



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



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

MÓDULO III

TEMA 8

Convenio 2000

5ª Edición

2013



AUTORA

María Poza Cisneros

Magistrada de la Audiencia Provincial de Murcia



Con el apoyo financiero del Programa de Justicia Penal de la Unión Europea
With the financial support from the Criminal Justice Programme of The European Union
Avec le soutien financier du Programme de Justice Pénale de l'Union Européenne

NIVELES

NIVEL I: TEMA

NIVEL II: PARA SABER MAS

NIVEL III: DOCUMENTACIÓN DE REFERENCIA

NIVEL IV: ESPECIFICACIONES PARA ESPAÑA

NIVEL I: TEMA

SUMARIO

1. Ámbito de aplicación

- 1.1. Ámbito subjetivo y temporal**
- 1.2. Ámbito objetivo**
- 1.3. Relaciones de complementariedad con otros convenios**
 - 1.3.1. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959**
 - 1.3.2. Convenio de 19 de junio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen**
 - 1.3.3. Otros convenios**

2. Auxilio judicial internacional en general

- 2.1. Ley aplicable a la ejecución**
- 2.2. Notificación y traslado de documentos procesales**
- 2.3. Vías de transmisión**

3. Formas específicas de asistencia judicial

- 3.1. Restitución de objetos**
- 3.2. Traslado temporal de detenidos con fines de investigación**
- 3.3. Declaraciones de testigos o peritos por videoconferencia o conferencia telefónica**
- 3.4. Entregas vigiladas**
- 3.5. Equipos conjuntos de investigación**
- 3.6. Investigaciones encubiertas**

4. Especial referencia a la intervención de telecomunicaciones

5. Referencia a la información de cuentas bancarias y control de transacciones en el Protocolo de 16 de octubre de 2001

6. Documentación y bibliografía

1. Ámbito de aplicación

1.1. Ámbito subjetivo y temporal

El 29 de mayo de 2000, el Consejo de la Unión Europea aprobó un nuevo convenio en materia de asistencia judicial penal, en vigor desde el 23-8-05, tras haber alcanzado el número mínimo de ratificaciones necesarias, y actualmente vigente en la totalidad de los Estados miembros de la UE, a excepción de Grecia, Irlanda e Italia.

Estado de ratificación: Convenio de 29 de mayo de 2000

Party	Signature (*)	Notification	Entry into force(*)	Decl/Res	Observations
Austria		04/04/2005	23/08/2005	D	
Belgium		25/05/2005	23/08/2005	D	
Bulgaria		08/11/2007	01/12/2007	D	Obs
Cyprus		03/11/2005	01/02/2006	D	Obs
Czech Republic		14/03/2006	12/06/2006	D	Obs
Germany		04/11/2005	02/02/2006	D	
Denmark		24/12/2002	23/08/2005	D	
Estonia		28/07/2004	23/08/2005	D	Obs
Spain		27/01/2003	23/08/2005	D	
France		10/05/2005	23/08/2005	D	
United Kingdom		22/09/2005	21/12/2005	D	
Greece					
Hungary		25/08/2005	23/11/2005	D	Obs
Italy					
Ireland					
Lithuania		28/05/2004	23/08/2005	D	Obs
Luxembourg		06/12/2010	06/03/2011	D	
Latvia		14/06/2004	23/08/2005	D	Obs
Malta		04/04/2008	03/07/2008	D	Obs
Netherlands		02/04/2004	23/08/2005	D	
Portugal		05/11/2001	23/08/2005	D	
Poland		28/07/2005	26/10/2005	D/R	Obs
Romania		08/11/2007	01/12/2007	D	Obs
Sweden		07/07/2005	05/10/2005	D	
Finland		27/02/2004	23/08/2005	D	
Slovenia		28/06/2005	26/09/2005	D	Obs
Slovakia		03/07/2006	01/10/2006	D	Obs

El convenio se integra, formando una unidad normativa, con un Protocolo, de 16 de octubre de 2001, dedicado, básicamente, a extender las normas de aquél a las investigaciones de cuentas bancarias y cuyas disposiciones, como aclara su Informe Explicativo, se anexan y forman parte integrante del Convenio 2000, de manera que las disposiciones de éste se aplican al Protocolo y viceversa. Actualmente y desde el

5-10-05, el Protocolo está vigente en los mismos Estados en que lo está el Convenio, a excepción de Estonia, que todavía no ha realizado la notificación al Consejo.

Estado de ratificación: Protocolo de 16 de octubre de 2001

Party	Signature (*)	Notification	Entry into force(*)	Decl/Res	Observations
Austria		04/04/2005	05/10/2005	D	
Belgium		25/05/2005	05/10/2005	D	
Bulgaria		08/11/2007	01/12/2007		Obs
Cyprus		03/11/2005	01/02/2006		Obs
Czech Republic		14/03/2006	12/06/2006	D	Obs
Germany		04/11/2005	02/02/2006		
Denmark		01/03/2005	05/10/2005	D	
Estonia					
Spain		05/01/2005	05/10/2005	D	
France		10/05/2005	05/10/2005	D	
United Kingdom		15/03/2006	13/06/2006		
Greece					
Hungary		25/08/2005	23/11/2005		Obs
Italy					
Ireland					
Lithuania		28/05/2004	05/10/2005		Obs
Luxembourg		06/12/2010	06/03/2011		
Latvia		14/06/2004	05/10/2005	D	Obs
Malta		04/04/2008	03/07/2008		Obs
Netherlands		02/04/2004	05/10/2005	D	
Portugal		12/12/2006	12/03/2007		
Poland		28/07/2005	26/10/2005		Obs
Romania		08/11/2007	01/12/2007	D	Obs
Sweden		07/07/2005	05/10/2005	D	
Finland		21/02/2005	05/10/2005	D	
Slovenia		28/06/2005	05/10/2005		Obs
Slovakia		03/07/2006	01/10/2006		Obs

El Convenio entrará en vigor en Gibraltar en el momento de la ampliación a este territorio del Convenio del 59. Una vez ampliado a los territorios de la Isla de Man y Guernsey, con objeción de Irlanda, el Convenio del 59, el Reino Unido debe notificar por escrito al Presidente del Consejo el momento en que desee aplicar el Convenio 2000 a dichos territorios y el Consejo se pronunciará sobre la solicitud por unanimidad. Una vez que se extienda el Convenio del 59 a otras Islas Anglonormandas, deberá seguirse idéntico procedimiento para la aplicación a ellas del Convenio 2000.

El Convenio 2000 está vigente en todos los Estados de la UE, excepto:

- Grecia
- Irlanda
- Italia

Como cualquier instrumento de Derecho Público internacional, de cooperación clásica intergubernamental y a diferencia de lo que sucede con el acervo Schengen, “comunitarizado” por Protocolo anejo al Tratado de Ámsterdam y con las Decisiones Marco, de obligada transposición, el Convenio está supeditado a su adopción por los Estados, limitándose esta posibilidad a los miembros de la Unión Europea, a diferencia de determinados convenios celebrados en el marco del Consejo de Europa, como el Convenio de 1959, abierto a la firma de terceros Estados que no formen parte de la estructura del Consejo de Europa, más amplia de por sí que la Unión Europea¹. Por ello, el Convenio sólo entró en vigor en los sucesivos Estados que se fueron incorporando a la Unión, por adhesión, una vez que depositaron el correspondiente instrumento y transcurrieron noventa días desde dicho depósito. Por ello, también, como hemos visto, el Convenio no está en vigor en todos los Estados miembros de la UE. Por ello, finalmente, no es posible la firma del Convenio por terceros Estados, con la excepción del status especial que se reconoce a Islandia y Noruega, respecto de determinadas disposiciones del Convenio y su Protocolo, como Estados asociados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen (“Acuerdo de Asociación”), en cuanto el Convenio 2000 es complementario de éste.

A las limitaciones derivadas de su naturaleza jurídica, se suman, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, las expectativas generadas por la incorporación de la materia que regula, la cooperación judicial penal, al procedimiento legislativo ordinario, cuyos instrumentos normativos son los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes.

1.2. **Ámbito objetivo**

El Convenio 2000, entre otros motivos, por su carácter complementario de otros instrumentos, que se desarrolla en el siguiente epígrafe, no nace con vocación de regulación exhaustiva de la asistencia judicial entre los Estados miembros, puesto que partía ya de “*bases sólidas y de amplia y probada eficacia*”². Sus **objetivos**, siguiendo su Informe Explicativo, son:

¹ Es el caso de Israel, que ratificó el Convenio del 59 el 27-9-67, Chile o Corea, que lo hicieron, respectivamente, el 30-5-2011 y 29-9-2011, respectivamente.

² Vid., en el Nivel 3, el Informe Explicativo del Convenio aprobado por el Consejo el 30-11-00, DO C 379, de 29-XII-2002, pág.7.

- Mejorar la asistencia judicial, haciéndola más rápida, flexible y eficaz, fomentando la transmisión directa de solicitudes, el uso del correo en notificaciones y traslado de documentos, o la aplicación de la ley del Estado requirente a la ejecución.
- Modernizar la asistencia judicial, adaptándola a:
 - La evolución política y social (eliminación de controles fronterizos, globalización). En esta línea, se regulan formas especiales de asistencia como las entregas vigiladas, los equipos conjuntos de investigación y las investigaciones encubiertas
 - La evolución tecnológica, pretensión que se sitúa en la base de la amplia regulación de la intervención de las comunicaciones y de la audición por videoconferencia.

La **estructura** del Convenio es coherente con esta declaración de propósitos:

- Título I: Disposiciones generales, relativas a las relaciones con otros convenios, precisiones sobre su ámbito de aplicación, envío y notificación de documentos procesales, transmisión de solicitudes de asistencia e intercambio espontáneo de información (arts. 1 a 7).
- Título II: Solicitudes de determinadas formas específicas de asistencia judicial, como la restitución de objetos, el traslado temporal de detenidos con fines de investigación, las entregas vigiladas, los equipos conjuntos de investigación, las investigaciones encubiertas o la videoconferencia, como forma especial de audiencia de testigos y peritos (arts. 8 a 16).
- Título III: Intervención de telecomunicaciones (arts. 17 a 22).
- Título IV: Protección de datos de carácter personal (art. 23).
- Disposiciones finales, relativas a declaraciones, reservas, aplicación territorial, entrada en vigor, adhesión de nuevos Estados miembros, entrada en vigor para Islandia y Noruega y designación del Secretario General del Consejo de la Unión Europea como depositario (arts. 24 a 30).

Precisamente por su carácter complementario y como se comprueba en una primera lectura de contenidos, cuestiones básicas en materia de asistencia judicial, como las declaraciones de imputados, testigos o peritos (al margen de la modalidad de audición por videoconferencia o por teléfono), el contenido mínimo o el idioma de las solicitudes de asistencia, no son objeto de regulación específica. Por este motivo, el Convenio no puede ser utilizado, por sí mismo, como única base en la que sustentar una solicitud de asistencia. Por otra parte, la mayor parte de las formas de asistencia específica que desarrolla el Convenio, se encontraban ya previstas en otros

instrumentos o venían prestándose, con mayor o menor frecuencia y facilidad, al amparo de las declaraciones generales de “prestación de la asistencia judicial más amplia posible³” que suelen contener los tratados multilaterales o bilaterales en la materia.

En esencia, el Convenio se ocupa de la **notificación y traslado de actos y documentos judiciales** y de la **asistencia judicial en sentido estricto** (actos de investigación y obtención de pruebas). Queda al margen la entrega y traslado de sujetos procesales, salvo el traslado de detenidos con fines de investigación y respecto de otras modalidades de cooperación judicial que no regula tampoco expresamente, como las referidas a medidas cautelares reales o ejecución de sentencias, el Convenio sólo es aplicable, por ejemplo, en lo relativo a las vías de transmisión de las solicitudes, en cuanto complementario de otros instrumentos.

Así, lo será respecto de **medidas cautelares reales**, en cuanto son objeto de regulación en el Convenio del 59, en el que están sometidas a un generoso ámbito de reserva por los Estados, del que hicieron uso, entre otros, Alemania, España y Portugal. Los Estados podían reservarse la posibilidad de sujetar las solicitudes de registro y embargo de bienes a todas o algunas de las siguientes condiciones⁴:

- a) Doble incriminación.
- b) Carácter extraditable de la infracción en el Estado requerido.
- c) Ejecución compatible con el Derecho del Estado requerido.

En el ámbito Schengen, deberán tenerse en cuenta parecidas, aunque no idénticas, posibilidades de reserva, subordinando la asistencia a las condiciones de:

1º- Mínimo punitivo de seis meses de privación de libertad en ambos Estados o sanción equivalente en uno de ellos, siempre que en el otro Estado constituya una infracción de reglamentos perseguida por autoridades administrativas cuya decisión sea recurrible ante una jurisdicción competente, en particular en materia penal.

2º-Ejecución compatible con el Derecho del Estado requerido.

Por ello, en el ámbito de aplicación del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, será obligatorio cumplimentar las comisiones rogatorias para embargo, si el origen es un hecho punible que resulta conminado en el Estado requerido, con una pena superior a seis meses, aunque en el Estado requirente integre una mera

³ Vid., en Nivel 3, el art. 1.1 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959.

⁴ A título de ejemplo, países como Alemania y Portugal exigen las condiciones a) y c); Polonia y España exigen las tres condiciones; Rumania se reservó las condiciones b) y c) y Hungría tan sólo la última de ellas.

infracción de una Ordnungswidrigkeit (“reglamento de orden”, de naturaleza administrativa cuyo recurso es resuelto por un Juez Penal).

Sin embargo, en esta materia, existe ya un instrumento de reconocimiento mutuo, la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, que, concluido ya el plazo de transposición, representa un sistema legal uniforme (al menos, en el terreno de las intenciones) y un nivel superior de cooperación y que será objeto de tratamiento en el Tema 11.

Respecto de la fase de **ejecución de sentencia**, a pesar de que el Convenio 2000 nada dice sobre el tema y de que el Convenio del 59 excluía de su ámbito de aplicación las detenciones y la ejecución de condenas, en declaración reiterada por su Segundo Protocolo, lo cierto es que no existe un veto absoluto a la cooperación en esta fase, ni, por tanto, a la aplicación complementaria del Convenio 2000, salvo en lo referido a la ejecución efectiva de penas y medidas, admitiéndose, como señala el Protocolo Adicional de 1978 con relación a:

- a) La notificación de los documentos relativos a la ejecución de una condena, el cobro de una multa o el pago de gastos procesales.
- b) Las medidas alternativas a la suspensión del pronunciamiento de una condena o de su ejecución, a la libertad condicional, al aplazamiento del comienzo de cumplimiento de una condena o a la interrupción de su cumplimiento.

Por su parte, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (art. 49), tras citar los anteriores, añade la posibilidad de aplicación a otros incidentes de la ejecución:

- c) Los procedimientos de indemnización por medidas de instrucción o condenas injustificadas.
- d) Los procedimientos de gracia.
- e) Las acciones civiles conexas a las penales, mientras la jurisdicción penal aún no se haya pronunciado definitivamente sobre la acción penal⁵.

Como aparente ampliación del ámbito objetivo de otros tratados, el Convenio 2000 declara que se prestará igualmente asistencia judicial:

⁵ La ejecución de responsabilidades civiles derivadas de delito se someten, en principio, al Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Reglamento 1496/2002 de 21 de agosto de 2002.

- En **procedimientos incoados por autoridades administrativas** por hechos que con arreglo al Derecho interno del Estado miembro requirente o del Estado miembro requerido o de ambos, sean punibles como infracciones de disposiciones legales, cuando la decisión de dichas autoridades pueda ser recurrida ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal⁶ (art. 3.1). Esta previsión se encontraba ya contenida, con escasas variaciones sustantivas, en el art. 49 a) del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, precepto que ahora deroga el Convenio 2000.
- En procedimientos penales y en los administrativos referidos en el punto anterior, relativos a hechos o infracciones por los que en el Estado miembro requirente pueda ser considerada responsable una **persona jurídica**, aunque el Estado requerido no contemple esta posibilidad.
- En procedimientos penales y en los administrativos referidos en el primer punto, relativos a **infracciones fiscales**, de conformidad con el art. 8 de su Protocolo.

El Convenio 2000 es también aplicable a:

- determinados procedimientos administrativos;
- procedimientos penales y administrativos seguidos contra personas jurídicas;
- Infracciones fiscales.

1.3. Relaciones de complementariedad con otros convenios

El Convenio tiene una expresa vocación complementaria de los instrumentos europeos anteriores en materia de cooperación y contiene escasas normas derogatorias. La relación que rige el Convenio 2000 y su Protocolo no es de complementariedad, sino de integración, como ya se ha indicado y, por ello, las precisiones de este apartado son aplicables a uno y otro, como un solo instrumento.

Los textos que menciona el art. 1 del Convenio como normas “complementadas” son los siguientes:

⁶ Como señala el Informe Explicativo, la inclusión de la expresión «en particular» al final de dicho apartado, aclara que no es necesario que el órgano jurisdiccional ante el que podría sustanciarse conozca exclusivamente de cuestiones penales.

- El Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y su Protocolo adicional de 17 de marzo de 1978.
- Las disposiciones sobre asistencia judicial en materia penal del Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.
- El capítulo 2 del Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 en el marco de las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Económica Benelux.

En caso de conflicto con estos convenios anteriores, prevalecerá el Convenio 2000, sin perjuicio de la aplicación de las normas más favorables de los convenios multilaterales o bilaterales celebrados entre los Estados miembros.

Dejando al margen, por su menor interés para los participantes en el curso, las relaciones con el Tratado del Benelux, es preciso detenerse en las que rigen el Convenio en estudio con el Convenio del 59 y con el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, así como con otros tratados, multilaterales o bilaterales, que pueden ofrecer mayores niveles de cooperación.

El Convenio 2000 se integra con su Protocolo y se complementa con el Convenio de 1959 y con el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990

1.3.1. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959

El Convenio de 1959, en relación con el Convenio 2000, no es derogado expresamente por éste, en ninguna de sus disposiciones y es complementado por él, lo que significa que:

- Tiene vigencia supletoria en lo no previsto por el nuevo Convenio:
 - En cuestiones generales:
 - Contenido mínimo de las solicitudes de asistencia (art. 14 del Convenio del 59):
 - Autoridad requirente, con todos los datos que faciliten su plena identificación y contacto.
 - Objeto o motivo de la solicitud.
 - Identidad, nacionalidad y, en su caso, dirección de la persona afectada por la solicitud.

- Inculpación.
- Resumen de hechos.
 - Idioma de las solicitudes: El artículo 16 del Convenio del 59 no exige traducción de la solicitud ni de sus documentos anexos, pero se trata de una disposición sujeta a reserva, posibilidad de la que han hecho uso la mayoría de los Estados parte.
 - Gastos de la ejecución (arts. 10 y 20).
 - En formas de asistencia que no son objeto de regulación expresa, como las declaraciones presenciales de acusados, peritos y testigos.
- Es un referente de interpretación de las normas del Convenio 2000.
- Es aplicable a las solicitudes de asistencia dirigidas a Estados para los que no rige el Convenio 2000:
 - Estados miembros de la Unión Europea en los que no está en vigor el Convenio 2000.
 - Estados “europeos” no integrados en la Unión Europea.
 - Israel, Chile o Corea.

El carácter supletorio y la condición de elemento interpretativo son predicables tanto del propio Convenio del 59, como de su Protocolo Adicional de 1978 y del Segundo Protocolo al Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001, en vigor desde el 1-2-04. Consecuentemente, las reservas al Convenio del 59 y sus Protocolos, en todo aquello que no sea objeto de regulación expresa en el Convenio 2000, siguen vigentes para todos aquellos Estados que las hayan formulado y que sean parte en uno y otro convenio.

1.3.2. Convenio de 19 de junio de 1990 aplicación del Acuerdo de Schengen

El art. 1 c) del Convenio 2000 declara su carácter complementario respecto de **“las disposiciones sobre asistencia judicial en materia penal”** del Convenio de 19 de junio de 1990, sobre aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (CAAS). La referencia no ha de limitarse a los artículos 48 a 53 del citado Convenio de Aplicación, que conforman el Capítulo II, bajo el epígrafe “Asistencia judicial en materia penal”, sino a todas aquellas normas que materialmente afectan este tipo de asistencia.

Como ya ha quedado expuesto al examinar el ámbito objetivo de aplicación del Convenio 2000, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen introduce **normas complementarias** de instrumentos anteriores, como el Convenio del 59, que:

- Amplían el ámbito de asistencia a:

- Infracciones de “reglamentos de orden”.
- Procedimientos de indemnización por condenas o medidas de instrucción injustificadas.
- Procedimientos de gracia.
- Acción civil derivada de ilícitos penales.
- Notificaciones en materia de ejecución.
- Alternativas a las penas privativas de libertad⁷.
- Facilitan la asistencia con fórmulas como:
 - Posibilidad de notificaciones por correo.
 - Remisión directa de comisiones rogatorias entre autoridades judiciales⁸.
 - Limitación de las reservas de asistencia para registro o embargo de bienes.

Asimismo, el CAAS regula ampliamente, en su Capítulo III, la aplicación del principio de “non bis in idem”, cuya interpretación por el Tribunal de Justicia ha generado una importante doctrina en la materia, e introduce normas específicas en materia de extradición y transmisión de ejecución de sentencias penales.

El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen fue, como se ha indicado, “comunitarizado”, por Protocolo anejo al Tratado de Ámsterdam, en cuanto a la selección de elementos realizada por el Consejo que identificó qué elementos del mismo integran el **acervo comunitario** que los distintos Estados que se han adherido con posterioridad o que lo hagan en un futuro deben incorporar a su legislación nacional.

Un caso especial es el representado por **Reino Unido e Irlanda**. De acuerdo con las previsiones contenidas en el Protocolo mencionado, el Consejo aprobó la demanda del Reino Unido de participar en determinados aspectos de la cooperación basada en Schengen (cooperación policial y judicial en materia penal, lucha contra el tráfico de estupefacientes y sistema de información (SIS). Respecto de Irlanda, participa en todos los aspectos del acervo Schengen, excepto los correspondientes a controles, vigilancia y persecución transfronterizos. Por su parte, **Islandia y Noruega** se asociaron a la aplicación de Schengen desde el 19-12-96 y, en virtud de Acuerdo de 18-5-99, participan en la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos relativos al desarrollo del acervo de Schengen, aunque formalmente aquéllos son adoptados tan sólo por los Estados miembros. **Dinamarca**, aunque es signataria de Schengen, conserva un status especial, en cuanto podrá elegir en el marco de la UE aplicar o no

⁷ Algunas de estas “ampliaciones” habían sido ya asumidas, no obstante, por el Protocolo Adicional al Convenio del 59 de 1978.

toda nueva Decisión tomada sobre la base de su acervo, tanto en materia de cooperación penal como civil. Finalmente, existen acuerdos de asociación al Convenio de Schengen entre la UE y **Suiza** y **Liechtenstein**, que no son, ni, en tanto no se integren en la UE, no podrán ser firmantes del Convenio 2000 y respecto de los que, a diferencia de Islandia y Noruega, el Convenio no contiene previsión alguna.

Esta integración en el acervo comunitario exigía una clarificación de las relaciones entre ambos convenios, por lo que el art. 2.2 del Convenio 2000 incorpora una **derogación expresa de determinadas disposiciones** del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, relativas a:

- Aplicación a determinados procedimientos administrativos (art. 49 a) CAAS), en cuanto es objeto de nueva redacción en el art. 3.1 del Convenio 2000.
- Notificación y traslado de documentos (art. 52 CAAS), objeto de nueva regulación, en especial en lo que a su carácter imperativo se refiere, en el art. 5 del Convenio 2000.
- Transmisión de solicitudes de asistencia judicial (art. 53 CAAS), ahora regulado en el art. 6 del Convenio 2000.
- Entregas vigiladas (art. 73 CAAS), objeto de más amplia regulación en el art. 12 del Convenio 2000.

1.3.3. Otros convenios

Además de las relaciones de complementariedad expresamente reguladas y como expresamente declara su art. 1.2, el Convenio no afectará a la aplicación de:

- Disposiciones más favorables de acuerdos bilaterales o multilaterales entre Estados miembros.
- Disposiciones relativas a la asistencia judicial en materia penal convenidas sobre la base de una legislación uniforme, como sucede en materia de embargo de bienes o de información sobre antecedentes penales.
- Un régimen especial que establezca la aplicación recíproca de medidas de asistencia judicial en sus respectivos territorios.

2. Auxilio judicial internacional en general

2.1. Ley aplicable a la ejecución

El art. 4 del Convenio prevé la **aplicación de la Ley del Estado requirente** por parte del Estado requerido, a solicitud de aquél, en cuanto a trámites y procedimientos, salvo disposición en contrario del Convenio y siempre que dichos trámites y

⁸ Fórmula sólo prevista en el Convenio del 59 para caso de urgencia (art. 15.2).

procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido.

La previsión **no es enteramente novedosa**: se recogía ya en el Convenio del 59 la posibilidad de solicitar que se recibiera juramento a testigos o peritos y es frecuente en los convenios bilaterales más modernos.

