la aportación de la REJUE a la mejora de los instrumentos de cooperación judicial internacional, cabe destacar la creación del Prontuario.

de la actividad del fiscal en el ámbito de las relaciones internacionales⁹². Sin embargo, para resaltar la importancia creciente que esta actividad está cobrando en el seno de la Fiscalía, por Real Decreto 1735/2010, de 23 de diciembre, por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para 2010, se ha previsto la creación de un Fiscal de Sala coordinador de cooperación penal internacional.

La Instrucción 3/2001 de la Fiscalía General del Estado de 28 de junio de 2001, sobre los actuales mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en materia penal se hacía eco de la crucial importancia de la cooperación internacional en el desempeño de las funciones del Ministerio Fiscal y para hacer frente a estos nuevos retos creaba una estructura interna o Red del Ministerio Fiscal en materia de cooperación judicial internacional. Esta red se conforma de uno o dos miembros de cada Fiscalía de Audiencia Provincial y de los Tribunales Superiores de Justicia, lo que venía a reforzar el hecho de que en cada Fiscalía Especial al menos uno de sus integrantes sea punto de contacto de la Red Judicial Europea (RJE).

Las funciones de la Red del Ministerio Fiscal de Cooperación Judicial Internacional vienen recogidas en la Instrucción 2/2.003 de 11 de julio sobre actuación y organización de las Fiscalías en materia de cooperación judicial internacional, siendo la fundamental el que los miembros de la Red sean puntos de referencia para la canalización, orientación y prestación de la ayuda judicial internacional de una forma ágil y efectiva. Más concretamente:

- apoyo a los demás miembros del Ministerio Fiscal español:

- ejecución o coordinación y seguimiento de las comisiones rogatorias pasivas;
- auxilio en la redacción de las comisiones rogatorias activas (según modelo de

la Red Judicial Europea);

- facilitación de contactos directos de la Fiscalía con la autoridades judiciales internacionales;

- colaboración en elaboración de informes y estudios así como participación en actividades formativas sobre cooperación judicial internacional;

- apoyo a instancias internacionales de cooperación: puntos de contacto de la Red Judicial Europea, magistrados de enlace así como al Colegio o miembros nacionales de Eurojust. Los miembros de la Red también participarán en reuniones internacionales de cooperación judicial internacional.

En cada Fiscalía de Audiencia Provincial y de Tribunal Superior de Justicia se ha establecido, ex Instrucción 2/2003 citada, un Servicio Especial de Cooperación Judicial Internacional, integrado por el o los fiscales de cada Fiscalía que pertenezcan a la Red del Ministerio Fiscal de Cooperación Judicial Internacional. De esta forma se centraliza la cooperación internacional y con ello la información, favoreciendo la

⁹² Ver art. 16 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, EOMF, modificado por la Ley 14/2003 de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

creación de un sistema informático para el registro de asuntos de cooperación judicial internacional. En este registro, a cargo del cual están los fiscales integrantes del Servicio Especial de Cooperación Judicial Internacional y los integrantes de la Red Judicial Europea en las fiscalías especiales, constan tanto las comisiones rogatorias activas como las pasivas. Mediante este sistema se elaboran las estadísticas requeridas tanto a nivel nacional como internacional.

La estructura especializada de la Fiscalía en esta materia se ha reforzado recientemente con la creación, por Real Decreto 1735/2010, de 23 de diciembre, de una Fiscal de Sala de Coordinadora de Cooperación Penal Internacional, asistida de dos fiscales adjuntos. La Fiscal de Sala asume las funciones de coordinación y supervisión de la actividad del Ministerio Fiscal en todo lo concerniente al auxilio judicial internacional penal, las relaciones con la OLAF, Red Judicial Europea o IberRed, así como las relaciones institucionales en el ámbito internacional. Finalmente, le corresponde también la coordinación de las actividades de la Red de Fiscales de Cooperación Internacional.

3.3. La Red Española de Secretarios Judiciales en Cooperación Jurídica Internacional (RESEJ)

También es necesario señalar que, como consecuencia del nuevo papel asignado a los Secretarios Judiciales en la nueva oficina judicial, la Secretaría General de la Administración de Justicia, a través de la Instrucción 6/2010, decidió la creación de una Red Española de Secretarios Judiciales en Cooperación Jurídica Internacional. El nombramiento de sus 29 miembros se ha producido en julio de 2011.

La RESEJ, siguiendo el modelo de la REJUE y de la Red de Fiscales, está integrada por puntos de contacto desplegados por todo el territorio español, y cuya función es la de facilitar la emisión y cumplimiento de comisiones rogatorias y solicitudes de cooperación y favorecer la comunicación directa entre secretarios judiciales en las funciones que tienen atribuidas en esta materia.

Apéndice II Documentación de referencia

General

AZPARREN LUCAS, A. ed.: El Espacio Judicial Europeo. Cooperación Judicial Civil y Penal :Código de Normas. Madrid : Constitución y Leyes, S.A., 2004.

BARBER, E.: L'Espace judiciaire européen. Paris: Documentation Française, 2007.

BASSIOUNI, M., ed.: European Cooperation in Penal matters: Issues and Perspectives. ISIS. Milan : CEDAM, 2008.

KERCHOVE, G., y WEYEMBERGH, A., ed.: La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen: Mutual trust in the European Criminal Area. Brurelas : l'Université de Bruxelles, 2005.

MARTIN, M., ed.: Crime, Rights and the EU - The future of police and judicial cooperation. London : JUSTICE, 2008.

VV.AA.: Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen./ The judicial control in EU cooperation in criminal matters. Éditions de l'Université de Bruxelles; Institute d'Etudes europeennes, cop. 2009.

Versiones consolidadas des Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:ES:HTML>

<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ%3AC%3A2008%3A115%3ASOM%3AEN%3AHTML>

<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ%3AC%3A2008%3A115%3ASOM%3AFR%3AHTML>

Magistrados de enlace

Acción Común 96/277/JAI de 22 de abril de 1996:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0277:ES:HTML>

96/277/JHA Joint Action of 22 April 2006:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0277:EN:HTML>

96/277/JAI Action Commune du 22 avril 2006:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0277:FR:HTML>

Acción Común 96/602/JAI de 14 de octubre de 1996:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0602:ES:HTML>

96/602/JHA Joint Action of 14 October 1996:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0602:ES:HTML>

do?uri=CELEX:31996F0602:EN:HTML
96/602/JAI Action Commune du 14 octobre 1996:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996F0602:FR:HTML>

Red Judicial Europea

Acción Común 98/428/JAI de 29 de junio de 1.998:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0004:0007:ES:PDF>
98/428/JHA Joint Action of 29 June 1998:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0004:0007:EN:PDF>
98/428/JAI Action Commune du 29 June 1998:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0004:0007:FR:PDF>
Decisión del Consejo 2008/976/JAI de 16 de diciembre de 2008 sobre la Red Judicial Europea:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0130:0134:ES:PDF>
Council Decision 2008/976/JHA of 16 December 2008 on the European Judicial Network:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0130:0134:EN:PDF>
Décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau Judiciaire Européen:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0130:0134:FR:PDF>

EUROJUST

Versión consolidada de la Decisión Eurojust (2002/187/JAI) tal y cómo queda modificada por la Decisión del Consejo 2009/426/JAI:
http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Eurojust_Decision/2009/consolidated/EJDecision-consolidated-2009-ES.pdf
http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Eurojust_Decision/2009/consolidated/EJDecision-consolidated-2009-EN.pdf
http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Eurojust_Decision/2009/consolidated/EJDecision-consolidated-2009-FR.pdf

Decisión de Refuerzo de Eurojust (2009/426/JAI):

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Eurojust_Decision/2009/NewEJDecision2009-ES.pdf

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Eurojust_Decision/2009/NewEJDecision2009-EN.pdf

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Eurojust_Decision/2009/NewEJDecision2009-FR.pdf

Decisión Eurojust (2002/187/JAI): http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Eurojust_Decision/l_06320020306es00010013.pdf

Eurojust Decision:

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Eurojust_Decision/l_06320020306en00010013.pdf

Décision Eurojust:

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Eurojust_Decision/l_06320020306fro0010013.pdf

Reglamento interno de Eurojust:

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Rules_of_Procedures/c_28620021122es00010007.pdf

Eurojust Rules of Procedure:

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Rules_of_Procedures/c_28620021122en00010007.pdf

Règlement intérieur d'Eurojust:

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Rules_of_Procedures/c_28620021122fro0010007.pdf

Memoria Anual 2009:

http://eurojust.europa.eu/press_releases/annual_reports/2009/Annual_Report_2009_ES.pdf

Annual Report 2009:

http://eurojust.europa.eu/press_releases/annual_reports/2009/Annual_Report_2009_EN.pdf

Rapport Annuel 2009:

http://eurojust.europa.eu/press_releases/annual_reports/2009/Annual_Report_2009_FR.pdf

LEY 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea:

<http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19965-19969.pdf>

Decisión del Consejo 2000/799/JAI de 14 de diciembre de 2000 por la que se crea una Unidad provisional de cooperación judicial:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:324:0002:0003:ES:PDF>

Council Decision 2000/799/JHA of 14 December 2000 setting up a Provisional Judicial Cooperation Unit:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:324:0002:0003:EN:PDF>

Décision 2000/799/JAI du Conseil du 14 décembre 2000 instituant une Unité provisoire de coopération judiciaire:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:324:0002:0003:FR:PDF>

Informe de la Comisión, de 6 de julio de 2004, sobre la transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales de la Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia de 6 de julio de 2004:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0457:FIN:ES:PDF>

Report from the Commission on the Legal Transposition of the Council Decision of 28 February 2002 Setting up Eurojust with a View to Reinforcing the Fight Against Serious Crime (6.07.2004):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0457:FIN:EN:PDF>

Rapport de la Commission sur la transposition juridique de la décision du Conseil, du 28 février 2002, instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité (6.07.2004):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0457:FIN:EN:PDF>

Agreement between Eurojust and Europol:

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Agreements/04%20Europol-EJ%20agreement.pdf

Practical Arrangements on Agreements of Cooperation between Eurojust and OLAF:

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Agreements/OLAF-EJ_Agreement_24sept08.pdf

Memorando de Entendimiento Eurojust- IberRED:

<http://www.iberred.org/assets/Uploads/Memorandum-de-Entendimiento-IberRed-Eurojust.pdf>

Acuerdo de cooperación entre Eurojust y Suiza:

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Agreements/EJ-Switzerland_Agreement_27112008.pdf

Acuerdo de cooperación entre Eurojust y la Red Judicial de formación:

http://eurojust.europa.eu/official_documents/Agreements/MOU_EJ-EJTN_7febo8.pdf

Acuerdo de cooperación entre Eurojust y CEPOL:

http://eurojust.europa.eu/official_documents/Agreements/Eurojust-CEPOL-MoU_2009-12-07.pdf

Acuerdo de cooperación entre Eurojust y la Antigua República Yugoslava de Macedonia (FYROM):

http://eurojust.europa.eu/official_documents/Agreements/Eurojust-CEPOL-MoU_2009-12-07.pdf

Acuerdo de cooperación entre Eurojust y la Unidad de NN.UU. contra las Drogas y el Crimen (UNODC):

http://eurojust.europa.eu/official_documents/Agreements/Eurojust-UNODC-MoU_2010-02-26.pdf

FISCALÍA EUROPEA

El Futuro de la Fiscalía Europea. Dir.: Jorge ESPINA RAMOS e Isabel VICENTE CARBAJOSA, 2009. CGPJ, Ministerio de Justicia, Fiscalía General del Estado y OLAF.

Quelles perspectives pour un Ministère Public Européen ? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union. Ouvrage collectif sur l'égide de la Cour de Cassation de France, 25 août 2010 Dalloz-Sirey.

Legal and Institutional Aspects of the European Anti-fraud Office (OLAF). An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office. INGHELDRAM, J.F.H. 2011 Europa Law Publishing.

EUROPOL

Decisión Europol (DOUE de 15 de mayo de 2009 (L121/37-66):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:121:0037:0066:ES:PDF>

Décision Europol (DOUE de 15 mai 2009 (L121/37-66):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:121:0037:0066:FR:PDF>

Europol Decision (DOUE 15 May 2009 (L121/37-66):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:121:0037:0066:EN:PDF>

Convenio Europol:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127(01):ES:HTML)

Europol Convention:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127(01):EN:HTML)

Convention Europol:

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127\(01\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41995A1127(01):FR:HTML)

Ley Orgánica 3/2003 de 21 de mayo complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/05/22/pdfs/A19486-19486.pdf>

Decisión del Consejo 2009/936/JAI de 30 de noviembre, por la que se adoptan las normas de desarrollo aplicables a los ficheros de trabajo de análisis de Europol (DOUE L325/14 de 11.12.2009)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:325:0014:0022:ES:PDF>

Council Decision 2009/936/JAI of 30 November 2009 adopting the implementing rules for Europol analysis work files

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:325:0014:0022:EN:PDF>

Décision du Conseil 2009/936/JAI du 30 novembre portant adoption des règles d'application relatives aux fichiers de travail à des fins d'analyse Europol

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:325:0014:0022:FR:PDF>

Decisión del Consejo 2009/934/JAI de 30 de noviembre, por la que se adoptan las normas de desarrollo que rigen las relaciones de Europol con los socios, incluido el intercambio de datos personales y de información clasificada

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:325:0006:0011:ES:PDF>

Council Decision 2009/934/JAI of 30 November 2009 adopting the implementing rules governing Europol's relations with partners, including the exchange of personal data and classified information

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:325:0006:0011:EN:PDF>

Décision du Conseil 2009/934/JAI du 30 novembre 2009 portant adoption des règles d'application régissant les relations d'Europol avec ses partenaires, notamment l'échange de données à caractère personnel et d'informations classifiées

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:325:0006:0011:FR:PDF>

Decisión del Consejo 2008/852/JAI de 24 de octubre, relativa a una red de puntos de contacto en contra de la corrupción

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:301:0038:0039:ES:PDF>

Council Decision 2008/852/JAI of 24 October, relativa a una red de puntos de contacto en contra de la corrupción

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:301:0038:0039:EN:PDF>

Decisión del Consejo 2008/852/JAI de 24 de octubre, relativa a una red de puntos de contacto en contra de la corrupción

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:301:0038:0039:ES:PDF>

Ten years of Europol: 1999-2009:

http://www.europol.europa.eu/publications/Anniversary_Publication/Anniversary_publication.pdf

Iber-RED:

Reglamento Iber-RED:

<http://www.iberred.org/assets/Uploads/REGLAMENTO-DE-LA-RED-IBEROAMERICANA-DE-COOPERACION-JURIDICA-INTERNACIONAL.pdf>

Iber-RED Regulation:

http://www.eurojust.europa.eu/official_documents/Agreements/EJ-IberRED_Agreement_2009-05-04_en.pdf

INTERPOL

Estatuto y Reglamento general de Interpol:

<http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/constitution/constitutionGenReg/constitutionEs.asp>

ICPO-INTERPOL Constitution and General Regulations:

<http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/constitution/constitutionGenReg/constitution.asp>

O.I.P.C.-INTERPOL Statut et Règlement:

<http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/constitution/constitutionGenReg/constitutionFr.asp>

INTERPOL: Informe Anual de 2009: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/InterpolAtWork/iaw2009ES.pdf> Interpol Annual Report 2009: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/InterpolAtWork/iaw2009.pdf> Rapport d'activité 2009: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/InterpolAtWork/iaw2009FR.pdf> Marco jurídico de actuación de Interpol en asuntos que revistan carácter político, militar, religioso o racial:

<http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS07es.asp>

Legal framework governing action by Interpol in cases of a political, military, religious or racial character: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS07.asp>

Cadre juridique de l'activité d'Interpol en matière d'affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS07fr.asp>

Ficha técnica sobre notificaciones: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/GI02es.pdf>

Fact sheet on Notices: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/GI02.pdf>

Guide sur les notices: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/GI02FR.pdf>

Cooperación con los tribunales internacionales

Estatuto del Tribunal internacional Penal para la ExYugoslavia (TIPY): <http://www.boe.es/boe/dias/1993/11/24/pdfs/A33001-33006.pdf>

Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept08_en.pdf

Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie:
http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statut_septo8_fr.pdf

Estatuto del Tribunal internacional Penal para Ruanda: <http://www.boe.es/boe/dias/1995/05/24/pdfs/A15183-15188.pdf>

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda: <http://www.un.org/icttr/statute.html>

Statut actualisé du Tribunal pénal international pour le Rwanda:
<http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute/2007.pdf>

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: <http://www.boe.es/boe/dias/2002/05/27/pdfs/A18824-18860.pdf>

Rome Statute of the International Criminal Court: http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf

Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale: http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf

Ley orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ExYugoslavia: <http://www.boe.es/boe/dias/1994/06/02/pdfs/A17399-17400.pdf>

Ley Orgánica 4/1998 de 1 de julio para la Cooperación con el Tribunal internacional para Ruanda:
<http://www.boe.es/boe/dias/1998/07/02/pdfs/A21880-21881.pdf>

Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre de cooperación con la Corte Penal Internacional: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/11/pdfs/A44062-44068.pdf>

CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN, “NE BIS IN IDEM” Y TRANSFERENCIA DE PROCEDIMIENTOS

Rosa Ana Morán Martínez

1. Introducción

Para abordar el tema de los conflictos de jurisdicción internacionales en materia penal hay que partir de la idea de que la jurisdicción penal, entendida como la facultad de juzgar o de ejercer el “*ius puniendi*”, es expresión directa de la soberanía del Estado y que cada Estado decide unilateralmente los criterios definitorios de su jurisdicción. La fijación de estos criterios no se realiza coordinadamente en el plano internacional, al contrario, cada Estado los aplica autónomamente conforme a sus intereses sin que existan mecanismos internacionales para dirimir los problemas que se generan, bien por el solapamiento, o bien por la inacción de las jurisdicciones.

Los conflictos de jurisdicción son esencialmente de dos tipos: i) Los conflictos de jurisdicción positivos se producen cuando dos o más Estados tienen jurisdicción, conforme a sus normas internas, y se declaran competentes para conocer y enjuiciar los mismos hechos; ii) Los conflictos de jurisdicción negativos surgen cuando ante hechos delictivos que suelen presentar diversas conexiones internacionales ninguna jurisdicción se declara competente.

Conflictos de jurisdicción positivos y negativos son en realidad dos perspectivas del mismo fenómeno que deriva de la división de la jurisdicción en Estados y la inexistencia o indeterminación de reglas internacionales de atribución o preferencia de competencias entre ellos. Por otro lado, en casos de discrepancia tampoco se han creado instancias supranacionales que puedan dirimir los conflictos. En este momento sólo los acuerdos entre los Estados, alcanzados por ellos mismos o tras recomendaciones de instituciones como Eurojust en la Unión Europea, pueden contribuir a la solución.

