



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

MODULO II

TEMA VI

Otros Convenios

CURSO VIRTUAL
COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN
EUROPA
EDICIÓN 2010

AUTOR

Andrés PALOMO DEL ARCO

**Presidente de la Audiencia
Provincial de Segovia**



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



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

NIVELES DISPONIBLES

NIVEL I: TEMA

NIVEL III: DOCUMENTACIÓN DE REFERENCIA

NIVEL IV: ESPECIFICACIONES PARA ESPAÑA



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



NIVEL I: TEMA

SUMARIO

1. *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen de 1990.*
2. *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo de 2005.*
3. *Convenio sobre cibercriminalidad de 2001.*
4. *Convenio europeo sobre la transmisión de procedimientos penales de 1972.*
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.*
8. *Protocolo adicional al Convenio europeo en el ámbito de la información sobre el derecho extranjero.*

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 siguientes ¹:

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 CONFISCACIÓN 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.

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 reacio 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 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 psicotrópicos 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 obligaciones a que le comprometía la ratificación del Convenio, hubo de promulgar leyes internas adaptando sus Códigos materiales y sustantivos ⁶.

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 **Schengen** ⁷ 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 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** ⁹ al Convenio de Asistencia Judicial, 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 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 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 nº 198), abierto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Aún escasamente ratificado, entra en vigor el 1 de mayo de 2008; pero su tácita vinculación al Convenio de 1990 y su apertura a Estados no miembros, así como la importancia de su contenido, hace suponer que sea a medio plazo, ampliamente aceptado.

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 CIBERCRIMINALIDAD

El **Convenio sobre Cibercriminalidad del Consejo de Europa** (STE nº 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 recoger 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 30: 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, Serbia, Rumanía, 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 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 infracciones ¹¹; así como la instauración de una red 24/7 (también auspiciada por





el 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.

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 entienda 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 integre 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;
 - 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 inhabilitaciones -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 garantizan 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 inadmisibles, 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 impuesta ¹⁵.

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 efectividad ¹⁶.

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 **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 entablar 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 medidas 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, Costa 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 CEVISP 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;
- 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 yugoslava 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 medio 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; naturaleza 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 una 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.

NOTAS

I 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
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 a la Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal
185	Convenio sobre cibercriminalidad
189	Protocolo adicional al Convenio sobre la cibercriminalidad, 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.

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 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.

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 periodo 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.

9 Referencia DOCE: C 326 (21/11/01)

10 De manera más detallada, las medidas previstas o facultades que el Convenio de Budapest obre Cibercriminalidad 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).

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.

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 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 fueron 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.

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).

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 Convenio 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)

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.

17 En definitiva, todos los EEMM del Consejo de Europa, con la excepción de Mónaco.

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.





NIVEL III: 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=06/07/2010&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=06/07/2010&CL=FRE
Convenio sobre cibercriminalidad de 2001	185	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=06/07/2010&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=06/07/2010&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=06/07/2010&CL=FRE
Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1983	112	http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=112&CM=8&DF=06/07/2010&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=06/07/2010&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=06/07/2010&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=06/07/2010&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.





CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

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



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



NIVEL IV: ESPECIFICACIONES PARA ESPAÑA

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 CIBERCRIMINALIDAD DE 2001.

Ratificado por España, por instrumento de 3 de junio de 2010, no publicado aún, entra en vigor para nuestro país el 1 de octubre de 2010.

Existe sin embargo, desde hace tiempo una traducción oficiosa, en la siguiente dirección:
http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_spanish.PDF

E igualmente, ya con carácter oficial, la publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, al tramitar la autorización de la ratificación;
(http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CORT/BOCG/A/CG_A235.PDF#page=1)

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 informático, 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 obligación 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 vengán 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 impuesta 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 gubernativa¹:

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 de la ejecución de la condena de acuerdo con el artículo 65.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹ Cifr. F BUENO ARÚS con la colaboración de J ALARCÓN 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-Españoles 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





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.