Los **requisitos** para la aplicación de la regla *forum regit actum* son:

- Solicitud expresa del Estado requirente.
- Expresión de los trámites y procedimientos cuya observancia se solicita del Estado requerido, con posible solicitud de aclaraciones, si la información facilitada fuere insuficiente o confusa.
- Compatibilidad con lo dispuesto en el propio Convenio, por lo que no será aplicable el art. 4 cuando el Convenio expresamente establezca que para la solicitud regirá el Derecho del Estado requerido.
- Compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho del Estado requerido. Se trata del requisito clave del que dependerá la extensión de las previsiones del art. 4. Al respecto pueden destacarse las siguientes precisiones:
 - Como aclara el Informe Explicativo, las declaraciones formuladas conforme al art. 5 del Convenio de 1959 (reservas respecto de las solicitudes de registro y embargo de bienes, a las que nos hemos referido en el epígrafe 1.2) no se ven afectadas por el art. 4 del Convenio 2000, aunque sí lo están por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.
 - Los términos “trámites y procedimientos” deben entenderse en sentido amplio, comprensivos, por ejemplo, de la posibilidad de asistencia de las partes o de las autoridades judiciales del Estado requirente, ya contemplada en el art. 4 del Convenio del 59 y en muchos convenios bilaterales.
 - Paralelamente, la autoridad requirente deberá realizar un esfuerzo de depuración, evitando solicitudes de observancia de trámites no esenciales a los fines de eficacia de la diligencia interesada en el Estado de origen.
 - A su vez, en el juicio de compatibilidad la autoridad judicial de ejecución, deberá:
 - observar el principio de proporcionalidad al que se refiere el propio Convenio en su Declaración previa;

- evitar la confusión entre incompatibilidad con principios fundamentales del Derecho y meras diferencias en la legislación ordinaria;
- procurar, a la espera de pronunciamientos sobre la materia del TJCE, la identificación de tales principios fundamentales con los que rigen el debido proceso, tomando como referencia el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al que se remite el art. 6 del Tratado de la Unión Europea;
- informar sin demora, a la autoridad del Estado requirente, en caso de que se aprecie definitivamente la incompatibilidad en concreto, en qué términos y con arreglo a qué procedimientos será posible la ejecución de la solicitud de asistencia (art. 4.3).

La autoridad requirente puede solicitar que la ejecución de la solicitud se ajuste:

- Al principio *forum regit actum*
- A determinados plazos

Como complemento a la previsión de aplicación de la ley del Estado requirente, aunque con un propósito más limitado, el art. 4 prevé la posibilidad de que aquél solicite, a la autoridad requerida, la observancia de los **plazos procedimentales** que le indique, explicando las razones de dichos plazos. En todo caso, el Estado miembro requerido se compromete a ejecutar cuanto antes la solicitud de asistencia, teniendo en cuenta “en la medida de lo posible”, los plazos que le fueren indicados.

Si se prevé que la solicitud no podrá cumplirse en el plazo señalado y las razones expresadas por la autoridad requirente indiquen específicamente que cualquier retraso supondrá un perjuicio grave para su procedimiento, la autoridad requerida indicará sin demora el tiempo que estime necesario para la ejecución de la solicitud y, por su parte y también sin demora, la autoridad requirente manifestará si la solicitud se mantiene pese a ello, pudiendo acordar ambas posteriormente el curso que se dará a la solicitud.

Las anteriores previsiones, contenidas en el art. 3 y 4 revelan:

- La vigencia del principio de “negociación entre autoridades” en el ámbito de aplicación del Convenio 2000.
- La importancia de incluir, en las solicitudes de asistencia, todos los datos de contacto de la autoridad requirente (dirección postal, electrónica, teléfono, fax)

- La necesidad de observar la “buena práctica” de remisión de “cover note” o acuse de recibo por parte de la autoridad requirente, para facilitar la devolución de la parte correspondiente a ella de este impreso por la autoridad requerida.
- La conveniencia de utilizar los recursos ofrecidos por la Red Judicial Europea y sus respectivas estructuras nacionales de apoyo.

2.2. Notificación y traslado de documentos procesales

Siguiendo el precedente establecido en el CAAS (art. 52, derogado por el nuevo Convenio), pero ahora con una formulación imperativa y no meramente facultativa, el art. 5 del Convenio 2000 establece el recurso al correo como regla general, para comunicarse con los particulares que se hallen en el territorio de otro Estado miembro (aunque no residan en él), a efectos de comunicación de documentos procesales (incluidas citaciones y resoluciones judiciales) a ellos dirigidos.

La mediación de las autoridades competentes del Estado requerido se reserva para supuestos excepcionales como:

- aquéllos en que el domicilio de la persona a la que va dirigido un documento sea desconocido o incierto o
- cuando el Derecho Procesal del Estado recurrente exija una prueba de efectiva notificación distinta a la que proporciona el correo o
- cuando no ha resultado posible entregar el documento por correo o
- por razones justificadas del Estado requirente para estimar que el envío por correo resultará ineficaz o inadecuado.

En estos casos excepcionales, regirán las vías de transmisión que se examinan en el siguiente epígrafe (art. 6). Para evitar el fracaso de la notificación o traslado por correo, la autoridad requirente deberá facilitar toda la información que pueda resultar pertinente para colaborar en la localización del destinatario.

En cuanto al idioma, sólo es preciso traducir el documento o, al menos, sus pasajes más importantes, a la lengua o a una de las lenguas del Estado miembro en cuyo territorio se halle el destinatario o la única que la autoridad remitente sabe que comprende aquél, si existen razones para pensar que dicho destinatario no comprende la lengua en que está redactado el documento.

**La notificación y traslado de documentos,
salvo casos excepcionales, ha de realizarse por correo,
directamente al destinatario,
con traducción de lo esencial a lengua que éste entienda.**

En estos casos, no es preciso redactar una solicitud de asistencia judicial en forma, sino tan sólo acompañar el documento procesal de una nota que indique que el destinatario podrá pedir a la autoridad que haya expedido el documento o a otras autoridades de ese Estado miembro, información acerca de sus derechos y obligaciones en lo que respecta al documento, con iguales exigencias de traducción que las establecidas para el propio documento, contribuyendo, de este modo, a garantizar el derecho de defensa y a obtener tutela judicial efectiva. Aunque no se especifique, la nota deberá indicar las consecuencias del incumplimiento de lo previsto en el documento al que acompaña conforme a la legislación del Estado requirente, las circunstancias en que el destinatario puede estar asistido de Letrado, los derechos de indemnización por desplazamiento y estancia, etc.

El Convenio declara, finalmente, que son aplicables las previsiones del Convenio del 59 y del Tratado Benelux relativas a la prohibición de intimaciones en la citación de testigos y peritos, indemnizaciones e inmunidades a ellos aplicables.

2.3. Vías de transmisión

2.3.1. Norma general

Entre las numerosas novedades introducidas por el Convenio 2000, algunas ya aplicables en el régimen de urgencia del Convenio de 1959 y al amparo del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, a los que complementa, debe resaltarse la imposición de la comunicación directa entre las autoridades judiciales, como regla general en las solicitudes de asistencia judicial, incluidas las transmisiones de denuncia del art. 21 del Convenio del 59 y los intercambios espontáneos de información que regula el art. 7 del Convenio 2000.

La solicitud se transmitirá y responderá por escrito o cualquier otro medio que pueda dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado receptor establecer su autenticidad, esto es, fax, correo electrónico u otro medio de telecomunicación, sin que nada impida la aceptación de solicitudes verbales, en especial en caso de urgencia y con confirmación inmediata por escrito⁹.

En la redacción de la solicitud, ante el silencio del Convenio, serán aplicables, como se ha indicado, las especificaciones del art. 14 del Convenio del 59, con los requisitos añadidos derivados del Convenio 2000, cuando proceda (solicitud de

⁹ La sugerencia de aceptación de solicitudes orales procede del propio Informe Explicativo del Convenio.

observancia de la ley del Estado requirente, señalamiento de plazos). Para asistir esta redacción, la RJE ha dispuesto la herramienta “Compendium Wizard”.

La referencia a “autoridades judiciales” remite a lo que se venía entendiendo por tales en los Convenios del 59 y Benelux, aunque es posible la comunicación directa entre una autoridad judicial o central de un Estado y una autoridad policial o aduanera que sea la competente en el otro Estado, en solicitudes relativas a entregas vigiladas, equipos conjuntos de investigación e investigaciones encubiertas, o entre una autoridad judicial o central de un Estado y una autoridad administrativa que sea la competente en el otro Estado, cuando se trate de cooperación relativa a procedimientos administrativos, si bien la posibilidad de comunicación directa “mixta” entre autoridad judicial o central y aduanera, policial o administrativa puede ser objeto de reserva, debiendo indicar el Estado correspondiente, en tal caso, qué autoridades serán competentes.

En caso de urgencia, la transmisión puede realizarse vía INTERPOL o de cualquier órgano competente según las disposiciones adoptadas en virtud del Tratado de la Unión Europea, como Europol.

Al objeto de localizar la autoridad judicial competente en el Estado requerido, debe consultarse el Atlas Judicial, por el momento sólo disponible en francés o inglés, en la página Web de la RJE.

La regla general para las solicitudes de asistencia
es su transmisión directa
entre las autoridades judiciales competentes.

2.3.2. Alternativas

La anterior regla general de comunicación directa no se opone a la facultad de envío de las solicitudes de asistencia o de su respuesta entre autoridades centrales o de autoridad judicial a autoridad central. Esta previsión se conservó para responder a la conveniencia, en determinadas circunstancias, de tramitación intervenida por autoridad central, por ejemplo en casos complejos o en los que estén implicadas distintas autoridades del Estado requerido¹⁰.

¹⁰ Casos en los que, igualmente, deberá valorarse la oportunidad de requerir la asistencia de los puntos de contacto de la RJE o de Eurojust.

2.3.3. Excepciones

Junto a la regla general y alternativa facultativa expuestas en los epígrafes anteriores, el Convenio conserva excepciones en las que se impone la comunicación entre autoridades centrales o se reconoce el derecho de determinados Estados a formular reserva a la regla general de comunicación directa.

- Traslado temporal o tránsito de detenidos con fines de investigación: Las solicitudes con este objeto se cursarán a través de las autoridades centrales de los Estados miembros.
- Comunicaciones relativas a información sobre condenas judiciales, no reguladas en el Convenio 2000, sino en el Convenio del 59 y en el Tratado Benelux: Las solicitudes con este objeto se cursarán a través de las autoridades centrales de los Estados miembros. La justificación, como en el caso anterior, se encuentra en el propio objeto de la asistencia, respecto del cual suelen tener competencia, en los distintos Estados, los Ministerios de Justicia. Como excepción a la excepción, se permite la comunicación directa entre autoridades competentes cuando el objeto sea la solicitud de copias de las condenas y medidas derivadas que afecten a lo nacionales de otra parte y que consten en los registros de antecedentes penales¹¹.
- Intervención de las telecomunicaciones: A estos efectos, se entiende por “autoridad competente” para cursar o ejecutar la solicitud con este objeto, la autoridad judicial o, cuando las autoridades judiciales no posean competencias en el ámbito que abarca la asistencia, una autoridad competente equivalente, que actúe como autoridad central y que deberá ser designada por el Estado en el momento de realizar la notificación al Secretario General del Consejo.
- El Convenio reconoce a Reino Unido e Irlanda la posibilidad de declarar que las solicitudes de asistencia o intercambios espontáneos de información se remitirán a sus respectivas autoridades centrales, con necesaria limitación del alcance de esta declaración cuando entren en vigor para dichos Estados las disposiciones del CAAS. Cualquiera de los Estados miembros podrán aplicar el principio de reciprocidad en relación con las mencionadas declaraciones. El Reino Unido realizó la declaración prevista al efectuar la notificación correspondiente.

¹¹ En esta materia, no obstante, debe consultarse el tema 9, en el apartado relativo a “Antecedentes penales”.

3. Formas específicas de asistencia judicial

3.1. Restitución de objetos

El Estado requerido, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, podrá poner, a disposición del Estado requirente, objetos obtenidos por medios ilícitos, para su restitución a su legítimo propietario. El Estado requerido no está obligado a dar curso a esta solicitud. De hecho, puede denegarla en los casos en que los bienes incautados pudieran servir de prueba en un procedimiento seguido ante las autoridades del Estado requerido y, desde luego, la disposición sólo será aplicable en el caso de que no exista duda alguna respecto a la identidad del legítimo propietario.

El Estado requerido puede renunciar a la devolución de objetos, antes o después de su entrega, si ello pudiera facilitar su devolución a su legítimo propietario. Si la renuncia fuere anterior a la entrega, el Estado requerido no hará valer derechos de garantía o cobro en virtud de disposiciones fiscales o aduaneras en relación con dichos objetos. No obstante, la renuncia se entenderá sin perjuicio del derecho del Estado requerido de reclamar derechos o tasas al legítimo propietario.

Por lo demás, la solicitud de entrega habrá de regirse por las normas generales aplicables a toda solicitud de asistencia.

3.2. Traslado temporal de detenidos con fines de investigación

El art. 9 del Convenio 2000 complementa el art. 11 del Convenio del 59, (que autorizaba el traslado de toda persona detenida en el Estado requerido y cuya comparecencia personal como testigo o para un careo haya sido solicitada por el Estado requirente), autorizando a los Estados miembros a establecer acuerdos de traslado temporal de una persona detenida a otro Estado miembro, en conexión con una investigación seguida en aquél. El acuerdo deberá establecer el modo en que se realizará el traslado y el plazo de “devolución” de la persona trasladada.

Los Estados pueden requerir el consentimiento de la persona afectada, con carácter general o en determinadas circunstancias, debiendo declararlo así al efectuar la notificación al Consejo, especificando, en su caso dichas circunstancias. En tales casos, se facilitará al Estado requerido una declaración original o una copia de la persona en tal sentido¹².

¹² Son aplicables las previsiones del Convenio del 59 al traslado en tránsito, privación de libertad en el Estado requirente y en el Estado de tránsito como norma general, salvo consentimiento del Estado requerido y gastos del traslado (arts. 11. 2 y 3 y 20).

El tiempo de detención en el Estado requerido se deducirá del período de privación de libertad impuesto o imponible en el Estado requirente.

El traslado de personas detenidas a fines de investigación es un supuesto distinto a la extradición y al traslado de personas condenadas en sentido propio.

3.3. Declaraciones de testigos o peritos por videoconferencia o conferencia telefónica

Una destacada novedad viene representada por la regulación de la videoconferencia, que proporcionará una cobertura normativa a esta modalidad que en la última década se ha ido incorporando a las legislaciones internas europeas. Al margen de usos concretos, como la protección de víctimas menores, es evidente la potencialidad de este medio para aplicar y abaratar la asistencia judicial nacional e internacional, sin merma sustancial de garantías y sin menoscabo, en particular, de principios procesales básicos, como la intermediación.

El Convenio utiliza la cláusula abierta de autorizar este sistema “en **caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente**” en el territorio del Estado requirente. La cláusula es objeto de aclaración en el Informe Explicativo del Consejo, según el cual “el concepto de “oportuno” podrá aplicarse en los casos en que el testigo sea especialmente joven, de edad avanzada o no goce de buena salud, mientras que el concepto de “posible” se aplicaría, por ejemplo, en los casos en que el testigo corra un grave riesgo si comparece en el Estado miembro requirente”. El Convenio exige comunicar al Estado requerido el motivo por el que no es oportuna o posible la comparecencia física del testigo o perito, aunque el Informe Explicativo reconoce al Estado requirente “*plena libertad para valorar cuáles son las circunstancias pertinentes*”.

El sistema es aplicable, en principio, sólo a **testigos y peritos**, aunque es posible la aplicación de esta modalidad, por acuerdo de los Estados miembros, a las declaraciones de **acusados**. En este caso, la decisión y el modo de ejecución se supeditarán a los términos del acuerdo, de conformidad con su Derecho interno y con los correspondientes instrumentos internacionales, incluido el CEDDHH. A diferencia de lo que sucede con testigos y peritos, es preciso contar con el consentimiento del acusado. Todo Estado miembro podrá declarar que no tiene intención de aplicar esta

previsión, si bien puede retirar esta declaración en cualquier momento. Se oponen, por haber realizado declaración al respecto, a la audición de acusados por videoconferencia, países como Dinamarca, Francia, Países Bajos, Polonia y Reino Unido. Hungría exige constancia por escrito del consentimiento del acusado.

Es posible la audición por videoconferencia internacional de testigos, peritos y, excepcionalmente, acusados.
Sólo los acusados han de consentir la utilización de este recurso.

En desarrollo del Convenio, el art. 11 de la Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, recomienda *“recurrir en la mayor medida posible, para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica”* previstas en el Convenio 2000.

El testigo o perito que no comparezca en la fecha, hora y lugar fijados para la videoconferencia podrá ser sancionado conforme a la legislación del Estado requerido, en los mismos términos que procederían en el caso en que la audición se hubiese verificado en un procedimiento nacional. La dispensa de prestar declaración deberá estar prevista en las legislaciones de uno y otro Estado. Las consecuencias de la negativa a declarar y el falso testimonio se regirán por la ley del Estado requerido y, si surgieran dificultades de este orden, el Estado requerido deberá comunicarlo al Estado requirente, al objeto de que adopte las medidas oportunas.

El sistema de audición por videoconferencia es posible **aunque la legislación del Estado requerido no lo prevea**, siempre que no sea contrario a los principios fundamentales de su Derecho nacional. Incluso, si no dispone de los **medios técnicos** necesarios para establecer la conexión, tal carencia podrá ser suplida por el Estado requirente. En ocasiones, puede resultar útil contactar con la Embajada o recurrir a sistemas técnicos alternativos, como una webcam.

La práctica de la videoconferencia conforme a las disposiciones del Convenio ofrece las siguientes **peculiaridades**:

- La citación del interesado corresponde al Estado requerido.
- La autoridad judicial del Estado requerido ha de estar presente durante la audición e identificar al declarante, velando, asimismo, por el respeto de sus derechos, en particular:
 - Facilitando un intérprete si fuera necesario.
 - Adoptando, de acuerdo con las autoridades requirentes, medidas de

protección.

- o Suspendiendo la audición cuando considere que se infringen los derechos fundamentales del Derecho interno, reanudándola, por ejemplo cuando se provea de Defensa técnica al declarante.
- o Levantando acta de la diligencia, que no incluirá el contenido mismo de la declaración, cuya documentación corresponde al Estado requirente, pero sí la referencia a la fecha y lugar de la audición, identidad del declarante, identidad y calidad de quienes hayan participado en la diligencia, prestación de juramento o promesa, en su caso y condiciones técnicas en que se ha desarrollado la audición.

En vista de los importantes **costes** que pueden originarse, el Estado miembro requirente deberá reembolsar al Estado miembro requerido los gastos ocasionados por la realización de la videoconferencia. No obstante, se deja a la discreción del Estado miembro requerido la posibilidad de renunciar total o parcialmente a dicho reembolso.

En casos de declaraciones “rutinarias”, como, por ejemplo, las que tengan por objeto el ofrecimiento de acciones civiles al perjudicado, puede recurrirse a la **audición telefónica** con intervención de autoridades judiciales en ambos Estados y con consentimiento expreso del testigo o perito, algo distinto al contacto telefónico directo con el particular sin intervención alguna de las autoridades judiciales del Estado en que se encuentra el perito o testigo, con frecuencia recurriendo a las sedes consulares .

El Segundo Protocolo Adicional al Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001, ha extendido algunas de las previsiones del Convenio 2000 al ámbito del Consejo de Europa (y de otros países a los que está abierta la firma del Protocolo), entre ellas, la audiencia por videoconferencia y teléfono.

3.4. Entregas vigiladas

El ámbito de aplicación de esta modalidad de investigación, regulada en el art. 12 del Convenio, es más amplio que el del artículo 73 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que trataba también de las entregas vigiladas, ya que no se limita a las entregas vigiladas en el caso de los delitos relacionados con el tráfico de drogas.

En el Convenio no se ha definido de manera específica la expresión "entrega vigilada", que debe interpretarse de conformidad con las leyes y prácticas nacionales. Esta disposición será de aplicación, por ejemplo, si la expedición ilícita, previo

consentimiento de los Estados miembros interesados, ha sido interceptada y autorizada a proseguir su curso con su contenido inicial intacto, sustraído o sustituido total o parcialmente.

Cada Estado miembro estará obligado a adoptar los medios para garantizar que, a petición de otro Estado miembro, pueda permitir que se realicen entregas vigiladas en su territorio en el marco de investigaciones penales respecto de hechos delictivos que puedan dar lugar a extradición. El concepto de lo que constituye un hecho delictivo de tal tipo en el ámbito de la Unión Europea, se abordó en el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 1996. Con arreglo al artículo 2 de dicho Convenio, darán lugar a la extradición aquellos hechos castigados por la ley del Estado miembro requirente con una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de doce meses por lo menos y por la ley del Estado miembro requerido con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de seis meses por lo menos.

La decisión relativa a la realización de entregas vigiladas en su territorio la tomará el Estado requerido. Las decisiones se tomarán teniendo en cuenta cada caso concreto y dentro del marco de las normas pertinentes del Estado miembro requerido.

Aunque las modalidades prácticas que deben adoptarse para llevar a cabo las entregas vigiladas requerirán una estrecha consulta y cooperación entre los órganos y autoridades competentes de los Estados miembros afectados, el apartado 3 establece claramente, como excepción al apartado 1 del artículo 4, que dichas entregas deberán realizarse de conformidad con los procedimientos vigentes en el Estado miembro requerido. Además, corresponde a las autoridades competentes de dicho Estado miembro llevar a cabo cualquier actuación y dirigir el control de las operaciones que sean necesarias.

3.5. Equipos conjuntos de investigación

La experiencia ha mostrado que, cuando un Estado investiga hechos delictivos de carácter transfronterizo, en particular, los relacionados con la delincuencia organizada, la investigación puede beneficiarse de la participación de las fuerzas policiales y demás personal competente de otro Estado miembro en el que existan vínculos con los hechos delictivos de que se trate. El artículo 30 del Tratado de la Unión Europea reconoce de manera especial la importancia que tiene la **cooperación operativa entre los servicios con funciones coercitivas**. Uno de los obstáculos que surgieron en lo que se refiere a los equipos conjuntos fue la falta de un marco específico en el

que dichos equipos pudieran crearse y ser operativos. Para hacer frente a este problema se decidió que el Convenio debería tratar de las materias pertinentes en este ámbito. En este sentido, fija las condiciones para crear los equipos conjuntos y determinar la manera en que deben llevar a cabo sus cometidos.

Para poder crear un equipo de este tipo, deberá existir un **acuerdo entre las autoridades competentes** de los Estados miembros interesados. No se ha fijado ningún límite para el número de Estados miembros que podrán participar. De conformidad con la Decisión Marco de 28-2-02, reformada por la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, Eurojust podrá solicitar de las autoridades competentes de los Estados miembros la creación de un equipo conjunto de investigación, al que podrán incorporarse los miembros nacionales de Eurojust correspondientes.

Basándose en el acuerdo antes indicado, se atribuirá al equipo de investigación una **tarea concreta** consistente en llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados miembros participantes. Por otra parte, los equipos conjuntos actuarán durante un **período limitado** que podrá ampliarse con el consentimiento de todas las Partes. Cuando se llegue a un acuerdo para crear un equipo, éste se establecerá normalmente en el Estado miembro en el que se supone que se llevará a cabo la parte principal de la investigación. Los Estados miembros deberán tener en cuenta asimismo la cuestión de los costes, incluidas las dietas de los miembros del equipo.

En el acuerdo adoptado se indicarán las **personas que formarán cada equipo**. Aunque es muy posible que la mayor parte de estas personas provenga de las fuerzas policiales, en muchos casos incluirán a fiscales y jueces o incluso otras personas. Los jueces pueden intervenir en su condición de tales, ejerciendo funciones jurisdiccionales, en cuyo caso habrán de observarse las exigencias de predeterminación legal del juez o como asesores o expertos.

El Convenio permite la participación en las actividades del equipo, de personas que no sean representantes de sus autoridades competentes. La idea que guió a los redactores del Convenio fue que un equipo conjunto pueda recibir asistencia y conocimientos técnicos adicionales de personas competentes de otros Estados u organizaciones internacionales. En este contexto, debe señalarse que se hace una referencia específica a los funcionarios de organismos creados de conformidad con el Tratado de la Unión Europea. Podría tratarse de un órgano como Europol, de Eurojust¹³, o de OLAF, en calidad de "personas que no sean representantes de las

¹³ La Decisión del Consejo de 28-2-02, por la que se crea Eurojust, prevé, en sus arts. 6 y 7, que este órgano, tanto a través de un miembro nacional como actuando colegiadamente,

autoridades competentes de los Estados miembros que hayan creado el equipo conjunto de investigación". Las personas autorizadas a participar en un equipo de investigación en esta condición actuarán principalmente apoyando o asesorando a dicho equipo, pero no se les permitirá ejercer las funciones atribuidas a los miembros de un equipo o a los miembros destinados al mismo, ni utilizar la información a que se refiere el apartado 10 del art. 13, salvo que lo autorice el correspondiente acuerdo entre los Estados miembros interesados.

Los equipos conjuntos de investigación:

- Se crean por acuerdo de las autoridades competentes de dos o más Estados
- Pueden integrar jueces, fiscales, policías y otras personas
- Se constituyen para un objeto y tiempo determinados
- Pueden actuar en el territorio de más de un Estado

El equipo conjunto de investigación actuará bajo la **dirección** de un representante de la autoridad competente que participe en la investigación penal del Estado miembro en que actúe el equipo. Ello significa, en particular, que la dirección del equipo cambiará, para los fines específicos de que se trate, si su investigación se lleva a cabo en más de un Estado miembro. El jefe del equipo actuará teniendo en cuenta los requisitos impuestos por su legislación nacional. Además, el equipo deberá respetar plenamente la ley del Estado miembro en que actúe. El jefe del equipo dará instrucciones ocasionalmente a los demás miembros del equipo, que las ejecutarán teniendo en cuenta las condiciones establecidas al constituirse el equipo en cuestión.