Los conflictos positivos son cada vez más frecuentes. La delincuencia tras-

nacional, especialmente la organizada, actúa en y desde distintos territorios y los grandes delitos producen frecuentemente efectos en distintos lugares. A ello se une la realidad creada por las nuevas tecnologías; los movimientos en el espacio virtual sitúan a las jurisdicciones ante importantes dificultades para la determinación del lugar de comisión de los delitos.

Pero los conflictos no se provocan sólo por problemas de determinación de la territorialidad, es decir la concreción del lugar o lugares donde puede entenderse cometido el delito, si no que a las dificultades de determinación de la territorialidad se une la creciente utilización de otros criterios de atribución de la jurisdicción (personalidad activa, personalidad pasiva, universalidad para determinado tipo de delitos, etc). La aplicación de distintos criterios sobre un mismo hecho conlleva el ejercicio de distintas jurisdicciones nacionales respecto a un mismo hecho delictivo.

Los conflictos positivos conllevan a menudo investigaciones paralelas y parciales que eluden la coordinación y abocan al fracaso o derivan en la imposición de pequeñas condenas parciales que permiten a las grandes organizaciones de delincuentes seguir funcionando y reorganizarse sin demasiados problemas. Por otro lado, la posibilidad de dobles investigaciones, dobles acusaciones y doble proceso puede acarrear la correlativa doble condena por los mismos hechos, prohibida por vulneración del principio internacional de *ne bis in idem*.

Pero conviene también recordar que el uso descoordinado de diferentes criterios de atribución de competencia sobre los mismos hechos delictivos, en combinación con la aplicación en muchos Estados de criterios de oportunidad genera conflictos de carácter negativo sobre los que también debe recaer atención, esencialmente porque pueden provocar desprotección a las víctimas, además de permitir espacios de impunidad que son aprovechados, con toda conciencia, por los delincuentes transnacionales.

La existencia de los conflictos de jurisdicción es universal y bien conocida. Se ha tratado desde hace años de poner remedio a través de diversas disposiciones en Convenios internacionales. Las soluciones propuestas buscan resolver diferentes problemas:

- 1) Convenios que buscan evitar la impunidad y contienen criterios o recomendaciones a los Estados para la extensión de su jurisdicción a hechos que han sido comentados fuera de su territorio.

- 2) Convenios o disposiciones que pretenden evitar la vulneración del *ne bis in idem*.

3) Convenios o normas que prevén el traslado de procedimientos y el acuerdo entre jurisdicciones para unificar en un sólo Estado la investigación o el enjuiciamiento.

No hay un tratamiento completo en ninguna norma, por lo que hay que acudir a estas disposiciones que aunque parciales suelen tener alguna utilidad y pese a que, hasta ahora, han sido infrutilizados.

En este tema vamos a abordar el tratamiento actual de los conflictos de jurisdicción diferenciando entre los positivos y los negativos, examinando los diferentes Tratados internacionales que se refieren a los posibles acuerdos entre Estados y también las normas convencionales que contienen formulas que permiten el traslado de procedimientos para su unificación en una sola jurisdicción prestando especial atención a las soluciones en el ámbito de la Unión Europea.

La prohibición del *ne bis in idem* que funciona como clausula final de cierre y última solución, o más bien, como remedio a los conflictos de jurisdicción será también abordada con especial atención a su regulación en los Acuerdos de Aplicación del Convenio de Schengen (en adelante CAAS), y a la interpretación y delimitación de sus contornos por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

2. Conflictos de jurisdicción negativos

Las organizaciones internacionales se han ocupado desde hace años de evitar la impunidad frente a determinado tipo de delitos y han tratado de garantizar que determinados hechos delictivos sean siempre perseguidos por alguna jurisdicción.

Los principales convenios de Naciones Unidas sobre diferentes tipos delictivos contienen una parte destinada a garantizar que todos los Estados parte se declaren competentes para el conocimiento y enjuiciamiento de determinados delitos, no sólo cuando sean cometidos en su territorio si no también cuando sean cometidos por nacionales o residentes en el país o se den otras circunstancias que permitan cierta relación con ese Estado. Como ejemplos cabe citar el art. 4 del Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, (Convenio de Viena de 1988), el art. 15 del Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada (Convenio de Palermo de 2000) o el art. 42 del Convenio de Naciones Uni-

das contra la corrupción (Convenio de Mérida 2003). Todos ellos contienen recomendaciones a los Estados para que se atribuyan jurisdicción aplicando criterios de extraterritorialidad.

También la Unión Europea, en su tarea de aproximación de legislaciones penales trata de evitar la impunidad y los conflictos negativos, es decir, la situación en la que todos los Estados que pueden tener cierta relación con el hecho delictivo niegan tener jurisdicción sobre el mismo. Las normas europeas de aproximación de legislaciones penales contienen muchas veces directrices dirigidas a que los Estados introduzcan en su legislación criterios de atribución de la jurisdicción basados no solo en la territorialidad sino también en la personalidad activa o pasiva u otros criterios.¹ Se trata con ello de evitar el posible desamparo de las víctimas y la extensión de la percepción de impunidad.

Consciente de que la imposición “internacional” de esta “ampliación de la jurisdicción” puede generar el crecimiento de los conflictos positivos, la Unión Europea prevé también la necesidad de acuerdo para centralizar la actuación. Para ello propone el uso de todos los mecanismos disponibles en el marco de la UE para facilitar la cooperación entre sus autoridades judiciales y la coordinación de sus actuaciones. Algunas de estas disposiciones contemplan incluso indicaciones de criterios preferentes para la concentración del caso en alguna de las varias jurisdicciones competentes.

Sin embargo, cuando se habla de conflictos de jurisdicción la atención a los conflictos negativos es más bien escasa, probablemente porque el descubrimiento concreto de un supuesto de impunidad ante el que todas las jurisdicciones se abstienen de intervenir es menos frecuente; suelen ser órganos de investigación o incluso las propias víctimas las que pongan de manifiesto la existencia de un conflicto negativo.

¹ Ejemplos: Convenio para la Protección de los intereses financieros de la CE, de 26 de Julio del 1995 (Art. 4) y su Protocolo de 27 de Septiembre del 1996 (Art.6). Convenio para la lucha contra la corrupción de 26 de mayo de 1997 (Art. 7). Decisión Marco para la protección del Euro contra su falsificación (Art. 7). DM para la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del dinero (Art. 9). DM para la lucha contra el terrorismo (Art. 9). DM para la lucha contra el tráfico de seres humanos (Art. 6). DM para reforzar el marco penal para evitar el favorecimiento o la entrada, tránsito o residencia ilegal de personas (Art. 4). DM para combatir la corrupción en el sector privado (Art. 7). DM para combatir la explotación sexual y la pornografía infantil (Art. 8). DM para la lucha contra los ataques a los sistemas informáticos.(Art. 10). DM en materia de tráfico ilícito de drogas (Art. 9). DM relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (Art. 9).

Una de las formas de resolución de conflictos negativos es la intervención de Eurojust que puede a través de recomendaciones tanto del Miembro Nacional, art. 6 de Decisión del Consejo de 28 de Febrero de 2002 *por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia* como del Colegio (art. 7) solicitar a un Estado que inicie investigaciones por unos hechos concretos.

Es curioso que la primera recomendación que realizó Eurojust colegiadamente para resolver un conflicto de jurisdicción fuera en un conflicto negativo. El caso “ASLEY AND JENKINS”, un supuesto de presunta estafa sobre inversiones en obras de arte cometido por ciudadanos británicos contra ciudadanos británicos pero con ciertas conexiones con Sevilla.

3. Conflictos de jurisdicción positivos

3.1. Causas de los conflictos positivos

El hecho de que varias jurisdicciones nacionales se atribuyan competencia para investigar y enjuiciar los mismos hechos puede generarse entre otras por las siguientes razones:

- Cuando la infracción penal se ha cometido en el territorio de distintos Estados.

- Cuando se han utilizado medios tecnológicos de comunicación (Internet, teléfono, etc.).

- Cuando las normas internas de atribución de la jurisdicción sean expansivas a casos extraterritoriales. La tendencia a extender la jurisdicción nacional a casos cometidos fuera del territorio nacional, es cada vez mayor. Aunque territorialidad sigue siendo la base de la atribución de la competencia de los Tribunales nacionales la afirmación de la soberanía de los Estados en el caso de ciertos delitos o para juzgar o proteger a sus propios nacionales, lleva a los Estados a utilizar cada vez más criterios de atribución competencial extraterritoriales.

- Cuando se utiliza la doctrina de la “ubicuidad” por la que el delito se considera cometido en todos aquellos lugares donde se ha realizado algún elemento del tipo penal.

- Cuando se aplica el “principio de universalidad”. El deseo de evitar la impunidad ante delitos de “lesa humanidad” o muy graves que no son per-

seguidos en el Estado dónde se cometieron, ha llevado a algunos países y a Tratados Internacionales a prever frente a ellos una competencia penal universal.

La frecuencia de las situaciones descritas permite hacerse idea de la realidad y habitualidad de los conflictos que nos muestran la realidad de varias jurisdicciones investigando descoordinadamente los mismos hechos. Huelga extenderse en la descripción de las negativas consecuencias de esta duplicidad de actuaciones: fragmentación de causas, investigaciones parciales, imposibilidad de conseguir pruebas, problemas de asistencia judicial internacional y, en general, un resultado global de ineficacia de la Administración de Justicia que sigue enfrentándose a barreras, limitaciones y fronteras nacionales.

La duplicación de tareas que precede al conflicto ya instalado comienza generalmente en la fase de investigación cuando dos jurisdicciones nacionales empiezan la indagación de unos mismos hechos de forma independiente. Tradicionalmente los servicios de investigación de los Estados implicados trabajaban aisladamente y con desconocimiento de lo que hacían otros investigadores en los países vecinos, pero desde hace años la facilidad de las comunicaciones hace difícil pensar que los órganos de investigación de un Estado no se percaten de que otro está investigando los mismos hechos. Cuando esto ocurre, la primera medida razonable sería la coordinación de las investigaciones y un posterior acuerdo de colaboración, o si procede, de concentración de las investigaciones iniciadas en un solo Estado.

Sin embargo, las consultas o acuerdos pueden solucionar problemas concretos, pero en caso de desacuerdo no se contemplan criterios objetivos, ni siquiera orientaciones indicativas, que permitan resolver el conflicto.

Por otro lado, los acuerdos de este tipo deberían venir seguidos por un archivo, sobreseimiento, etc. en el Estado que cede su competencia junto al traslado material del procedimiento y con resoluciones coordinadas que aseguren el mantenimiento y la continuidad de las posibles medidas cautelares adoptadas. Estas cuestiones carecen hoy de regulación alguna lo que provoca especiales problemas en aquellos Estados vinculados por el principio de legalidad.

En la actualidad, lamentablemente, los conflictos se resuelven por la vía de hecho, de forma que el procedimiento lo dirige el primer Estado que inicia las actuaciones o aquél que consigue tener a su disposición al delincuente. Es obvio que el criterio de preferencia temporal no resulta normalmente el más adecuado para luchar con eficacia frente a la delincuencia.

Por otro lado, si pensamos en el punto de vista de los derechos fundamentales, esta fragmentación, junto a la falta de reconocimiento de las decisiones judiciales tomadas por la Administración de Justicia de otros países, conduce a la vulneración del principio de *ne bis in ídem* y puede darse el caso de delinquentes que, pese a la prohibición universal, se ven no sólo sometidos a doble enjuiciamiento sino que lleguen a cumplir doble condena por los mismos hechos.

3.2. Libro verde de la Comisión Europea sobre conflictos de jurisdicción y principio de *ne bis in ídem*

La Unión Europea es consciente desde hace tiempo de la necesidad de un instrumento que regule los conflictos de jurisdicción. El Programa de la Haya para la consolidación de la Libertad, la Seguridad la Justicia en la Unión Europea, y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre el Programa de la Haya: *Diez Prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, ponían ya atención en los conflictos de jurisdicción y en la conveniencia de una regulación más detallada del principio *ne bis in ídem*.²

La Comisión Europea, respondiendo a este compromiso, elaboró en Diciembre de 2005 un Libro Verde sobre conflictos de jurisdicción y principio de *ne bis in ídem*³, como una forma de reflexión general sobre la mejor fórmula para la resolución de los conflictos de jurisdicción entre Estados de la Unión Europea. Se plantea si la adopción de un mecanismo común para la determinación de la jurisdicción competente podría ser aceptable.

La Comisión en este Libro Verde presenta un diseño de procedimiento

2 Antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht se elaboró en 1987 el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio *ne bis in ídem*. Su relevancia ha sido muy escasa ante el limitadísimo número de ratificaciones. Solo Dinamarca, Francia, Holanda y Portugal lo han ratificado y se aplica provisionalmente entre ellos.

Por otro lado, Grecia presentó una propuesta de decisión marco sobre el *ne bis in ídem* en 2003 una iniciativa de la República Helénica con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio *ne bis in ídem* que lamentablemente nunca fue tramitada.

3 http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_public_en.htm

para la asignación de asuntos a un único Estado Miembro constituido resumidamente por las siguientes etapas:

- Identificación e información de las «partes interesadas». El Estado miembro que haya iniciado o vaya a iniciar un proceso penal en un asunto que muestre vínculos significativos con otro Estado miembro, deberá informar a las autoridades competentes de este Estado. Si ningún Estado miembro se opusiera, el Estado que inició las actuaciones proseguirá las mismas salvo que surjan nuevos hechos que cambien la situación.

- Consulta y debate. Cuando varios Estados miembros manifiesten su interés por conocer los mismos hechos, sus autoridades competentes deberán empezar un periodo de consulta examinando conjuntamente los hechos para tratar de determinar juntos el Estado en mejor situación para enjuiciarlo. Podrán también solicitar con carácter complementario la asistencia de Eurojust u otros mecanismos de asistencia de la Unión.

- Solución de controversias. En caso de opiniones divergentes, se propone que Eurojust o un nuevo organismo creado “ad hoc” para mediar en estos temas pueda ayudar a los Estados miembros interesados a alcanzar un acuerdo en función de los criterios expuestos y los intereses en juego. La Comisión propone habilitar un organismo comunitario que pueda tomar una decisión vinculante sobre la elección del Estado miembro mejor situado para proceder con las actuaciones judiciales.

- Decisión vinculante El libro verde sugiere que se obligue a los Estados miembros a concentrar los procedimientos judiciales relativos a un mismo asunto en un Estado miembro «principal». Los criterios aplicables para determinar este Estado «principal» son entre otros la territorialidad, los intereses de las víctimas, la eficacia del procedimiento, etc. En el momento en que se determine el acuerdo y se presente el caso ante un órgano jurisdiccional los otros Estados miembros deberán archivar o suspender sus procedimientos.

- Control jurisdiccional. El control jurisdiccional sobre la competencia lo ejercería según la Comisión el propio órgano judicial ante el que se presente el asunto. Se aboga por la precisión de recursos por quienes, como acusados o víctimas, puedan verse afectados por la decisión de concentración de la jurisdicción.

Este mecanismo propuesto por la Comisión va más allá de la solución a la vulneración del *ne bis in ídem* y trata de evitar no sólo la doble imposición de pena y no solo siquiera solo el doble enjuiciamiento sino incluso la duplicidad de investigaciones. La solución que se busca es la resolución del conflicto tan

pronto se detecta, la aplicación del *ne bis in idem* quedaría como una cuestión residual para problemas que no hubieran podido ser percibidos y solucionados anticipadamente.

La propuesta de la Comisión no obtuvo acuerdo unánime ni apoyos mayoritarios por lo que el tema sigue pendiente de avances en la construcción europea.

3.3. Soluciones vigentes para la resolución de los conflictos de jurisdicción positivos

Las reglas nacionales para resolver un conflicto de competencias de este tipo cuando se produce entre sus autoridades nacionales suelen prever la intervención de un órgano judicial de superior jerarquía a quien se le atribuye la potestad para decidir cuál de las autoridades en conflicto es la que debe de enjuiciar. Pero, como vamos exponiendo, cuando la situación de conflicto se produce entre autoridades competentes de distintos países no existen normas para su solución, al menos con efecto vinculante, y menos existe un Tribunal u otro órgano al que se le haya reconocido una potestad jurisdiccional superior. Las soluciones aplicables actualmente serán expuestas a continuación y se basan en el acuerdo entre Estados por ellos mismos o con intervención de Eurojust o la utilización de Convenios internacionales en caso de que sean aplicables entre las partes.

Conviene apuntar que la concentración de la jurisdicción en un solo Estado no es siempre la mejor solución. La evitación de macroprocesos y la necesidad de rehuir de dilaciones aconsejan en determinados casos la fragmentación de causas relacionadas entre sí en dos o más jurisdicciones nacionales.

3.3.1. Acuerdos y composición entre Estados parte

Los mismos Convenios Internacionales y normas europeas que contemplan recomendaciones a los Estados sobre criterios de atribución de la jurisdicción, conscientes de la consecuente creación de conflictos, contemplan disposiciones que aconsejan el acuerdo entre Estados para la acumulación de las investigaciones y el enjuiciamiento en un solo país.

Como ejemplos, el Convenio de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y también el Convenio de Palermo, Convenio de NU contra la delincuencia organizada transnacional sugieran

la posibilidad de acuerdos entre Estados para solucionar las posibles situaciones de doble jurisdicción.

El art. 8 del Convenio de Viena de 1988 establece que “Las partes considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el procesamiento por los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del art. 3, cuando estimen que esa remisión obrará en interés de una correcta administración de justicia”. De forma similar el artículo 16.5 del Convenio de Palermo aconseja consultas entre Estados con el fin de coordinar sus actuaciones cuando se tenga conocimiento de que otro Estado ha iniciado investigaciones sobre los mismos hechos.

Las normas europeas también contienen apelaciones al acuerdo en caso de competencias concurrentes. Por ejemplo el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1995⁴⁰ o el Convenio, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea recomienda la cooperación en las investigaciones y el acuerdo para la centralización del enjuiciamiento.

Nuevas Decisiones Marco recogen formulas similares recomendando a los Estados la cooperación y el acuerdo. Como ejemplo, la Decisión Marco de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada prevé en su art. 7.2⁵ la cooperación para llegar a un acuerdo y contempla ya

4 Art. 6 1. Si un fraude tal como se define en el artículo 1 constituye una infracción penal y afecta al menos a dos Estados miembros, estos Estados cooperarán de manera efectiva en la investigación, en las diligencias judiciales y en la ejecución de la sanción pronunciada, por ejemplo mediante la asistencia judicial mutua, la extradición, la transmisión de las diligencias o la ejecución de las sentencias dictadas en otro Estado miembro.

2. Cuando más de un Estado miembro tenga competencia sobre una infracción basada en los mismos hechos y pueda entablar al respecto una acción judicial viable, los Estados miembros interesados cooperarán para decidir cuál de ellos enjuiciará al autor o autores de la infracción, con el fin de centralizar, cuando ello sea posible, las diligencias judiciales en un único Estado miembro.

5 “Cuando uno de los delitos a que se refiere el artículo 2 sea competencia de más de un Estado miembro y cualquiera de estos Estados pueda legítimamente iniciar acciones judiciales por los mismos hechos, los Estados miembros implicados colaborarán para decidir cuál de ellos emprenderá acciones judiciales contra los autores del delito con el objetivo de centralizar, en la medida de lo posible, dichas acciones en un único Estado miembro.

Con este fin, los Estados miembros podrán recurrir a Eurojust o a cualquier otro ór-

la posibilidad de acudir a Eurojust o a cualquier otro mecanismo creado en la UE para facilitar la cooperación.

La misma solución de acuerdo bilateral se acoge en la Decisión de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales que se analiza en otro apartado.

3.3.2. Intervención de Eurojust en la resolución de conflictos de jurisdicción

Mientras no se cree otro mecanismo de resolución de conflictos, en la Unión Europea, Eurojust está llamado a jugar un papel principal en la búsqueda de soluciones concretas, más allá de los posibles acuerdos bilaterales a que puedan llegar los Estados por si mismos.

Efectivamente la Decisión del Consejo de 28 de Febrero de 2002 *por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia* atribuye a esta unidad la misión de mejora y estímulo de la coordinación de las investigaciones judiciales que afecten a dos o más Estados, facilitar la ejecución de las solicitudes de cooperación o extradiciones que se soliciten, así como el apoyo a las autoridades judiciales competentes en la búsqueda de una mayor eficacia en sus actuaciones y específicamente se refiere a la misión de favorecer la resolución de conflictos de jurisdicción.

Concretamente el art. 6 de la Decisión de Eurojust recoge varias funciones de los Miembros Nacionales de Eurojust en relación con los conflictos de jurisdicción, se dice que estos *podrá solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados motivando su solicitud que consideren la posibilidad de: ii) reconocer que una de ellas puede estar en mejores condiciones para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos.*

El art. 7 establece entre las funciones del Colegio otra de estas intervenciones: “en los casos de los tipos de delincuencia y las infracciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 4, podrá, exponiendo los motivos, solicitar

gano o mecanismo creado en el marco de la Unión Europea para facilitar la cooperación entre sus autoridades judiciales y la coordinación de sus actuaciones. Se tendrán especialmente en cuenta los siguientes elementos: a) el Estado miembro en cuyo territorio se hayan cometido los hechos; b) el Estado miembro del que el autor sea nacional o residente; c) el Estado miembro de origen de las víctimas; d) el Estado miembro en cuyo territorio se haya encontrado al autor.”

a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados: ii) que reconozcan que uno de ellos puede estar en mejores condiciones para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos”.

Probablemente la labor de mediación sobre conflictos de jurisdicción es una de las tareas que Eurojust ha desarrollado con mayor éxito en estos años y por eso la Decisión de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, introduce una modificación en el original art. 7 para incidir y otorgar más intervención al Colegio en estas materias.

El artículo 7.2 de la nueva Decisión dice que “Cuando dos o más miembros nacionales no puedan convenir en el modo de resolver un conflicto de jurisdicción en relación con investigaciones o actuaciones judiciales de conformidad con el artículo 6, y en particular el artículo 6, apartado 1, letra c), se solicitará al Colegio que emita un dictamen escrito no vinculante sobre el asunto, siempre y cuando la cuestión no haya podido resolverse de mutuo acuerdo entre las autoridades nacionales competentes interesadas. El dictamen del Colegio se remitirá sin demora a los Estados miembros interesados”.

Como se indica se trata de una recomendación no vinculante por lo que Eurojust sigue teniendo un simple papel de mediador o consejero pero no puede imponer su criterio a los Estados afectados La Comisión Europea en su “Comunicación al Consejo y al Parlamento sobre *“El papel de Eurojust y la Red Judicial Europea en la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo en la Unión Europea”*”, emitida el 23 de Octubre de 2007 proponía para el Colegio un poder decisorio. Sería un salto cualitativo. Sin embargo, no hay en este momento el más mínimo acuerdo sobre la atribución a Eurojust de algo más que una labor mediadora o de recomendación.

El nuevo Tratado en su artículo 85 puede constituir base jurídica suficiente cuando dice: “La función de Eurojust es apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes, basándose en las operaciones efectuadas y en la información proporcionada por las autoridades de los Estados miembros y por Europol. A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo determinarán, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, la estructura, el funcionamiento, el ámbito de actuación

y las competencias de Eurojust. Estas competencias podrán incluir: a) el inicio de diligencias de investigación penal, así como la propuesta de incoación de procedimientos penales por las autoridades nacionales competentes, en particular los relativos a las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión; b) la coordinación de las investigaciones y los procedimientos mencionados en la letra a); c) la intensificación de la cooperación judicial, entre otras cosas mediante la resolución de conflictos de jurisdicción y una estrecha cooperación con la Red Judicial Europea”.

Los términos del Tratado no atribuyen claramente a Eurojust ni siquiera a través de sus actuaciones como Colegio poderes ninguna “fuerza jurídica vinculante”, en todo caso, tampoco se dice lo contrario⁶. La nueva Comisión parece que trabaja ya en una nueva Decisión -que se publicaría en 2012- en la que se sigue reforzando los poderes de Eurojust. La atribución de nuevos poderes para la resolución de conflictos está abierta a la discusión en esta nueva etapa.

En resumen, Eurojust cumple en la actualidad un papel de mediador en esta materia. Cuando Eurojust se percatan de la existencia de investigaciones judiciales paralelas o convergentes o cuando tratan de realizar actuaciones en cumplimiento de una solicitud de cooperación en varios países que exigen ser ejecutadas al mismo tiempo o de forma coordinada se convoca una reunión de coordinación. Independientemente de las reuniones entre Miembros Nacionales las relevantes son las reuniones que se denominan de nivel tres - ver el gráfico abajo-. En ellas se reúnen en el mismo lugar además de los Miembros Nacionales implicados, las autoridades competentes de las investigaciones o de la ejecución de las demandas de auxilio, y acuerdan como coordinar las actuaciones, o en su caso, cuál entre todas las autoridades implicadas se encuentra en mejor situación para seguir investigando y enjuiciar los hechos.

Eurojust organizó en 2003 un Seminario para el estudio de los conflictos de jurisdicción, fruto de esta reunión fue la fijación de una serie de criterios a tener en cuenta para la decisión de qué jurisdicción debe ser la finalmente competente. Los criterios no se establecen de forma jerarquizada ni prefe-

6 No obstante, hay voces que indican que la voluntad del legislador ha sido precisamente la de atribuir este poder decisorio a las recomendaciones de Eurojust, puesto que no de otro modo puede interpretarse la alocución “resolución de conflictos de jurisdicción” que se contempla en el Art. 85 del TFUE. Así se ha recogido en las conclusiones de un Seminario organizado por la Presidencia Belga y Eurojust en Brujas en Septiembre de 2010.

rente y sólo se mencionan como razones para valorar en conjunto la decisión final. También se advierte que no siempre la mejor solución tiene que ser la concentración de los procedimientos en una sola jurisdicción si no que en algunos casos la valoración conjunta de todos los factores concurrentes conlleva a la celebración de vistas separadas de hechos y personas diferentes aunque estén relacionados entre sí.

En resumen, los criterios determinantes mencionados en las conclusiones del Seminario de Eurojust y que se recogen en su Informe Anual de 2003 son los siguientes: i) La facilidad de localización del sospechoso o acusado; ii) Las posibilidades de extradición o entrega del implicado o acusado; iii) Las previsiones de asistencia de los testigos a la vista; iv) La facilidad y necesidad de protección de los testigos; v) La consideración de los plazos del proceso para evitar dilaciones; vi) Los intereses de las víctimas; vii) La garantía para la presentación de las pruebas.

A ellos se suma la fijación de unos criterios que no deben ser determinantes para la decisión: i) Los requerimientos legales; ii) La posible gravedad o la levedad de las condenas; iii) La facilidad para la recuperación de activos y iv) Los costes del procedimiento.

3.3.3. Decisión Marco de la UE sobre conflictos de jurisdicción

Como se ha mencionado, en el Programa de la Haya figuraba como prioridad la resolución de los Conflictos de Jurisdicción y por ello el Programa elaborado por el Consejo sobre *Medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones penales* de 30 de Noviembre de 2000 ya se planteaba redefinir el principio *ne bis in ídem*, a la vez que proponía la elaboración de un instrumento dirigido a favorecer la resolución de conflictos de competencia entre Estados miembros.

La necesidad de contar con una Decisión de la Unión Europea dedicada a la resolución de los conflictos figuraba también en Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre el Programa de la Haya: *Diez Prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*. En este texto la Comisión se comprometió a la elaboración del Libro Verde sobre conflictos jurisdiccionales y sobre el principio “ne bis in ídem” al que ya nos hemos referido.

Tras las opiniones recibidas en las respuestas a este Libro Verde, la Presidencia Checa lanzó una iniciativa para la elaboración de una Decisión Marco sobre conflictos de jurisdicción. El resultado fue la aprobación el 30 de Noviembre de 2009 de la “*Decisión Marco sobre la prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en los procesos penales*”⁷.

Esta Decisión Marco ha sido recibida con frialdad – por no decir decepción- por los operadores jurídicos porque no resuelve ninguno de los problemas que estaban sobre la mesa. La Decisión Marco se limita a establecer una obligación de consulta y comunicación entre los Estados con investigaciones paralelas y a recomendar el acuerdo como forma de prevenir vulneraciones del principio *ne bis in idem*.

No fue posible el acuerdo para la fijación en la Decisión Marco de unos criterios preferentes y establecidos de forma jerarquizada o preferente para la determinación de la jurisdicción en mejor situación para el conocimiento de los hechos. La Decisión Marco se limita a recomendar a las autoridades implicadas que tengan en cuenta los criterios que figuran en las Directrices publicadas en el Informe anual de Eurojust de 2003.

La Decisión Marco comienza por establecer un procedimiento de establecimiento de contacto entre las autoridades competentes para comprobar la existencia de procedimientos paralelos y para favorecer el intercambio de información.

Conviene dejar sentado lo que se entiende por “Procedimientos paralelos” que son según el art. 3 de la Decisión Marco “*los procesos penales, incluidas la fase previa al juicio y la del juicio, que se están tramitando en dos o más Estados miembros por los mismos hechos que impliquen a la misma persona*”.

La Decisión Marco establece que cuando una autoridad competente de un Estado tenga motivos para creer que se está tramitando un proceso paralelo en otro Estado miembro, se pondrá en contacto con la autoridad competente de ese otro Estado para confirmar la existencia de esa duplicidad. Para ello deberá facilitar una serie de datos mínimos: esencialmente una descripción de los hechos y del estado del proceso así como los datos a su disposición relativos a sospechosos, imputados y víctimas. También debe proporcionar información sobre las medidas cautelares adoptadas y cualquier otra información adicional que resulte relevante.

La autoridad contactada tiene la obligación de responder a esa solicitud

7 DOUE 15 de diciembre de 2009.

de información sin demora o en el plazo fijado en la propia solicitud y si no puede responder en el plazo fijado deberá informar a la autoridad de los motivos que le impiden responder y comunicarle el momento en que enviará esa información. La respuesta debe también contener una serie de datos mínimos sobre los hechos y el estado del proceso que se encuentra tramitando.

Una vez confirmada la existencia de procedimientos paralelos, la Decisión marco establece una obligación de consultas directas con el objetivo de alcanzar un consenso sobre cualquier solución eficaz que evite las consecuencias adversas de una doble investigación. Entre estas soluciones se apunta la posibilidad de concentrar el procedimiento en un solo Estado.

En caso de que no se alcance ese acuerdo, la Decisión Marco recuerda que cualquiera de las autoridades competentes puede acudir a Eurojust. Es la única propuesta que la Decisión Marco contiene en caso de que no haya consenso y la prevé como potestativa. Como se decía, es una Decisión Marco que no contiene ninguna disposición útil ni aporta ninguna nueva idea sobre cómo resolver un conflicto. Las consultas, que se establecen ahora como obligatorias, obviamente ya tenían lugar antes de la Decisión Marco y la imposición de consultas cuando no hay voluntad alguna de solución suele provocar más problemas de los que puede resolver.

Junto a esta Decisión Marco, la Presidencia Sueca propuso la redacción de una Decisión Marco sobre traslado de Procedimientos. Esta iniciativa tenía como base las disposiciones del Convenio del Consejo de Europea sobre traslado de procedimientos tratando de actualizar y agilizar el procedimiento además de adaptarlo a las nuevas bases sentadas por el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Sin embargo, la propuesta sueca encalló, debido esencialmente a que contenía previsiones demasiado ambiciosas en materia de atribución de la jurisdicción.

El proyecto de Decisión Marco presentado no se limitaba a establecer un procedimiento para llevar a cabo la transferencia de un procedimiento cuando ya existe un acuerdo entre los Estados si no que de forma muy ambiciosa comenzaba por establecer cuando los Estados debían tener jurisdicción para conocer de unos hechos. Se recogía la regla del Convenio de 1972 por la que todos los Estados deberían tener jurisdicción para conocer de un procedimiento penal cuando cualquier otro Estado miembro la tuviera. Esta y otras disposiciones referentes esencialmente a la atribución de jurisdicción y a la obligatoriedad de aceptación provocaron el fracaso de la propuesta que nunca fue aprobada.

3.3.4. Transmisión de procedimientos. Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de procedimientos de 1972

Abandonada por el momento la idea de una Decisión Marco sobre traslado de procedimientos el único Convenio en vigor que regula de forma completa este tema es el Convenio del Consejo de Europa sobre transmisión de procedimientos en materia penal de 17 de Marzo de 1972.

El problema principal de este Convenio es, además de prever un procedimiento de comunicación lento y obsoleto en relación con la Unión Europea, su escaso número de ratificaciones^{8 9} y sobre todo entre de países miembros de UE que lo ha ratificado.

Este Convenio contiene una regulación amplísima de la forma en que se realiza el traslado de procedimientos ya iniciados de un Estado a otro como forma para evitar los inconvenientes de los conflictos de competencia. Sin embargo debe advertirse que no es este el único objetivo del Convenio, es cierto que el Título IV se refiere a este tema con la rúbrica de “*Pluralidad de procedimientos represivos*” y que su regulación general se manifiesta idónea para regular el tema de la transmisión de los procedimientos en estos casos, pero el Convenio tiene una finalidad más amplia que la sola resolución de los conflictos de jurisdicción.

El Convenio regula la forma en la que un Estado solicita a otro que instruya un procedimiento contra un ciudadano que ha cometido un delito. Es muy importante destacar que conforme al Convenio no es necesario que el Estado requerido, es decir, aquel al que se pide que instruya el procedimiento, tenga previa competencia para conocer de los hechos, porque los problemas a los que trata de dar respuesta son esencialmente otros. Las razones para solicitar la transmisión tienen en muchos casos una relación directa con la situación del sospechoso o imputado y su relación con el Estado que asume la competencia, aunque hay alguna otra causa desvinculada de este objetivo.

Por eso, lo que hace el Convenio es crear la competencia del Estado requerido cuando no la tenga anteriormente conforme a sus criterios de atri-

8 Sólo ha sido ratificado por Albania, Armenia, Austria, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, España, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Moldavia, Montenegro, Holanda. Noruega, Rumanía, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Suecia, Macedonia, Turquía, Ucrania.

9 El estado de ratificaciones y reservas puede ser consultado en el siguiente sitio web: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=073&CM=8&CL=ENG>

bución de jurisdicción. El Convenio dispone que *“todo Estado contratante tendrá competencia para perseguir con arreglo a su propia legislación penal cualquier infracción a la que sea aplicable la legislación penal de otro Estado contratante”*.

Por tanto no se exige al Estado requerido la pre-existencia de jurisdicción sobre los hechos que se le pide que investigue. Sin embargo lo que si se requiere es la existencia de doble tipicidad, es decir que los hechos fueran, si se hubieran cometido en el territorio del Estado receptor, constitutivos de infracción y punibles.

Las disposiciones de este Convenio son numerosas y prolijas. Su articulado trata de responder a todas las situaciones posibles, por otro lado el Convenio permite que los Estados realicen declaraciones y reservas que determinen y limiten la aplicación del Convenio.

Motivos por los que se acuerda el traslado de procedimientos:

Las razones por las que un Estado puede solicitar a otro que instruya el procedimiento son muchas y se concretan en el art. 8.1: “Un Estado podrá pedir a otro Estado contratante que instruya un procedimiento en uno o varios de los casos siguientes:

- a) Si el sospechoso tiene su residencia habitual en el Estado requerido
- b) Si el sospechoso es nacional del Estado requerido o si este último Estado es su Estado de origen
- c) Si el sospechoso está cumpliendo o va a cumplir en el Estado requerido una sanción que implique la privación de libertad.
- d) Si contra el sospechoso se ha instruido ya en el Estado requerido un procedimiento por la misma infracción o por otras infracciones
- e) Si se considera que la transmisión está justificada para facilitar el descubrimiento de la verdad y en particular si los elementos de prueba más importantes se hallan en el Estado requerido.
- f) Si considera que la ejecución en el Estado requerido de una posible condena es probable que mejore las posibilidades de readaptación social del condenado.
- g) Si considera que no puede garantizarse la comparecencia del sospechosos en la audiencia que habría de celebrarse en el Estado requirente en tanto que pueda garantizarse esa comparecencia en el Estado requerido.
- h) Si considera que no está en condiciones de ejecutar por si mismo una posible condena incluso recurriendo a la extradición, en tanto que el Estado requerido está en condiciones de hacerlo”.

El Convenio prevé en su artículo 10 varias causas de denegación de la solicitud. En realidad los motivos de rechazo no son más que razones basadas en la falta de concurrencia de la causa que justificaba la solicitud o de las condiciones exigidas para la transmisión.

Junto a las causas objetivas que justifican la solicitud de traslado de un procedimiento, el Convenio regula, como se decía, la concurrencia de procedimientos por los mismos hechos y prevé en realidad un proceso de informaciones mutuas y consultas que ha sido tomado como base para la fallida propuesta sueca de Decisión Marco de traslado de procedimientos.

Como dice el artículo 32 del Convenio: “En interés del descubrimiento de la verdad de los hechos y de la aplicación de la sanción adecuada, los Estados interesados examinarán la conveniencia de un procedimiento único instruido por uno solo de ellos y, en caso afirmativo, se esforzarán por determinar cuál de esos Estados instruirá el procedimiento cuando: a) Varios hechos materialmente distintos que constituyen infracciones a la legislación penal de cada uno de esos Estados son imputados a una sola persona o a varias personas que hayan actuado de mutuo acuerdo; b) Un hecho único que constituye una infracción a la legislación penal de cada uno de esos Estados se imputa a varias personas que hayan actuado de mutuo acuerdo”.

El procedimiento que se diseña para llevar a cabo el traslado de procedimientos es exhaustivo.