La actuación de los miembros del equipo puede responder a distintas modalidades:

- **Presencia en medidas de investigación:** Los miembros de un equipo conjunto que no actúen en su propio Estado miembro (miembros destinados al equipo) podrán estar presentes cuando se tomen medidas de investigación en el Estado miembro de actuación, sin que pueda invocarse frente a ellos, en principio, el secreto de la investigación. No obstante, por razones específicas y con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo, el jefe del equipo podrá decidir lo contrario. En este contexto no se ha definido lo que se entiende por "razones específicas", pero podría entenderse que en ellas se trata de incluir, por ejemplo, las situaciones en que se toma declaración en casos que se refieran a delitos sexuales, especialmente cuando las víctimas

pueda solicitar la creación de un equipo o participar en él, como autoridad nacional competente o en nombre de Eurojust (art. 9 septies Decisión 2009/426/JAI).

sean niños. No obstante, las decisiones para excluir la presencia de miembros destinados al equipo no podrán basarse en el mero hecho de que el miembro sea una persona extranjera. En determinados casos podrán tomarse decisiones de esta índole por razones operativas.

- **Realización de investigaciones:** Se permite, a los miembros destinados, realizar investigaciones en el Estado miembro en que se actúe, de conformidad con la legislación de dicho Estado miembro. Ello se hará siguiendo las instrucciones del jefe del equipo y con la aprobación de las autoridades competentes del Estado miembro en que se actúe y del Estado miembro que haya enviado a dichas personas. Dicha aprobación deberá figurar en el acuerdo por el que se crea el equipo, pudiéndose conceder también en una fase posterior. Podrá aplicarse de forma general o limitarse a determinados casos o circunstancias.
- **Solicitud de medidas a sus propias autoridades nacionales:** Uno de los aspectos más innovadores se refiere a la posibilidad de que los miembros destinados soliciten a sus propias autoridades nacionales que adopten las medidas requeridas por el equipo. En dicho caso, no será necesario que el Estado miembro en que se actúe formule una solicitud de asistencia, y las medidas pertinentes serán examinadas en el Estado miembro de que se trate en las mismas condiciones que si la solicitud se hubiera hecho en el marco de una investigación nacional.
- **Solicitud de ayuda a un Estado ajeno al equipo:** Se prevé la situación en la que se requiera ayuda de un Estado miembro que no haya participado en la creación de un equipo o de un tercer Estado. En este caso, la ayuda la solicitará el Estado miembro en que se actúe, de conformidad con las reglas que sean normalmente de aplicación.

El Convenio regula especialmente las reglas por las que se rige la **información compartida** por los miembros del equipo. El apartado 9 del art. 13 facilita la labor de los equipos al abrir la vía para que un miembro destinado comparta con su equipo conjunto de investigación la información de que disponga su Estado miembro, que a la vez sea pertinente para la investigación que esté realizando el equipo en cuestión. No obstante, ello sólo será posible cuando pueda realizarse con arreglo al Derecho nacional del Estado que haya enviado a dicho miembro y dentro de los límites de sus competencias.

Por otra parte el apartado 10 se refiere a las condiciones de utilización de la información obtenida legalmente por un miembro de un equipo conjunto o por un

miembro destinado al mismo, cuando la información en cuestión no sea accesible de otra forma por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros afectados. Al redactarse este apartado, la Delegación irlandesa observó que, cuando la información se refiere a una declaración voluntaria hecha por un testigo únicamente a los efectos para los que se creó un equipo, podrá requerirse el consentimiento del testigo para utilizar dicha declaración a otros efectos, salvo que se cumplan los requisitos que figuran en la letra c), que se refiere a una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. Aunque el texto no ofrece orientaciones concretas sobre esta cuestión, sería conforme con el espíritu del artículo que las cuestiones antes apuntadas se sometan a la consulta de los Estados miembros que hayan constituido un equipo y que, si procede, se solicite el consentimiento del testigo.

Es preciso recordar que, de conformidad con el art. 13 de la Decisión 2009/426/JAI del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea **Eurojust** para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, impone, a los Estados miembros, la obligación de garantizar que sus miembros nacionales sean **informados** de la **creación** de un equipo conjunto de investigación, (en virtud del Convenio 2000 o de la DM 20002/465/JAI), así como de los **resultados** del trabajo de aquél.

Las disposiciones del Convenio no afectarán a **otras disposiciones o acuerdos** existentes sobre la creación o el funcionamiento de equipos conjuntos de investigación. Entre estas disposiciones o acuerdos, cabe citar:

- la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, que quedará sin efecto cuando el Convenio sea ratificado por todos los Estados miembros (art. 5) y que ha venido a desarrollar esta modalidad de investigación, cuya utilización se entiende especialmente indicada, de conformidad con su art. 1:
 - Cuando la investigación en un Estado miembro requiera investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten a otros Estados miembros.
 - Cuando concurren investigaciones de varios Estados miembros sobre un mismo hecho.
- La Convención de ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, que contempla igualmente la posibilidad de crear equipos conjuntos de investigación.

En relación con la eficacia de esta modalidad de investigación, las conclusiones de la Tercera Reunión de Expertos Nacionales en Equipos Conjuntos de Investigación, celebrada en La Haya, en noviembre de 2007, sin perjuicio de calificar como un éxito

su utilización, con 35 equipos constituidos en esa fecha, reconocía las limitaciones impuestas por la falta de ratificación del Convenio 2000 por determinados países y por la tardía y en ocasiones defectuosa implementación de la Decisión Marco de 2002. Existe una **Red de Expertos** de Equipos Conjuntos de Investigación, así como un **Manual** actualizado periódicamente.

Investigaciones encubiertas

Aunque una investigación encubierta relativa a una infracción penal pueda revestir diversas formas, el Convenio sólo se ocupa de las investigaciones en materia penal realizadas por agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa. Normalmente se los denomina "agentes encubiertos". Dichos agentes deberían tener una formación específica, y puede recurrirse a ellos en particular para que se infiltren en una red delictiva con vistas a obtener información o a ayudar a identificar y detener a los miembros de esa red.

Podrá solicitarse ayuda para que un agente encubierto pueda actuar en el Estado miembro requerido o, por el contrario, para que dicho Estado miembro pueda enviar un agente al Estado miembro requirente. Además, se podría solicitar al Estado miembro requerido que destine a un agente para que realice una investigación encubierta en su propio territorio.

En términos flexibles, se establece claramente que el Estado miembro requirente y el Estado miembro requerido deberán llegar a un acuerdo para enviar a un agente encubierto para un determinado caso.

La decisión sobre una solicitud relativa a una investigación encubierta corresponderá a las autoridades competentes del Estado miembro requerido, que deberá acordar con el Estado requirente la duración de la investigación y las condiciones concretas de la misma.

Las investigaciones encubiertas se realizarán de conformidad con el Derecho nacional y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen, lo que constituye una excepción con respecto al apartado 1 del artículo 4.

4. Especial referencia a la intervención de telecomunicaciones

Con anterioridad a la vigencia del Convenio en estudio, la cooperación en materia de intervención de telecomunicaciones debía enmarcarse en instrumentos del Consejo de Europa, como el Convenio del 59, que no contenía disposición específica

alguna al respecto y que fue “completado” por una Recomendación R(85)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que fijaba cinco normas particulares, no vinculantes, relativas a las comisiones rogatorias que tuvieran por objeto la intervención de telecomunicaciones. Muchos Estados, sin embargo, no reconocían en la cláusula general del art. 1 del Convenio base jurídica suficiente para prestar este tipo de asistencia.

Finalmente, el Convenio 2000 responde a la demanda, por mucho tiempo en espera de adecuada solución, de regulación de la intervención de las telecomunicaciones, optando, como sistema general, por la **transmisión inmediata** al Estado requirente, frente al habitual de grabación en el Estado requerido y ulterior transmisión de lo grabado.

El Convenio no define qué haya de entenderse por “**telecomunicaciones**”, propiciando, de este modo, una interpretación amplia del término que incluya, por ejemplo, Internet. El empleo de la expresión “intervención”, por el contrario, puede restringir, innecesariamente, el objeto de la asistencia, al quedar excluidas posibilidades como la localización o la mera identificación.

Las previsiones del Convenio son aplicables a las solicitudes, cursadas de conformidad con el Derecho interno del Estado requirente, a la autoridad competente del Estado requerido, relativas a:

- a) Intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones al Estado requirente, que constituye la regla general.
- b) Intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación al Estado requirente, que representa la excepción.

La regulación de la intervención de las comunicaciones constituye una de las novedades fundamentales en materia de asistencia incorporadas al Convenio 2000.

- La regla general es la intervención con transmisión inmediata.
- No siempre es necesaria la asistencia judicial de las autoridades de otro Estado.

Por “**autoridad competente**”, a los efectos de esta diligencia, como se ha indicado en el epígrafe 2.3.3, se entiende, en el Convenio 2000, “autoridad judicial” o, cuando ésta no posea competencia en el ámbito a que dicha diligencia se refiera, a una autoridad equivalente, designada en declaración de cada Estado parte, que actúe en una investigación penal. Las discrepancias en este punto entre los Estados

miembros son notables, especialmente en el caso del Reino Unido, en el que la autorización de las intervenciones corresponde al Ejecutivo.

El Convenio distingue entre la intervención de las telecomunicaciones:

- **Con necesidad de asistencia técnica de otro Estado**, en relación con la utilización de medios de telecomunicación por parte de la persona objeto de la intervención, siempre que dicha persona se encuentre (art. 18):
 - a) En el propio Estado requirente, cuando sea necesaria dicha asistencia técnica del Estado requerido.
 - b) En el Estado requerido, siempre que éste pueda intervenir las comunicaciones de dicha persona.
 - c) En un tercer Estado miembro, en relación con las previsiones del art. 20.2 a), cuando el Estado requirente precise de la asistencia técnica del Estado requerido.

Las solicitudes incluirán referencia a:

- autoridad que formula la solicitud;
- confirmación de que existe un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal;
- información para identificar a la persona objeto de la intervención;
- conducta delictiva que se investiga;
- duración deseada de la intervención;
- si es posible, datos técnicos como el número pertinente de conexión a la red, a fin de garantizar que pueda ejecutarse la solicitud;
- si la solicitud se refiere a persona que se encuentra en el territorio del Estado requerido, la solicitud debe incluir un "resumen de los hechos". El Estado miembro requerido podrá exigir cualquier información adicional que le permita decidir si él mismo habría adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares.
- copia del auto en que se acuerda la intervención.

a) Objetivo en el territorio del Estado requirente o en un tercer Estado, por ejemplo, si las autoridades españolas desean intervenir las telecomunicaciones de un objetivo situado en España, pero la estación terrestre no se encuentra en España, sino en Italia, por lo que no es

técnicamente capaz de proceder por sí mismo a la intervención y necesita la asistencia de las autoridades italianas, en un supuesto ciertamente extraño a los mecanismos clásicos de cooperación y que se resuelve, también, de forma innovadora, prescindiendo de formalismos superfluos: El Estado miembro requerido se comprometerá a acceder a las solicitudes relativas a la intervención y transmisión inmediata al Estado requirente, si la persona a la que se refiere la intervención se encuentra en el propio Estado requirente o en un tercer Estado, cuando se le facilite la información indicada, (a excepción de la especificada para el caso de que la persona se encuentre en el territorio del Estado requerido), sin más formalidades.

b) Objetivo en el territorio del Estado requerido, cuya asistencia es necesaria también para proceder a la intervención, posibilidad que responde a los esquemas clásicos de la cooperación: El Estado miembro requerido se comprometerá a acceder a las solicitudes relativas a la intervención y transmisión inmediata al Estado requirente, si la persona a que se refiere la intervención se encuentra en el territorio del Estado requerido, cuando se facilite la información indicada, incluida la específica para este caso (resumen de hechos) y a condición de que él mismo hubiera adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares, pudiendo supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares. Es decir, cuando se refiere a persona que se encuentra en el territorio de ese Estado, la solicitud ha de incluir un “resumen de hechos” que permita un control de legalidad de la intervención conforme a la legislación del Estado requerido, que verificará la posibilidad de acordar, de acuerdo con su Derecho interno, una medida similar en un supuesto análogo. Si, por el contrario, la persona se encuentra en el territorio del Estado requirente o en un tercer Estado, no existe tal control, en la medida en que se confía que corresponde al propio Estado requirente, directamente o a través de la información que ha de remitir al tercer Estado.

Sí es posible, sin embargo, el control de legalidad por el Estado requerido cuanto, frente a lo que constituye, como se ha dicho, la norma general, se solicita la grabación y transmisión posterior y no la transmisión directa, en tiempo real. El Estado requerido no está obligado a aceptar esta solicitud a menos que la transmisión inmediata no fuere posible. Si no resultase posible la transmisión inmediata y se solicite la grabación y transmisión posterior, el Estado miembro requerido se comprometerá a acceder a dicha

solicitud, cuando se facilite la información indicada, incluido el resumen de hechos y a condición de que él mismo hubiere adoptado la medida en un caso nacional de similares características, pudiendo, también, supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares. Los Estados miembros pueden declarar que sólo asumirán este compromiso cuando no le sea posible ofrecer la transmisión inmediata y los demás Estados, en tal caso, podrán aplicar el principio de reciprocidad. El Estado requirente también podrá solicitar una transcripción de la grabación, solicitud que estudiará el Estado requerido con arreglo a su Derecho interno y a sus procedimientos nacionales.

- **Intervención por medio de proveedores de servicios**, cuyo acceso a los sistemas de telecomunicación debe estar garantizado y que no supone, en rigor, asistencia judicial por parte de las autoridades donde se ubica la “pasarela”. Se trata de un sistema de “intervención a distancia” que funciona gracias a un mecanismo de “telemando”. El artículo 19 del Convenio garantiza que los sistemas de telecomunicación que operan a través de una pasarela, si está en el territorio de un Estado, puedan hacerse directamente accesibles para la intervención legal por parte de otro Estado que pueda proceder a ella por mediación de un proveedor de servicios que se encuentre en su territorio, sin necesidad de intervención del Estado donde se encuentre la pasarela. El Convenio contempla la posibilidad de solicitar, no obstante, la intervención con los mismos requisitos que si se tratara de persona que se encuentra en el territorio de tal Estado miembro –letra B) apartado 2 del artículo 18 del Convenio-, por mediación de un proveedor de servicios designado que se encuentre en su territorio, sin la participación del Estado miembro en que se encuentre la pasarela.
- **Intervención de telecomunicaciones sin asistencia técnica de otro Estado**, por ejemplo, si se trata de intervención de telecomunicaciones por satélite y hay una estación terrestre sobre el territorio del Estado interesado en la intervención o si se trata de telecomunicaciones que utilicen redes nacionales de telefonía móvil “tradicional” (como las redes GSM) que permiten la intervención en el extranjero en las zonas fronterizas, porque su zona de cobertura puede no coincidir exactamente con las fronteras entre los Estados. En estos casos, no hay, propiamente, Estado requirente ni Estado requerido y esta peculiaridad provocó que, en las negociaciones previas a la firma del Convenio, Estados como el Reino Unido considerasen innecesaria la

incorporación de esta modalidad a su texto, en cuanto discutían la procedencia de recabar el consentimiento del Estado donde se encuentra el objetivo.

Cuando la autoridad competente de un Estado miembro (el Estado que realiza la intervención) autorice la intervención de telecomunicaciones y utilice la dirección de telecomunicaciones de la persona que figura en la orden de intervención en el territorio de otro Estado miembro (el Estado miembro notificado), cuya asistencia técnica no sea necesaria para llevar a cabo dicha intervención, el Estado miembro que realiza la intervención debe informar de ésta a ese Estado (notificado):

- Antes de realizarla, cuando ya esté informado, al ordenar la intervención, de que la persona objeto de la misma se encuentra en el territorio del Estado miembro notificado.
- Inmediatamente después de tener conocimiento de que la persona se encuentra en el territorio del Estado miembro notificado, si esta información surge cuando la investigación ya está en curso.

La información que se debe notificar es la misma que se contempla para solicitar la intervención de las telecomunicaciones. Recibida la notificación, el Estado miembro notificado deberá, en un plazo de 96 horas:

- Permitir que se prosiga la intervención.
- Exigir que no se lleve a cabo o que se ponga fin a la misma, si resulta contraria a su Derecho interno, si la solicitud se refiere a una infracción política o su ejecución perjudica su soberanía, seguridad, orden público u otro interés esencial del Estado. En este caso, deberá especificar el destino del material intervenido.
- Pedir una prórroga de una duración máxima de ocho días al plazo inicial de 96 horas, justificándolo, con el fin de cumplir procedimientos internos de acuerdo con su Derecho nacional.

Durante el plazo de decisión, el Estado miembro que realice la intervención puede proseguirla, pero no utilizar el material intervenido, salvo acuerdo entre los Estados interesados o con el fin de adoptar medidas urgentes para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. El Estado miembro notificado podrá pedir "un resumen de hechos" o cualquier otra información que les permita establecer la conformidad de la intervención con su Derecho interno. Los costes en que hayan incurrido los operadores de telecomunicaciones o los proveedores del servicio para atender a las solicitudes, correrán a cargo del Estado requirente.

En definitiva, en este tipo de intervención, se cursa una simple información, acompañada de una relación de hechos, con la única finalidad de permitir a las autoridades del “Estado miembro notificado” un control jurídico de las intervenciones llevadas a cabo: en el plazo de 96 horas podrá o permitir la intervención o pedir que se ponga fin a ella si resulta contraria a su Derecho interno.

5. Referencia a la información de cuentas bancarias y control de transacciones en el Protocolo de 16 de octubre de 2001

Esta materia es objeto de regulación en el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Luxemburgo, el 16 de octubre de 2001. Se trataba de dar respuesta, a iniciativa francesa, a una deficiencia detectada en materia de cooperación, por cuanto las solicitudes genéricas de información bancaria respecto a un imputado, que suelen preceder a una petición de embargo, se denegaban con frecuencia, por entender que carecían de suficiente justificación.

Como se ha indicado en el epígrafe 1.1, el Protocolo se integra, formando una **unidad normativa**, con el Convenio. Ello supone, como aclara el Informe Explicativo, entre otras cosas, que las disposiciones del artículo 24 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en relación con la definición de la «autoridad judicial», el artículo 3 del mismo Convenio, relativo a la forma de ejecutar una solicitud, el artículo 4 del Convenio de 2000 relativo a los trámites y procedimientos para la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial y el artículo 6 del Convenio de 2000 que autoriza las solicitudes por medio de fax o correo electrónico en condiciones que permitan al Estado miembro receptor establecer la autenticidad y que contempla la transmisión directa de solicitudes entre autoridades judiciales, se aplican también a las medidas previstas en el Protocolo.

Como ocurre también en el caso del Convenio Europeo de Asistencia Judicial y el Convenio de 2000, las disposiciones del Protocolo son de aplicación general con una excepción importante: las disposiciones del artículo 1 se aplican únicamente a determinadas infracciones.

El Estado requirente podrá solicitar:

- **Información acerca de si una persona física o jurídica, objeto de investigación penal, es titular o tiene bajo su control una o más cuentas,**

de cualquier tipo, en una entidad bancaria situada en el territorio del Estado requerido y, de ser así, todos los pormenores sobre las cuentas identificadas, incluso respecto a aquéllas para las cuales la persona sometida a investigación tenga poderes de representación. Durante las negociaciones se convino en que entre las cuentas bajo control de la persona objeto de la investigación se incluyen las cuentas de las que dicha persona sea el verdadero beneficiario económico, y ello se aplica con independencia de que tengan esas cuentas como titular a una persona física, jurídica o a una entidad que actúe bajo la forma o por cuenta de fideicomisos o de cualquier otro instrumento de gestión de un patrimonio de asignación de cuyos constituyentes o beneficiarios se desconozca la identidad.

La asistencia se somete a limitaciones específicas, tales como mínimo punitivo (muy elevado¹⁴) y naturaleza de la infracción, según un sistema de listas de delitos, en particular las infracciones mencionadas en el Convenio Europol o las infracciones contempladas en los instrumentos relativos a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en la medida en que no estén contemplados en el Convenio Europol (art. 1.3).

La obligación de prestar asistencia se aplicará en la medida en que la información obre en poder del banco en que esté abierta la cuenta.

En la solicitud, la autoridad que la formule indicará los motivos por los que considera que la información solicitada puede ser pertinente para la investigación; en qué elementos basa su suposición de que la cuenta está abierta en bancos establecidos en el Estado requerido y, en la medida en que se conozcan, los bancos de que pueda tratarse. Esta disposición, como señala el Informe Explicativo, no contempla, sin embargo, que el Estado requerido pueda cuestionar si la información solicitada puede ser de valor sustantivo para los fines de la investigación.

Los Estados miembros podrán subordinar la ejecución de una solicitud de este tipo a las mismas condiciones que las que aplican a las solicitudes de registro y embargo. Esto les permitirá exigir la doble tipicidad (que concurrirá normalmente, dada la naturaleza grave a que se limita la aplicación de la norma) y la compatibilidad con su Derecho, con un criterio restrictivo que determina, por ejemplo, que un Estado miembro no puede rechazar una solicitud solamente por el hecho de que su Derecho nacional no establece la

aportación de información sobre la existencia de cuentas bancarias en investigaciones penales, o porque sus posiciones nacionales sobre registro y embargo exigen normalmente un límite superior al fijado. Por otra parte, esta disposición permite un control judicial en el Estado requerido. Al no existir normas comunes a este respecto, el tipo de control puede ser diferente en cada Estado miembro

- **Información acerca de transacciones bancarias** realizadas en un período determinado en una o varias cuentas especificadas en la solicitud, incluidos los detalles de las cuentas emisoras o receptoras. Existe un vínculo entre este supuesto y el anterior, en el sentido de que el Estado requirente puede haber obtenido los detalles de la cuenta mediante la información sobre titularidad de cuentas y posteriormente –recurriendo al sistema de medidas complementarias– puede solicitar información sobre las operaciones bancarias que hayan tenido lugar en dicha cuenta. No obstante, la medida es autónoma y puede también requerirse respecto de una cuenta bancaria de la que las autoridades de investigación del Estado requirente hayan tenido conocimiento mediante cualesquiera otros medios o canales.

En la solicitud, la autoridad que la formule indicará los motivos por los que considera que la información solicitada puede ser pertinente para la investigación.

Los Estados miembros podrán subordinar la ejecución de una solicitud de este tipo a las mismas condiciones que las que aplican a las solicitudes de registro y embargo.

- **Control de las transacciones bancarias**, reguladas de modo similar a las entregas vigiladas. Se trata de una nueva medida que no figuraba en ninguno de los otros instrumentos anteriores relativos a la asistencia judicial en materia penal. Por ser este el caso, el artículo se ha redactado de una manera distinta y sólo obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo, pero deja a cada Estado miembro la decisión de si y en qué circunstancias puede otorgarse asistencia en un caso específico.

El Protocolo del Convenio 2000 permite obtener:

- Información sobre titularidad de cuentas bancarias
- Información sobre transacciones bancarias
- Control de transacciones bancarias

¹⁴ En concreto sanción de pena privativa de libertad o medida de seguridad del mismo tipo de una duración máxima de, al menos, cuatro años, en el Estado requirente y de al menos

- **Solicitudes complementarias**, en relación con una solicitud anterior, sometidas a un procedimiento simplificado, que no exige reiterar la información ya facilitada con la primera solicitud, siempre que ésta sea perfectamente identificada.

Los artículos 7 a 10 incluyen disposiciones que tienen por objeto limitar o controlar la aplicación de los **motivos de denegación**. Estas disposiciones se aplican a las solicitudes de asistencia judicial en materia penal en general, y no sólo a los casos cubiertos por los artículos 1 a 4 del Protocolo. Así:

- No se permite la invocación del secreto bancario para denegar la asistencia.
- No podrá denegarse la asistencia por el simple hecho de que la solicitud se refiera a infracciones que el Estado requerido considera una infracción fiscal, sin posibilidad de reserva.
- No podrá reconocerse a ningún delito, a efectos de denegación de asistencia, la consideración de delito político, relacionado con un delito político o inspirado por motivos políticos, con posibilidad de reserva parcial que excluye los delitos de terrorismo.

Como garantías añadidas de eficacia, el Protocolo establece:

- La obligación, en determinadas situaciones, de un Estado miembro que rechace una solicitud de asistencia judicial, de remitir la decisión motivada de rechazo al Consejo para su oportuna consideración y ulterior evaluación.
- La posibilidad de comunicar a Eurojust la existencia de dificultades en la ejecución de la asistencia solicitada, a los efectos de encontrar una posible solución práctica.

María Poza Cisneros
1 de septiembre de 2012

NIVEL II: PARA SABER MAS

7. Ámbito de aplicación

7.1. Ámbito subjetivo y temporal

- La afirmación de que el Convenio 2000 es un instrumento más de Derecho Público Internacional, sólo puede admitirse con matizaciones: a) el Convenio es uno de los instrumentos previstos en el art. 34.2 d) del Tratado de la Unión Europea, que permitía adoptar al Consejo, por unanimidad, a propuesta de cualquier Estado miembro o de la Comisión, entre otros, convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales; b) como instrumento del hoy extinto Tercer Pilar, exigía la consulta al Parlamento en su elaboración (art. 39 del Tratado); c) como convenio de la Unión, siguió la regla de entrada en vigor tras su adopción por la mitad de Estados miembros y c) está sometido la competencia del Tribunal de Justicia, en cuanto a la interpretación de sus disposiciones, a través de la cuestión prejudicial, así como en cuanto a la validez e interpretación de sus medidas de aplicación.
- El artículo 29 del Convenio prevé la posible entrada en vigor, para Islandia y Noruega, de los artículos 3 (ámbito objetivo de la asistencia en el marco del Convenio), 5 (envío y notificación de documentos procesales), 6 (transmisión de solicitudes de asistencia judicial), 7 (intercambio espontáneo de información), 12 (entregas vigiladas) y 23 (protección de datos personales) y, en la medida pertinente a los efectos de los referidos artículos, las de los artículos 15 y 16 (responsabilidad penal y civil de funcionarios). Para ello, deberán transcurrir noventa días desde que el Consejo y la Comisión reciban la información prevista en el Acuerdo de Asociación, de 18-5-99, en vigor desde el 26-6-00, y relativa al cumplimiento de la totalidad de sus normas constitucionales. Desde ese momento, el Convenio estará en vigor en las relaciones entre Islandia y/o Noruega y cualquier Estado miembro para el que el Convenio ya esté en vigor. Finalmente, se garantiza que las disposiciones citadas entrarán en vigor en Islandia y Noruega, a más tardar, en la fecha en que el Convenio entre en vigor para los quince Estados miembros que eran miembros de la Unión en el momento de la adopción por el Consejo del texto del Convenio (29-5-00), situación que todavía no se ha producido. Por su

parte, el art. 16 del Protocolo establece una previsión análoga, pero referida, tan sólo, al artículo 8 del Protocolo (extensión de la asistencia a infracciones fiscales).