En primer lugar prevé los efectos en el Estado de transmisión que ya no podrá seguir con la causa transmitida y debe proceder a archivar o cerrar la investigación. También determina cuales son los efectos en el Estado receptor que debe instruir conforme a sus normas y aplicar su propia ley penal. Se le imponen, sin embargo, algunos límites, por ejemplo cuando su jurisdicción se base exclusivamente en lo dispuesto en el Convenio- es decir cuando adquiere la competencia para conocer de los hechos a petición del otro y no tenía jurisdicción originaria- en este caso la pena a imponer no podrá exceder de la prevista en el Estado requirente.

Cuando se examinan las prolijas disposiciones de este Convenio -lamentablemente tan poco utilizado- es fácil percibir disposiciones muy avanzadas y basadas ya en el principio de reconocimiento mutuo. Por ejemplo el artículo 26 ya establece que: “Todo acto que tenga por objeto la instrucción de procedimiento efectuado en el Estado requirente, de conformidad con leyes y reglamentos vigentes en dicho Estado, tendrá en el Estado requerido la misma validez que hubiera tenido ese acto efectuado por las autoridades de este

Estado, sin que esta asimilación pueda tener como efecto conferir a dicho acto una fuerza probatoria superior a la que tiene en el Estado requirente”.

Es curioso que una previsión tan avanzada como ésta se haya alcanzado por la vía convencional en el Consejo de Europa y sin embargo haya sido imposible incluirla en el texto de la iniciativa sueca –fracasada- sobre una Decisión Marco para el traslado de procedimientos.

3.3.5. Denuncias a fines procesales. El artículo 21 del Convenio de 1959

Cuando se trata de Estados que no han ratificado el Convenio del traslado de procedimientos para resolver los conflictos se suele acudir a la regulación de “la denuncia a efectos procesales” que se recoge en el art. 21 del Convenio de 1959.

La regulación de este artículo es especialmente parca y a diferencia del Convenio de 1972 no prevé ni las condiciones para realizar esta denuncia, ni las causas que justifican la no aceptación, ni contiene regulación alguna de los efectos de la formulación de la denuncia en el Estado de remisión y de recepción. La única previsión concreta se refiere a la necesidad de que el Estado receptor comunique al Estado emisor el resultado de la investigación o el procedimiento iniciado a raíz de la denuncia.

El art. 21 del Convenio de 1959 establece que “la denuncia cursada por una Parte Contratante cuyo objeto sea incoar un proceso ante los Tribunales de otra Parte, se transmitirá mediante comunicación entre los Ministerios de Justicia. No obstante las Partes Contratantes podrán hacer uso de la facultad reconocida en el párrafo 6 del art. 15. 2. La Parte requerida notificará a la Parte requirente el curso dado a la denuncia y remitirá si ha lugar, una copia de la decisión dictada. 3. Las disposiciones del art. 16 se aplicarán en las denuncias mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.”

Conviene recordar que esta disposición ha sido modificada por lo dispuesto en el artículo 6.1 párrafo segundo del Convenio de 2000 que establece que: “Toda denuncia cursada por un Estado miembro cuyo objeto sea incoar un proceso ante los tribunales de otro Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21 del Convenio europeo de asistencia judicial y en el artículo 42 del Tratado Benelux podrá transmitirse mediante comunicación directa entre las autoridades judiciales competentes”.

Pese a la parquedad de la disposición se utiliza cada vez con mayor frecuencia y ha permitido resolver casos realmente relevantes. Por ejemplo, el traslado del procedimiento francés en el caso del hundimiento del buque “Prestige” desde el Juzgado de Brest al Juzgado de Corcubión para que fuera

éste último el que continuara con la investigación de la totalidad de la causa, se realizó utilizando este artículo.

4. El principio de *ne bis in ídem* en el ámbito internacional

4.1. Regulación Internacional. Ámbito de aplicación

En el supuesto en que generado un conflicto de jurisdicción no se alcance un acuerdo de reparto o concentración entre los países implicados el único límite establecido y vigente se encuentra en el respeto al principio “*Ne bis in ídem*” con todas las limitaciones y distintos ámbitos de aplicación que tiene este principio desde el punto de vista internacional.

El principio *de ne bis in ídem* nace concebido como un derecho fundamental del individuo frente a la potestad sancionadora que corresponde al Estado. Tradicionalmente su definición se ha limitado al ámbito interno de un Estado concreto. Se concibe como derecho del ciudadano frente al titular del *ius puniendi*: el Estado, Se prohíbe a un Estado sancionar dos veces al mismo individuo por los mismos hechos.

Sin embargo, la internacionalización del delito supone la necesidad de atender a una nueva dimensión, prestando atención al ámbito exterior de este principio, considerando la situación de la persona como sujeto de derechos no sólo frente a su Estado sino frente a la comunidad universal.

El principio de *ne bis in ídem* se presenta en el derecho internacional como un derecho humano y por ello aparece en primer lugar recogido en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos. Concretamente, aparece en el artículo 14.7 del PIDCP¹⁰ (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y también en el art. 4 de Protocolo 7 del CEDH¹¹. Es curioso que, pese

¹⁰ Art. 14.7 PIDCP. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

¹¹ Art. 4 Protocolo 7 1. *Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.*

² *Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.*

a lo que en principio pudiera dar a entender su inclusión en textos internacionales, su ámbito de aplicación tal y como resulta de la propia definición de los textos internacionales, se limita, como decíamos, al ámbito nacional. La protección que otorgan estos Convenios Internacionales no va más allá de crear a los Estados la obligación de que sus Tribunales no impongan dos condenas al mismo sujeto por los mismos hechos, y ello queda claramente expresado en el CEDH: “Nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”.

Esta limitación supone una solución obviamente insatisfactoria desde el punto de vista del individuo, y la solución sólo puede alcanzarse obligando a los Estados a otorgar un determinado valor a la sentencia previa de Tribunales extranjeros.

Esto es lo que ha empezado a ocurrir en el ámbito de la Unión Europea donde, tanto desde el punto de vista del respeto a los derechos del ciudadano europeo, como desde el punto de vista de la consideración de un espacio común que garantiza la libertad de movimientos, el ámbito de aplicación del principio *ne bis in idem* no puede limitarse a un sólo Estado.

4.2. Definición del alcance del principio *ne bis in idem* en el Convenio de Schengen

La definición y regulación de este principio en el ámbito de la UE se contiene en los art. 54 y siguientes del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen (en adelante CAAS) que extienden el ámbito de protección del principio a todos los Estados parte.

El artículo 54 contiene la regulación esencial al establecer que “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratantes, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.”

Los artículos siguientes¹² autorizan a los Estados a establecer limitacio-

3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio.

12 Artículo 55 CAAS. 1. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación

nes a través de declaraciones que les permiten no aplicar el principio en determinadas circunstancias y concretan la consideración de las medidas cautelares ya ejecutadas en otro país en el cómputo final de la sanción impuesta.

El TJCE al interpretar estos artículos ha empezado a configurar el derecho en todo el ámbito de la Unión como parte de un derecho a la libre circulación y como garantía de seguridad jurídica al ciudadano europeo en todo su territorio¹³. Además su sentido y valor como derecho fundamental pasa

del presente Convenio, una Parte contratante podrá declarar que no está vinculada por el artículo 54 en uno o varios de los siguientes supuestos: a) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; sin embargo, en ese último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte contratante donde se haya dictado la sentencia. b) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante. c) Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo. 2. Las Partes contratantes que hayan hecho una declaración relativa a la excepción mencionada en la letra b) del apartado 1 deberán precisar las categorías de infracciones a las que podrá aplicarse dicha excepción. 3. Las Partes contratantes podrán retirar en cualquier momento la declaración relativa a una o varias de las excepciones mencionadas en el apartado 1. 4. Las excepciones que hayan sido objeto de una declaración con arreglo al apartado 1 no se aplicarán cuando, para los mismos hechos, la Parte contratante interesada haya solicitado la persecución a la otra Parte contratante o haya concedido la extradición de la persona de que se trate. Artículo 56 CAAS. Si una Parte contratante entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiere sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otra Parte contratante, de la sanción que, en su caso, se imponga deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de esta última Parte contratante por tales hechos. También se tendrán cuenta en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieren aplicado. Artículo 57. CAAS 1. Cuando una persona esté acusada de una infracción por una Parte contratante cuyas autoridades competentes consideren que la acusación se refiere a los mismos hechos por los que ya fue juzgada en sentencia firme por otra Parte contratante, dichas autoridades solicitarán, si lo estiman necesario, las informaciones pertinentes a las autoridades competentes de la Parte contratante en cuyo territorio ya se hubiere dictado una resolución judicial. 2. Las informaciones solicitadas se remitirán cuanto antes y serán tenidas en cuenta para el curso que daba darse al procedimiento entablado. 3. En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, cada Parte contratante designará a las autoridades que estarán autorizadas para solicitar y recibir las informaciones contempladas en el presente artículo.

¹³ La sentencia de 11 de febrero de 2003, casos acumulados de Gözutok C-187/01,

de los textos internacionales ya citados al artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que dice: “Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”.

Por otro lado, y desde el punto de vista de los conflictos de jurisdicción, la aplicación del principio *ne bis in ídem* funciona como último remedio al conflicto. En todo caso, como método de determinación de la competencia, el criterio que de él se deriva que es la aplicación del orden de llegada (el primer Estado que condena se queda con el caso) es escasamente racional y no garantiza eficacia alguna en la lucha contra la delincuencia.

Por otro lado, la interpretación de la dicción del art. 54 es imprescindible para evitar no solo el problema de la imposición de la doble sanción sino el problema de litispendencia. Tradicionalmente se ha equiparado el *ne bis in ídem* al concepto de cosa juzgada; es decir sólo cuando haya recaído sentencia (u otra resolución equivalente), que además debe ser firme, se prohíbe una nueva condena, pero no se impide el doble enjuiciamiento lo que resulta igualmente perturbado en las investigaciones penales y provocador de problemas injustificados a la persona que puede verse sometida al doble enjuiciamiento. Para saber más nota nº 3.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha ido delimitando los contornos y significado del principio *ne bis in ídem* en múltiples y relevantes sentencias.

El TJUE se ha pronunciado sobre extremos referentes al *ne bis in ídem* en las siguientes sentencias: ST de 11.2.2003, asuntos acumulados C.187/01 y C- 385/01 “Caso Gozutok”. ST de 10-3-2005, asunto C- 469/03, “Caso Miraglia”. ST de 9-3-2006, asunto C-436/04, “Caso Van Esbroeck”. ST de 28-9-2006, asunto C-150/05, “Caso Van Straaten”. ST de 18 de Julio de 2007 C 288/05 “Caso Kretzinger”. ST de 18 de Julio de 2008 C367/05 Caso Krrra-aijenbrink. ST de 18 de Diciembre de 2008 C 297/07 “Caso Bourquain”. ST de 22 de Diciembre de 2008 C 491/07 Caso Turansky. (El texto completo de estas sentencias en inglés, francés y español se encuentra en un anexo).

Estas sentencias van delimitando cuestiones esenciales para dibujar el perfil del principio.

y Brügge, C-385/01, establece que los arts. 54 a 58 del CAAS deben ser interpretados a la luz del “objetivo de conservar y desarrollar la UE como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que el libre movimiento de las personas esté asegurado”.

El concepto de “bis”:

- ¿Qué debe entenderse por resolución firme?
- ¿Se protege frente a la litispendencia o sólo frente a la doble condena?

El concepto de “*idem*”:

- ¿Qué debe entenderse por mismos hechos?
- ¿Qué debe entenderse por misma persona?;
- ¿A quiénes afecta una resolución de sobreseimiento por cuestiones de exención de responsabilidad objetivas como por ejemplo la prescripción?

Al responder a estas preguntas y otras relacionadas con ellas, el TJCE va dibujando los perfiles del principio y estableciendo los límites del *ius puniendi* de los Estados miembros en relación con la convivencia en un espacio que aspira a convertirse en un espacio judicial europeo único.

4.3. Delimitación del elemento bis

La primera cuestión a resolver es conocer el alcance de lo que supone “nueva condena”, delimitar qué tipo de resoluciones pueden ser consideradas suficientes para entender que el caso ya ha sido juzgado.

El artículo 54 habla de “una persona que haya sido juzgada en sentencia firme juzgado por sentencia firme” y el artículo 55 se refiere a sentencias extranjeras. Que tipo de resoluciones son consideradas como sentencias. Son muchas las dudas en este punto, por ejemplo: ¿El acuerdo de transacción firmado por un Fiscal en aquellos países donde existe esta figura, se considera sentencia firme? ¿Cómo debe interpretarse un archivo provisional basado en la insuficiencia de pruebas que no entra a valorar los hechos?

El artículo 50 de la Carta de derechos Fundamentales (incorporado al artículo II-110 del Tratado de Constitución para Europa) habla de sentencia penal firme “Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya ha sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley”.

Las enormes diferencias en la regulación de los procesos penales entre los distintos países europeos hace imposible una definición unívoca y estricta de sentencia firme. Se considera demasiado estricta una definición que sólo comprenda la resolución dictada tras la celebración del juicio oral. Con ese sentido limitado quedarían fuera del ámbito de aplicación de estas reglas resoluciones de países europeos que finalizan anticipadamente el proceso y que

suponen una verdadera valoración del fondo e incluso contienen en muchos casos la imposición de sanciones.

Ha sido el TJUE el que ha ido precisando el término “sentencia firme” a estos efectos.

La sentencia de 11 de febrero de 2003, casos acumulados de Gözutok C-187/01, y Brügge parte de que en la UE “ los Estados miembros tienen confianza recíproca en sus sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos reconoce la vigencia de la ley penal en los otros Estados, incluso cuando el resultado fuera diferente si su propia ley fuera aplicada”, por ello, “El principio *ne bis in ídem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen..., se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el Ministerio Fiscal de un Estado miembro habilitado por su ley nacional ordena el archivo de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, sin intervención del órgano jurisdiccional, una vez que el imputado haya cumplido determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el ministerio fiscal”.

Se reconoce por primera vez la extensión del principio *ne bis in ídem*, a resoluciones diferentes a las condenas o absoluciones declaradas en sentencia firme, extendiéndolo a decisiones adoptadas por un órgano no propiamente judicial, en fase previa al juicio oral, como consecuencia de conformidades/mediaciones o acuerdos transaccionales.

Pero no todas las decisiones de archivo deben considerarse suficientes para integrar el concepto de “sentencia penal firme” y así lo deja claro el TJCE en la sentencia del Caso *Miraglia* (C-469/03), de 10 de marzo 2005. En este caso el TJCE no consideró operativa la regla *ne bis in ídem*, cuando el archivo de la causa se debía a la decisión del Ministerio Fiscal de no continuar la investigación basándose en la existencia de una acusación en otro Estado miembro contra el acusado por idénticos hechos. Es decir en este caso, el TJCE entendió que no puede asimilarse al concepto de resolución final o sentencia firme, una resolución de archivo de una causa fundamentada en motivos formales o procesales, que no realiza valoración alguna de los hechos o los indicios existentes. Por tanto, debe quedar claro que no toda resolución de cierre del proceso produce el efecto *ne bis in ídem* en otros Estados miembros.

El caso *Gasparini* (C-467/04), resuelto por sentencia de 28-9-06 plantea también el sentido o valor que debe darse a las resoluciones que archivan la causa basándose en la prescripción. El punto en discusión en este caso era si

una sentencia absolutoria fundada en la prescripción del delito tiene efecto preclusivo con relación a otros procedimientos contra la misma persona en otro Estado miembro que maneja diferentes plazos para la prescripción. Pese a que no existe armonización alguna de las legislaciones de los Estados Miembros en relación a la prescripción y sus plazos, el TJCE volviendo a recordar el principio de confianza mutua de los Estados en sus respectivos sistemas de justicia penal considera que debe aceptarse la aplicación del derecho penal de otros estados parte del CAAS aunque la aplicación de una institución como la prescripción conforme a su propio derecho hubiera conducido a un resultado diferente.

Posteriores sentencias siguen insistiendo en la precisión del concepto de sentencia firme para negar por ejemplo en el Caso Turansky (C 491/07) que una resolución de archivo dictada en una fase previa a la inculpación de un sospechoso y que de acuerdo con la legislación del Estado que la adopta no extingue definitivamente la acción pública y no impide emprender nuevas diligencias penales por los mismos hechos en ese Estado no debe considerarse resolución firme a los efectos de ne bis in ídem y por tanto no impide un proceso ulterior en otro Estado.

El problema de cuándo debe entenderse que una sentencia se ha ejecutado o se está ejecutando también ha sido resuelta en algunos de sus aspectos por el TJUE en la sentencia del caso “Caso Kretzinger C 288/05 concretando que la suspensión de una condena legalmente adoptada conforme a las normas del Estado que impone la sanción debe entenderse como un periodo de ejecución de la sentencia. Dice la Sentencia que “A efectos del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, la sanción impuesta por un tribunal de un Estado contratante «se ha ejecutado» o «se está ejecutando» cuando, en aplicación del Derecho de dicho Estado contratante, se haya condenado al inculpado a una pena privativa de libertad cuya ejecución ha sido dejada en suspenso”.

Sin embargo, no se tiene en cuenta a estos efectos el periodo de prisión provisional. “A efectos del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, no debe considerarse que la sanción impuesta por un tribunal de un Estado contratante «se ha ejecutado» o «se está ejecutando» cuando el inculpado haya permanecido por breve tiempo en detención preventiva y/o en prisión provisional, y cuando, según el Derecho del Estado de condena, el tiempo de tal privación de libertad deba computarse a efectos de la posterior ejecución de la pena privativa de libertad”.

Por último el Tribunal ha resuelto también alguna cuestión dudosa en relación con la imposibilidad de ejecución de las penas impuestas en el Asunto Bourquain C297/07. En este caso el acusado había sido condenado a la pena capital en 1961 en Francia, condena que había prescrito conforme al Derecho Francés, que aplica un plazo de prescripción de 20 años. Alemania pretendía abrir un nuevo proceso en 2001 por los mismos hechos. El TJCE consideró aplicable el principio *ne bis in ídem* “a un proceso penal abierto en un Estado contratante por hechos por los que el acusado ya fue juzgado en sentencia firme en otro Estado contratante, aun cuando en virtud del Derecho del Estado donde fue condenado no haya podido ejecutarse directamente la pena que le fue impuesta debido a particularidades procesales como las que son objeto del procedimiento principal”.

4.4. Delimitación del elemento *ídem*

La determinación del concepto *ídem*, es decir saber qué se entiende por “los mismos hechos” en la regulación del CAAS tampoco es tan clara y ha requerido precisiones del TJUE.

El elemento *ídem* se refiere una identidad fáctica y no de calificación o tipificación jurídica. Eso es lo que afirma el TJUE en su sentencia de 9 de marzo de 2006, caso Van Esbroek C-436/04 donde establece que el criterio pertinente a efectos de aplicación del *ne bis in ídem* del art. 54 del CAAS está constituido por “identidad de los hechos materiales, entendida como existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido”. Manifiesta el Tribunal que “la divergencia de calificaciones jurídicas de los mismos hechos en diferentes Estados no es obstáculo para la aplicación del art. 54, así como que por los mismos motivos tampoco puede utilizarse el criterio de identidad del interés jurídico protegido, pues este puede variar de un Estado a otro”.

Esta idea de vinculación por los hechos sin que sea valorable a estos efectos la diferencia entre calificaciones jurídicas o incluso la diferencia entre intereses jurídicos protegidos la reitera el TJCE en varias sentencias posteriores.

En el asunto “Caso Kretzinger C 288/05” el Tribunal insiste en que el criterio relevante es la identidad de los hechos materiales y afirma que “Hechos consistentes en recibir tabaco extranjero de contrabando en un Estado contratante y en importar y poseer ese mismo tabaco en otro Estado contratante, caracterizados por la circunstancia de que el acusado, inculpado en dos

Estados contratantes, tenía desde el principio la intención de transportar el tabaco, tras tomar posesión del mismo por primera vez, a un destino final atravesando varios Estados contratantes, constituyen comportamientos que pueden estar incluidos en el concepto de «los mismos hechos» a efectos del citado artículo 54. La apreciación definitiva a este respecto corresponde a los órganos nacionales competentes”.

Esclarecedora resulta a estos efectos la Sentencia del Caso *Krraaijenbrink* C367/05 que concreta qué no todos los hechos relacionados configuran este elemento “ídem” y que a estos efectos son hechos diferentes “por un lado, poseer en un Estado contratante cantidades de dinero procedentes del tráfico de estupefacientes y, por otro lado, deshacerse, a través de las oficinas de cambio de moneda situadas en otro Estado contratante, de cantidades de dinero procedentes también de tal tráfico– no deben considerarse «los mismos hechos», a efectos del artículo 54 del CAAS, por el mero hecho de que el órgano judicial nacional competente compruebe que los hechos en cuestión están relacionados entre sí por una misma intención criminal”.

5. Conflictos de jurisdicción en relación con los Tribunales Internacionales

Cuando entran en juego las competencias de Tribunales Internacionales, creados para conocer delitos especiales que, por su gravedad, se han considerado merecedores de ser juzgados por Tribunales Internacionales, ya sean Tribunales “ad hoc” como el Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, el Tribunal Internacional para Ruanda, el Tribunal Especial para Sierra Leona, o la Corte Penal Internacional, la solución a los conflictos tiene que ser contemplado específicamente, ante la facilidad y obvia concurrencia de competencias entre Tribunales nacionales y estos Tribunales Internacionales.

La interrelación entre estos Tribunales con competencias concurrentes no se resuelve, como pudiera parecer, con la idea de primacía del Tribunal Internacionales si no que se tienen en cuenta también las resoluciones del Tribunal nacional en el mismo caso si hubieran sido anteriores y en determinadas condiciones.

La disposición del art. 10 del Estatuto del TI para la Ex Yugoslavia contempla- y de forma casi idéntica lo hacen los Estatutos de los otros Tribunales ad hoc- la siguiente regulación: 1. Nadie puede ser convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constituyentes de violaciones del derecho

internacional humanitario en el sentido entendido en el presente Estatuto si ya ha sido juzgado por esos mismos hechos por el Tribunal Internacional. 2. Quienquiera que haya sido convocado ante una jurisdicción nacional por hechos constitutivos de graves violaciones del derecho internacional humanitario no puede ser subsecuentemente llevado ante el Tribunal Internacional excepto si: a) El hecho por el cual ha sido juzgado estaba calificado como crimen de derecho común; b) La jurisdicción nacional no ha resuelto de forma imparcial o independiente; la finalidad de los procedimientos llevados a cabo ante ella era sustraer al acusado de su responsabilidad penal internacional o las diligencias no fueron llevadas a cabo correctamente. 3. Para decidir la pena a imponer a una persona condenada por un crimen contemplado en el presente Estatuto, el Tribunal Internacional debe tener en cuenta la pena que dicha persona haya podido cumplir ya por el mismo hecho y que le haya sido impuesta por una jurisdicción nacional.”

Es evidente que la aplicación del principio de *ne bis in ídem* toma en consideración el orden de prioridad, pero sólo cuando la condena del primer caso sea acordada en un procedimiento real y además sea adecuada con la gravedad de los hechos.

Se trata de evitar los conocidos como “*Sham proceedings*”, es decir, aquellos llevados a cabo con la única intención de favorecer la impunidad. En estos casos la primera condena carece de valor cuando se comprueba que el proceso se ha llevado a cabo con la única intención de que la sanción funcione como excusa de cosa juzgada ante un ulterior proceso.

En la Corte Penal Internacional –en adelante CPI– la concurrencia de competencias y el principio *ne bis in ídem* se resuelven de forma diferente. La CPI fue creada mediante el Estatuto de Roma en Julio de 1998 y entró en vigor el 1 de Julio de 2002. La regulación de sus competencias se hace bajo el principio de complementariedad que se enuncia ya en su artículo 1 y no de primacía, como se hizo en los Tribunales *ad hoc*, de forma que la Corte interviendrá sólo cuando un Estado con jurisdicción sobre el asunto no pueda o no quiera intervenir.

El Estatuto de la CPI contiene la regulación del *ne bis in ídem* en su artículo 20: “1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa nadie será procesado por la Corte en virtud de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya haya sido condenado o absuelto por la Corte. 2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en

el art 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto. 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 y 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; b) No hubiere sido instruido de forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

Vuelve a aparecer la garantía que permite admitir como inválidos a los efectos de cosa juzgada los conocidos como “*Sham proceedings*”.

El Estatuto de la CPI no recoge la previsión de deducción de la pena previamente impuesta por un Tribunal Nacional, obviamente porque su competencia es complementaria y no preferente, pero la ausencia de esta regla si puede provocar problemas ante supuestos de penas menores impuestas en *Sham proceedings* o por delitos menores relacionados con el principal.

Hay múltiples cuestiones abiertas sobre los conflictos de competencia de la CPI y los Tribunales nacionales, por ejemplo la preferencia de la competencia de los Tribunales de un tercer Estado actuando dentro de las atribuciones de su jurisdicción para conocer de la Justicia universal, las cuestiones del valor de determinadas gracias como amnistías o indultos tomados en el Estado afectado y que deben interpretarse como falta de voluntad para conocer los hechos, por lo que no deben impedir la apertura de la jurisdicción de la Corte.

Igualmente es problemática ante la CPI la interpretación del elemento “*idem*” sobre si alcanza la realidad fáctica de los mismos hechos conectados entre si o si debe entenderse como identidad de crimen y por tanto solo se integra con la igualdad en la calificación. Especialmente sensible ante la diferencia de reproche y castigo entre la calificación de delitos comunes o delitos de lesa humanidad.

Muchas de las cuestiones no han sido aún resueltas y siguen en discusión en la doctrina y algunas se empiezan a plantear ante el CPI que en la práctica ha comenzado a actuar estos últimos años. Los problemas quedan apuntados y en debate hasta que puedan ser resueltos por el CPI en un futuro próximo.

6. El Tratado de Lisboa. Soluciones futuras: La Fiscalía Europea

El art. 82 del Tratado de funcionamiento de la UE resultante del Tratado de Lisboa sigue considerando que el principio de reconocimiento mutuo mantiene su condición de piedra angular en la cooperación penal e insiste en la idea de buscar una solución para los conflictos de jurisdicción.

“1. La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83. El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a: a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; ...”.

Pero esta idea no es más que una continuación de lo actual, con la única esperanza de facilitación del acuerdo que da la desaparición de la unanimidad, pero la auténtica esperanza es o bien que se reconozca una competencia de decisión obligatoria para Eurojust o en muchos casos – aquellos que recaigan dentro de su competencia- será la Fiscalía europea la que determine la jurisdicción competente. Precisamente porque el Tratado de Lisboa no crea una jurisdicción europea y la Fiscalía tiene que ejercitar la acción penal ante los órganos jurisdiccionales de los Estados, y porque la Fiscalía europea¹⁴ debe superar la dispersión de las investigaciones acudiendo en cada momento a una sola jurisdicción nacional, aquella que se encuentre en mejores condiciones para conocer el asunto, es por lo que el tema de la elección de la jurisdicción por el Fiscal Europeo se convierte en un tema central en la discusión de esta figura.

Es evidente que en este momento con una Europa con distintos sistemas judiciales, sin total armonización en la definición de las infracciones, ni en las sanciones ni en los procedimientos penales, la decisión de que sea un

14 El número 2 de 86 del Tratado de Funcionamiento de la UE dice: La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1 y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura del juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

Estado y no otro el que se encargue de conocer un determinado asunto no es irrelevante ni inocua. La decisión en este punto puede afectar a derechos fundamentales de imputados y víctimas y ello constituye uno de los puntos esenciales de discusión cuando se habla de la Fiscalía Europea.

Se plantea imprescindible la necesidad de elaboración de una serie de criterios de determinación obligatorios o al menos indicativos que permitan la justificación de la elección de la Fiscalía Europea por una jurisdicción y evitan el “forum shopping”.

Los Reglamentos que determinen los procedimientos de actuación de la Fiscalía deben prever también un sistema de recursos que permita reaccionar a los afectados-legitimados frente a estas decisiones. Se atribuya la competencia para conocer de esta decisión a jurisdicciones estatales o supranacionales, lo cierto es que la predeterminación de estas orientaciones permitirá establecer un control más adecuado sobre la opción realizada.

El tema será resuelto en el futuro pero conviene dejar apuntada las soluciones que ya están siendo objeto de debate en la actualidad.

Bibliografía

- COLOMER HERNÁNDEZ, I.: *Conflictos de jurisdicción, ne bis in ídem y litispendencia internacional en la Unión Europea*, en “El principio de ne bis in ídem en el Derecho penal europeo internacional”. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- DE LA CUESTA, JOSÉ LUIS ET ALBIN ESER. «Competencias criminales nacionales e internacionales concurrentes y el principio ‘ne bis in ídem’ », *Revista Internacional de derecho penal*. 3/2001 (Vol. 72), pp. 765-777.
- DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER “Sobre el axioma ne bis in ídem” en “El principio de ne bis in ídem en el Derecho penal europeo internacional”. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha (2007).
- DÍAZ PITA, M^a.M.: *Informe sobre el principio non bis in ídem y la concurrencia de jurisdicciones entre los Tribunales Penales Españoles y los Tribunales Penales Internacionales*. *Revista internacional de derecho penal*. (Vol. 73), p. 873 a 899.
- CAMARERO GONZÁLEZ, G.: Conflictos de jurisdicción y ne bis in ídem internacional. ¿desconfianza mutua entre estados?. *Revista del Poder Judicial* n^o 86 p 117 a 161 (2007).
- CONWAY, G.: *Ne bis in ídem in international law*. *International criminal review*= Vol 3. p. 217 244, (2003).
- MORÁN MARTÍNEZ, R.A. Y GUAJARDO PÉREZ, I.. coordinadoras.: *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in ídem en el ámbito europeo*. CEJ Ministerio de Justicia. BOE (2007).
- NIETO MARTÍN, A.. “El principio de ne bis in ídem en el Derecho penal europeo e internacional”, en “El principio de ne bis in ídem en el Derecho penal europeo internacional”. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, (2007).
- PISANI, M., *Ne bis in ídem y cooperación judicial europea, en El principio de ne bis in ídem en el Derecho penal europeo internacional*”. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, (2007).
- RAFARACI, T.: *Ne bis in ídem y conflictos de jurisdicción en materia penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*. En “Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal”. Directora. Coral Arangüena Fanego. Lex Nova. (2010).
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: “La justicia universal y el principio de ne bis in ídem”, en “El principio de ne bis in ídem en el Derecho penal europeo internacional”. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha. (2007).
- SARMIENTO, D.: *El principio ne bis in ídem en la jurisprudencia del TJCE*, en “El principio de ne bis in ídem en el Derecho penal europeo internacional”. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha. (2007).

- SATZGER, H. Y KAYSER, J.: Ne bis in ídem en el Derecho penal internacional: muchas preguntas a segunda vista, en “El principio de ne bis in ídem en el Derecho penal europeo internacional”. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha. (2007).
- VERVAELE, JHON A.E.: *El principio ne bis in ídem en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo*. Revista General de Derecho Europeo. (2004).
- VERVAELE, JHON A.E.: *Derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia: El ne bis in ídem praetoriano del Tribunal de Justicia, en “El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales. Coordinadora: Montserrat de Hoyos Sancho. Lex Nova (2008).*

Apéndice I. Referencias al Derecho Español

1. Recomendaciones de Eurojust a las autoridades judiciales española para solucionar conflictos de jurisdicción¹⁵

La regulación española de la forma en que Eurojust se dirige a las autoridades españolas y la respuesta de éstas se encuentra en la Ley 16/ 96 de 26 de mayo, por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea¹⁶.

El legislador ha intentado responder con esta regulación a las obligaciones derivadas de la Decisión del Consejo de 28 de Febrero de 2002 por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia . La ley diseña un sistema de autoridades competentes para recibir y enviar solicitudes de Eurojust basado, en principio, en las relaciones directas entre autoridades competentes para el conocimiento de un determinado asunto a la vez que hace recaer en la Fiscalía, y en especial en el Fiscal General del Estado, el peso de la gran parte de decisiones sobre cuestiones o asuntos sobre los que no existen previas diligencias en España.

Esta forma de organización de las competencias hace que la mayoría de las recomendaciones enviadas, bien por el Colegio, bien por el miembro nacional de Eurojust, y dirigidas a las autoridades españolas para resolver conflictos de jurisdicción positivos o negativos vayan dirigidas al Fiscal General en quien se residencia el poder decisorio en muchos de estos supuestos. También desde el punto de vista activo a la Fiscalía le corresponde un papel esencial en las comunicaciones y relaciones con Eurojust.

Vamos a examinar la forma de comunicación de Eurojust con las autoridades nacionales en su intervención para la resolución de los conflictos de jurisdicción y lo haremos desde una doble perspectiva. Por un lado, veremos la posición pasiva de las autoridades españolas como receptoras de las solicitud de Eurojust y por otro la posición activa, cuando son las autoridades españolas quienes, ante un posible conflicto de jurisdicción, solicitan la intervención de Eurojust.

15 El texto de varias recomendaciones y de las resoluciones del Fiscal General del Estado puede ser consultado en: Moran Martínez, Rosa Ana y Guajardo Pérez, Isabel, coordinadoras.: *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in ídem en el ámbito europeo*. CEJ Ministerio de Justicia. BOE (2007) disponible en PPF en la web del CEJ y www.fiscal.es. http://www.cej.justicia.es/pdf/Conflictos_de_jurisdiccion.pdf

16 BOE 27 5 2006. Esta norma debe ser modificada para adaptarla a las nuevas disposiciones y obligaciones derivadas de la Decisión de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust.

A) Recomendaciones de Eurojust a las autoridades españolas

El artículo 14 de la Ley 16/2006 establece con carácter general la relación directa de Eurojust con las autoridades competentes. Posteriormente atribuye determinadas funciones al Fiscal General del Estado:

“Artículo 14. Actuaciones a instancia de Eurojust.

1. Con carácter general, Eurojust se comunicará directamente con el órgano judicial o la fiscalía que conoce del asunto. 2. El Fiscal General del Estado será competente para recibir las solicitudes de Eurojust, cuando se refieran a: a) La iniciación de una investigación o una actuación penal sobre hechos concretos. b) El reconocimiento de que las autoridades de un Estado miembro están en mejor condición para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos. Recibida una solicitud, el Fiscal General del Estado resolverá sobre su procedencia e impartirá, en su caso, las instrucciones oportunas para que por el Ministerio Fiscal se insten las actuaciones que sean pertinentes.”

La regulación de la organización interna de la Fiscalía para la tramitación estas recomendaciones se encuentra en la Instrucción 2/2007 de 26 de Marzo sobre la organización de la sección de cooperación internacional de la Secretaria Técnica y el ejercicio de las funciones que atribuye al Ministerio Público la ley 16/2006 de 26 de Mayo por la que se regula el estatuto del Miembro nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea.

B) Recomendaciones para solucionar conflictos negativos

Conforme al diseño de la Ley, el Fiscal General es el receptor de aquellas recomendaciones de Eurojust que, solicitando la apertura de una investigación en España sobre determinados hechos, puede venir a resolver un conflicto de jurisdicción negativo de jurisdicción.

Al Fiscal General le corresponde responder a la recomendación y decidir si procede o no iniciar la investigación sobre los hechos concretos que le han sido comunicados. Tras la comunicación de Eurojust, si el Fiscal General lo considera oportuno decidirá la incoación de unas diligencias de investigación o, en su caso, la comunicación al órgano judicial competente para la incoación de las correspondientes diligencias previas.

Como dice la Instrucción de la Fiscalía antes mencionada “El legislador español ha querido que sea el órgano encargado del ejercicio de la acción pública y precisamente su superior jerárquico el que decid sobre aquellas solicitudes de Eurojust que tengan por objeto que en España se ponga en marcha una investigación o actuación penal sobre los hechos concretos que se comunican en la solicitud. El Fiscal General puede decidir ordenar la incoación de diligencias de investigación del artículo 5 del EOMF en la Fiscalía o Fiscalías competentes, la remisión al Juzgado competente para

la incoación de las correspondientes diligencias previas o bien denegar la solicitud en cuyo caso y cuando la petición provenga del Colegio de Eurojust la comunicación de la decisión de no incoación de diligencias se realizará, conforme a lo dispuesto en el art. 14. 4 de la Ley, motivadamente de acuerdo a lo dispuesto también en el art. 8 de la Decisión mencionada...”.

Cuando se trate, no solo de comunicar unos hechos para que se incoen en España unas actuaciones si no que lo que se hace es remitir un procedimiento iniciado en otro Estado, la ley 16/2006 tiene una regulación específica en el art. 16:

“Artículo 16. Remisión a España de las actuaciones penales iniciadas en otro Estado miembro de la Unión Europea.

1. A solicitud del Colegio Eurojust o del miembro nacional de Eurojust, el Ministerio Fiscal podrá instar de los jueces centrales de instrucción y los jueces de instrucción que inicien un procedimiento judicial o amplíen a otros hechos el procedimiento ya abierto en España, como consecuencia de la declaración efectuada por una autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea por la que se acuerde la remisión a España del procedimiento. 2. La ampliación prevista en el apartado anterior sólo será posible mientras el estado del procedimiento judicial lo permita. 3. Sólo se podrá acceder a lo solicitado cuando la jurisdicción española resultase competente para conocer de los hechos a los que se refiere el procedimiento judicial que se traslada y el delito presuntamente cometido no hubiera prescrito de conformidad con el derecho español. 4. Aceptada la iniciación o ampliación del procedimiento, se considerarán válidos en España los actos de instrucción realizados por el Estado que remite el procedimiento, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. En caso de delito que no fuese perseguible en España sino a instancia de parte, se considerará válida la instrucción comenzada en el Estado de remisión sin este requisito si la persona que tiene derecho a formular la acción penal expresamente acepta la investigación realizada, al tiempo que interpone la correspondiente querrela”.