7.2. Ámbito objetivo

- En la aplicación del Convenio del 59, habían planteado problemas infracciones como la «*Ordnungswidrigkeit*» alemana y sus equivalentes en otros ordenamientos, como el holandés, respecto de las cuales sólo se admitía la asistencia en fase judicial. El Convenio de 1959 excluía de su ámbito las infracciones fiscales, si bien en el Protocolo de 1978 las partes se comprometían a no denegar asistencia por esta causa, con limitaciones respecto de la práctica de embargos muy similares a las que incorpora el Protocolo del Convenio 2000, aunque expresadas con mayor claridad: *“en el caso de que una parte contratante se haya reservado la facultad de someter la ejecución de las comisiones rogatorias que tenga por finalidad un registro o embargo de bienes a la condición de que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible con arreglo a la ley de la parte requirente y de la parte requerida, dicha condición se tendrá por cumplida, en lo que respecta a las infracciones fiscales, si la infracción es punible con arreglo a la ley de la parte requirente y se corresponde a una infracción de la misma naturaleza con arreglo a la ley de la parte requerida”*. Por su parte, el Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen se refiere expresamente, en su art. 50, a la asistencia para infracciones en materia de impuestos sobre consumos específicos, que no podrá denegarse alegando que el país requerido no recauda impuestos sobre consumos específicos sobre las mercancías contempladas en la solicitud, señalando, no obstante, determinadas cuantías mínimas y extendiendo la cooperación tanto a la referida a hechos sancionados únicamente con multa por infracción de reglamentos perseguidos por las autoridades administrativas como a la solicitud proveniente de una autoridad judicial.

7.3. Relaciones de complementariedad con otros convenios

7.3.1. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959

- A los efectos de entender la relación de complementariedad entre el Convenio

2000 y el Convenio de 1959, debe recordarse que éste es también aplicable a Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Georgia, Islandia, Antigua República de Yugoslavia de Macedonia, Liechtenstein, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Rusia, San Marino, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania, Israel, Corea y Suráfrica. Para obtener información actualizada sobre el estado de ratificación de este Convenio y de sus Protocolos, puede consultarse la página de Tratados del Consejo de Europa:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=12&CL=ENG>.

La página sólo está disponible en inglés, francés, alemán, italiano y ruso. Debe seleccionarse, en el listado que ofrece la página, el tratado de que se trate y, en la siguiente pantalla, elegir “Chart of signatures and ratifications” (si se consulta en inglés).

- El Protocolo Adicional de 1978 ha sido ratificado por todos los Estados parte del Convenio de 1959, salvo Andorra, Bosnia-Herzegovina, Israel, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza.

Por su parte, el Segundo Protocolo al Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001, hasta ahora, ha sido ratificado Albania, Armenia Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Antigua República de Yugoslavia de Macedonia, República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Holanda, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Montenegro, Polonia, Portugal, Rumania, Serbia, Eslovaquia, Reino Unido, Suiza, Ucrania, Chile e Israel.

7.3.2. Convenio de 19 de junio de 1990 aplicación del Acuerdo de Schengen

- Al objeto de conocer la doctrina del TEDDHH en materia de “bis in idem”, pueden consultarse las Sentencias de 11-2-03, en los asuntos Hüseyin Gozütök y Klaus Brügge; 10-3-05, en el caso Miraglia; 9-3-06, en el asunto Van Esbroek; 28-8-06, en el caso Gasparini; 28-9-06, en el caso Van Straaten; 8-7-07, en el asunto Kretzinger; 18-7-07, en el asunto Kraaijenbrink. En el caso Zolotukhin, de 10-2-2009, se reitera la doctrina contenida en el último de los casos citados y se incide en el concepto de identidad fáctica, en contraposición al de identidad jurídica, fuera del ámbito de la cooperación penal, a efectos de interpretación del art. 4 del Protocolo 7.
- En relación con las especialidades que la aplicación del acervo de Schengen

presenta respecto de determinados países, deben tenerse en cuenta:

- Para Reino Unido e Irlanda, las Decisiones del Consejo de 29-5-00 y del Consejo JAI de 28-2-02, respectivamente (2000/365/EC y 2002/192/EC).
- Para otros Estados, el Consejo adoptó, con fecha 1-12-00, una Decisión (2000/777/EC) relativa a la aplicación del acervo de Schengen en Dinamarca, Finlandia, Suecia, Islandia y Noruega (DO L 309 de 9-12-2000). En relación con la aplicación del Convenio 2000 a Islandia y Noruega, vid. epígrafe 1.1.
- Dinamarca no participa en las medidas correspondientes al Título IV del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, excepto para determinar cuáles serán los terceros países cuyos nacionales deberán hallarse en posesión de un visado para atravesar las fronteras exteriores de los Estados miembros, así como las relativas a la implantación de un visado uniforme. En cuanto al desarrollo del acervo de Schengen, cuando el Consejo adopte cualquier decisión al respecto, Dinamarca tendrá un plazo de seis meses para decidir sobre la incorporación o no de dicha decisión a su ordenamiento jurídico nacional
- Una vez completados los procedimientos constitucionales internos, la incorporación de Suiza estaba prevista para el 1-11-08. El Consejo aprobó, por Decisiones 2008/149/JAI y 2008/146/JAI (DOUE L de 27 de febrero de 2008), el Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen. En cuanto al desarrollo del acervo de Schengen que cae dentro del ámbito del título VI del Tratado de la Unión Europea, las disposiciones de la Decisión 1999/437/CE del Consejo, de 17 de mayo de 1999, relativa a determinadas normas de desarrollo del Acuerdo celebrado por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del Acervo de Schengen, se aplican mutatis mutandis a las relaciones con Suiza, lo que determina que las previsiones de los artículos 29 del Convenio 2000 y 16 de su Protocolo lo serán también a Suiza.
- Respecto de Liechtenstein, la Unión firmó un Protocolo de fecha 28-2-2008.

7.3.3. Otros convenios

- En el ámbito multilateral, pueden destacarse los siguientes convenios multilaterales, que, en cuanto contengan disposiciones más favorables, no se verán afectados por el Convenio 2000:
 - Convenio europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, ratificado por 25 países europeos (pese a que se encuentra abierto a la firma de Estados que no sean miembros del Consejo de Europa), entre ellos, España y Rumania. No ha sido ratificado, por ejemplo, por Andorra, Alemania, Francia, Hungría o Portugal.
 - Convenio sobre Cibercriminalidad, hecho en Budapest, el 23 de noviembre de 2001, que viene a complementar la regulación del Convenio 2000 en materia de intervención de telecomunicaciones con la específica relativa a las realizadas por medios electrónicos o informáticos y de obtención de datos de estos sistemas y al que se ha añadido su Protocolo Adicional de 28 de enero de 2003. Los 37 Estados que han ratificado hasta el momento el Convenio sobre Cibercriminalidad, son Albania, Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiján, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Moldavia, Montenegro, Holanda, Noruega, Portugal, Rumania, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suiza; Macedonia, Ucrania y Reino Unido. De entre los no europeos, debe destacarse su ratificación por Estados Unidos y Japón. En cuanto al Protocolo, de los citados, no lo han ratificado Austria, Azerbaiján, Bélgica, Bulgaria, Estonia, Georgia, Hungría, Islandia, Italia, Malta, Moldavia, Eslovaquia, España, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos, ni Japón.
 - Convenio europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, que permite a todo Estado parte ejecutar, a solicitud de otro, una sanción impuesta por éste, con sujeción al principio de doble incriminación y cuya eficacia se ve limitada por el reducido número de ratificaciones. Entre los 22 países que lo han ratificado, en encuentran España y Rumania, aunque no Portugal, que, como otros seis Estados, firmó el Convenio pero, por el momento, no lo ha ratificado.

- Convenio sobre traslado de personas condenadas hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por la mayoría de los Estados europeos y por buen número de países ajenos al Consejo de Europa (Australia, Bahamas, Bolivia Canadá, Chile, Corea, Costa Rica, Ecuador Honduras, Israel, Japón, Mauricio, México, Panamá, Tonga, Trinidad y Tobago, Estados Unidos y Venezuela) al que, como se ha indicado, complementan los arts. 67 a 69 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (respecto de personas evadidas y afectadas por una medida de expulsión, cuestiones más tarde incorporadas al Protocolo Adicional al Convenio de Estrasburgo de 18 de diciembre 1997 y en las que no se exige el consentimiento del afectado) y el Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987.
- Convenio europeo relativo a la vigilancia de personas condenadas o liberadas bajo condición, hecho en Estrasburgo el 30 de noviembre de 1964, sólo ratificado por 19 países, todos ellos europeos, entre los que se cuentan Bélgica, Francia, Italia y Portugal, pero no, por ejemplo, Alemania o España.
- Junto a los anteriores, objeto de estudio en el Tema 6, en cuanto adoptados en el marco del Consejo de Europa, ya en el ámbito de la Unión Europea, debe citarse el Convenio sobre las decisiones de privación del derecho a conducir, hecho en Luxemburgo el 17 de junio de 1998, todavía no vigente.
- Entre las disposiciones relativas a la asistencia judicial en materia penal convenidas sobre la base de una legislación uniforme, deben tenerse en cuenta:
 - En materia de embargo de bienes, la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, objeto de estudio en el tema 11.
 - En materia de información sobre antecedentes penales, la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005, relativa a los intercambios de información entre los registros de antecedentes penales, derogada por la Decisión marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, objeto de estudio en el tema 9.

- En materia de ejecución de penas, las Decisiones Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias y 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, objeto de estudio en los temas 11 y 12.

8. Auxilio judicial internacional en general

8.1. Ley aplicable a la ejecución

- En este punto, señala NIETO MARTÍN, A. en *“Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho Penal”*, en “El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica”, Estudios de Derecho Judicial 61, Madrid, 2004, que *“el principio de forum regit actum y el principio de reconocimiento mutuo implican estrategias diversas en la cooperación judicial. Aplicada la lógica del reconocimiento mutuo a la asistencia judicial, el principio a seguir debiera ser el del Derecho del lugar. Quien solicita la ayuda debe confiar en que la regulación del país requerido es suficiente y satisface los estándares de protección de derechos fundamentales en la realización de actuaciones procesales de investigación. La exportación de su Derecho se fundamenta, al menos en parte, en un principio de desconfianza hacia el Estado requerido. No obstante, si la solución se mide en términos de eficacia de derechos fundamentales, el principio del forum resulta más adecuado e igualmente al ocasionar menos problemas procesales es más acorde con una “buena administración de justicia”. De un lado, permite al Estado requirente exportar sus mayores garantías en la obtención de material probatorio, pero a la vez posibilita que el Estado requerido mantenga su mayor nivel de garantías a partir de la cláusula de orden público”*.

8.2. Notificación y traslado de documentos procesales

- Siguen siendo aplicables determinadas normas del Convenio del 59, como la contenida en su art. 8, relativa a la prohibición de intimaciones al testigo o perito que no hubiere obedecido una citación de comparecencia, cuya entrega se haya solicitado no podrá ser objeto de ninguna sanción o medida coercitiva, aunque dicha citación contenga una intimación de sanciones, salvo que en fecha posterior entre voluntariamente en el territorio de la Parte requirente y

sea citado de nuevo en debida forma.

- Igualmente, en materia de indemnizaciones, rige el art. 9 del Convenio de 1959, según el cual, dichas indemnizaciones, así como los gastos de viaje y las dietas que hayan de abonarse al testigo o Perito por la Parte requirente, se calcularán a partir de su lugar de residencia, y en cuantía por lo menos igual a la que resulte de las escalas y reglamentos en vigor en el país donde haya de tener lugar el interrogatorio.

8.3. Vías de transmisión

- En materia de vías de transmisión, algunas de las novedades introducidas por el Convenio 2000 ya se encontraban previstas en los convenios a los que complementa. En concreto, el Convenio del 59 establece, de modo excepcional y complementario a la comunicación directa entre los Ministerios de Justicia de los Estados Miembros, por razones de urgencia, la comunicación directa entre las autoridades judiciales, remitiendo siempre un duplicado al Ministerio de Justicia para su curso ordinario. El acervo de Schengen establece, como norma, la comunicación directa entre las autoridades judiciales de los Estados partes, sin intervención alguna de las autoridades gubernativas o diplomáticas y prevé la transmisión de documentos relativos al procedimiento directamente por correo a las personas que se hallen en el territorio de la otra parte contratante, sin intervención de autoridad, gubernativa, diplomática o judicial, alguna.
- Reino Unido ha designado dos (anteriormente tres, pero en fechas recientes se han unificado las correspondientes a Inglaterra/Gales e Irlanda del Norte) autoridades centrales a los efectos del art. 6: el Home Office (Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte) y el Crown Office (Escocia). En el caso de entregas vigiladas, investigaciones encubiertas y equipos de investigación, a las anteriores se suman las siguientes: Scottish Drugs Enforcement Agency (SDEA), para Escocia; Chief Officers of Police, para Inglaterra y Gales y el Chief Constable of the Police Service, para Irlanda del Norte.

9. Formas específicas de asistencia judicial

9.1. Restitución de objetos

- El apartado 2 del art. 6 del Convenio del 59 y el apartado 2 del art. 29 del Tratado Benelux contienen disposiciones relativas a la renuncia a la

devolución de objetos que hayan sido entregados en ejecución de una comisión rogatoria y que, en principio, deberán ser devueltos lo antes posible por la Parte requirente a la Parte requerida. En el convenio del 59 exclusivamente se contemplaba la posibilidad de que el Estado requerido que hubiera entregado objetos en virtud de una comisión rogatoria, ante la obligación que tenía el Estado requirente de devolverlos lo antes posible, renunciase a dicha devolución, sin referirse a la devolución a particulares. El Segundo Protocolo del Convenio de 1959 acoge la redacción del Convenio 2000.

9.2. Traslado temporal de detenidos con fines de investigación

- El Convenio del 59, al que complementa el art. 9 del Convenio 2000, nos permite concluir que por “persona detenida con fines de investigación”, deberá entenderse aquélla privada de libertad en el Estado requerido, cuya comparecencia personal como testigo o para un careo hubiere sido solicitada por la Parte requirente, donde se ha de realizar el interrogatorio, con la condición de devolver al detenido a su lugar de origen en el plazo indicado por la Parte requerida y con sujeción a las disposiciones del artículo 12 en la medida que se sean aplicables. Estas limitaciones son las siguientes:
 - Ningún testigo o perito, cualquiera que sea su nacionalidad, que, como consecuencia de una citación, comparezca ante las autoridades de la Parte requirente, podrá ser perseguido, detenido o sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual en el territorio de dicha Parte por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida.
 - Ninguna persona, cualquiera que sea su nacionalidad, que sea citada por las autoridades judiciales de la Parte requirente para responder de hechos por los cuales se le siga en la misma un procedimiento podrá ser perseguida, detenida o sometida a ninguna otra restricción de su libertad individual por hecho o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida y que no constasen en la citación.
 - La inmunidad cesará cuando el testigo, el Perito o la persona encausada hayan tenido la posibilidad de abandonar el territorio de la Parte requirente durante un plazo ininterrumpido de quince días, a partir del momento en que su presencia ya no sea requerida por las

autoridades judiciales y, no obstante, permanezca en dicho territorio o regrese a él después de haberlo abandonado.

- A salvo las posibilidades genéricas de denegación de asistencia previstas en el art. 2 del Convenio de 1959, el traslado temporal con fines de investigación puede implicar el tránsito del detenido por el territorio de un tercer estado, parte en este Convenio, cuando se formule una solicitud en este sentido, acompañada de todos los documentos necesarios y dirigida por el Ministerio de Justicia de la Parte requirente al Ministerio de Justicia de la Parte requerida de tránsito. Toda Parte Contratante podrá denegar el permiso para el tránsito de sus propios nacionales.
- También conforme al art. 11, párrafo 3 del Convenio de 1959, aplicable por remisión expresa del art. 9 del Convenio 2000, la persona trasladada deberá permanecer en prisión preventiva en el territorio de la Parte requirente y, en su caso, en el territorio de la Parte requerida de tránsito, salvo que la Parte a la que se ha pedido dicho traslado solicite que sea puesta en libertad.
- Por último, también por remisión expresa, como excepción a la regla general según la cual la ejecución de las solicitudes de asistencia no dará lugar al reembolso de gastos de ninguna clase, se abonarán los gastos ocasionados para el traslado de personas detenidas que se efectúe en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.
- El Segundo Protocolo amplía la posibilidad de dicho traslado a cualquier fin de la instrucción, pero advierte de la exclusión de la comparecencia a los fines del juicio.

9.3. Declaraciones de testigos o peritos por videoconferencia o conferencia telefónica

- El Convenio 2000, al admitir las declaraciones de acusados por videoconferencia, es más flexible que las Convenciones de la ONU contra la Delincuencia Organizada y contra la Corrupción.
- De aplicación subjetiva potencial mucho más extensa, en cuanto son 147 los Estados signatarios, entre ellos Irlanda, Italia y Grecia, que no han suscrito el Convenio 2000, aunque limitada a la materia de delincuencia organizada, definida, en términos ciertamente amplios, el Convenio de Palermo (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, firmada en Palermo, suscrita por España (BOE 29.9.03), no prevé expresamente la

audición por videoconferencia del acusado, aunque sí la de testigos o peritos, con especial referencia a su virtualidad como instrumento de protección de testigos en su artículo 24, con mayor motivo si se tratare de víctimas, objeto de mención expresa, sin aludir a la videoconferencia, en el art. 25.

- Con redacción idéntica, la Convención de NU contra la corrupción hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, (BOE 19-7-06), que han ratificado 140 Estados, prevé también la declaración de testigos y peritos mediante videoconferencia.
- Aunque anterior a los textos relacionados previamente y citado con frecuencia como precursor en la admisión de la declaración del acusado por videoconferencia, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998 (BOE 27-5-2002), tras reafirmar el principio de que el acusado estará presente en el juicio, sólo se refiere, genéricamente, en su artículo 63, a la posibilidad de recurrir a “tecnologías de comunicación” para el caso concretísimo de permitir el seguimiento del juicio al acusado expulsado, como última, temporal y excepcional medida que se adoptará, por perturbar continuamente aquél su desarrollo. El mayor interés de esta previsión, ajena a la asistencia judicial, reside en la vinculación de la presencia virtual con la garantía de que el acusado “ausente” pueda dar instrucciones a su Defensa.
- También las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, objeto de sucesivas reformas, incorporan numerosas referencias al uso de la videoconferencia. Con carácter general, la Regla 81 bis permite al Juez o a la Sala acordar, de oficio o a instancia de parte, en interés de la Justicia, que el juicio se lleve a cabo por videoconferencia. Previamente, se contienen referencias a la audiencia preliminar que, con consentimiento escrito del acusado y previa posibilidad de asesoramiento legal de su Defensa, admite la celebración con participación videoconferencia del acusado y/o su abogado y a las “declaraciones preconstituidas” (“depositions”) prestadas por este medio. Específicamente, en materia de asistencia judicial, la Regla 75 bis impone que, en caso de que otra autoridad judicial solicite la asistencia del Tribunal Internacional para oír a una persona acusada o condenada, presa a disposición de éste, la audiencia se realice mediante videoconferencia, bajo la dirección de la autoridad requirente y según las normas de su Derecho interno. España desarrolló su cooperación con el Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos

responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia por LO 15/1994, de 1 de junio, a la que se sumaron la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda y la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional).

- El Segundo Protocolo Adicional al Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001, ha extendido algunas de las previsiones del Convenio 2000 al ámbito del Consejo de Europa (y de otros países a los que está abierta la firma del Protocolo), entre ellas, la audiencia por videoconferencia y teléfono. Para consultar el estado de ratificación:

EN:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=182&CM=8&DF=20/09/2010&CL=ENG>

FR:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=182&CM=8&DF=20/09/2010&CL=FRE>

- Aunque los términos del art. 9 de este Segundo Protocolo coinciden casi literalmente con los del art. 10 del Convenio 2000, pueden señalarse algunas diferencias de redacción. De entre ellas, merece ser destacada la mención diferenciada de acusado e imputado. No existe versión oficial en castellano, pero, en las versiones inglesa, francesa y alemana, se emplean los dos términos (“accused” y “suspect”, “personne poursuivie pénalment” y “suspect” y “Beschuldigten” y “Verdächtigenpersonne”), a diferencia de lo que sucede en el art. 10 del Convenio 2000. El Informe Explicativo considera esta diferencia como una aclaración, ante la disparidad terminológica en algunos sistemas, de que no se pretende excluir de esta posibilidad a los imputados. La mera existencia de esta aclaración y su justificación confirma que, en efecto, en algunos países se interpreta el art. 10 del Convenio 2000 en sentido restrictivo, excluyendo la declaración de imputados. Esta interpretación, a su vez, podría conllevar consecuencias muy dispares. Por un lado, la exclusión absoluta de la audiencia del imputado por videoconferencia, pese a admitirse para el acusado, excepción que, desde el punto de vista de los principios y garantías procesales, obviamente mucho menos comprometidos en el caso de audiencia en fases previas al juicio oral, no resulta razonable. Por otro lado, la exclusión podría interpretarse, en este caso con merma de garantías inadmisibles, como una sumisión de la declaración del imputado al régimen que el propio artículo

10 prevé para testigos y peritos. En definitiva, sin necesidad de esta aclaración, la mención del art. 10 debe extenderse al equivalente a “imputado” y no sólo al técnicamente “acusado.

- Siguiendo a VALBUENA GONZÁLEZ, la regulación legal de la utilización de la videoconferencia en el proceso penal en Italia “se encuentra, básicamente, en los arts. 146 bis y 147 bis de las «norme de attuazione, coordinamento e transitorie del Codice di Procedura Penale», conforme a la redacción dada por Decreto Ley 341/2000, que entró en vigor el 31 de diciembre de 2000. En dicha regulación se distingue, de una parte, la participación a distancia del imputado y, de otra, la intervención de sujetos colaboradores sometidos a un programa o medida de protección; en ambos casos, dentro del juicio oral:

a) *Participación del imputado en el juicio oral: Como se desprende de la redacción legal del art. 146 bis, el primer presupuesto para la celebración del juicio oral con la intervención del imputado a distancia es que el proceso se siga por uno de los delitos previstos en el art. 51. c 3 bis) del Codice Penale. Esta limitación no admite excepciones de ninguna clase; por tanto, los supuestos en los que se permite la participación a distancia del imputado en el juicio oral se encuentran tasados, en atención al delito enjuiciado. El art. 51. c 3 bis) hace referencia a cuatro tipos de procedimientos: 1) Procedimientos por delitos, en grado de consumación o tentativa, previstos en los arts. 416-bis y 630 del Código Penal; 2) Procedimientos por delitos cometidos prevaliéndose de las condiciones previstas en el art. 416 bis del Código Penal o bien con el fin de facilitar la actividad de las asociaciones previstas en el mismo artículo; 3) Procedimientos por delitos previstos en el art. 74 del texto único aprobado por Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990, n.º 309; 4) Procedimientos por delitos previstos en el art. 291-quater del texto único aprobado por Decreto del Presidente de la República de 23 de enero de 1973, n.º 43. Así pues, el ámbito de aplicación de la videoconferencia en Italia para la intervención del imputado en el juicio oral se restringe exclusivamente a los procedimientos penales seguidos por: 1) delitos de asociación de tipo mafioso (art. 416-bis Código Penal) y secuestros de personas con fin de extorsión (art. 630 Código Penal), en grado de consumación o tentativa; 2) delitos cometidos prevaliéndose de la actividad de una asociación de tipo mafioso o con el fin de facilitarla; 3) delitos de asociación con fines de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; 4) delitos de contrabando. El art. 146 bis en la parte en que limita la participación del imputado a distancia en el juicio oral a*

los supuestos antedichos fue objeto de una questione de legittimità costituzionale, promovida por el Tribunal de Milán, que fue declarada inadmisibile por la Corte Costituzionale mediante ordinanza n.º 88/2004. El Tribunal Constitucional italiano inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad, con sustento en anteriores resoluciones del Alto Tribunal (sentencia n.º 342/1999 y providencia n.º 234/2000), recordando que la utilización de la videoconferencia se encuentra limitada legalmente a los delitos que son «diretta espressione delle più gravi manifestazioni di criminalità di stampo mafioso». Un segundo presupuesto indispensable para la utilización del sistema de videoconferencia es que el imputado se encuentre en un establecimiento penitenciario, resultando indiferente que se halle privado de libertad como consecuencia de una medida cautelar (prisión provisional) o cumpliendo condena por otra causa. En presencia de sendos presupuestos -delito de tipo mafioso e imputado interno en centro penitenciario- el juez debe valorar si concurre cualquiera de las dos condiciones previstas para decretar la participación del acusado a distancia en el juicio oral: bien por graves razones de seguridad u orden público bien por la complejidad del juicio oral que haga conveniente adoptar esta medida para evitar retrasos en su desarrollo. La exigencia de evitar retrasos en el desarrollo del juicio oral será evaluada también en relación con el hecho de que contra el mismo imputado se encuentren simultáneamente en curso distintos procesos ante diferentes sedes judiciales. Al margen de estas dos condiciones, la participación en el juicio oral será también a distancia cuando se proceda contra un detenido al cual le ha sido aplicada la medida prevista en el art. 41 bis del Reglamento Penitenciario. Tal medida comporta la suspensión por el Ministro de Justicia, a instancia del Ministro del Interior, de algunos o todos los derechos penitenciarios por tiempo determinado debido a graves motivos de seguridad u orden publico con el fin de privar de contacto al detenido con organizaciones criminales, terroristas o subversivas. A juicio de DENTE GATOLA, esta hipótesis trata de evitar el denominado «turismo giudiziario» además de la posibilidad de que el detenido, volviendo a los lugares donde ha cometido los delitos, pueda mantener o restaurar el contacto con los ambientes criminales. Las condiciones técnicas de celebración de la videoconferencia o «collegamento audiovisivo» deben asegurar la contextual, efectiva y recíproca visión de las personas presentes en ambos lugares y la posibilidad de oír cuanto en ellos se diga. Si se celebra entre más de dos puntos porque los imputados se encuentren privados de

libertad en diferentes centros, cada uno debe poder ver y oír a los otros. La resolución que dispone la intervención a distancia del imputado presenta, generalmente, la forma de auto motivado dictado con anterioridad al inicio del juicio oral y notificado a las partes al menos con una antelación de diez días al primero de señalamiento. Este plazo se prevé con el fin de conceder a la defensa un tiempo para organizarse y decidir si estará presente únicamente en la sala de vistas o también en el sitio remoto, ya por sí mismo o mediante un sustituto. Excepcionalmente, una vez abiertas las sesiones del juicio oral, la utilización de videoconferencia puede disponerse mediante simple providencia. Con la finalidad de garantizar al máximo la regularidad del interrogatorio, se prevé que un auxiliar habilitado para asistir al juez esté presente en el lugar donde se encuentre el imputado, donde comprobará su identidad dando fe de que no le son opuestos impedimentos o limitaciones al ejercicio de los derechos y de las facultades que le corresponden. No obstante, cuando no se procede al interrogatorio del imputado es posible que el auxiliar sea sustituido por un oficial de la policía judicial que no haya realizado previamente actividad de investigación o de protección en relación al acusado o con hechos a él referidos. En ambos casos, se levantará acta de lo acontecido. El legislador se ha preocupado también de garantizar la libertad del flujo de información entre el imputado y su defensor estableciendo, de una parte, que el abogado defensor o un sustituto puedan estar presentes en el lugar donde se encuentra el imputado y, de otra parte, que el abogado defensor o su sustituto cuando se encuentren en la sala de vistas puedan comunicarse reservadamente con el acusado mediante instrumentos técnicos idóneos. Finalmente, se prevé la posibilidad de que aún habiéndose acordado previamente la intervención a distancia del imputado, éste deba concurrir en la sala de vistas para la práctica de alguna prueba. Así, se dispone que si durante el juicio oral deba procederse a un careo o reconocimiento del imputado o a otro acto que implique la observación de su persona, el juez, cuando lo considere indispensable, oídas las partes, dispondrá la presencia del imputado en la sala de audiencias por el tiempo necesario para la celebración del acto.

b) Intervención en el juicio oral de sujetos protegidos: Como ya anticipábamos, el régimen legal de la videoconferencia en el proceso penal en Italia se completa con la disposición prevista en el art. 147 bis de las «norme de attuazione, coordinamento e transitorie del Codice di Procedura Penale», que prevé el interrogatorio a distancia de las personas que colaboran con la

justicia bajo algún programa o medida de protección. Con la finalidad de evitar el riesgo que entraña su presencia en la sala de vistas, se ha previsto que la persona sometida a un programa de protección preste su declaración en el juicio oral mediante videoconferencia, bajo dos modalidades: una de admisión facultativa para el juez y otra de admisión obligatoria. Constituye, por ejemplo, una hipótesis de admisión facultativa el hecho de que exista dificultad de asegurar la comparecencia de la persona sometida a interrogatorio. En este caso, si el juez considera oportuno recurrir al testimonio a distancia lo puede acordar así, previa audiencia de las partes. Por el contrario, las hipótesis de admisión obligatoria son tres, a saber: 1) cuando la persona admitida en un programa de protección es interrogada en el ámbito de un proceso por alguno de los delitos indicados en el art. 51. c 3 bis del Código Penal, ya referidos al hilo del examen del art. 146 bis; 2) cuando al protegido se le ha facilitado una nueva identidad; en este supuesto, se deben tomar además las medidas adecuadas para evitar la visión del rostro del declarante; 3) cuando en el ámbito de un proceso por alguno de los delitos indicados en el art. 51. c 3 bis del Código Penal, debe ser interrogado un imputado por delito conexo, y se ha declarado la separación de ambos procedimientos. De todo lo expuesto pueden finalmente extraerse algunas conclusiones respecto a la intervención a distancia de sujetos en el proceso penal italiano. Así, en relación con los imputados se restringe considerablemente su ámbito de aplicación puesto que, en primer lugar, se contempla para la intervención en el juicio oral excluyendo su uso durante las diligencias sumariales; en segundo lugar, se limita con carácter tasado al enjuiciamiento de determinados tipos delictivos relacionados con la actuación de organizaciones criminales y, en tercer lugar, sólo se prevé si el imputado se encuentra privado de libertad en un establecimiento penitenciario ya como sujeto pasivo de una medida cautelar personal ya como reo por otra causa. En relación con sujetos diferentes al imputado, su intervención mediante videoconferencia sufre también notables restricciones, puesto que se encuentra limitada a personas admitidas en algún programa o medida de protección que prestan su declaración en el juicio oral de procesos por delitos relacionados con la actividad de organizaciones criminales”.

- Por otra parte, debe ser destacada la previsión expresa de delitos contra la Administración de Justicia cometidos con ocasión de la asistencia judicial internacional por videoconferencia, castigados en los mismos términos, conforme a la ley italiana, que si hubieran sido cometidos en el territorio del

Estado italiano.

- Siguiendo al mismo autor, “el régimen legal de la intervención a distancia de sujetos dentro del proceso penal en Francia se encuentra en el art. 706-71 del Code de Procédure Pénale, introducido por Ley de 15 de noviembre de 2001. Del citado precepto llama la atención, de partida, que el legislador galo omite cualquier referencia expresa al término «visioconférence» -traducción al idioma francés de la palabra videoconferencia- prefiriendo aludir genéricamente a medios de telecomunicación que garanticen la confidencialidad de la transmisión, con lo que está admitiendo otros sistemas alternativos. También parece diferenciar entre el uso de medios de telecomunicación -por ejemplo, teléfono- reservado para la realización de diligencias en fase de instrucción, y el empleo de medios de telecomunicación audiovisual -v. gr. , videoconferencia- aplicable ya ante los órganos de enjuiciamiento para la audición de testigos, partes civiles y peritos, así como a los fines de prorrogar la detención judicial. En ambos supuestos, su empleo se somete a un simple criterio de necesidad. Así cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, pueden utilizarse en el sumario para el interrogatorio de una persona o careo entre varias que se encuentren situadas en diferentes puntos. Asimismo, sirven para la audición por el juez de instrucción de la persona detenida, a los fines de la audiencia prevista para la adopción o prolongación de la prisión provisional o del interrogatorio del acusado ante el Tribunal de police. Finalmente, se ha previsto que puedan utilizarse inclusive para facilitar la asistencia de un intérprete en el curso de una audición, interrogatorio o careo. Así pues, el ámbito de aplicación de los medios de comunicación en el proceso penal francés resulta extensivo a un buen número de diligencias; no obstante, su utilización se restringe sensiblemente para la intervención del imputado en el juicio oral, prevista exclusivamente en el enjuiciamiento de las infracciones menos graves -denominadas «contraventions»- cuyo conocimiento corresponde al Tribunal de police. Para el enjuiciamiento del resto de infracciones no se dispone que el acusado pueda ser interrogado sirviéndose de medios audiovisuales de telecomunicación, razón por la que debemos presumir que su presencia en la sala de vistas resulta obligatoria. Finalmente, dos son las garantías expresamente contempladas en orden a la validez de las diligencias practicadas mediante videoconferencia, referidas respectivamente a la documentación de las actuaciones y al derecho de defensa. Así, por un lado,

se prevé la necesidad de levantar acta de las operaciones que han sido efectuadas en cada uno de los puntos; previsión que obliga a la presencia de tantos oficiales habilitados para dar fe judicial como puntos existan en cada actuación desde los que se produce la transmisión de imágenes y sonido. Además, se faculta a realizar una grabación audiovisual o sonora de lo acontecido. De otro lado, se permite la asistencia al detenido a través de abogado tanto «in situ» como a distancia, es decir, éste puede encontrarse ante el órgano competente o ante el interesado. En el primer caso, para garantizar el derecho del detenido a entrevistarse con su abogado con anterioridad a prestar declaración ante el juez, se faculta a letrado y cliente a realizar dicha entrevista por medio de videoconferencia, pero en este caso de manera confidencial”.

- En Inglaterra y Gales, la *Youth and Criminal Evidence Act* de 1999 regula en su Segunda Parte, Sección Primera, relativa a medidas especiales en caso de testigos vulnerables o sometidos a intimidación, en su art. 24 la prueba por videoconferencia (*live link*), que puede ser acordada de oficio o a instancia de parte, tanto en la *Crown Court* como en una *Magistrates’ Court*, en relación con testigos, que, ausentes de la Sala o de cualquier otro lugar en que haya de desarrollarse la actuación procesal, pueden ser vistos y oídos por el Juez y/o los miembros del Jurado, el acusado o los demás acusados, en su caso, los profesionales que les representan y el intérprete u otra persona designada para asistir al acusado y, a su vez, ver y oír a través de este mecanismo. La *Police and Justice Act*, de 2006, reforma la Ley de 1999 citada, para permitir la videoconferencia en relación con acusados, sólo a petición de éstos, con condiciones distintas para menores y mayores de 18 años. En el caso de mayores de 18 años, las condiciones en que puede ser acordada esta modalidad de declaración, en interés de la Justicia, se reducen a los de incapacitación por enfermedad mental u otra discapacidad mental o social significativa, que impidan al acusado participar efectivamente en el proceso, declarando oralmente como testigo (lo que es posible en el Derecho anglosajón), cuando el uso de esta técnica permita una participación más efectiva en el proceso como testigo, mejorando la calidad de su declaración o de otra forma. La decisión judicial que autoriza esta modalidad puede ser dejada sin efecto de oficio o a instancia de parte y, en todo caso, ha de ser pública y motivada. La medida puede ser también acordada en fase de apelación, respecto de apelante privado de libertad con derecho a estar

presente en el procedimiento de apelación o al que se le ha autorizado a estarlo.

- En Escocia, la *Prisoners and Criminal Proceedings Act* de 1993 y la *Criminal Procedure Act* de 1995, regulan la prueba practicada en el extranjero a través de videoconferencia, tanto en el ámbito de la *High Court* como de la *Sheriff Court*, excluyendo la declaración del acusado, cuando el testigo se encuentra fuera del Reino Unido, se ha solicitado como consecuencia de una comisión rogatoria y así lo acuerda el Tribunal. Por otra parte, las previsiones de aplicación en el ámbito interno de esta técnica fue ampliada a casos distintos de menores a través de la reforma de la *Criminal Procedure Act* de 1995 por la *Vulnerable Witnesses Act* de 2004. Actualmente, existen equipos de videoconferencia en todas las sedes de las High Courts y en numerosos edificios judiciales en los que tienen sede las más importantes Sheriffs' Courts.
- En el año 2003, la Ley de cooperación penal internacional ha adaptado la legislación británica a las previsiones del Convenio 2000, incorporando la audiencia de testigos por videoconferencia y por conferencia telefónica. Se prevé la sanción por desacato o falso testimonio en las mismas condiciones en que sería aplicable si el testigo se encontrase físicamente presente ante el Tribunal británico, en casos en que el Reino Unido actúe como Estado requirente. Las peticiones se remiten al Ministro de Asuntos Exteriores (*Secretary of State*) y, en Escocia, al *Lord Advocate*, que designarán el tribunal ante el que tendrá lugar la declaración.

9.4. Entregas vigiladas

- Ya en el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecho en Viena, el 20 de diciembre de 1988, se establecía: “1. *Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.* 2. *Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia*

por las Partes interesadas. 3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan”.

- También con un ámbito restringido al tráfico de drogas, el art. 73 del Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990, del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, preveía: “De conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. 2. La decisión de recurrir a entregas vigiladas se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte contratante de que se trate. 3. Cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizado a intervenir”.
- El art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York, el 15 de noviembre de 2000, prevé idéntica diligencia: “1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada. 2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas. 3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos

financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados. 4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente”.

- En la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York, el 31 de octubre de 2003, el artículo 50, en el capítulo dedicado a la cooperación internacional, regula distintas técnicas especiales de investigación, entre otras, las entregas vigiladas, en los siguientes términos: *“1. A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales. 2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas. 3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados. 4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes o los fondos, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente”.*

9.5. Equipos conjuntos de investigación

- En noviembre de 2009, el Programa de Estocolmo animaba a las autoridades competentes de los Estados miembros a recurrir siempre que puedan y resulte adecuado a la herramienta de investigación que constituyen los equipos conjuntos de investigación (ECI). Europol y Eurojust deberían informarse sistemáticamente de la creación de estos equipos y asociarse a las operaciones transfronterizas importantes. Convendría actualizar el modelo de acuerdo para la creación de equipos conjuntos de investigación.
- Es posible encontrar un nuevo modelo de acuerdo por el que se crea un equipo conjunto de investigación, aprobado por Resolución del Consejo de 26 de febrero de 2010 (2010/C 70/01) así como un manual de estos equipos conjuntos, en distintos idiomas, cuya última versión data de 4.11.11, en la siguiente dirección:
- En cuanto al papel de Eurojust en la creación de un equipo conjunto de investigación, según el art. 6 de la Decisión Marco de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust, los miembros nacionales pueden requerir de las autoridades competentes para que valoren la posibilidad de constituir un equipo conjunto. Según el art. 7 de la misma Decisión, el Colegio de Eurojust, puede requerir de las autoridades competentes la creación de un equipo, exponiendo las razones para ello y, a su vez, en caso de negativa de dichas autoridades, éstas deben exponer al Colegio las razones de su negativa. En particular, el Artículo 9 septies de la Decisión 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se refuerza Eurojust, prevé la participación de los miembros nacionales en los equipos conjuntos de investigación, aunque los Estados miembros podrán subordinar la participación del miembro nacional a la aprobación de la autoridad nacional competente. Cada Estado miembro definirá si el miembro nacional participa en el equipo conjunto de investigación como autoridad nacional competente o en nombre de Eurojust.
- Como ventajas de los equipos conjuntos de investigación, pueden destacarse las siguientes:
 - Posibilidad de compartir la información directamente entre los miembros del equipo sin necesidad de solicitudes oficiales.
 - Posibilidad de solicitar medidas de investigación entre los miembros del equipo directamente, lo que evita la obligación de comisiones rogatorias. Este punto también se aplica a las solicitudes de medidas coercitivas.

- Posibilidad de que los miembros estén presentes en registros, entrevistas, etc. en todas las jurisdicciones de que se trate, lo que contribuye a superar barreras lingüísticas en las entrevistas, etc.
 - Posibilidad de coordinar esfuerzos in situ, así como el intercambio informal de información especializada.
 - Posibilidad de establecer un clima de mutua confianza entre profesionales procedentes de diferentes jurisdicciones, que trabajan juntos y deciden estrategias de investigación y de acusación.
 - Posibilidad de participación de Europol y Eurojust, que prestan ayuda y asistencia directa.
 - Posibilidad de tener acceso a posible financiación disponible.
- En julio de 2005, se creó una Red de Expertos Nacionales en Equipos Conjuntos de Investigación. La Red se compone de al menos un experto nacional por Estado Miembro y se ocupa de promover el recurso a estos equipos, facilitando su creación y apoyando la puesta en común de experiencias, buenas prácticas y el tratamiento de cuestiones jurídicas. La Red, a partir de enero de 2011, dispone de una Secretaría, integrada en el personal de Eurojust y coordinada por éste (art. 25 bis de la Decisión 2009/426/JAI del Consejo. El documento por el que se crea la Red puede consultarse, en inglés, en la página:

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/05/st11/st11037.en05.pdf>
 - Asimismo, se actualiza periódicamente un **Manual** de Equipos Conjuntos de Investigación, elaborado en el marco del proyecto conjunto ECI (equipos conjuntos de investigación) de Eurojust y Europol, que es, a su vez, complementario de la Guía de la normativa de los Estados miembros en el ámbito de los equipos conjuntos de investigación. Como el modelo de acuerdo, pueden consultarse en

ES: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/st15790-re01.es11.pdf>

EN: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/st15790-re01.en11.pdf>

FR: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/st15790-re01.fr11.pdf>

9.6. Investigaciones encubiertas

- Las investigaciones encubiertas, comprendidas dentro de las llamadas “técnicas especiales de investigación”, han sido objeto, al tiempo, de promoción,

por distintos organismos internacionales, en el contexto de la lucha contra las formas graves de criminalidad y, en especial, el terrorismo y de crítica en la doctrina. Como ejemplo de “promoción”, puede consultarse la Recomendación Rec (2005) del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre “técnicas especiales de investigación” en relación con delitos graves, incluidos los actos terroristas, en la que, no obstante, se mencionan límites, como la existencia de “motivos razonables” acerca de la efectiva comisión o preparación de un delito grave, por una persona o grupo identificados o no, o la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del delito y la intensidad “invasiva” de la específica técnica de investigación, eligiendo la menos onerosa de entre las de posible eficacia investigadora.

- Como ejemplo de crítica doctrinal, ya antigua, W. HASSEMER en “Límites para el Estado de Derecho en la lucha contra la criminalidad organizada: Tesis y razones”, plantea, entre otros límites cuyo traspaso juzga inadmisibles, la sumisión de los agentes encubiertos a las denominadas “pruebas de virginidad”, a las que aquéllos podrían ser sometidos al objeto de demostrar que no son sospechosos para el grupo u organización criminal en que pretenden infiltrarse, un método criminal que, ni siquiera a efectos de investigar los más graves delitos, el Estado no podría asumir como propio. El artículo puede consultarse en la siguiente dirección:

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2014/hassem14.htm>

- En Alemania, la figura del agente encubierto se regula en el parágrafo 110 de la Ley Procesal, de conformidad con la legislación especial de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada, de 15 de julio de 1992.
- En general, en las legislaciones nacionales pueden reconocerse los siguientes rasgos comunes:
 - Su utilización se limita a investigaciones concretas.
 - La condición de agente encubierto sólo puede ser asumida por miembros de las fuerzas policiales.
 - La investigación encubierta se somete a control jurisdiccional.
 - Debe ser utilizada con carácter subsidiario respecto de otras técnicas de investigación menos “invasivas”.
- La exención de la responsabilidad criminal del agente encubierto viene dada por tratarse de actuaciones consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y que guarden la debida proporcionalidad y no constituyan, en

ningún caso, provocación del delito. Por ello que se requieren tres requisitos formales para declarar como no punible la conducta del agente encubierto:

- La conducta llevada a cabo por el agente encubierto tiene como fin inmediato que el autor sea castigado precisamente a causa de ese hecho
 - El agente encubierto no tiene voluntad de consumación del delito sino que actúa única y exclusivamente en interés de la ley y en cumplimiento de sus deberes y funciones
 - Ausencia de voluntad de llevar a cabo una acción delictiva, que se manifiesta externamente mediante la toma de medidas necesarias para neutralizar la acción.
- El agente encubierto, por tanto, no es un confidente, figura ésta asociada a la típica persona de confianza de las autoridades de persecución penal, fundamentalmente de la Policía, cuya actividad normalmente estará premiada ya sea con ventajas materiales, o procesales, de hallarse procesado, aunque no necesariamente por el mismo delito. El agente encubierto propiamente dicho, está caracterizado por ser un agente de policía infiltrado en una organización criminal realizando tareas de prevención o represión del delito.
 - La responsabilidad penal dimanante de posibles hechos delictivos que se cometan o daños ocasionales durante la investigación encubierta, se ventilará en su caso ateniéndose a sus respectivos derechos internos y procedimientos nacionales, esto es asimilando al agente encubierto de otro Estado, a estos efectos, como si fuesen propios del Estado en que actúan (art. 15 del Convenio).
 - En la vertiente de responsabilidad civil derivada de las investigaciones encubiertas dispone, el artículo 16 del Convenio, que respecto de los agentes de un Estado miembro que actúen en otro Estado miembro, el primer Estado miembro, el de procedencia del agente, será responsable de los daños y perjuicios causados por sus agentes en el desarrollo de sus cometidos, de acuerdo con el Derecho del Estado miembro en cuyo territorio estén actuando. Ahora bien, el Estado miembro en cuyo territorio se causaren los daños y perjuicios contemplados anteriormente asumirá la reparación de los mismos en las condiciones aplicables a los daños y perjuicios causados por sus propios funcionarios, siendo restituido posteriormente por el otro Estado miembro cuyos agentes hubieren causado los daños, restitución que ha de ser cumplida íntegramente tanto al Estado miembro como respecto de los

importes que hubiere abonado a las víctimas o a sus derechohabientes, pudiendo en todo caso, como estipula el apartado 4.º del artículo 16 del Convenio, renunciar a pedir el reembolso del importe de los daños y perjuicios que hubiere sufrido por causa de la actuación de un agente encubierto de otro Estado miembro en su territorio.

10. Especial referencia a la intervención de telecomunicaciones

- La Recomendación R (85)10 del Consejo de Europa, de 28-6-85, se refería a las informaciones que las peticiones de intervención de las telecomunicaciones debían contener, a la duración de las medidas de vigilancia, a las condiciones a las que el Estado requerido podía someter la ejecución de las comisiones rogatorias y a la posibilidad de dirigir una notificación judicial a la Parte requerida.

11. Referencia a la información de cuentas bancarias y control de transacciones en el Protocolo de 16 de octubre de 2001

- El concepto de beneficiario económico se interpretará con arreglo al apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001. En consecuencia, cuando existan dudas sobre si los clientes a los que, en principio, viene referida la información, actúan por cuenta propia o se tenga la certeza de que no actúan por cuenta propia, se adoptarán las medidas razonables a fin de obtener información sobre la verdadera identidad de las personas por cuenta de las cuales actúan los clientes.
- Como señala PALOMO DEL ARCO, el Protocolo, *“a pesar de sus limitaciones, ya que no se consiguió plasmar la obligación de asistencia, aunque no mediara el requisito de la doble incriminación, ni eliminar las restricciones existentes cuando el delito investigado es de naturaleza fiscal, integra un instrumento absolutamente necesario”*, necesidad especialmente relevante *“al objeto de instrumentar mecanismos eficaces de cooperación con las*

jurisdicciones off shore enclavadas en territorio europeo”: Gibraltar o las islas Jersey, Guernsey y Man que “*se muestran escasamente colaboradoras al respecto*”.

- Como complemento o alternativa en esta materia, debe tenerse presente la existencia, en el ámbito del Consejo de Europa, del Convenio relativo al blanqueo, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, que recoge una amplia regulación de la investigación bancaria, que comprende:
 - Solicitudes de información sobre cuentas bancarias.
 - La asistencia se refiere a determinar, si una persona física o jurídica objeto de una investigación penal es titular o tiene el control de una o varias cuentas, de cualquier naturaleza, en cualquier banco situado en su territorio y, en tal caso, proporcionar los datos de las cuentas identificadas.
 - La obligación establecida en el presente artículo será aplicable únicamente en la medida en que la información esté en posesión del banco que mantenga la cuenta.
 - La Parte requerida podrá someter la ejecución de dicha solicitud a las mismas condiciones que aplique a las solicitudes de seguimiento o embargo. Cada Estado o la Comunidad Europea podrán reservar la aplicación de esta previsión a las categorías únicamente a las categorías de delitos especificados en la relación contenida en anexo.
 - Las Partes podrán hacer extensiva la presente disposición a las cuentas mantenidas en entidades financieras no bancarias. Tal extensión podrá someterse al principio de reciprocidad.
 - Solicitudes de información sobre transacciones bancarias.
 - Datos de las cuentas bancarias especificadas y de las operaciones bancarias que se hayan efectuado durante un período determinado en una o más cuentas especificadas en la solicitud, incluidos los datos de cualquier cuenta emisora o receptora.
 - La obligación establecida en el presente artículo será aplicable únicamente en la medida en que la información esté en posesión del banco que mantenga la cuenta.
 - La Parte requerida podrá someter la ejecución de dicha solicitud

- a las mismas condiciones que aplique a las solicitudes de seguimiento o embargo.
- Las Partes podrán hacer extensiva la investigación a las cuentas mantenidas en entidades financieras no bancarias. Tal extensión podrá someterse al principio de reciprocidad.
- Solicitudes de seguimiento de transacciones bancarias.
- Seguimiento, durante un periodo determinado, de las operaciones bancarias que se realicen en una o más cuentas especificadas en la solicitud y de comunicar el resultado del mismo a la Parte requirente.
 - La decisión de hacer el seguimiento se tomará caso por caso por las autoridades competentes de la Parte requerida, tomando debidamente en consideración el derecho interno de esa Parte.
 - Las Partes podrán hacer extensiva la presente disposición a las cuentas mantenidas en entidades financieras no bancarias.