Se trata, como dice la Instrucción 2/2007 de la Fiscalía, “de una regulación dirigida a casos muy concretos, aquellos en los que la autoridad competente de otro Estado haya decidido remitir a España, a través de Eurojust, un procedimiento ya abierto en dicho Estado. En estos específicos casos del artículo 16 de la Ley, conviene recordar que, pese a que se trata de supuestos en los que puede proceder la iniciación de una investigación o una actuación penal sobre hechos concretos (tal y como se refleja en el artículo 14.2), la especialidad del artículo 16 hace que decaiga la excepcional competencia exclusiva del Fiscal General del Estado contemplada en el artículo 14.2 y que, por el contrario, se vuelva a la regla general del artículo 14.1 en el que la competencia es, por lo que al Ministerio Público se refiere, de la concreta Fiscalía que corresponda conforme a su ámbito de competencia”.

C) Recomendaciones para solucionar conflictos positivos

También el Fiscal General es el competente para recibir las recomendaciones del miembro nacional o del Colegio de Eurojust previstas en los arts. 6 a) ii y 7 a) ii de la misma Decisión, sobre reconocimiento de que las autoridades de un Estado miembro están en mejor condición para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos.

En estos casos, el Fiscal General, debe valorar todas las circunstancias concurrentes, legislación y convenios internacionales aplicables para decidir si España está o no en mejor situación para conocer de los hechos. Conforme a su decisión impartirá las oportunas instrucciones a los Fiscales para que procedan a realizar las actuaciones que correspondan o a solicitar a los órganos competentes la adopción de las resoluciones oportunas.

La resolución de estas cuestiones plantea más complejidad de lo que en principio pudiera parecer. Frecuentemente son necesarias actuaciones de coordinación entre distintas autoridades nacionales e internacionales para poder resolver de forma coherente el conjunto de cuestiones que se derivan de la decisión de aceptar o rechazar la recomendación.

La resolución del problema no finaliza simplemente con la decisión de solicitar la transmisión de un procedimiento por la vía del Convenio de 1972 o con la formulación de una denuncia conforme a lo dispuesto en el art. 21 del Convenio de 1959, si no que deben coordinarse temporalmente una serie de actuaciones a realizar por los órganos competentes nacionales y extranjeros que garanticen la efectividad de la decisión.

Por ejemplo, en caso de que se decida el traslado de un procedimiento deben garantizarse debidamente el mantenimiento o seguimiento de medidas cautelares tanto personales como reales adoptadas. En caso de que se decida no continuar un procedimiento en España porque otro país está en mejores condiciones para conocer los hechos, será imprescindible asegurar que si existen personas en España privadas de libertad provisionalmente por los hechos se emitan las correspondientes órdenes europeas de detención y entrega. A la vez debe tratarse de coordinar todas las actuaciones para que efectivamente las entregas sean precedentemente autorizadas por los órganos competentes de la Audiencia Nacional.

Igual coordinación y seguimiento preciso de los distintos pasos del procedimiento debe darse cuando es España la que asume un procedimiento por considerarse que está en mejores condiciones para conocer de los hechos.

En caso de rechazo de la solicitud realizada por Eurojust, el art. 14.4 de la Ley 16/2006 obliga a las autoridades competentes a resolver motivadamente su decisión comunicando así sus razones a Eurojust.

“Si las autoridades competentes resolvieran rechazar una solicitud formulada por Eurojust, deberán motivar su decisión. Cuando la indicación de los motivos de denegación perjudicara intereses nacionales esenciales en materia de seguridad o comprometiese el correcto desarrollo de investigaciones en curso o la seguridad de las personas, bastará con invocar la concurrencia de tales circunstancias”.

D) Comunicaciones de las autoridades españolas a Eurojust

Cuando la concurrencia de procedimientos o los posibles conflictos son percibidos por las autoridades españolas, pueden éstas comunicar los hechos a Eurojust solicitando su intervención cuando se considere necesario.

El artículo 15 a la Ley 16/2006 contiene una regulación de cómo las autoridades españolas deben solicitar la intervención de Eurojust. La previsión es genérica y no se contiene ninguna norma específica para la comunicación de la existencia de un conflicto de jurisdicción, pero obviamente la norma es aplicable también a estos supuestos.

Art. 15. Solicitudes de intervención de Eurojust.

“1. Podrán solicitar la intervención de Eurojust los órganos judiciales, los miembros del Ministerio Fiscal y el Ministerio de Justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias. Lo dispuesto en este apartado es también aplicable a los casos en los que las investigaciones o actuaciones afecten a un tercer Estado con el que Eurojust haya celebrado un acuerdo de cooperación, así como a las que afecten a los intereses de la Comunidad Europea. 2. La Fiscalía General del Estado informará a Eurojust sobre la existencia de toda investigación o actuación judicial, comprendida en el ámbito de competencia de éste que tenga repercusiones a escala de la Unión Europea o pueda afectar a otro Estado miembro de la Unión Europea. No obstante lo anterior, dicha comunicación podrá demorarse por el tiempo indispensable para no comprometer el resultado de las actuaciones. 3. (...) 4. Las solicitudes e informaciones a las que aluden los apartados anteriores serán transmitidas a través del miembro nacional de Eurojust. 5. (...)”.

Nuevamente se crea una obligación genérica para todos los órganos competentes. Y una vez más se recalca especialmente en los Fiscales, a quienes la ley atribuye la obligación directa de comunicar a Eurojust la existencia de procedimientos con repercusión en la Unión Europea.

Tras estas comunicaciones deberán comenzar en Eurojust las actuaciones de coordinación dirigidas a evitar la existencia de investigaciones paralelas en distintos países y a prevenir la concurrencia de procedimientos que pueda derivar en conflictos.

La Instrucción 2/2007 de la FGE concreta el activo papel que corresponde a los Fiscales en relación con las comunicaciones a Eurojust.

Recuerda la instrucción que “Eurojust es una estructura europea con funciones de fortalecimiento y mejora de la cooperación judicial internacional que sólo puede desarrollar su actividad si las autoridades judiciales competentes en cada Estado les transmiten la información relevante y solicitan su intervención en caso de necesidad y utilidad y destaca la nueva responsabilidad que atañe esencialmente al Ministerio Público, en aras a garantizar la consecución de la eficacia en la persecución de la delincuencia organizada transnacional y concretar un nuevo funcionamiento del espacio judicial europeo.”

2. Regulación sobre traslado de procedimientos y denuncias procesales en España

El derecho español interno no contiene regulación alguna sobre el traslado de procedimientos, (salvo la previsión a la que se ha hecho referencia en el art. 16 de la Ley 16/2006) ni sobre la realización de denuncias oficiales a otro país por hechos ocurridos en el extranjero.

A pesar de la ausencia de regulación procesal, la LOPJ en su artículo 65. 3 establece la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para conocer de las cesiones de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de Tratados Internacionales en los que España sea parte.

Pese a la escasa regulación conviene destacar que los Tribunales están aplicando frecuentemente cuando tanto el Convenio de transmisión de procedimientos de 1972 como la denuncia del art. 21 del Convenio de 1959.

Hasta ahora, y habida cuenta de la interpretación general de que la denuncia oficial no encierra una verdadera cesión de jurisdicción, cuando es necesario formular una denuncia por la vía del Convenio de 1959 se realiza directamente por el órgano que conoce del hecho. La autoridad judicial territorialmente competente presenta la denuncia oficial ante las autoridades extranjeras competentes poniendo en su conocimiento los hechos y los datos a su disposición. Posteriormente el Fiscal o el órgano judicial competente acuerdan, cuando procede, el archivo provisional de las diligencias ante la imposibilidad de continuar las investigaciones (por ejemplo por la imposibilidad de haber al delincuente que no puede ser entregado al ser investigado en otro estado, o la excesiva dificultad de obtener pruebas).

Sin embargo, si se considera que el traslado de un procedimiento en aplicación del Convenio de 1972 encierra verdadera cesión de jurisdicción. La resolución en este caso debería corresponder a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conforme a lo dispuesto en el mencionado art. 65.3.

3. El *ne bis in ídem* en relación con resoluciones extranjeras en el derecho español.

La Constitución Española no recoge expresamente la prohibición de *ne bis in ídem* si bien está claramente reconocido conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que su contenido se encuentra dentro del derecho fundamental consagrado en el art. 25 de la CE. (SSTC 2/81, 77/83, 159/85, 66/86, 94/86, 21/87, etc.).

Por otro lado, desde el punto de vista internacional, en atención a lo previsto en el art. 96 de la Constitución, los Tratados internacionales suscritos por España se integran en el ordenamiento jurídico interno. Por eso tanto el art. 14.7 PIDCP, como el art. 4 Protocolo 7 del CEDH y por supuesto el art. 50 de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea, son derecho plenamente aplicable en España.

En aplicación de estas normas el principio *non bis in ídem*, en cuanto a la prohibición de doble enjuiciamiento, despliega sus efectos cuando hay cosa juzgada material, es decir, cuando la sentencia, condenatoria o absolutoria, sea firme, *y ello* independientemente del Estado donde se haya dictado dicha sentencia. Por supuesto que deben darse los requisitos básicos establecidos en nuestro derecho para que el *ne bis in ídem* despliegue sus efectos es decir: identidad de hechos y de personas.

En este sentido y desde hace años el Tribunal Supremo viene reconociendo el valor de cosa juzgada y la consiguiente interdicción del doble enjuiciamiento en relación con las sentencias extranjeras. Por ejemplo el Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2000 declara que: “La excepción de cosa juzgada [...] habrá de estimarse cuando concurren los requisitos precisos [...] con independencia de que la sentencia primeramente dictada lo haya sido por un Juez o Tribunal extranjero, que, como es lógico, lo habrá hecho de conformidad con el correspondiente ordenamiento jurídico.

Conviene también destacar que este valor de cosa juzgada que conlleva la prohibición de doble enjuiciamiento se reconoce tanto a las sentencias extranjeras condenatorias o absolutorias. También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido en el auto 365/1997, de 10 de noviembre, en el que afirma “Y si este principio rige cuando los procesos plurales se producen en nuestro estado, no hay razón alguna para que no se extienda a los casos en que, habiendo existido un primer proceso concluido en España mediante resolución firme, y habiéndose formulado una solicitud de extradición por los mismos hechos, no resulte procedente concederla al estado que solicita la entrega del sujeto”.

4. Regulación española del *ne bis in ídem* en relación con Tribunales internacionales

La LO 15/94 de 1 de Junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia en su artículo 5 dispone que “*Las personas juzgadas en España por un delito ordinario pueden serlo también por el Tribunal Internacional, si la calificación dada por éste a los mismos hechos se fundare en las tipificaciones en el Estatuto del Tribunal Internacional.*

Por su lado, la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional contiene también una regulación dirigida a evitar los conflictos y sobre la base del principio de complementariedad:

Artículo 7. De la solicitud para iniciar una investigación por el Fiscal de la Corte.

“1. (...)

2. Cuando se presentare una denuncia o querrela ante un órgano judicial o del Ministerio Fiscal o una solicitud en un departamento ministerial, en relación con he-

chos sucedidos en otros Estados, cuyos presuntos autores no sean nacionales españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, dichos órganos se abstendrán de todo procedimiento, limitándose a informar al denunciante, querellante o solicitante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte, que podrá, en su caso, iniciar una investigación, sin perjuicio de adoptar, si fuera necesario, las primeras diligencias urgentes para las que pudieran tener competencia. En iguales circunstancias, los órganos judiciales y el Ministerio Fiscal se abstendrán de proceder de oficio.

3. No obstante, si el Fiscal de la Corte no acordara la apertura de la investigación o la Corte acordara la inadmisibilidad del asunto, la denuncia, querrela o solicitud podrá ser presentada nuevamente ante los órganos correspondientes”.

Art. 8 Del requerimiento de inhibición al Fiscal de la Corte.

“1. Recibida en el Ministerio de Justicia notificación del Fiscal de la Corte de inicio de una investigación conforme al artículo 18.1 del Estatuto, de tratarse de hechos cuyo conocimiento podría corresponder a la jurisdicción española por haber acaecido en territorio español u ostentar sus presuntos responsables la nacionalidad española, dicho departamento ministerial solicitará del Fiscal General del Estado información urgente sobre la existencia de actuaciones penales que se sigan o se hayan seguido en relación con los hechos objeto de la investigación, así como sobre si tienen competencia los tribunales españoles.

2. Cuando de la información suministrada por el Fiscal General del Estado apareciera que se ha ejercido jurisdicción en España, se está ejerciendo o, como consecuencia de la notificación recibida, se ha iniciado una investigación por las autoridades españolas, los Ministros de Justicia y de Asuntos Exteriores, en plazo que no podrá rebasar los veinte días desde la recepción de la notificación del Fiscal de la Corte, elevarán propuesta conjunta al Consejo de Ministros para que resuelva sobre sostener la competencia de las autoridades españolas y, en su caso, pedir la inhibición al Fiscal de la Corte conforme al artículo 18.2 del Estatuto.

3. Una vez aprobado el Acuerdo del Consejo de Ministros del apartado anterior, corresponderá al Ministerio de Justicia formular la petición de inhibición y realizar las restantes actuaciones previstas en el Estatuto para dar cumplimiento a dicho Acuerdo.

4. El Ministerio de Justicia responderá con carácter urgente a cualquier petición de información del Fiscal de la Corte referida al estado de los procedimientos penales que se siguieren en España y que hubieren sido objeto de petición de inhibición, recabando dicha información del Fiscal General del Estado o directamente del órgano judicial que estuviere conociendo del asunto. La información se transmitirá con los límites de utilización que estableciere el órgano judicial que autorizare la información.

5. Cuando de la información suministrada por el Fiscal General del Estado de

conformidad con el apartado 1 resulte que no se ha ejercido jurisdicción, ni se está ejerciendo, ni se ha iniciado investigación en España, el Ministerio de Justicia lo comunicará urgentemente al Fiscal de la Corte”.

Artículo 9. De la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa.

“1. Corresponde exclusivamente al Gobierno, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministro de Justicia y del Ministro de Asuntos Exteriores, acordar la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa, de conformidad con lo previsto en los artículos 17 y 19 del Estatuto, cuando los tribunales españoles hayan conocido del asunto y haya recaído sentencia, o se haya decretado el sobreseimiento libre de la causa o estén conociendo del asunto. Dicho acuerdo habilitará, en su caso, al Ministerio de Justicia para llevar a cabo la impugnación.

2. Tal impugnación se formalizará a la mayor brevedad posible, antes del inicio del juicio en la Corte y, excepcionalmente, en el momento de su iniciación o en un momento posterior, fundándose en este último caso en el solo motivo de haberse producido ya cosa juzgada en España”.

5. Conflictos negativos

El problema de los conflictos negativos y su forma de resolución, a través de recomendaciones de Eurojust, cuando éste solicita a un Estado que inicie investigaciones sobre unos determinados hechos puede tener distintos resultados y produce especiales efectos en países vinculados al principio de legalidad. Para las autoridades judiciales obligadas a respetar el principio de legalidad resulta difícil no emprender investigación sobre hechos sobre los que su país tiene jurisdicción y no están siendo investigados en otro país.

Las diferencias en los criterios de atribución de jurisdicción son relevantes y puede conllevar desequilibrio y sobrecarga de los algunos sistemas judiciales frente a otros. Hay que recordar que algunos países de la Unión Europea utilizan unos criterios muy limitados de atribución de jurisdicción. Por otro lado, otros, conforme al principio de oportunidad, consideran la innecesariedad de determinadas investigaciones pero a la vez, remiten las informaciones a otros países con criterios de atribución de la jurisdicción más amplios.

El ejemplo citado del caso *Asley and Jenkins* es uno de estos supuestos.

Como se ha explicado, en este caso la investigación podió haber sido iniciada en el Reino Unido o en España. Las referencias territoriales están en los dos países: Concretamente, para llevar a cabo el engaño, los sospechosos de nacionalidad británica actuaban desde Sevilla realizando las llamadas y ofertas engañosas desde esta ciudad

a distintas ciudades del Reino Unido. Aunque todas las víctimas eran británicas y el desplazamiento patrimonial se produjo en ese último país, las autoridades inglesas alegaron falta de competencia – conviene recordar que el Reino Unido mantiene unos criterios de atribución de jurisdicción muy limitados y casi siempre vinculados a la territorialidad que suelen interpretar también de forma muy restrictiva-. Eurojust, considerando que España se encontraba en mejor situación para conocer de estos hechos solicitó al Fiscal General del Estado conforme al artículo 7 de la Decisión de Eurojust que iniciara unas investigaciones por este delito.

El Fiscal General español admitió la recomendación condicionada a la prestación de auxilio en la investigación por las autoridades del Reino Unido, teniendo en cuenta que todas las víctimas debían ser interrogadas, informadas de sus derechos, etc., y todas ellas viven fuera de España, y concretamente en el Reino Unido. El compromiso de colaboración permite que el caso se desarrolle pese a las dificultades de una investigación prácticamente extraterritorial.

Estos casos, demuestran que sería deseable cierta armonización europea de los criterios de atribución de jurisdicción o la posibilidad de aplicación de una disposición como la prevista en el art. 2 del Convenio de transmisión de procedimientos de 1972 que permite a los Estados adquirir jurisdicción sólo por el hecho de que se le remita el procedimiento y contando con su aceptación.

6. Procedimiento para la transmisión de procedimientos.

El Convenio de Transmisión de Procedimientos de 1972 del Consejo de Europa contiene una regulación extremadamente minuciosa de la forma concreta en que se lleva a cabo la transmisión de procedimientos. Sin perjuicio del examen general en la parte básica parece interesante, al menos para los países miembros de este Convenio analizar más detalladamente su procedimiento.

- Forma de transmisión de las solicitudes: El artículo 13 del Convenio prevé que las solicitudes de un Estado a otro para la instrucción de un procedimiento se realicen por escrito y se transmitan a través de los Ministerios de Justicia, salvo la existencia de acuerdos que determinen otra autoridad. También se permite el traslado a través de INTERPOL. (Cuando los Estados implicados son miembros de la Unión Europea esta previsión queda absolutamente obsoleta. En mi opinión la comunicación directa entre autoridades competentes podría hacerse y el incumplimiento de esa concreta vía de transmisión no tendría ningún efecto negativo sobre la validez del proceso, en tanto no afecta a ningún derecho fundamental obviar este tipo de formalidades y aplicar los principios de comunicación directa que derivan del Convenio de Schengen y del Convenio del año 2000).

- Documentos que acompañan a la petición. La solicitud debe ir acompañada del

original o de una copia certificada del procedimiento y los documentos relevantes, aunque se advierte la posibilidad de una remisión posterior en caso de necesidad. Por otro lado se establece también la necesidad de remitir información (acompañada de los documentos que lo justifiquen) de todas las medidas adoptadas. Es evidente que toda información sobre medidas cautelares adoptadas y que deben ser mantenidas en el estado receptor es especialmente relevante para garantizar el seguimiento de la causa.

Los documentos están exentos de cualquier formalidad de legalización.

- Traducción: En principio los documentos, y el propio procedimiento no debe ser remitidos traducidos salvo declaración del Estado en contrario a la firma del Convenio.

Sin embargo, la mayoría de los Estados se ha reservado la posibilidad de solicitar la remisión de la traducción y además puede aplicarse la regla de la reciprocidad. De forma que con las declaraciones realizadas, la norma es la traducción lo que se convierte en un inconveniente muy importante. El elevado coste de la traducción de los documentos puede llevar a un Estado a decidir que no remite el procedimiento. Por eso, en la práctica, se han encontrado soluciones particulares en cada caso entre los estados implicados. Así, en ocasiones se ha acordado la traducción parcial, aceptando el receptor la traducción exclusivamente de los documentos más relevantes o incluso, cuando el Estado receptor es el verdadero interesado en la transmisión del procedimiento, se ha llegado a renunciar a solicitar la traducción pese a la declaración realizada en el Convenio.

- Respuesta del Estado receptor, (art. 16). El Estado receptor de la solicitud debe informar a la mayor brevedad de su decisión de aceptar o no el procedimiento.

- Efectos en el Estado emisor. (art. 21 y ss.). El Estado emisor pierde la posibilidad de perseguir al sospechoso hasta que el receptor le conteste, con excepción de la adopción de las medidas procesales necesarias.

Sin embargo, el Estado emisor puede recuperar su derecho de instrucción cuando el bien cuando receptor no acepta la solicitud, bien cuando revoca posteriormente su aceptación, o bien cuando decide no instruir el procedimiento o acuerda el sobreseimiento. También se permite al Estado emisor retirar su solicitud en cualquier momento anterior a la aceptación del receptor.

Por otro lado, el Convenio prevé que la sola solicitud realizada por el emisor tiene el efecto de prorrogar el plazo de prescripción del delito investigado en un plazo 6 meses.

- Efectos en el Estado receptor. (art. 23 y ss.) El Convenio además de prever la validez de todas las actuaciones practicadas validamente conforme al derecho del emisor que ya ha sido examinado, prevé otras consecuencias. Por ejemplo el efecto de prorrogar el plazo de prescripción en 6 meses si la competencia se base en el art. 2, es decir, si la jurisdicción del estado receptor es adquirida y se basa exclusivamente en la previa competencia del emisor.

Además se prevé que cuando se trate de delitos sólo perseguibles a instancia de parte, el estado receptor podrá perseguir los hechos contando con una anuencia tácita del perjudicado siempre que éste no se oponga en el plazo de un mes posterior a que se le haya notificado el traslado del procedimiento.

- Medidas cautelares. (art. 27 del Convenio). El Convenio prevé la adopción de medidas cautelares, especialmente se refiere a la prisión provisional. En el caso en que la competencia del Estado requerido se fundamente exclusivamente en el artículo 2 del Convenio, es decir en la petición de requirente, la prisión debe ser solicitada expresamente por el Estado transmisor. Por supuesto el Convenio admite la adopción de otras medidas cautelares a las que se refiere en el art. 28.

Es curioso que el Convenio diseña un procedimiento partiendo siempre la situación de que sea el Estado emisor el que actúe como requirente. Es decir que es el Estado que cede un procedimiento el interesado y el que se dirige al receptor para solicitarle que se haga cargo de la causa. La experiencia en la práctica demuestra que es bastante habitual la situación contraria, en la que es el Estado finalmente competente el que está inicialmente interesado en la transmisión del procedimiento y es quien toma la iniciativa de solicitar que comience el proceso conforme al Convenio. De forma que, aunque el emisor figure formalmente como requirente, materialmente no lo es.

Son diferentes los intereses en juego y hay que tener presente la enorme diversidad de supuestos que pueden dar lugar a la transmisión de procedimientos de lo que se deduce que las posibilidades de aplicación del Convenio con acuerdos concretos son innumerables.

Podemos citar ejemplos muy simples para la aplicación del convenio, como puede ser el caso de unas lesiones causadas por un extranjero a otro extranjero de la misma nacionalidad en un destino de vacaciones en otro país. En realidad, la competencia territorial corresponde al país donde se produjeron las lesiones, pero tanto el agresor como el agredido se encuentran, pasado el tiempo de vacaciones, de nuevo en su país. Parece razonable que sean las autoridades judiciales del país común de residencia de ambos las que conozcan de los hechos. Lo instruido en el lugar de los hechos, los documentos y pruebas acumuladas, por ejemplo, el atestado de la policía, el informe médico inicial, etc. deben ser remitidos a la autoridad judicial finalmente competente.

Otros supuestos de aplicación del Convenio son más complicados. Son comunes casos de aplicación del Convenio para el enjuiciamiento único de organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes. Se trata de supuestos de conexión de actividades delictivas en territorios de distintos países, con alijos intervenidos en distintos territorios y donde la necesidad de acabar con la cúpula de la organización y la conveniencia de demostrar la verdadera potencialidad y peligrosidad de la organización aconsejan la acumulación de las causas y la remisión de todo lo investigado y todas las pruebas obtenidas en diferentes países a aquel que finalmente resulte competente.

7. Principio de ne bis in ídem e interdicción de la litispendencia

En la interpretación de los límites y concepto del principio ne bis in ídem, tradicionalmente se hace una distinción entre “nemo debet bis vexari pro una et eadem causa” (nadie puede ser enjuiciado dos veces por el mismo delito) y nemo debet bis puniri pro uno delicto (nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito).

Pese a la dicción de los Convenios internacionales que hablan de prohibición de doble enjuiciamiento (art. 7 PIDCP) o de doble inculpación (protocolo 7 del CEDH) a quien limita el principio la imposibilidad de imposición de doble sanción. En todo caso, la jurisprudencia del TEDH deja claro que el principio ne bis in ídem no prohíbe sólo al doble castigo, sino que también incluye la interdicción de la doble persecución, lo que significa al mismo tiempo que el principio de “toma en consideración” (“taking into account”) no es suficiente para respetar el ne bis in ídem. Así se ha pronunciado en diversas sentencias entre las que cabe citar el la STEDH de 23 de Octubre de 1995, Caso Gradinger contra Austria o más recientemente la STEDH de 2009 Caso Zoloto-khine contra Rusia

Por otro lado, aceptado el límite en la imposibilidad de doble enjuiciamiento, ello no impediría las investigaciones paralelas en tanto no comienza a jugar hasta que exista una sentencia firme y sobre el fondo en un Estado.

Pero el tema de la doble persecución, se discute mucho en tanto el ciudadano europeo no debería ser objeto de dobles persecuciones que sin duda suponen una merma de sus derechos.

En el ámbito interno muchos Estados tienen en el Derecho interno normas que disponen, en caso de concurrencia de sanciones penales y administrativas, la preferencia de las primeras. Pero también algunos acuden a la suma y compensación en caso de imposición de dobles sanciones. El propio TJCE ha aceptado en la pugna entre la duplicidad de sanciones comunitarias y estatales la solución de la compensación de la sanciones aun reconociendo que obviamente es una respuesta claramente insuficiente.

La compensación si bien mantiene finalmente la proporcionalidad de la sanción no evita la vulneración del ne bis in ídem. Es un problema sobre el que no corresponde extenderse aquí, y que aplican internamente muchos estados para resolver internamente la posible dualidad de sanciones administrativas y penales, cuando llega a producirse,

Todo esta problemática alerta sobre la necesidad de buscar soluciones previas, encontrar fórmulas que impidan y prevengan los procesos concurrentes. Se trata no de solucionar si no de evitar anticipadamente el problema, sin tener que acudir a la compensación para tratar de poner un parche en una infracción que obviamente ha llegado a producirse.

8. El principio *ne bis in ídem* y la asistencia legal internacional

La dimensión externa del principio *ne bis in ídem* ha sido siempre tenido en cuenta en las normas que regulan la asistencia legal mutua. Es razonable pensar que una solicitud de cooperación puede ser denegada por el hecho de que el Estado requerido está investigando los mismos hechos o incluso cuando ya ha juzgado los mismos hechos.

El principio de *ne bis in ídem*, que incorpora un derecho fundamental del sujeto frente al titular del *ius puniendi*, ha servido de justificación a la denegación del auxilio judicial cuando se ha solicitado respecto a hechos criminales que habían sido previamente enjuiciados en otro Estado distinto del requirente.

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959, no menciona directamente el *non bis in ídem* como un motivo de denegación pero se incorporó como motivo de denegación de la asistencia en muchas de las reservas y declaraciones formuladas por los signatarios en el momento de su ratificación o adhesión¹⁷.

La interpretación del alcance y sentido de estas reservas ha dado lugar a algunas discusiones.

La sentencia del TJCE de 10 de marzo 2005 Caso *Miraglia* (C-469/03) trata de fijar los límites a esta cuestión. El caso se trataba de una investigación paralela por tráfico de drogas con procedimientos penales abiertos en Ámsterdam y Bolonia. Mientras el procedimiento de Ámsterdam se archivó precisamente porque en Bolonia se estaban investigando los mismos hechos, el de Bolonia continuó de forma que se solicitó a las autoridades holandesas información de las investigaciones realizadas en ese país para incorporarlas a la investigación italiana. Pues bien la solicitud de auxilio de Italia fue rechazada por la autoridad holandesa alegando el *ne bis in ídem*. La denegación es injustificable y carece de sentido pues conduce necesariamente a la impunidad. El TJCE mantuvo en la sentencia *Miraglia* que una decisión de archivo de un procedimiento basada precisamente en la existencia de las investigaciones en otro país por los mismos hechos no puede constituir el elemento “bis” y por tanto la decisión de archivo no puede servir como fundamento para denegar el auxilio judicial solicitado.

El *ne bis in ídem* es fundamento constante de denegación de extradiciones y suele estar como tal previsto como razón de rechazo de la entrega en todos los Convenios multilaterales o bilaterales que regulan la extradición. Así figura en el Convenio europeo de Extradición y de ahí y con el mismo fundamento pasa a incorporarse en la regulación de la Decisión Marco relativa a la Orden Europea de Detención como motivo obligatorio de denegación.

En general, por su propio sentido la vulneración del *ne bis in ídem* figura como

17 Más de veinte Estados se han reservado el derecho a no ejecutar una solicitud de asistencia cuando con ello se pueda vulnerar del principio *ne bis in ídem*.

causa de denegación en toda norma europea que actualiza el principio de reconocimiento mutuo.

Entre otras Decisiones Marco que incorporan el principio *ne bis in ídem* como motivo de denegación están además de la Decisión Marco relativa a la orden europea de detención; la Decisión Marco de 22 de Julio de 2003, *relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas*¹⁸ (art. 7.1 c); 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*¹⁹ (art. 8.2 a). También en el de la Decisión Marco de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (art. 7.2 a)²⁰.

El principio *ne bis in ídem* como motivo de denegación es especialmente relevante en la regulación de la orden europea de detención y entrega. No vamos a desarrollar en este tema los motivos de denegación que son objeto de estudio en el tema dedicado a la orden europea de detención y entrega pero si al menos mencionarlos.

El art. 3.2 recoge el *ne bis in ídem* como un motivo de denegación obligatorio cuando hay resolución firme en un estado miembro: “Cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena”.

Pero también el art. 4 recoge varios motivos, en este caso facultativos, con el mismo o al menos una parte del mismo fundamento: “La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea: (...) 2) cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea esté sometida a un procedimiento penal en el Estado miembro de ejecución por el mismo hecho que el que motive la orden de detención europea; 3) cuando las autoridades judiciales del Estado miembro de ejecución hubieren decidido, o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden de detención europea, o bien concluirla, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales; (...) 5) cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena”.

Es obvio que el legislador europeo prefiere dejar a la valoración judicial del caso

18 Diario Oficial L 195 de 2.8.2003.

19 Diario Oficial L 328 de 24.11.2006.

20 Diario oficial L 7616 de 22.3.2005.

si en los casos anteriores se dan supuestos que pueden suponer la vulneración del principio. Por un lado, en la previsión del art. 4.2 permite dar prioridad a la propia investigación del estado de ejecución lo que no supondría vulneración del principio puesto que no se produciría la entrega.

Con el motivo del número 3 admite la valoración del tipo de resolución de cierre de las investigaciones.

Más problemático supone la causa de denegación del número 5 que, pese a demostrar una mayor confianza entre los Estados miembros de la Unión, posibilita una entrega que suponga finalmente una vulneración del principio *ne bis in ídem*, aunque no fuera europeo el estado que impuso la primera condena.

Por otro lado, estos motivos de no delegación han sido recogidos en la gran mayoría de las legislaciones que incorporan la Decisión Marco a los ordenamientos internos como motivos de denegación obligatorios.

NOTAS SOBRE LOS AUTORES

Alves Costa, Jorge Albino: Fiscal del Tribunal Constitucional de Portugal

Arnáiz Serrano, Amaya: Titular Interina Área de Derecho procesal, Universidad Carlos III de Madrid

Carmona Bermejo, Julieta: Letrada en el Servicio Jurídico de EUROJUST

Castillejo Manzanares, Raquel: Catedrática de Derecho Procesal, Universidad de Santiago de Compostela

García Moreno, José Miguel: Magistrado. Letrado del Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial

Gatti, Emilio: Magistrado italiano, Juez Penal en el Tribunal Supremo, Misión EULEX KOSOVO

González Vega, Ignacio U.: Magistrado del Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid

Licata, Fabio: Juez del Tribunal de Palermo (Italia)

López Jiménez, Raquel: Profesora del Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia, Universidad Carlos III de Madrid

Loredo Colunga, Marcos: Profesor Contratado de Derecho Procesal, Universidad de Oviedo

Martínez Pérez, Fernando: Magistrado del Juzgado de Instrucción, 7 de Sevilla

Morán Martínez, Rosa Ana: Fiscal de Sala de Cooperación Penal Internacional

Moreno Catena, Víctor: Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Carlos III de Madrid

Mouraz Lopes, José: Magistrado del Tribunal de Apelación de Coimbra (Portugal)

Palomo del Arco, Andrés: Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia

Pando Echevarría, Ignacio: Magistrado de la Audiencia Provincial de Segovia

Penín Alegre, Clara: Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

Poza Cisneros, María: Magistrada de la Audiencia Provincial de Murcia

De Prada Solaesa, José Ricardo: Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Salcedo Velasco, Andrés: Magistrado. Director del Proyecto europeo EU-ROMED – JUSTICIA II

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i>	IX
<i>Abreviaturas</i>	XIII
1. EVOLUCIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL: EN ESPECIAL, LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN EUROPA, <i>Amaya Arnáiz Serrano</i>	1
Introducción	1
1. La Cooperación Jurídica: concepto, contenido y fundamento	3
1.1. Concepto	3
1.2. Contenido	5
1.3. Fundamento	9
2. Pasado, presente y futuro de la cooperación en materia penal	15
2.1. El pasado de la Cooperación	16
2.2. El presente de la Cooperación	18
2.2.1. La necesaria persistencia de los entornos bilaterales	18
2.2.2. La consolidación de entornos multilaterales para el desarrollo de la Cooperación	19
2.2.3. El futuro de la Cooperación	26
3. Fuentes de la Cooperación Jurídica Internacional	27
4. Consideraciones finales	37
Bibliografía	39
2. EL CAMBIO DE PARADIGMA Y EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y SUS IMPLICACIONES. PERSPECTIVAS DEL TRATADO DE LISBOA, <i>Víctor Moreno Catena</i>	41
1. La progresiva transformación de los instrumentos de cooperación jurídica penal	41
1.1. Introducción	41
1.2. De Maastricht (1992) a Tampere (1999)	43
1.3. Las nuevas perspectivas del Tratado de Lisboa (2007)	46

2. Instrumentos para la asistencia judicial: convenios bilaterales y multilaterales	52
2.1. Las solicitudes de cooperación	52
2.2. Los Convenios del Consejo de Europa	54
2.3. El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS)	54
2.4. El Convenio 2000 de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE	58
3. Las políticas de integración	59
3.1. Instrumentos para la armonización	60
3.2. El principio de reconocimiento mutuo	64
4. Las políticas de comunitarización: el espacio común europeo de justicia. El papel del Tribunal de Justicia	68
5. Reflexión final	74
Bibliografía	76
3. EL FORTALECIMIENTO DE LA CONFIANZA MUTUA: GARANTÍAS PROCESALES DEL IMPUTADO, ESTATUTO DE LA VÍCTIMA Y PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES, <i>Jorge Albino Alves Costa y Marcos Loredó Colunga</i>	79
1. Introducción: El fortalecimiento de la confianza mutua	79
2. Las garantías procesales del imputado	85
3. El estatuto de la víctima	95
4. La protección de los datos personales	104
5. Conclusiones	108
Bibliografía	110
4. EL CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL PENAL DE 1959, <i>José Miguel García Moreno</i>	111
1. Introducción	111
2. El Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959.	113
2.1. Ámbito de aplicación	116
2.1.1. Ámbito territorial y temporal	116
2.1.2. Ámbito objetivo y subjetivo	119
2.1.3. Relaciones con otros convenios en materia de asistencia judicial penal	125
2.2. Tipos de asistencia judicial	128