NIVEL III: DOCUMENTACIÓN DE REFERENCIA

12. Ámbito de aplicación

12.1. Ámbito subjetivo y temporal

- Para obtener la lista permanentemente actualizada de notificaciones, fechas de entrada en vigor y declaraciones para los distintos Estados, en relación con el Convenio 2000, puede consultarse la siguiente dirección:
<http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=ES&aid=2000023&doclang=EN>
- Puede consultarse la base de datos del Consejo de la Unión Europea para obtener la lista permanentemente actualizada de notificaciones, fechas de entrada en vigor, reservas y declaraciones para los distintos Estados en relación con el Protocolo de 16 de octubre de 2001:
<http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=EN&aid=2001090&doclang=EN>

12.2. Ámbito objetivo

- Informe Explicativo del Convenio aprobado por el Consejo el 30-11-00, DO C 379, de 29-XII-2002:
ES:
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:ES:PDF>
EN:
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:EN:PDF>
FR:
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:FR:PDF>

12.3. Relaciones de complementariedad con otros convenios

12.3.1. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959

- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959.

ES:

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1982/23564

EN:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/030.htm>

FR:

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/030.htm>

- La Acción Común de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal contiene recomendaciones en relación con el contenido mínimo de las solicitudes de asistencia:

ES:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0001:0003:ES:PDF>

EN:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0001:0003:EN:PDF>

FR:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:191:0001:0003:FR:PDF>

12.3.2. Convenio de 19 de junio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen

- Texto del Convenio

ES:

[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):ES:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):ES:HTML)

EN:

[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):EN:HTML)

FR:

[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):FR:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):FR:HTML)

- Sobre determinación de los contenidos que integran el acervo comunitario que los Estados deben incorporar a su legislación, vid. las Decisiones del Consejo: 1999/435/CE y 1999/436/CE, de 20 de mayo de 1999, con rectificaciones en DO L 9 de 13 de enero de 2000:

ES:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:176:0001:0016:ES:PDF>

<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=329820:cs&lang=es&list=347127:cs,347126:cs,329770:cs,329822:cs,329821:cs,329820:cs,329819:cs,&pos=6&page=1&nbl=7&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

EN:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:176:0001:0016:EN:PDF>

<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=329820:cs&lang=en&list=347127:cs,347126:cs,329770:cs,329822:cs,329821:cs,329820:cs,329819:cs,&pos=6&page=1&nbl=7&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

FR:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:176:0001:0016:FR:PDF>

<http://eurlex.europa.eu/Notice.do?val=329820:cs&lang=fr&list=347127:cs,347126:cs,329770:cs,329822:cs,329821:cs,329820:cs,329819:cs,&pos=6&page=1&nbl=7&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=#texte>

12.3.3. Otros convenios

- Convenio europeo sobre transmisión de procedimiento en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972:

ES:

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1988/25806

EN:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/073.htm>

FR:

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/073.htm>

- Convenio sobre Cibercriminalidad, hecho en Budapest, el 23 de noviembre de 2001:

EN:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>

FR:

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/185.htm>

Protocolo Adicional de 28 de enero de 2003:

EN:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>

FR:

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/189.htm>

- Convenio europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970:

ES:

<http://www.boe.es/boe/dias/1996/03/30/pdfs/A12228-12244.pdf>

EN:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/070.htm>

FR:

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/070.htm>

- Convenio sobre traslado de personas condenadas hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983:

ES:

http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1985/10

[554](#)

EN:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/112.htm>

FR:

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/112.htm>

- Convenio europeo relativo a la vigilancia de personas condenadas o liberadas bajo condición, hecho en Estrasburgo el 30 de noviembre de 1964:

EN:

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/051.htm>

FR:

<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/051.htm>

- Junto a los anteriores, objeto de estudio en el Tema 6, en cuanto adoptados en el marco del Consejo de Europa, ya en el ámbito de la Unión Europea, debe citarse el Convenio sobre las decisiones de privación del derecho a conducir, hecho en Luxemburgo el 17 de junio de 1998, todavía no vigente.

13. Auxilio judicial internacional en general

13.1. Ley aplicable a la ejecución

- La RJE elaboró el modelo de “cover note”, siguiendo las indicaciones contenidas en la Acción Común de 29 de junio de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre

buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal (98/427/JAI). En la actualidad, uno de los campos de la herramienta Compendium se refiere, precisamente, al acuse de recibo.

13.2. Notificación y traslado de documentos procesales

13.3. Vías de transmisión

- La herramienta “Compendium”, que asiste al usuario en la redacción y traducción de una comisión rogatoria, está disponible en la siguiente dirección Web:

http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Compendium.aspx

- El Atlas Judicial puede consultarse en la siguiente página Web:

http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_AtlasAdvanced.aspx

- Al objeto de conocer las declaraciones de los distintos Estados en relación con la designación de autoridades competentes, debe consultarse la página:

<http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=ES&aid=2000023&doclang=EN>

14. Formas específicas de asistencia judicial

14.1. Restitución de objetos

14.2. Traslado temporal de detenidos con fines de investigación

14.3. Declaraciones de testigos o peritos por videoconferencia o conferencia telefónica

14.4. Entregas vigiladas

14.5. Equipos conjuntos de investigación

14.6. Investigaciones encubiertas

15. Especial referencia a la intervención de telecomunicaciones

16. Referencia a la información de cuentas bancarias y control de transacciones en el Protocolo de 16 de octubre de 2001

17. Documentación y bibliografía

Con independencia de la disponibilidad de esta información en el recurso “Paseo virtual” y de las referencias dispersas en el texto, se considera indispensable la consulta de los instrumentos normativos a que se refiere este tema y de sus respectivos informes explicativos.

Texto Convenio:

ES:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:ES:PDF>

EN: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:EN:PDF>

FR:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:197:0001:0023:FR:PDF>

Informe Explicativo del Convenio:

ES:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:ES:PDF>

EN:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:EN:PDF>

FR:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:379:0007:0029:FR:PDF>

Texto Protocolo:

ES:[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121\(01\):ES:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121(01):ES:HTML)

EN:[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121\(01\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121(01):EN:HTML)

FR:[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121\(01\):FR:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42001A1121(01):FR:HTML)

Informe Explicativo Protocolo:

ES:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:257:0001:0009:ES:PDF>

EN:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:257:0001:0009:EN:PDF>

FR:<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:257:0001:0009:FR:PDF>

Otros documentos disponibles en idiomas distintos al español (la documentación disponible sólo en español se cita en el anexo correspondiente)

- Informe de la Cámara de los Lores en relación con el Convenio 2000:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldselect/ldecom/93/9301.htm>

-McCLEAN, D. "International Co-operation in civil and criminal matters", Oxford University Press, 2002

http://books.google.es/books?id=9WPLwaQ7YjUC&pg=PA232&lpg=PA232&dq=cov+ert+investigations+Europol&source=bl&ots=Xinv9n-v-i&sig=mVmAt8NdHUJA0B0W-7ZzV8JQldw&hl=es&ei=wKSD2PDuDDjAe_lsmNCA&sa=X&oi=book_result&resnum=7&ct=result#PPA224,M1

NIVEL IV: ESPECIFICACIONES PARA ESPAÑA

18. Ámbito de aplicación

18.1. Ámbito subjetivo y temporal

- Provisionalmente, antes de esta fecha, desde el 6-10-03, el Convenio ya era aplicable entre España y Portugal, al amparo de la previsión general contenida en su art. 27.5, según la cual, antes de entrar en vigor conforme a las reglas generales, cualquier Estado miembro podía declarar, al efectuar la correspondiente notificación o en cualquier momento posterior, que aplicaría el Convenio en sus relaciones con los Estados miembros que hubieran realizado la misma declaración.

18.2. Ámbito objetivo

18.3. Relaciones de complementariedad con otros convenios

18.3.1. Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959

- Deben recordarse, en este punto, algunas de las declaraciones y reservas formuladas por España en relación con el Convenio del 59:
 - A los efectos de lo previsto en el art. 7.3 (comisión destinada a solicitar la comparecencia de un acusado): antelación mínima de 30 días.
 - En relación con el art. 15.6, en caso de remisión directa de la comisión, en supuestos de urgencia, se exigirá remisión simultánea de una copia de la comisión rogatoria al Ministerio de Justicia español. Se entiende que esta previsión sólo subsiste para las comisiones remitidas por Estados en los que no está vigente el Convenio 2000.
 - Se consideran autoridades judiciales, tanto a efectos del Convenio como de su Protocolo, tras la modificación introducida a la Declaración de España al art. 24, por Nota verbal de 9.6.11 (BOE 12.12.11, con sustancial corrección de errores en BOE de 17.12.11):
 - Los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria;
 - Los Secretarios Judiciales;

- Los miembros del Ministerio Fiscal;
 - Los Jueces Togados y Tribunales militares;
 - Los Secretarios Relatores de la Jurisdicción Militar.
- España se reserva la facultad de no ejecutar las comisiones rogatorias que tengan como finalidad un registro o embargo de bienes a menos que se cumplan las condiciones siguientes (que, en el ámbito Schengen, deben ajustarse a las excepciones contenidas en el art. 51 CAAS):
 - Que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible según la legislación española.
 - Que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a extradición según la legislación española.
 - Que la ejecución de la comisión rogatoria resulte compatible con la legislación española.
 - España se reserva la facultad de exigir, en relación con el art. 16.2, que las solicitudes de asistencia judicial y documentos anexos que se le cursen se acompañen de una traducción al idioma castellano debidamente autenticada, exigencia que se mantiene, por ausencia de norma específica en relación con el idioma, en las solicitudes amparadas por el Convenio 2000.
 - España se reserva, en relación con lo dispuesto en el art. 22, el derecho a no facilitar información a otra parte interesada en cuanto a antecedentes penales cancelados se refiere, en el caso de ciudadanos españoles.

18.3.2. Convenio de 19 de junio de 1990 aplicación del Acuerdo de Schengen

- Han de tenerse en cuenta el contenido de las específicas previsiones incorporadas por España en el Acuerdo de 25 de junio de 1991 de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, al cual se adhirió la República Italiana por Acuerdo firmado en París (B.O.E. nº 81, de 5 de abril de 1994:

18.3.3. Otros convenios

- En virtud de lo previsto en el Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales, hecho en Valencia el 3 de octubre de 2002 en las relaciones bilaterales entre estos países, no se exigirá traducción en las solicitudes de asistencia.

19. Auxilio judicial internacional en general

19.1. Ley aplicable a la ejecución

- En España, existe una consolidada doctrina jurisprudencial que atiende, a efectos de eficacia probatoria de diligencias practicadas en el extranjero, a la salvaguarda del “contenido esencial de los valores y garantías” compartidos entre los Estados de la Unión. En este sentido, puede consultarse la STS de 27-12-06, citada extensamente por la de 24-4-12, que recuerda cómo, conforme a la STS. 19/2003 de 10.1, “la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país de la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de “supervisión”. Con la STS 1521/2002 de 25 de Septiembre podemos afirmar que “...En el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial, según el art. 29 del Tratado de la Unión en la versión consolidada de Maastricht , no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 20 de Abril de 1959 --BOE 17 de Septiembre de 1982 --. En tal sentido se pueden citar las Sentencias de esta Sala 13/95 de

19 de Enero en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por Alemania; Sentencia nº 974/96 de 9 de Diciembre donde expresamente se proclama que "...en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma...", en relación a Comisión Rogatoria ante las autoridades suecas; la STS nº 340/2000 de 3 de Marzo que en sintonía con las anteriores confirma la doctrina de que la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial citado no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas; la STS nº 1450/99 de 18 de Noviembre en relación a Comisión Rogatoria cumplimentado por las autoridades francesas, y en fin, la Sentencia nº 947/2001 de 18 de Mayo para la que "...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...". En definitiva, podemos afirmar que existe al respecto un consolidado cuerpo jurisprudencial en relación a las consecuencias derivadas de la existencia de un espacio judicial europeo, en el marco de la Unión fruto de la comunión en unos mismos valores y garantías compartidos entre los países de la Unión, aunque su concreta positivación dependa de las tradiciones jurídicas de cada Estado, pero que en todo caso salvaguardan el contenido esencial de aquellos valores y garantías....".

- Un caso concreto de especial interés, aunque ajeno a la Unión Europea, se contempla en la STS 30-5-12: las declaraciones inculpativas después valoradas como prueba de cargo fueron prestadas ante un Fiscal en Panamá, sin intervención del Letrado de la Defensa del acusado (aunque sí con posibilidad de asistencia letrada para los propios declarantes, conforme a la legislación panameña), complementadas, en algunos casos, por las recibidas en comisión rogatoria internacional, con asistencia de la Juez de Instrucción, el Secretario Judicial y el Fiscal españoles, con pliego de preguntas facilitado por la Defensa, "compatibilizando los intereses del acusado con las normas procesales del país donde se practicaba la comisión

rogatoria”.

19.2. Notificación y traslado de documentos procesales

- La valoración relativa a la exigencia o no de una prueba efectiva de notificación distinta a la proporcionada por el correo no siempre resulta fácil para las autoridades judiciales del Estado requirente. Así, en Derecho español, parece claro que no pueden notificarse por correo las sentencias (art. 160 LECrim.) ni los autos de prisión (art. 501 LECrim.). En cuanto al auto de apertura del juicio oral en el Procedimiento Abreviado, si es posible acreditar su recepción personal por parte del destinatario, ni la LECrim., ni la doctrina del Tribunal Constitucional ni la del TEDDHH, constituirían obstáculos para la notificación por correo certificado con acuse de recibo. Si no se acredita esa recepción personal, aunque sea otro quien, en el domicilio del destinatario, firme el acuse de recibo, sería preciso recurrir a la forma de transmisión excepcional, a través de las autoridades competentes, invocando, en justificación del recurso a este medio, las SSTEDDHH nº 14104/1988, de 12-10-92 y nº 56581/2000, de 10-11-2004 y, entre otras, la STC nº 170/1992, de 30-9-92 e indicando, en la solicitud de asistencia, la ineludible necesidad de acreditar el carácter personal de la notificación, traslado y requerimiento. En el caso de citaciones a juicio de los acusados o denunciados por falta, el artículo 182 LECrim. y la doctrina contenida, entre otras, en STC nº 94/2005, de 18-4-2005, aconsejan proceder en la forma sugerida respecto del auto de apertura de juicio oral, al objeto de garantizar, en todo caso, que la información ha llegado, efectivamente, a poder del acusado o denunciado.
- En el apartado 2.1.1. de la Instrucción 2/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, relativa al fomento de la cooperación jurídica internacional, se advierte de lo siguiente, en relación con los actos de comunicación: *“Cuando se haya acordado una diligencia judicial que deba practicarse en un Estado Miembro de la Unión Europea y que consista en un acto de comunicación, el secretario judicial valorará en función del concreto acto a practicar la oportunidad de evitar una formal solicitud a otro órgano judicial y realizar la diligencia directamente por correo certificado con acuse de recibo internacional, conforme al artículo 5 del Convenio de 2000 relativo a la asistencia*

judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea". No puede ocultarse la posibilidad de que surjan problemas ulteriores cuando el Juez o tribunal, al que corresponde valorar las consecuencias de la comunicación realizada de una u otra forma (suspensión del juicio, adopción de medidas coactivas, celebración del juicio en ausencia, etc.), discrepe de la "valoración" del secretario judicial.

19.3. Vías de transmisión

- Al amparo del art. 24.1 b), España designa como Autoridad Central, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 6, al Ministerio de Justicia (Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional, mención que actualmente habrá de entenderse referida a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional).
- Al amparo del art. 24. 1 e) y a los efectos del art. 18 y del art. 20 (determinadas intervenciones telefónicas), la Autoridad Competente es la Audiencia Nacional cuando España actúe como Estado requerido. En lo que afecta al apartado 4 del art. 20 sobre la designación de puntos de contacto que presten servicios las veinticuatro horas del día, los puntos de contacto de España serán los Juzgados de Instrucción y los Juzgados Centrales de Instrucción de Guardia.

20. Formas específicas de asistencia judicial

20.1. Restitución de objetos

20.2. Traslado temporal de detenidos con fines de investigación

20.3. Declaraciones de testigos o peritos por videoconferencia o conferencia telefónica

- El legislador español estuvo ciertamente pronto al reconocimiento normativo de la intervención de sujetos procesales a distancia, en principio, a través de la cobertura legal genérica que proporcionaba el art. 230.1 LOPJ, desde su reforma por LO 16/1994, y, más tarde, con la reforma de la LECrim. operada por L.O. 13/03, a través de su regulación expresa en el nuevo artículo 731 bis, (reformado, a su vez, por LO

8/2006), utilizando un contexto normativo insólito (la reforma de la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor). El referido art. 731 bis prevé que " el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", introducido por la misma L.O. 13/03 y que regula las condiciones de dichas declaraciones, "asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa", debiendo acreditar, además, el Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal que haya acordado la medida, "desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo".

- La fórmula resulta más generosa que la prevista en el Convenio 2000 y aclara definitivamente la posibilidad de utilizar este recurso técnico en relación con las declaraciones del imputado, que el Convenio sólo autoriza con carácter excepcional "*cuando sea apropiado y con el acuerdo de las autoridades judiciales competentes*", con consentimiento, igualmente, del propio acusado.
- Ello no obstante, la declaración del acusado por videoconferencia, aun legalmente prevista, ha sido objeto de cierta controversia en nuestro país. Así, el conocimiento de que "en algún Tribunal Superior de Justicia se celebran juicios orales en materia penal a través de videoconferencia" fue el antecedente invocado por la Fiscalía General del Estado para dictar la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, que cuestionaba esta práctica, en cuanto la afectación de derechos fundamentales que comportaba se entendía reclamaba un desarrollo por ley, no necesariamente orgánica, expreso, reputándose insuficiente la previsión genérica del art. 230.1 LOPJ. Unos días después, sin

embargo, para la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, el art. 230.1 LOPJ encarna ya un “principio general de autorización” que “sólo debe ceder en casos de afectación de derechos fundamentales (que exige cobertura legal ex art. 53.1 de la Constitución), de inidoneidad del medio para los fines que se persiguen, o de falta de proporcionalidad.” Se mencionaba, precisamente una normativa internacional que ya deparaba cobertura expresa, desde la firma del Estatuto de Roma y del Convenio 2000, con la referencia a los casos en que la “persona que debe intervenir en una actuación reside fuera de la sede del órgano jurisdiccional”, si bien sus argumentos sugieren que se está aludiendo a diligencias de investigación y no de prueba en juicio oral.

- Por otra parte, a finales del mismo año 2002, comenzaba en Alicante la celebración del primer juicio con presencia virtual de los acusados, a través de videoconferencia establecida con los centros penitenciarios de Fontcalent y Picassent en que se encontraban internados. Los extensos argumentos anticipados por el tribunal para autorizar esta modalidad de celebración del juicio del denominado “motín de Fontcalent”, en auto de 29 de julio de 2002, reproducidos, en parte, en su sentencia de su Sección Primera, de 2 de diciembre de 2002, serían rebatidos por la STS 678/2005, de 16 de mayo, objeto de comentario por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., en el artículo “Videoconferencia y proceso penal”, publicado en Diario de Jurisprudencia El Derecho nº 2182 y 2183.
- En particular, entre los principios invocados en casación (tutela judicial efectiva, legalidad, publicidad, contradicción, defensa, intermediación y proscripción de indefensión), el Tribunal Supremo se limita a justificar la vulneración del derecho de defensa, reivindicando el protagonismo del acusado en el juicio oral, como sujeto y no mero objeto de la prueba y motivando, en concreto, la nulidad, de un lado, por la ausencia de una garantía que parece ser considerada, sin serlo, habitual en todo juicio, esto es, la “posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado”, y, de otro, por la falta de motivación suficiente, en términos de proporcionalidad, del sacrificio de esa garantía en el caso concreto. Se rechazan, a estos efectos, los argumentos genéricos y los “planteamientos de índole funcional, como el ahorro de gastos o de las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias”. Se admiten, en general, los argumentos de imposibilidad absoluta de

asistencia personal del acusado, perturbación del orden que motive la expulsión de sala y la elevada peligrosidad del acusado, debidamente motivada en concreto y para el caso, improbable, de que no se estimen suficientes medios de neutralización como los utilizados en órganos especializados (el Tribunal se refiere, sin nombrarla, a la Audiencia Nacional).

- En fechas más recientes, la STS de 10 de octubre de 2008, concluye que la cuestión, “no versa sobre la cobertura legal sino sobre las decisiones concretas que se adopten según la fase del proceso y la incidencia que pudieran tener sobre derechos fundamentales, como la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, todos ellos en función de la causación de una verdadera y efectiva indefensión que afectaría al derecho a un juicio con todas las garantías”. A continuación, insiste en lo que denomina “distinta dimensión” de la declaración del acusado por videoconferencia en el juicio oral, respecto de su empleo para testigos y peritos y en el criterio jurisprudencial restrictivo, que admite sólo razones de seguridad por extrema peligrosidad o serio riesgo de alteración de la sesión.
- Esta concepción remite, en realidad, a un requisito de la autorización de la presencia del acusado por videoconferencia, habitual en los textos convencionales, esto es, al consentimiento de aquél. No se trata de un requisito exigido por la norma procesal interna, pero, aunque no soluciona todas las posibles objeciones, ni excluye la necesidad de motivación en el caso concreto, representa una derivación casi inevitable de una doctrina jurisprudencial, como la expuesta, acorde con la única posible interpretación del derecho de defensa conforme con la realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en SSTEDH de 16 de diciembre de 1999 (casos T y V contra Reino Unido), que recuerda cómo aquél comporta la posibilidad de que el acusado pueda dirigir realmente su defensa, dando instrucciones a su Abogado, sugiriendo preguntas a testigos, etc., en definitiva, rescatando la autodefensa como contenido protegido propio, que, como también ha reconocido, por ejemplo, la STC 91/2000, no se ve suplantado por la defensa técnica, complementaria, por más protagonismo que a ésta se le otorgue en el modelo español. Con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en la importancia de la

presencia del acusado como garantía de un juicio justo, en SSTEDH de 28 de agosto de 1991 (caso Colozza contra Italia); de 23 de noviembre de 1993 (caso Poitrimol contra Francia), etc.

- Además de los problemas de comunicación con la Defensa, que pueden ser superados con fórmulas imaginativas, no puede desconocerse, de una parte, que la presencia virtual determina un cierto déficit de inmediación. Ciertamente, este déficit, en la medida en que permite la interacción del Juez o tribunal y las partes, es mucho menor en el caso de la videoconferencia, con conexión en tiempo real, que en el de visionado de grabación de juicio por el órgano judicial revisor, que no permite la “conurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara” a que se refiere, por ejemplo, la STS 3-5-2012, que incorpora un completo estudio del estado de la cuestión. Alguna resolución del Tribunal Supremo, como la STS de 30 de diciembre de 2010, procede a revisar, literalmente, la prueba practicada ante la Audiencia Provincial y casar su pronunciamiento absolutorio, superando la objeción de vulneración del principio de inmediación reiterada por el Tribunal Constitucional, desde su STC 167/2002, y oponible, según STC 120/2009, aun contando con grabación del juicio. Al efecto, el Tribunal Supremo invoca, sin más, el argumento del acceso al proceso penal de las nuevas tecnologías “que no sólo permiten la declaración por medio de videoconferencia, sino que imponen que el acto del juicio oral sea grabado en su integridad” y concluye con lo que califica de doctrina unánime de la Sala, afirmando que “la audición y la visión de la persona que declara, suple y sustituye, en igualdad de circunstancias, la inmediación física del declarante”. En otras resoluciones, como en la STS de 10 de marzo de 2009 y, con criterio discrepante, en el voto particular que la acompaña, se razona el posible sacrificio de la inmediación ponderando otros intereses y principios en juego.
- España no ha firmado el Segundo Protocolo Adicional al Convenio sobre Asistencia Judicial en materia Penal de 1959, de 8 de noviembre de 2001. Como Convenio del Consejo de Europa, otorgaría cobertura a declaraciones por videoconferencia de acusados, en relación con Estados a los que les sería aplicable el Convenio 2000, en cuanto, pese a formar parte de la Unión, no han ratificado aquél, o, pese a ser

Europeos, no forman parte de la Unión Europea o, finalmente, en cuanto países no europeos.

- Se encuentra ya autorizado por el Senado, el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia y del Protocolo Adicional al Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia relacionado con los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010, que prevé expresamente el examen por videoconferencia de un procesado o imputado, de conformidad con el derecho interno de cada Parte, y respeto de todos los derechos y garantías procesales, en especial el derecho a contar con asistencia letrada, pero con posibilidad de declaración de no aplicación por las Partes.
- En el ámbito bilateral, de los numerosos tratados suscritos por España en materia de asistencia judicial penal internacional, sólo prevén expresamente la declaración del acusado mediante videoconferencia, los recientemente celebrados con Brasil, Cabo Verde, China, Emiratos Árabes Unidos y México. Con carácter general, se remiten al convenio de las partes sobre el particular y, en algún caso (Tratado bilateral con Emiratos Árabes Unidos), se especifica que la diligencia se regirá por la ley del Estado requerido. Únicamente el Convenio con México incorpora, en su artículo 18, una regulación detallada, aunque genérica para todo declarante y similar a la prevista en el art. 10 del Convenio 2000. Son, por el contrario, más numerosos, los convenios bilaterales que no prevén la prestación de auxilio judicial por este medio. Así sucede con los celebrados con Argelia, Argentina, Australia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Canadá, Chile, Colombia, El Salvador, E.E.U.U., Filipinas, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Túnez. Puede afirmarse que, a partir de 2005, fecha del Tratado con China, todos los convenios bilaterales posteriormente suscritos por España incorporan esta posibilidad, no así los anteriores a esa fecha. Sin embargo, como excepción, no la contemplan dos convenios posteriores a 2005, los celebrados con Mauritania e India, con alguna matización en el segundo de ellos y el muy reciente e importante Convenio con

Marruecos limita el recurso a la videoconferencia a la declaración de testigos y peritos.

- En Derecho español, se exige una resolución que acuerde la práctica por videoconferencia, si bien la ausencia de este requisito es una mera irregularidad que sólo afectará a la eficacia de la prueba cuando la parte que alegue indefensión justifique que la audición por videoconferencia ha quebrantado efectivamente su derecho de defensa (STS de 27-2-07). En la citada sentencia se analiza la justificación de la práctica de la prueba testifical por este medio, en un caso en el que el testigo, residente en la Península, había acudido erróneamente a la sede del Tribunal en Palma de Mallorca a pesar de que había sido citado para comparecer en Ibiza, habiéndose practicado dicha prueba con cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales exigidos para su validez, por lo que se concluye que *“el procedimiento seguido para la práctica de la prueba estaba justificada por el hecho de que la suspensión del juicio para su celebración posterior con la presencia personal de aquél en la sala de vistas hubiera supuesto una demora en la tramitación de la causa perjudicial para el acusado y su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”*. Se analiza también el método de identificación: *“en lo referente a la indebida identificación del testigo, analizada el acta del juicio se constata que por parte de la defensa no se formuló ninguna protesta específica a este respecto ni en lo que se refiere a las deficiencias técnicas que aduce ya que la efectuada tiene un carácter meramente genérico carente de desarrollo argumental, no apreciándose tampoco que solicitase la práctica de la prueba de careo cuya imposibilidad de realización alega "per saltum" y que en modo alguno resulta incompatible con la utilización de videoconferencia . Por otra parte, consta en autos comparecencia tomada al testigo mencionado en la sede de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca el mismo día en que se celebró el juicio oral, esto es, el 4 de abril de 2006, y por tanto de su declaración por videoconferencia, la cual aparece firmada por la Secretaria de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma actuando en sustitución ordinaria, como se afirma en la diligencia de ordenación de fecha 21 de julio de 2006, no estando prevista en nuestra legislación procesal penal la figura del "abogado colaborador" que menciona la parte ni, por tanto,*

a los efectos que pretende”. Finalmente, en cuanto al anuncio previo del método de audiencia, el Tribunal Supremo concluye: “El hecho de que no se hubiese puesto en conocimiento del recurrente que el acusado fuese a declarar en el juicio oral por medio de videoconferencia constituye una mera irregularidad procesal sin la relevancia constitucional que se le pretende atribuir (STS 1315/2006, *inter alia*) ya que, en todo caso, la parte impugnante conocía que dicha prueba había sido propuesta y aceptada pudiendo por tanto desplegar al respecto toda su estrategia defensiva, sin que su práctica por el citado medio telemático suponga vulneración alguna del derecho a la defensa, tal y como ha resuelto en supuestos similares la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 275/2005 y 957/2006) ya que aquélla pudo ver al testigo, oírle e interrogarle, habiendo existido inmediación, oralidad y contradicción, no bastando la mera alegación de indefensión sino que es preciso que ésta haya incidido efectivamente en la posición procesal de la defensa, bien porque sus preguntas no hayan obtenido respuesta o porque la misma no haya sido percibida en todas sus dimensiones, lo que no es el caso”.

- La STS 30-9-2011, ante las denuncias de la recurrente relativas a deficiencias técnicas en la videoconferencia que se practicó en la vista oral, rechaza la impugnación, señalando que “la parte tuvo la posibilidad de solicitar en la secretaría que se transcribieran por escrito las grabaciones que presentaran una audición difícil o turbia, suspendiéndose entretanto el tiempo de la tramitación del recurso”.

20.4. Entregas vigiladas

- En la legislación española el art. 263 bis LECrim. regula las entregas vigiladas, con expresa referencia a la aplicación de tratados internacionales: “1. *El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá*

en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones. También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el art. 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el art. 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los arts. 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del Código Penal. 2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. 3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales. Los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y, si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente. 4. La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el art. 584 de la presente Ley”.

- La STS 249/2004, 26 de febrero, citada por la STS 22-6-11 -reiterando los requisitos que ya proclamara la STS 2083/2001, 10 de enero -, recuerda que los requisitos autorizantes de la entrega vigilada son los siguientes: a) ámbito de esta técnica: está constituido por un listado cerrado que incluye los delitos de tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes, así como los tipificados en los arts. 371, 301, 332, 334, 386, 586, 568 y 569 ; b) naturaleza excepcional de la medida, que, aún admisible sólo en los delitos antes citados, exige que se trate de un caso de alta criminalidad, el propio párrafo 1º del art. 263 bis delimita como coordenadas dentro de las que puede acordarse esta técnica la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia; c) autoridad competente, constituida por el Juez, Ministerio Fiscal o Jefe de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial Central o Provincial. Resulta significativo resaltar que la Ley no impone una reserva en favor del sistema judicial -Juez o Fiscal- en orden a la autorización de este medio; d) resolución fundada, y por tanto, examen individualizado, «caso por caso», según se indica en el núm. 3 del art. 263 bis; e) finalidad, no explícitamente prevista en la Ley, pero que es la común a toda la investigación criminal -art. 299 - es decir obtención de elementos de prueba contra personas involucradas en los delitos para los que se permite esta técnica de investigación.
- En comentario al mismo artículo, la STS 529/2008, de 3 de octubre, señala: “El régimen jurídico de la circulación y entrada vigilada de droga, previsto en el art. 263 bis de la LECrim , somete a autorización judicial la procedencia de una medida de investigación de esas características por la conveniencia de no sustraer al control jurisdiccional la práctica de diligencias policiales, tan útiles para los fines del sumario como potencialmente arriesgadas, por lo que entrañan de momentánea pérdida de control de piezas de convicción y remesas ilícitas de drogas y sustancias tóxicas. El hecho de que esta decisión pueda ser adoptada, no sólo por el Juez de instrucción, sino por el Ministerio Fiscal y por los Jefes de las unidades orgánicas de policía judicial -centrales o de ámbito policial- y por sus mandos superiores, refleja bien a las claras que no son la intimidad del imputado ni el derecho al secreto de las comunicaciones -a excepción, claro es, de los casos a los que se refiere el art. 263 bis) 4 -, los que tratan de

preservarse con la requerida autorización judicial. Esta resolución habilitante, tratándose de la apertura de un contenedor de los usados para el transporte marítimo, busca evitar espacios incontrolados en el marco de una investigación policial, pero no constituye, fuera de los supuestos mencionados, presupuesto de legitimidad para la injerencia en ningún derecho fundamental”.

- En la STS 6929/2008, de 9 de diciembre, como también, más recientemente, en las SSTS de 3-11-2010 y 10-2-2011, se resume la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en materia de paquetes postales, en los siguientes términos:” Esta Sala, en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 4 de abril de 1995 , ya entendió que, aunque los paquetes postales debían ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que contuvieran mensajes personales de índole confidencial, quedaban en todo caso excluidos los que se enviaban abiertos y aquellos que se enviaban en régimen de "etiqueta verde", la cual suponía la existencia de una expresa declaración del remitente acerca de su contenido, lo que excluiría la posibilidad de que contuviera mensajes u otro tipo de correspondencia (STS 103/2002, de 28 de enero). Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en la STC nº 281/2006, distinguió entre envío postal y correspondencia postal, limitando a ésta la protección constitucional, afirmando que "la noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante los servicios postales". En este sentido, se dice, "la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia". En esta sentencia se excluyó de la protección constitucional al secreto de las comunicaciones postales "aquellos objetos - continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 de diciembre, F. 3)", y aquellos otros que, "pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo". Teniendo en cuenta que lo que se protege es el secreto de la comunicación postal, entendió el Tribunal Constitucional que "quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de

envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así sucede cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido". Por su parte esta Sala, en la STS nº 185/2007, de 20 de febrero , además de hacerse eco de las precisiones contenidas en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, señaló que ya con anterioridad había establecido la distinción entre paquete y correspondencia, limitando a esta última la protección constitucional, citando el acuerdo de 9 de abril de 1995 , y precisando que "deben excluirse de dicha intervención judicial cuando se trate de los paquetes expedidos bajo «etiqueta verde» (art. 117 Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido (SS. 5.2.97, 18.6.97, 7.1.99, 24.5.99, 1.12.2000, 14.9.2001), porque el bien jurídico constitucionalmente protegido es el secreto de las comunicaciones, sin que puedan entenderse amparados por el precepto constitucional los paquetes al margen de lo anterior. Así se ha expresado reiterada doctrina de esta Sala como son exponentes las SSTS 404/2004 , que declara que el transporte de mercancías no es comunicación postal, como puede deducirse a simple vista, dadas las características del envío, que por su configuración, dimensiones y peso se alejan del concepto de paquete postal, apto para transmitir comunicaciones; o la 699/2004, que expresa que cuando en su envoltura se hace constar su contenido, ello implica, por parte del remitente, la aceptación de la posibilidad de que sea abierto para el control de lo que efectivamente el mismo contiene; la 103/2002, en la que se dice que en la circulación de paquetes en régimen de etiqueta verde, que se caracteriza por contener una expresa declaración del remitente acerca del contenido del paquete, lo que excluye la posibilidad de que contengan mensajes o escritos privados, el envío bajo tal régimen contiene una explícita autorización a los responsables de Correos para que procedan a la apertura del paquete en orden a

verificar la veracidad del contenido (SSTS 18.6.97, 26.1.1999, 24.5.99, 26.6.2000)". En el caso, relativo a un paquete en cuyo exterior se indicaba que contenía "participaciones", se entendió que con esta indicación se excluía el envío de mensajes, esto es, su utilización como correspondencia postal, lo que "permitía a los funcionarios aduaneros proceder a su apertura e inspección con la finalidad de comprobar la posible existencia de efectos ilícitos. Por lo tanto, la apertura del paquete por parte de los funcionarios de aduanas al amparo de la normativa reguladora de su función de control no supuso infracción alguna del derecho al secreto de las comunicaciones postales, habida cuenta que ya en el propio envío se excluía la existencia de esa clase de comunicaciones".

- La STS 99/2009, de 8 de enero, se ocupa de la conciliación de las previsiones de los tratados internacionales y de la legislación interna en relación con la diligencia de entrega vigilada. Así, en materia de cumplimiento de los requisitos establecidos en la Convención de Viena, en el Tratado de Asistencia Mutua en materia penal entre España y EEUU y en la legislación nacional, señala, que *"el citado artículo 263 bis LECrim. fue introducido inicialmente por la Ley 8/92 de 23 de diciembre, en consonancia con la Convención de 20 de diciembre de 1988 de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena y ratificada por España el 30 de julio de 1990 y que dicha Convención, en su art. 2.2 especifica que "las partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados". Y, en su art. 2.3 se añade que: "una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno. Y, el art. 7.3 sobre la asistencia judicial, indica que: "las Partes podrán prestarse cualquier forma de asistencia judicial recíproca autorizada por el derecho interno de la Parte requerida". Además, el art. 12 también dice que: "se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno de la Parte requerida", concluyendo que "tanto en este texto como en los demás tratados internacionales invocados, la previsión no es otra que la de que la*

actuación procesal ha de adecuarse por supuesto, a los Tratados en los que España sea parte, pero conservando cada Estado la dirección y control de las actuaciones en su territorio, conforme a su derecho interno. De otro lado, constituye doctrina jurisprudencial reiterada en esta materia que corresponde a las leyes y autoridades de cada país el control de los actos encaminados a la entrega vigilada dentro de sus respectivas fronteras. Así, la STS de 24-5-2004, nº 699/2004 señala que: "el artículo 3º del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, dispone que sea la legislación del país en el que se practican u obtienen las pruebas la que debe regir respecto al modo de practicarlas u obtenerlas "en la forma que su legislación establezca". Y la STS de 18-11-2002, nº 1902/2002, coincidiendo con las sentencias de 19 de enero de 2001 y 14 de septiembre de 2001, recuerda que: "la Conferencia Internacional sobre el Uso indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas fue convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas y se celebró en Viena en 1987 con la participación de 138 Estados y una amplia gama de organizaciones intergubernamentales y de casi 200 organizaciones no gubernamentales. La Conferencia, también por iniciativa de la Asamblea, aprobó por unanimidad un Plan Amplio y multidisciplinario de Actividades Futuras. El Capítulo III se llamaba supresión del tráfico ilícito y en su art. 18 se subraya la eficacia de la entrega vigilada como método para seguir las huellas de la entrega de drogas ilícitas hasta su destino final. Y, ciertamente, la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1987, corpus iuris de la comunidad internacional en materia de narcotráfico, consagra definitivamente la técnica de la entrega vigilada, que define en el art. 1 exhortando a las partes a que adoptaran las medidas necesarias para utilizar de forma adecuada, en el plano internacional dicha técnica de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos. La consecuencia en nuestro derecho interno fue el nuevo art. 263 bis de la LECrim., introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, modificado a su vez, recientemente, por la LO 5/1999, de 13 de enero, que entre otras innovaciones excluye la aplicación del art. 584 de la LECrim. en la interceptación y apertura de envíos puntuales sospechosos de contener estupefacientes. En el marco europeo, el sistema Schengen de 1985, cuyo Convenio de

aplicación de 19 de junio de 1990, al que España se adhirió el 25 de junio de 1991 (BOE 5 abril 1994), establece en su art. 73 que las partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas adoptándose en cada caso concreto con base en una autorización previa de la otra parte, disponiendo en concreto el párrafo 3 que cada parte contratante conocerá la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir. Estas intervenciones y autorizaciones se llevan a cabo conforme a la legislación interna de cada Estado, sin que se puedan aplicar los requisitos procesales y garantías de otros Estados, por donde circule la mercancía controlada, por la autoridad que designe cada una de esas legislaciones. De manera que el citado artículo 73 del Tratado de Schengen autoriza a las partes contratantes, a tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas necesarias para descubrir a los autores de hechos relacionados con el tráfico de estupefacientes, conservando la dirección y control de las actuaciones en sus respectivos territorios, por lo que tenemos que reiterar que, de acuerdo con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 , la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en cuanto al modo de practicarlas u obtenerlas. En este orden de cosas no nos es dable entrar en valoraciones o distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos u otros jueces o autoridades, ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en la forma que la legislación del país establece. Esta doctrina se reitera en las sentencias de 14-2-2000, 8-3-2000, 27-2-001, 18-5-2001, 21-5-2001, entre otras muchas". En la misma línea se pronuncia la STS 8-4-2011. Aunque no se menciona al Convenio 2000, hemos de recordar cómo el art. 12.3, como excepción al apartado 1 del artículo 4, prevé que las entregas deberán realizarse de conformidad con los procedimientos vigentes en el Estado miembro requerido. Una sentencia posterior, la STS 22-6-2011, sin embargo, introduce una importante matización, ya con cita del art. 12 del Convenio 2000, al señalar que "esa sujeción al derecho aplicable en el Estado de origen no puede entenderse como una cláusula de legitimidad incondicional a todo aquello que haya sido practicado por las fuerzas y cuerpos de

seguridad en el Estado comunitario que promueve la entrega vigilada. Pero también lo es que la simple alegación acerca del desconocimiento de los términos en que la legislación alemana autoriza esa entrega, no puede servir de base para defender una vulneración de derechos fundamentales de la que no existe asomo en la presente causa". Pero concluye retomando la doctrina de la STS 2459/2001, 21 de diciembre , en la que declaraba que "... con relación a las condiciones de su apertura, nada puede reprocharse respecto a la apertura francesa, pues no corresponde a la jurisdicción española analizar los requisitos que cada ordenamiento procesal dispone para su realización, según reiterada doctrina de esta Sala"; de la STS 220/2000, 14 de febrero , en la que se declara la licitud de la prueba a pesar de que el paquete postal había sido abierto por las autoridades alemanas antes de continuar su tránsito controlado hacia España; o de la STS 715/2001, 3 de mayo , con cita de la de STS 43/2001, 19 de enero , en relación con el artículo 73 del Tratado de Schengen y con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 , insistiendo en que "la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en cuanto al modo de practicarlas u obtenerlas. En este orden de cosas no nos es dable entrar en valoraciones o distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos u otros jueces o autoridades, ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en la forma que la legislación del país establece".

- En cuanto a la extensión de la diligencia, el Tribunal Supremo en la misma Sentencia de 8 de enero de 2009, analiza el contenido del art. 263 bis en los siguientes términos: "*Fijémonos en que en el apartado segundo del texto legal, se hace referencia a la circulación por territorio español, a la salida o entrada en él. Y a ello se acompaña una admonición negativa: que se realice sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes; y otra positiva: que tenga lugar bajo su vigilancia; y siempre con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. No se impone ningún otro impedimento ni limitación. Y, además, tanto en el*

párrafo segundo, como en el cuarto, como objeto de la entrega controlada, se consideran aptas al efecto las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas (remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas). Con lo que se evidencia la aptitud de una intervención positiva de las fuerzas policiales, alejada de la pasividad pretendida. En suma, la utilización de uno u otro medio de transporte, sea el propio de los traficantes o alguno proporcionado por las fuerzas que luchan contra el narcotráfico, dependerá de su efectividad para no levantar sospechas entre los propios implicados, sin que nada impida el empleo de uno u otro, siempre que la finalidad contemplada por la Ley se observe, esto es: "el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines". Como señalan las SSTS 24-11-2009 y 23-11-10, entre otras, con base en el art. 263 bis LECrim. , es posible distinguir dos supuestos: La circulación controlada o vigilada: consiste en que la droga circule por el territorio español, sin interferencia obstativa de la autoridad y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en el hecho delictivo. En la entrega controlada , tramo final del trayecto de la droga, las sustancias se hallan bajo el poder directo, inmediato y eficaz de la policía, siendo ella misma quien entrega la mercancía ilícita o espera que vaya a recogerla el destinatario. Lógicamente ha de existir plena coordinación entre funcionarios de correos y la policía. Si se trata de una empresa de transporte particular, la seguridad del control podría no ser absoluta y el caso se aproximaría a las de "circulación vigilada". Pero en los casos en que por ser el transporte un medio oficial o siendo privado lo controla de modo absoluto la policía, la entrega (siempre conato de entrega) sólo constituiría una pantomima o simulacro, que asegurará siempre la imposibilidad de que la droga llegue a manos del tercero destinatario.

- Respecto a la incidencia de esta diligencia en el grado de ejecución del delito investigado, la misma STS de 8 de enero de 2009, recuerda: "Es doctrina de esta Sala, expuesta precisamente en supuestos de "entrega vigilada" (Cfr. SSTS de 12-5-2001, nº 835/2000 ; de 9-12-2002, nº

2104/2002), que la regla general en este tipo delictivo es la de su consumación, ya que se trata de un delito de mera actividad y de riesgo abstracto. Concretamente en los casos de envío de la sustancia de un lugar a otro se considera que desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga el delito queda consumado. Ello siempre que exista un pacto o convenio previo entre los que envían la droga y los que la han de recibir (Cfr. STS 1435/2000, de 29 de septiembre). Excepcionalmente, cuando no existe este previo acuerdo de voluntades y los acusados son, por ejemplo, meros transportistas contratados por los organizadores de la operación para esa misión concreta, si los mismos fueran detenidos antes de tener en momento alguno la disponibilidad de la droga, el delito habría quedado en grado de frustración, hoy tentativa acabada (Cfr. STS 405/1997, de 26 de marzo). La STS 22-6-2011 aclara que “es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993 27 de septiembre , 383/94, 23 de febrero , 947/1994 5 de mayo , 1226/1994, 9 de septiembre , 357/1996, 23 de abril , 931/98, 8 de julio y 1000/1999, 21 de junio). Reitera la STS 1594/99, 11 de noviembre, que en envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detención física del producto(...)Y si bien es cierto que no falta alguna resolución aislada de esta misma Sala que estima, en supuestos en los que ya existe un control policial del desarrollo de los hechos, que ya no es posible la afectación del bien jurídico protegido (cfr. STS 1114/2002, 12 de junio), el criterio mayoritario de la Sala se opone a tal entendimiento (cfr. SSTS 313/2011, 13 de abril , 766/2008, 27 de noviembre , 658/2008, 24 de octubre , y 598/2008, 3 de octubre)”.

- En relación con la posibilidad de aplicación de la agravante específica de introducción de la sustancia tóxica en el territorio nacional, que requiere jurisprudencialmente la posibilidad real de difusión, la STS 23.11.10 distingue el caso de circulación controlada o vigilada, en el que

siempre existirá un riesgo de perder el control y es factible, pues, la agravación y la entrega controlada o vigilada, en la que está asegurada la imposibilidad de que la droga llegue a manos del destinatario.

- No es precisa la presencia del acusado o su letrado en la diligencia de apertura del paquete (STS 1085/2000, de 26 de junio, citada por la STS 8-4-2011).
- Las SSTS 26-6-2000, 6-7-2009 y 6-10-10 han tratado desde la perspectiva constitucional el punzamiento por las autoridades administrativas postales, en combinación con la policía judicial, con objeto de encontrar evidencias del transporte de un envío con sustancias estupefacientes en su interior, bien mediante técnicas iniciales de rayos X o mediante perros entrenados a tal fin. El punzamiento es consecuencia de lo dispuesto en el Reglamento de la Unión Postal de Washington, de 14 de septiembre de 1989, ratificado por España el día 1 de junio de 1992, y la legalidad de la medida de investigación, que en nada afecta al derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, es declarada por estas resoluciones de este Tribunal Supremo.
- Cuando la apertura se haya llevado a cabo en otro país, con base al artículo 73 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, activándose la entrega controlada, y ese paquete fuese objeto de vigilancia en territorio español bien por tránsito o ser lugar de destino, la jurisdicción española es competente para enjuiciar el delito si la diligencia originada en territorio extranjero está de acuerdo con la legislación española, y, si es así, la investigación, instrucción e incluso enjuiciamiento de dicha acción delictiva sería perfectamente legal en España.

20.5. Equipos conjuntos de investigación

- La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, que quedará sin efecto cuando el Convenio sea ratificado por todos los Estados miembros (art. 5) y que ha venido a desarrollar esta modalidad de investigación, ha sido objeto de transposición al Derecho español por Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea (BOE 22-5-03).
- De conformidad con la ley española, la autoridad competente, si

participan jueces o fiscales, será la Audiencia Nacional, cuando se trate de investigar delitos de su competencia; si se trata de otros delitos, la autoridad competente para crear el equipo será el Ministerio de Justicia, designación ciertamente cuestionable frente a otras alternativas factibles como la designación como autoridad a estos efectos del Consejo General del Poder Judicial o del Tribunal Superior de Justicia. En el caso de que en el equipo sólo participen funcionarios de Policía, la competencia corresponde al Ministerio de Interior.

- La ley española señala, como contenido mínimo del acuerdo por el que se crea el equipo, cuando vaya a actuar en España, las especificaciones siguientes: a) voluntad explícita de constitución del equipo, manifestada por la autoridad competente de cada Estado miembro solicitante; b) motivación suficiente de su necesidad y tiempo máximo de vigencia del equipo para los fines que se determinen; c) objeto determinado y fines de la investigación; d) propuesta de composición del equipo, teniendo en cuenta que el jefe de éste será designado por la autoridad competente española; e) referencia explícita a la legislación aplicable a la actuación del equipo; f) especificación, en su caso, de las medidas organizativas que sean necesarias para que el equipo pueda actuar; g) competencias del jefe del equipo; h) régimen jurídico de utilización de la información por los miembros del equipo.

20.6. Investigaciones encubiertas

- En la legislación española téngase en cuenta el art. 282 bis LECrim: "1. *A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La*

resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente. 2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. 3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. 4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

a) Delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del Código Penal.

b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del Código Penal.

c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270 a 277 del Código Penal.

e) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del Código Penal.

e) *Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del Código Penal.*

f) *Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del Código Penal.*

g) *Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal.*

h) *Delito de falsificación de moneda previsto en el art. 386 del Código Penal.*

i) *Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del Código Penal.*

j) *Delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 a 578 del Código Penal.*

k) *Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.*

l) *Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el art. 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.*

5. *El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda”.*

- Con anterioridad, la figura del “agente encubierto” había sido ya admitida por el Tribunal Constitucional, por ejemplo en STC de 21 de febrero de 1983 y por el Tribunal Supremo, en SSTS de 4 de marzo de 1992 y 2 de julio de 1993, entre otras, como forma de investigación amparada por el art. 126 de la CE, el art. 443 de la LOPJ, los arts. 282 y ss LECrim. y 11 de la LO 2/86, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Respecto de la relación de esta diligencia con la figura del delito

provocado, la STS de 8 de enero de 2009 indica que “Sólo cabe hablar de delito provocado cuando la intervención del agente tiene lugar antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible; por el contrario, cuando la preparación del delito ya ha comenzado, y la Policía tiene sospechas fundadas de ello, no existe ya provocación en el sentido (inducción directa) del art. 28 a) CP, ni del art. 18.1 CP (incitación a la perpetración del delito) (...) la provocación debe ser apreciada cuando el autor fue inducido a la comisión de un delito que no pensaba cometer. Por consiguiente, en la medida en la que el autor no fue objeto de una inducción, no cabe admitir en este caso que el delito fue provocado por las autoridades de persecución (Cfr. STS de 20-11-2001, nº 2161/2001). En el caso que nos ocupa, la posibilidad y la efectividad de realizar la acción típica, a pesar del seguimiento policial, se mantuvo intacta en toda la secuencia de los hechos (Cfr. STS de 29-9-2005, nº 1103/2005). Conocida es la doctrina de esta Sala sobre esta materia, según la que cuando hay una actuación policial que provoca en un sujeto una voluntad de delinquir, ha de ser éste absuelto por reputarse ilegítima esa actuación de unos funcionarios públicos que se excedieron en el ejercicio de sus funciones y originaron una intención en el ciudadano, que antes no tenía. Pero esta misma doctrina se cuida de delimitar tales supuestos de exención de responsabilidad penal para diferenciarlos de aquellos otros en que la operación policial no es el origen de una voluntad criminal antes inexistente, sino que sólo sirve para averiguar y probar la existencia de infracciones penales ya cometidas o que se están cometiendo con independencia de esa actuación de los agentes públicos. En estos casos, estos funcionarios se limitan a cumplir con sus deberes legales de averiguación del delito y persecución de los delincuentes (Cfr. SSTS de 20-1-95, 13-2-96, 21-1-97 y 9-3-98, y de 18-10-2000, nº 1587/2000). Una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado porque, no existiendo culpabilidad, ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La impunidad es entonces absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito imposible. Es distinta la

conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En el primer caso no se da en el acusado una soberana y libre decisión para cometer el delito. En el segundo supuesto la decisión criminal es libre y nace espontáneamente. Consecuentemente sólo cabe hablar de un agente provocador cuando la intervención tiene lugar antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible. Por el contrario, cuando la preparación para la comisión del delito ya ha comenzado, y la policía tiene sospechas fundadas de que esto es así, no existe ya una provocación en el sentido de la inducción del art. 28.a) CP, dado que los autores ya tienen decidida la comisión del delito y por lo tanto, ya no es posible crear el dolo en los autores, pues éstos ya están obrando dolosamente (Cfr. STS de 23-6-1999, nº 1090/99). La STS de 12-6-2002, nº 114/2002, nos dice que: "no existe delito provocado, sin embargo, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del iter criminis, en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución

libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim .), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial". En el mismo sentido, puede consultarse la STS 1-3-2011.