ÍNDICE GENERAL

2.2.1. Comisiones rogatorias	129
2.2.2. Notificación de documentos procesales y resoluciones judiciales. Citación de comparecencia de testigos, peritos y procesados . . .	133
2.2.3. Información relativa a antecedentes penales e intercambio de información sobre condenas judiciales	137
2.2.4. Denuncias a fines procesales	139
2.3. Procedimiento para la asistencia judicial	140
2.3.1. Forma y contenido de las solicitudes de asistencia judicial	140
2.3.2. Vías de transmisión de las solicitudes de asistencia judicial	142
3. El primer protocolo adicional al convenio europeo de asistencia judicial en materia penal	144
4. El segundo protocolo adicional al convenio europeo de asistencia judicial en materia penal	148
Bibliografía	153
Apéndice I. Documentación de Referencia	154
Apéndice II. Relativo al Sistema Español	159
5. EL CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN, <i>Emilio Gatti</i>	167
1. Consideraciones generales	167
1.1. La extradición	167
1.2. Los convenios bilaterales de extradición	169
2. El Convenio Europeo de Extradición	170
2.1. Los principios inspiradores del Consejo de Europa	170
2.2. La génesis del Convenio Europeo de Extradición	171
2.3. Continuación: la génesis del Convenio Europeo de Extradición	172
2.4. La adopción de reglas uniformes	174
2.5. La obligación de extraditar	174
2.6. La doble incriminación	176
2.7. Los límites de la extradición	177
2.8. Los límites previstos por la legislación del Estado requerido	178
2.9. Los delitos políticos	179
2.10. Los delitos militares	181
2.11. Los delitos fiscales	182
2.12. La extradición del ciudadano y el principio <i>aut dedere aut judicare</i>	183
2.13. El tránsito del extraditando por el territorio de un tercer Estado	186
2.14. La concurrencia de distintas jurisdicciones: el delito cometido en el territorio del Estado requerido	186
2.15. Continuación: la existencia de un procedimiento pendiente o ya re-	

suelto en el Estado requerido o en un tercer Estado	188
2.16. La extinción del delito por prescripción o amnistía	192
2.17. La pena de muerte	193
2.18. El juicio en rebeldía	195
2.19. El principio de especialidad	197
2.20. La reextradición	199
2.21. La detención preventiva	200
2.22. La solicitud de extradición y la entrega	200
2.23. El procedimiento interno	202
2.24. Las reservas de cada Estado	202
2.25. Conclusiones	204
Bibliografía	205
Apéndice. Relativo al Sistema Español	207
6. OTROS CONVENIOS, <i>Andrés Palomo del Arco</i>	219
Introducción y delimitación del tema	219
1. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen	222
2. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo	228
3. Convenio sobre ciberdelincuencia	231
4. Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos penales	237
5. Transmisión de ejecución de sentencias penales	240
6. Convenio sobre traslado de personas condenadas	247
7. Vigilancia de personas condenadas bajo condición o en libertad condicional Apéndice I. Documentación de Referencia	252 257
Apéndice II. Relativo al Sistema Español	258
7. ESPACIO SCHENGEN, <i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	267
1. Las medidas de investigación de hechos delictivos: la cooperación policial .	267
1.1. La asistencia policial	268
1.2. La vigilancia transfronteriza	269
1.3. La persecución en caliente	271
1.4. Entregas vigiladas	275
2. Las medidas de agilización de los procesos penales	277
2.1. Ámbito de asistencia	277

ÍNDICE GENERAL

2.2. Infracciones reglamentarias	278
2.3. Notificación de documentos por correo	279
2.4. Comisiones rogatorias directas	279
2.5. Comisiones rogatorias para registro o embargo de bienes	280
3. Las comisiones rogatorias	281
4. El principio “ <i>ne bis in idem</i> ”	282
4.1. El Convenio Europeo de Extradición	282
4.2. El Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen	283
5. La transmisión de la ejecución de sentencias penales	285
6. El sistema de información Schengen	288
6.1. Utilización del Sistema de Información Schengen	288
6.2. Organización del sistema de información Schengen	293
6.3. Áreas en que deben introducirse datos	295
6.3.1. Peticiones de detención a efectos de extradición –art. 95.1 del Convenio–	296
6.3.2. Petición de detención a efectos de una Orden europea de deten- ción y entrega	297
6.3.3. Otros datos	297
6.4. Capacidad del Sistema de Información Schengen	299
7. Conclusiones	301
Bibliografía	303
Apéndice I. Para saber más	304
Apéndice II. Documentación de Referencia	315
Apéndice III. Relativo al Sistema Español	319
8. EL CONVENIO DE 2000, <i>María Poza Cisneros</i>	321
1. Ámbito de aplicación	321
1.1. Ámbito subjetivo y temporal	321
1.2. Ámbito objetivo	324
1.3. Relaciones de complementariedad con otros convenios	328
1.3.1. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959.	329
1.3.2. Convenio de 19 de junio de 1990 aplicación del Acuerdo de Schengen	330
1.3.3. Otros convenios	332
2. Auxilio judicial internacional en general	333
2.1. Ley aplicable a la ejecución	333
2.2. Notificación y traslado de documentos procesales	335

2.3. Vías de transmisión	336
2.3.1. Norma general	336
2.3.2. Alternativas	337
2.3.3. Excepciones	338
3. Formas específicas de asistencia judicial	339
3.1. Restitución de objetos	339
3.2. Traslado temporal de detenidos con fines de investigación	339
3.3. Declaraciones de testigos o peritos por videoconferencia o conferencia telefónica	340
3.4. Entregas vigiladas	343
3.5. Equipos conjuntos de investigación	344
4. Especial referencia a la intervención de telecomunicaciones	349
5. Referencia a la información de cuentas bancarias y control de transacciones en el Protocolo de 16 de octubre de 2001	354
Apéndice I. Para saber más	357
Apéndice II. Documentación de Referencia	379
Apéndice III. Relativo al Sistema Español	383
Bibliografía y documentación	415
9. EL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD: ANTECEDENTES PENALES Y CONVENIO DE PRÜM, <i>Fernando Martínez Pérez y María Poza Cisneros</i>	417
1. El principio de disponibilidad	417
1.1. Definición	417
1.2. Transposición del principio	420
2. El Tratado de Prüm	424
2.1. Origen, naturaleza y ámbito de aplicación	424
2.2. Contenido	426
2.2.1. Acceso automatizado a ficheros nacionales	426
2.2.2. Medidas de prevención de atentados terroristas	429
2.2.3. Medidas para la lucha contra la migración ilegal	430
2.2.4. Otras formas de cooperación	431
2.2.5. Disposiciones sobre protección de datos de carácter personal	433
3. La parcial incorporación del Tratado de Prüm al marco jurídico de la Unión Europea	437
3.1. La Decisión JAI/615/2008	437
3.2. La Decisión JAI/616/2008	439
4. El principio de disponibilidad en el Programa de Estocolmo	440
5. Antecedentes penales	445

ÍNDICE GENERAL

5.1. Introducción	445
5.2. Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo	448
5.3. Decisión 2009/315/JAI del Consejo	449
5.4. Decisión 2009/316/JAI del Consejo	452
Apéndice I. Para saber más	453
Apéndice II. Documentación de Referencia	477
Bibliografía	482
Apéndice III. Relativo al Sistema Español. El principio de disponibilidad . .	483
Bibliografía	495
10. LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA, <i>Clara Penín Alegre</i>	497
1. Reconocimiento Mutuo y derechos fundamentales	497
2. Principios inspiradores e interpretación	500
3. Concepto, naturaleza y características de la ODE	502
4. Ámbito de Aplicación	504
4.1. Ámbito espacial	504
5. Emisión de una ODE	508
5.1. Autoridad competente	508
6. Ejecución de una ODE	523
6.1. Autoridad competente	523
7. Balance de su aplicación	534
Apéndice I Para saber más	536
Apéndice II. Documentación de Referencia	567
Apéndice III. Relativo al Sistema Español	573
11. LA ORDEN EUROPEA DE EMBARGO PREVENTIVO Y ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS, DECOMISO Y EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS, <i>Andrés Salcedo Velasco</i>	611
1. Relegación del apartado material o real del delito frente al personal, en los iniciales instrumentos de cooperación	611
2. Ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas	617
3. Consecuencias de la previsión de la cooperación en dos tiempos	622
4. Ejecución de las resoluciones de decomiso	623
5. Exhorto europeo de obtención de pruebas	635

6. Iniciativa con vistas a la adopción de una Directiva relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal	642
12. SANCIONES PECUNIARIAS, <i>Ignacio Pando Echevarría</i>	649
1. Introducción	649
1.1. El principio de reconocimiento mutuo. Breve análisis	649
1.2. Antecedentes en la ejecución transfronteriza de sanciones pecuniarias	651
1.3. Antecedentes de la Decisión Marco	652
2. La Decisión Marco 2005/214/JAI	653
2.1. Ámbito de aplicación	654
2.1.1. Definiciones básicas	654
2.1.2. Infracciones de aplicación.	659
2.1.3. Ámbito territorial	664
2.2. Causas de no reconocimiento	665
2.2.1. Motivos	665
2.2.2. Consecuencias	673
2.3. Procedimiento	674
2.3.1. Competencia	675
2.3.2. Tramitación	676
2.3.3. Ejecución	677
3. Estado actual de transposición	680
Bibliografía	682
Apéndice I. Para saber más	683
Apéndice II. Documentación de Referencia	692
Bibliografía	696
Apéndice III. Relativo al Sistema Español	697
13. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y SU DESARROLLO, <i>Fabio Licata</i>	705
1. Los instrumentos de reconocimiento mutuo	705
1.1. Los Programas de Tampere, de La Haya y de Estocolmo	705
1.2. Los instrumentos de reconocimiento mutuo: la cooperación integrada	710
1.3. Los instrumentos normativos: referencia a las secciones del curso precedentes	713
2. El reconocimiento de las medidas cautelares no privativas de libertad	714
2.1. La acción de la Comisión: el Libro Verde y la propuesta de la orden europea de vigilancia	714

2.2. La Decisión marco relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional	719
3. La ejecución de las penas privativas de libertad	724
3.1. El Convenio de Estrasburgo y el Libro Verde de la Comisión	724
3.2. El reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad	727
3.3. Ámbito de aplicación y finalidad del reconocimiento mutuo de las sentencias que impongan penas privativas de libertad. Relación con la orden europea de detención	732
3.4. La coordinación con los principios introducidos por la Decisión marco 2009/299/JAI en materia de derechos procesales de las personas	733
4. El reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas	735
4.1. El espacio judicial europeo y las sentencias que establecen medidas de suspensión condicional de la pena o penas sustitutivas	735
4.2. La estructura y los objetivos de la Decisión marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008	737
4.3. La relación con otros Convenios europeos	742
5. La orden de protección	743
5.1. Protección a las víctimas	743
5.2. Directiva 2011/99/UE	744
6. Las perspectivas del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal a la luz del Tratado de Lisboa	746
Bibliografía	751
14. INSTRUMENTOS MULTILATERALES EN EL ÁMBITO DE LAS NACIONES UNIDAS. LA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL, <i>Ignacio U. González Vega</i>	755
1. Introducción	755
2. Convenios, resoluciones y demás instrumentos de las naciones unidas	758
3. La jurisdicción penal internacional	763
3.1. Los tribunales penales internacionales <i>ad hoc</i>	763
3.1.1. Antecedentes: los tribunales de Núremberg y Tokio	763
3.1.2. Los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Rwanda	765

3.2. La Corte Penal Internacional	769
3.2.1. Orígenes y características	769
3.2.2. Normas de competencia y procesales	771
3.2.3. Estructura y funcionamiento	776
3.2.4. La obligación de cooperar con la CPI	777
3.2.5. Relaciones de la iber-red con la CPI	777
3.2.6. Red europea de puntos de contacto en relación con personas responsables de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra	778
3.3. Los tribunales internacionalizados	779
3.4. Otros tribunales internacionales	781
3.5. La jurisdicción penal universal de los estados	781
3.5.1. Extensión y límites de la jurisdicción penal de los estados	781
3.5.2. La configuración del principio de justicia universal	783
3.5.3. Perspectivas de futuro en Europa	790
3.6. La justicia transicional	791
3.6.1. Concepto y fines	791
3.6.2. Tipos de medidas	793
Bibliografía	795
Apéndice I	796
Apéndice II	806
15. DELINCUENCIA ORGANIZADA, DROGA Y CORRUPCIÓN, <i>José Mouraz Lopes</i>	809
Introducción	809
1. Delincuencia organizada	810
1.1. Notas para una definición de delincuencia organizada	810
1.2. Delincuencia organizada e internacionalización del delito	812
1.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	814
1.3.1. Delincuencia de “estructura de poder”	814
1.3.2. Tipos de delitos	816
1.3.3. Responsabilidad de las personas jurídicas	816
1.3.4. Decomiso de bienes	818
1.3.5. Políticas procesales	818
1.3.6. Técnicas especiales de investigación	819
1.3.7. Protección de los testigos	819
1.3.8. Protección de las víctimas	820

2. Corrupción	820
2.1. El fenómeno de la corrupción	820
2.2. Las respuestas legales internacionales	821
2.3. El papel del Consejo de Europa: el caso del GRECO	823
2.4. Diversificación y armonización de los tipos de delitos de corrupción . .	824
2.4.1. Corrupción activa y pasiva	825
2.4.2. Tráfico de influencias	826
2.4.3. Delitos relacionados con la corrupción: malversación y abuso de funciones	827
2.5. Corrupción y titulares de cargos políticos	827
2.6. Corrupción en el fenómeno deportivo	828
2.7. Corrupción en el comercio internacional	829
2.8. Corrupción en el sector privado	829
2.9. La investigación criminal en el ámbito de la corrupción	830
2.10. Autoridades competentes para la investigación de la corrupción	831
3. Droga	832
3.1. Globalización del fenómeno de la droga. Un mercado global	832
3.2. Mecanismos legales de control	834
3.3. Políticas preventivas	835
3.4. Políticas represivas (criminalización, investigación y juicio)	836
3.5. Breve nota crítica sobre las políticas represivas referentes a la droga . .	837
Bibliografía	840
4. Más información	843
16. TERRORISMO: CONVENIOS SECTORIALES. FINANCIACIÓN Y BLANQUEO, <i>José Ricardo de Prada Solaesa</i>	845
1. Convenios sectoriales de Naciones Unidas. Especial referencia al terrorismo. El marco legal internacional para combatir el terrorismo. La obligación internacional de los Estados de cooperar judicialmente en la lucha contra el terrorismo	845
1.1. Introducción. Ámbito Universal	845
1.2. Importancia de la definición de terrorismo. Hechos y delitos con la consideración de terroristas	846
1.3. El Convenio de la Sociedad de Naciones para la Prevención y Castigo del Terrorismo	847
1.4. Normas convencionales de Derecho Internacional Humanitario	848
1.5. Convenios internacionales universales sectoriales sobre terrorismo . . .	849
1.6. Otros instrumentos de la ONU en la lucha contra el terrorismo: Reso-	

luciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad dentro del Capítulo VII de la Carta de San Francisco	850
1.6.1. Acciones de la Asamblea General en la lucha contra el terrorismo	850
1.6.2. Acciones del Consejo de Seguridad en la lucha contra el terrorismo. Triple vía de acción con diversidad de Comités	853
1.7. Particular estudio de los Convenios internacionales universales sectoriales sobre terrorismo	857
1.7.1. Notas comunes a los 16 (13+3) Convenios	857
1.7.2. Los 16 (13+3) Convenios:	860
1.8. Convenios Internacionales regionales sobre terrorismo	861
1.8.1. Ámbito regional americano	861
1.8.2. Ámbito regional africano	861
1.8.3. Ámbito regional europeo	861
2. Instrumentos internacionales contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo	870
2.1. Introducción. Organismos internacionales y actuaciones contra el blanqueo de capitales	870
2.2. Instrumentos internacionales contra el blanqueo de capitales	871
2.2.1. Ámbito universal	871
2.2.2. Consejo de Europa	874
2.2.3. Unión Europea	875
Apéndice I Para saber más	882
17. CONVENIOS BILATERALES Y DE LA UNIÓN EUROPEA CON TERCEROS. ESPECIAL REFERENCIA AL CONVENIO UE-EEUU, <i>Raquel López Jiménez</i>	895
1. Convenios bilaterales entre estados miembros de la UE y terceros países y organizaciones internacionales	895
2. Acuerdos entre la UE y terceros países y organizaciones internacionales	896
2.1. Acuerdo de cooperación y asistencia de la UE con la CPI	897
2.2. Especial referencia al Convenio UE-EEUU	904
2.2.1. Acuerdos de extradición y ayuda judicial mutua en materia penal entre la UE y EEUU	908
2.3. Acuerdo entre la UE y la República de Islandia y el reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, entre los estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000, y del protocolo al mismo, de 2001	924

2.4. Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre cooperación en materia penal firmado en Bruselas el 3 de noviembre de 2009 y en Tokio el 15 de diciembre de 2009	927
Bibliografía	931
Apéndice I. Instrumentos bilaterales de cooperación judicial penal	932
18. INSTITUCIONES DE APOYO A LA COOPERACIÓN: RED JUDICIAL EUROPEA, EUROJUST, EUROPOL, INTERPOL, MAGISTRADOS DE ENLACE, IBERRED, <i>Julieta Carmona Bermejo</i>	943
Introducción	943
1. Instituciones de cooperación en el ámbito europeo	944
1.1. Magistrados de Enlace	945
1.1.1. Creación	945
1.1.2. Objetivos	946
1.1.3. Competencias y actuación	946
1.1.4. Perspectiva de futuro de los magistrados de enlace	947
1.2. Red Judicial Europea Penal (RJE)	948
1.2.1. Creación y objetivos	948
1.2.2. Composición	949
1.2.3. Competencias y actuación de los puntos de contacto	950
1.3. Eurojust	951
1.3.1. Creación	951
1.3.2. Objetivos y competencias	954
1.3.3. Composición	954
1.3.4. Actuación	957
1.4. Europol	964
1.4.1. Creación	964
1.4.2. Objetivos	965
1.4.3. Composición	966
1.4.4. Competencias y actuación	967
2. Instituciones de cooperación a nivel internacional	970
2.1. La Red Iberoamericana de Cooperación Judicial (Iber-RED)	970
2.1.1. Creación y objetivos	970
2.1.2. Composición	972
2.1.3. Competencias y Actuación	973
2.2. La organización internacional de policía criminal (Interpol)	974
2.2.1. Creación y objetivos	974
2.2.2. Composición	975

2.2.3. Competencias	976
2.2.4. Actuación	977
2.3. Cooperación con los tribunales internacionales: TIPY, TIPR, CPI	979
2.3.1. Cooperación con el Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia (TIPY) y con el Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR)	979
2.3.2. Cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI).	980
Apéndice I Relativo al Sistema Español	982
Apéndice II Documentación de referencia	989
19. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN, “NE BIS IN IDEM” Y TRANSFERENCIA DE PROCEDIMIENTOS, <i>Rosa Ana Morán Martínez</i>	999
1. Introducción	999
2. Conflictos de jurisdicción negativos	1001
3. Conflictos de jurisdicción positivos	1003
3.1. Causas de los conflictos positivos	1003
3.2. Libro verde de la Comisión Europea sobre conflictos de jurisdicción y principio de ne bis in ídem	1005
3.3. Soluciones vigentes para la resolución de los conflictos de jurisdicción positivos	1007
3.3.1. Acuerdos y composición entre Estados parte	1007
3.3.2. Intervención de Eurojust en la resolución de conflictos de jurisdicción	1009
3.3.3. Decisión Marco de la UE sobre conflictos de jurisdicción	1012
3.3.4. Transmisión de procedimientos. Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de procedimientos de 1972	1015
3.3.5. Denuncias a fines procesales. El artículo 21 del Convenio de 1959	1018
4. El principio de ne bis in ídem en el ámbito internacional	1019
4.1. Regulación Internacional. Ámbito de aplicación	1019
4.2. Definición del alcance del principio ne bis in ídem en el Convenio de Schengen	1020
4.3. Delimitación del elemento bis	1023
4.4. Delimitación del elemento ídem	1026
5. Conflictos de jurisdicción en relación con los Tribunales Internacionales	1027
6. El Tratado de Lisboa. Soluciones futuras: La Fiscalía Europea	1030
Bibliografía	1032

ÍNDICE GENERAL

Apéndice I. Referencias al Derecho Español	1034
<i>Notas sobre los Autores</i>	XVII
<i>Índice General</i>	XIX