21. Especial referencia a la intervención de telecomunicaciones

- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha exigido reiteradamente que las interceptaciones de las comunicaciones, en tanto que constituyen un grave ataque a la vida privada y al derecho genérico al secreto de la "correspondencia", encuentren fundamento en una Ley de singular precisión, clara y detallada, hayan de someterse a la jurisdicción y perseguir un objeto legítimo y suficiente y sean realmente necesarias para alcanzar éste, dentro de los métodos propios de una sociedad democrática, debiendo, además, posibilitarse al propio interesado el control de su licitud y regularidad, siquiera fuere "ex post" a la práctica de la interceptación (SsTEDH de 6 de septiembre de 1978, "caso Klass", de 25 de marzo de 1983, "caso Silver", de 2 de agosto de 1984, "caso Malone", de 25 de febrero de 1988, "caso Schenk", de 24 de marzo de 1988, "caso Olson", de 20 de junio de 1988, "caso Schönenberger-Dumaz", de 21 de junio de 1988, "caso Bernahab", dos de 24 de abril de 1990, "caso Huvig" EDJ y "caso Kruslin", de 25 de marzo de 1998, "caso Haldford" y "caso Klopp", de 30 de julio de 1998, "caso Valenzuela", etc.).
- En nuestro Derecho, la norma rituarial habilitante de la intervención telefónica viene contenida en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, que lleva al texto procesal lo que, en

desarrollo de la Constitución de 1978, tan sólo se contemplaba, para el restringido ámbito de los estados de alarma, excepción y sitio y sus especiales características, en el artículo 18 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. El dilatado retraso en el tiempo de tal regulación normativa, con entrada en vigor casi diez años después de la promulgación de la Carta Magna, que había obligado ya a una cierta elaboración jurisprudencial de los mínimos criterios rectores en esta materia dentro del respeto a la previsión constitucional, no se vio compensado, en absoluto, por esa claridad, precisión y detalle, a que se refería el TEDH como exigencia de la norma rectora en materia de tanta trascendencia, sino que, antes al contrario, escaso y gravemente deficiente, el referido precepto ha venido precisando de un amplio desarrollo interpretativo por parte de la Jurisprudencia constitucional y, más extensa y detalladamente, incluso, por la del Tribunal Supremo, en numerosísimas resoluciones cuya mención exhaustiva resultaría excesivamente copiosa, especialmente a partir del fundamental Auto de 18 de junio de 1992 ("caso Naseiro"), y de la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003, de 23 de octubre. Una Jurisprudencia que ha permitido, desde pronunciamientos del TEDH, como en el caso Valenzuela contra España (30-7-1998), superar las objeciones relativas a la insuficiencia de la legislación española para ajustarse a los estándares exigibles según el Convenio, aunque este remedio jurisprudencial no desdiga de la conveniencia de una regulación legal más detallada. Los requisitos exigidos por la doctrina constitucional y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, derivan, en realidad, de tan sólo dos exigencias fundamentales, de carácter constitucional, que, por su definitiva importancia, conviene subrayar desde un inicio: la justificación bastante de la intervención y su sometimiento jurisdiccional.

- La intromisión en el derecho fundamental sólo aparecerá justificada sustantivamente, y, por lo tanto, podrá ser considerada como constitucionalmente correcta, si responde a un fundamento que se revele suficiente para su adopción. El fundamento justificante de la intervención se asienta, esencialmente, en el principio de proporcionalidad, pues sólo una finalidad de la suficiente relevancia podrá compensar suficientemente la gravedad de la restricción del derecho fundamental. Por ello, ya desde la literalidad del artículo 579.2

/1 se nos recuerda que el objetivo ha de ser el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia "importante" de la causa. A lo que habrá que añadir, a su vez, que dicha causa deberá referirse a delito de verdadera gravedad e importancia, por su trascendencia social o entidad del bien jurídico atacado que, aparte de las restantes circunstancias dignas de consideración en el caso concreto y ante la ausencia, a diferencia de lo que en otros ordenamientos ocurre, de un catálogo legalmente establecido a estos fines, vendrán generalmente determinadas por la propia gravedad punitiva prevista para esa infracción. Incluso se ha sostenido que podría acudir, aquí, en auxilio del responsable de la aplicación de la norma, precisamente, la relación de infracciones delictivas contenidas en el nuevo artículo 282 bis.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la autorización legal del empleo de la figura denominada "agente encubierto" como equivalencia de supuestos para la autorización judicial de las "escuchas" telefónicas (STS de 8 de julio de 2000. En el anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal elaborado por el Ministerio de Justicia en el año 2011 está previsto subsanar esta importante laguna al preverse en el art. 275 un doble sistema de concreción de delitos en los que podrá adoptarse este medio excepcional de investigación, en primer lugar, por razón de la gravedad del delito doloso --los que lleven aparejada pena igual o superior a cinco años de prisión-- y en segundo lugar con la adopción de un catálogo cerrado de delito.

- La atribución exclusiva y excluyente a los órganos jurisdiccionales de las facultades para la autorización y control ulterior de la práctica de las intervenciones telefónicas es el segundo de los grandes requisitos de constitucionalidad de la medida restrictiva del derecho fundamental. La propia Constitución (art. 18.3) y, en su desarrollo, la Ley de Enjuiciamiento (art. 579.2 y 3) establecen esta garantía de constitucionalidad de manera absolutamente clara y estricta. Aquí, lo verdaderamente trascendente, en un principio, es esa intervención directa de quien ostenta funciones jurisdiccionales, que integra, en definitiva, el contenido estricto de la exigencia normativa. El Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS 77/2007, de 7-2 ; 610/2007, de 28-5 ; 104/2008, de 4-2 ; 304/2008, de 5-6 ; 406/2008, de 18-6 ; 712/2008, de

4-11 ; 778/2008, de 18-11 ; 5/2009, de 8-1 ; 737/2009, de 6-7 y 14.2.2012) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica, se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación. Pero la mera intervención judicial no colma el requisito, en cuanto conlleva, a su vez, una serie de requisitos y condiciones derivados de la misma que, en modo alguno resultan gratuitos ni accidentales, pues constituyen, en este caso, como en todos aquéllos en los que la obligación legal de intervención de Jueces o Tribunales de Justicia se impone, la esencia misma y la razón de ser de esa atribución, al venir acompañada la función jurisdiccional de una serie de circunstancias y condiciones que son las que, en realidad, confieren las máximas garantías al ciudadano.

- Tal haz de requisitos derivados del tratamiento jurisdiccional, en materia de interceptaciones de las comunicaciones telefónicas, son los siguientes:
- a) En primer lugar, ha de existir un acuerdo o autorización judicial de la intervención, o en su caso de la mera observación de las comunicaciones telefónicas, que habrá de adoptarse mediante auto, resolución judicial a la que la Ley confiere la decisión de cuestiones que, sin resolver en general definitivamente la cuestión criminal, van más allá de la mera ordenación material del proceso y requieren de una adecuada fundamentación por la trascendencia de su contenido (arts. 245 y 248.2 LOPJ y 141 LECr). Este auto, que se dictará siempre en el seno de un procedimiento judicial, habrá de integrar una serie de extremos esenciales, que reitera, entre las más recientes, la STS 14.2.12, con cita de las SSTC 82/2002; 167/2002; 184/2003; 165/2005; 136/2006; y 197/2009:
 - 1) La identificación del delito cuya investigación lo hace necesario, en orden a la evaluación de la concurrencia de la exigible proporcionalidad de la decisión, de acuerdo con lo

anteriormente expuesto, y a la evitación de "rastreos" indiscriminados, de investigaciones meramente prospectivas, de carácter meramente preventivo o aleatorio, sin base fáctica previa de la comisión de delito, pues "el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional" (STS 14.2.12), por lo que se trata de prácticas absolutamente proscritas en nuestro ordenamiento;

- 2) la concreta identificación, tanto de las personas autorizadas para su práctica, la del titular, o usuario, del teléfono o teléfonos objeto de escucha, aunque no se encuentren datos de alta a nombre del sospechoso (STS de 8 de julio de 2000), como la indicación del número asignado a éstos, también junto con la determinación del plazo de tiempo que durará la interceptación, nunca excesivo (hasta tres meses según el art. 579.3 LECr) y con posibilidad de ulteriores prórrogas, a la vista de los resultados ya obtenidos y cumpliendo siempre los mismos requisitos que para la autorización inicial, por venir obligados todos estos extremos del carácter restrictivo que impone la ya referida naturaleza de excepcionalidad de la diligencia y para posibilitar adecuadamente el ulterior control sobre la corrección de su ejecución. Respecto de la identificación de las personas, la STS 9.6.11 recuerda que la jurisprudencia "ha reconocido la validez de las intervenciones telefónicas respecto a usuarios del teléfono intervenido, aunque no hayan sido citados como sujetos investigados en la autorización judicial", por ejemplo, en STS 1362/2009, de 23 de diciembre, señalando que "constatándose que el auto autorizante de la medida recayó sobre un teléfono perteneciente, como habitualmente utilizado por un acusado, que ocasionalmente fuera utilizado por otra persona, no compromete la regularidad de la escucha autorizada, ni implica su nulidad en orden a la averiguación del delito o delitos respecto de los que fue concedida la intervención telefónica.

Siendo así, la autorización judicial cubre las comunicaciones realizadas por el teléfono concernido, aunque lo utilicen otras personas no mencionadas en la resolución autorizante. El auto del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 2010, núm. 35/10 argumenta que "el hecho de que la autorización se otorgue para identificar a otras personas implicadas -como consta en la parte dispositiva- no supone una indeterminación subjetiva que ponga en cuestión la legitimidad de la medida. Como advertíamos en la STC 150/2006, de 22 de mayo, de nuestra jurisprudencia 'no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, pues tales exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas. Lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad, al que se orienta la exigencia de identificar a los sujetos que van a verse afectados por la medida es la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas, lo que ya hemos excluido en el presente caso. Siendo así, no puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquellas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, como sucede en el presente caso, correspondiendo al Juez, a través del control de la ejecución de la medida, la discriminación de las conversaciones relevantes".

- 3) Por último, la autorización judicial ha de incorporar la adecuada motivación de la necesidad de la intervención, que, como destacan las SSTs. 644/2011 de 30.6, 629/2011 de 23.6, 362/2011 de 6.3, 312/2011 de 29.4 y 27.9.11, desde la STC 49/99 de 5.4, tanto en relación con la resolución inicial como en

la de prórroga, forma parte del contenido esencial del art. 18.3 CE. Esta exigencia significa, de conformidad con una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que sintetiza, por ejemplo, la STS 14.2.12, que el auto ha de “expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención”, con el contenido mínimo que acaba de ser expuesto y respecto del cual, la razonada apreciación de la” conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado” representa el “presupuesto habilitante de la intervención telefónica” y “prius lógico del juicio de proporcionalidad”. Este presupuesto habilitante es, habitualmente, proporcionado por la Policía en su solicitud de intervención. Por ello, es exigible de la policía solicitante “la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía tienen que tener una objetividad suficiente que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Tienen que ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las “buenas razones” o “fuertes presunciones” a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi -5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998” (STS 14.2.2012). Más concretamente y como reitera la STC 197/2009, “si el conocimiento de la existencia del delito deriva de investigaciones policiales previas, resulta exigible que se detalle en la solicitud policial en qué han consistido esas investigaciones y sus resultados, por muy provisionales que puedan ser en ese momento”.

- Como es sabido, se admite que la motivación de la autorización

o algunos de sus contenidos se lleve a cabo por remisión a los propios argumentos que ofrezca el escrito de solicitud dirigido al Juez (SSTS de 4 y 8 de julio de 2000, entre otras), que el acuerdo se adopte, no en el transcurso de un procedimiento judicial ya abierto con anterioridad, sino dando comienzo al mismo (STS de 20 de febrero de 1999)

- o Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Como precisa la STS 27.9.11, con cita de las SSTS. 201/2006 y 415/2006, “tratándose de una diligencia que requiere la existencia de indicios que se investigan, su exigencia no puede equipararse a la de otras resoluciones que requiera la fundamentación de una imputación objetiva y subjetiva (art. 779.4 y 384 de la Ley Procesal). La resolución judicial que autorice la inferencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de hecho delictivo y que la solicitud y la adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado. Una exigencia mayor sobre el contenido de la motivación podría hacer innecesaria la medida, pues cuando se solicita y expide el mandamiento se trata de acreditar un hecho delictivo, y su autoría, sobre la base de unos indicios de su existencia. En parecidos términos la STS. 4.2.98 señala, como la exigencia de motivación de la medida que autoriza una intervención telefónica, sin renunciar a ella, debe ser matizada pues la medida no es posterior al descubrimiento del delito sino dirigida a su averiguación y descubrimiento, en los términos del art. 126 CE (...) No se trata, en definitiva, de una resolución jurisdiccional que resuelve un conflicto planteado entre partes con interés contrapuesto, sino de una resolución judicial que tutela un derecho fundamental en el que el Juez actúa como garante del mismo y en el que es preciso comprobar la proporcionalidad de la injerencia, tanto desde la gravedad del hecho investigado como de la necesidad de su adopción. Las

SSTS. 55/2006 de 3.2, con cita de la 530/2004 de 29.4 y 988/2003 de 4.7, y STC. 167/2002 de 18.9 , nos dicen que "por lo que hace a la motivación de las resoluciones judiciales atinentes a la injerencia en el secreto de las comunicaciones tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida. Es preciso, en esta medida, que el Tribunal exprese las razones que hagan legítima la injerencia, si existe conexión razonable entre el delito investigado (...) y la persona o personas contra las que se dirige la investigación. En términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las sospechas que han de emplearse en este juicio de proporcionalidad "no son solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido. En primer lugar, el de ser accesibles a terceros sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, han de proporcionar una base real de lo que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona (SSTC 49/99 y 171/99). Y su contenido ha de ser de naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (SSTEDH de 6.9.78 caso Klass y de 15.6.92 caso Ludi), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim . en indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa" (art. 579.1 LECrim .) o "indicios de responsabilidad criminal (art. 579.3 LECrim .) SSTC. 166/99 de 27.9, 299/2000 de 11.12, 14.2001 de 24.1, 138/2001 de 18.6, 202/2001 de 15.10, 167/2002 de 18.9, que señalan en definitiva "que los indicios son algo más que simples sospechas

pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento "o sospechas en alguna clase de dato objetivo". No bastan, pues, las hipótesis subjetivas y las meras suposiciones, especulaciones y conjeturas (STS de 13 de enero de 1999), sobre la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del derecho, pues, "en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos" (STS 27.9.11) y " si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido" (STC 49/1999, de 5 de abril ; 166/1999, de 27 de septiembre ; 171/1999, de 27 de septiembre ; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio ; 202/2001, de 15 de octubre ; 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 261/2005, de 24 de octubre ; 136/2006; 220/2006, de 3 de julio ; 253/2006, de 11 de septiembre ; 148/2009 ; 195/2009 de 28 de septiembre ; 197/2009; 5/2010 de 7 de abril ; y 26/2010). En todo caso, esos indicios tomados en cuenta para considera razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión del delito y de la participación en él del sospechoso, han de constar en la resolución judicial (STS 27.9.11, con cita de las SSTS 1090/2005 de 15.9 y 75/2003 de 23.1), pero, no es necesario, como se ha avanzado, que alcancen el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento, contra lo que incorrectamente se desprende de la redacción literal del artículo 579.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002 , en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica (admitiéndose que se adopte, precisamente, dando comienzo al procedimiento: STS de 20 de febrero de 1999), no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una

medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre , y STS 1018/1999, de 30 septiembre). Los indicios, así entendidos limitadamente, deben referirse también a la conexión del delito cuya investigación justifica la medida, con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental (SSTC 171/99 y 8/00). La información policial, de distanciarse en el tiempo la decisión judicial de la correspondiente solicitud, ha de actualizarse, pues, en otro caso, la autorización y con ella, la prueba, pueden resultar nulas (STS 27.9.11).

- b) En segundo lugar, ha de permitirse el control ulterior de la práctica de la diligencia, que deberá aplicarse sobre tres extremos esenciales:
 - 1) El seguimiento de que, en efecto, se procede al cumplimiento estricto de lo autorizado, de modo que, al margen de otras más directas actuaciones que el Instructor pueda disponer, los encargados de la realización material de las interceptaciones vienen siempre obligados a facilitar una periódica, puntual y frecuente información al Juez del desarrollo y los resultados de la tarea que se les ha encomendado, de acuerdo con lo dispuesto por el propio autorizante en su resolución, remitiendo al órgano judicial tales informes así como la integridad de las cintas en las que queden registradas las conversaciones intervenidas, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención acordada con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8.c; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). Es reiterada, igualmente, la doctrina según la cual, para dicho control “no es necesario que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas

intervenciones, sino que resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 12; 205/2005, de 18 de julio, FJ 4; 239/2006, de 17 de julio, FJ 4; 197/2009, de 28 de septiembre).

- 2) La evitación de extralimitaciones en la ejecución de la diligencia acordada, tanto por exceso o prolongación innecesaria en la interceptación, como por intromisión injustificada en otros ámbitos o derechos de terceros ajenos a la investigación.
 - 3) De modo muy especial, este control tendrá también como fin la evitación de cualquier clase de indefensión para el sometido a la intervención, de modo que al no haber podido tener éste, como es lógico, conocimiento previo de la actuación sobre el secreto de sus comunicaciones, es el Juez el encargado, durante ese período, de tutelar debidamente todo lo relativo a la posibilidad posterior de su ejercicio efectivo del derecho de defensa.
- Al tiempo, deberán tenerse en cuenta los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para la validez probatoria de las grabaciones. El Tribunal Supremo ha señalado los requisitos para que el contenido de las grabaciones pueda valorarse como prueba (Sentencias de 14 de junio de 2002, 22 de junio de 2005, 7 de julio de 2006 y 17 de julio de 2006, entre otras): a) que se hubiera hecho entrega oportunamente al Juez de instrucción de las cintas de grabación originarias; b) que se hubiera procedido a una audición de las mismas a presencia judicial, de los interesados y de las partes; c) que, caso de no haberse reconocido por los interesados la autenticidad de tales grabaciones, se hubiera practicado la pertinente información pericial; d) que por el secretario judicial se hubiere practicado la transcripción de dichas grabaciones o de la parte de las mismas que la autoridad judicial -oídas las partes- hubiere estimado relevantes a los fines del proceso. En relación con este último requisito, la STS 4-11-08, con cita de la STS de 7-5-2007, destaca que la transcripción no es un requisito impuesto por la ley, y que en lo referente a las transcripciones de las cintas, éstas solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita

la consulta y constatación de las cintas, por lo que sólo éstas son las imprescindibles. No existe ningún precepto que exija la transcripción, ni completa ni parcial, de los pasajes más relevantes, ahora bien, si se utilizan las transcripciones, su autenticidad, solo vendrá acreditada si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario Judicial (SSTS 538/2001, de 21 de marzo; 650/2000, de 14 de septiembre; 9-3-2007). La STS de 14-5-2001 señala que no es correcto identificar el control judicial con dicha transcripción, tal identificación no tiene en cuenta que el material probatorio son las cintas grabadas, no su transcripción. En todo caso, la transcripción tiene la misión de permitir el acceso al contenido de las cintas mediante la lectura, pero no es un elemento que integre la diligencia con carácter necesario y legitimante. La Ley procesal no exige esta transcripción en el art. 579 LECrim. y su realización obedece más a la costumbre que a las necesidades de control judicial. Esto, por otra parte, se satisface en primer lugar mediante las autorizaciones motivadas que requiere la disposición antes ya citada y por la comprobación del carácter íntegro de las grabaciones. Es claro que la transcripción no sustituye la audición de las cintas en el juicio oral caso de que las partes lo soliciten para comprobar si las transcripciones que obran en las actas de instrucción son o no completas para valerse de ellas su defensa. Igualmente, debe destacarse cómo la Jurisprudencia admite la validez de las transcripciones realizadas con las debidas garantías, aunque éstas no sean leídas en el acto del juicio oral, ni las grabaciones oídas en dicho acto, si, no siendo impugnada la constitucionalidad de las intervenciones, las citadas se encontraban a disposición de las partes, la transcripción se realizó bajo fe pública judicial, con posibilidad de intervención de las partes y de realización de alegaciones y las partes, en fin, no interesan ni prueba fonológica, ni audición o lectura en juicio de todo o parte de lo grabado, realizándose, no obstante, preguntas en relación con concretos contenidos de tales transcripciones auténticas. En tales casos, las cintas y sus transcripciones son prueba documental practicada con las garantías propias del juicio oral, no impugnada oportunamente, dada por reproducida y de la que el Juzgador puede hacer uso conforme a lo previsto en el art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Sentencia de 7 de julio de 2006). En el mismo

sentido, entre otras muchas, se pronuncia la STS 28.12.11.

- A efectos de determinar la extensión de la cooperación, por tratarse de cuestión polémica y de una técnica frecuente de investigación en delitos con elemento internacional, conviene recordar que, para el Tribunal Supremo, la captura del IMSI por las Fuerzas de Seguridad del Estado no representa, por sí misma, una vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, la STS 15-2-2011, con cita de la de 28-1-2009, precisa: “a) En primer lugar que el IMSI no es sino el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo móvil, integrado en la tarjeta chip SIM (Subscriber Identity Module) que se inserta en el teléfono móvil para asignarle el número de abonado o MSISDN (Mobile Station Integrated Services Digital Network), que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS. Proporciona una medida adicional de seguridad en la telefonía móvil y, sobre todo, facilita la prevención del fraude en la telefonía celular. Este número de abonado conforme a la norma internacional ITU E.212, está compuesto por el MCC o código del País (3 dígitos), por ejemplo, 214 , que correspondería a España; por el MNC o Código de la red móvil (2 ó 3 dígitos), por ejemplo, 07, que correspondería a la operadora MOVISTAR; y finalmente por el MSIN (número de 10 dígitos) que contiene la identificación de la estación móvil. b) Es posible obtener el IMSI de un teléfono móvil mediante un aparato especial que simula el comportamiento de la red GSM y con el que inicia un diálogo de forma equivalente al que se sigue en la infraestructura de red de un operador móvil cuando se enciende el móvil o se cambia de célula de cobertura. Para ello es preciso que el aparato se utilice en las proximidades del teléfono que se desea investigar. c) La doctrina especializada suele entender que el IMSI, desde el punto de vista pericial, equivale a una labor de vigilancia convencional, en la que se determina con quién se encuentra el vigilado, con quién habla, por dónde se desplaza o qué objetos toca; o bien cuál es el domicilio de una persona, para cuya entrada y registro, conocido tal dato, se solicitará en su momento el pertinente mandamiento judicial. Se señala, también, que el IMSI equivale al número de serie de la SIM, o la dirección MAC de un interfaz de red, por lo que difícilmente puede ser considerado incluso como un

dato de carácter personal. Otro identificativo asociado al teléfono móvil es el IMEI o International Mobile Equipment Identity (Identidad Internacional del Equipo Móvil), que identifica con su número de serie al equipo. Se puede conocer tecleando “asterisco, almohadilla, 06, almohadilla”, y pulsando la tecla verde “llamar”. Tanto con el IMSI como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones. d) Por ello se considera que las pruebas así obtenidas son perfectamente lícitas ya que no entran en el ámbito de la privacidad de las comunicaciones. Al no afectar a las comunicaciones, pues no es posible conocer el número llamado o el contenido de la conversación, queda protegido el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho es el que hace imprescindible la autorización judicial para llevar a cabo las escuchas o “pinchazos” telefónicos. e) En la jurisprudencia de esta Sala, en particular la STS nº 249/08, de 20 de mayo, después de admitir -lo que no afecta a nuestro caso- que es precisa autorización judicial para “la cesión” del IMSI por las operadoras, al amparo del art 18.4 CE y de la L.25/2007, de 18 de octubre de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones”, tampoco se acepta que la “captura “del IMSI por las Fuerzas de Seguridad del Estado suponga una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto, que, por un lado, esa información no permite, por sí sola obtener la identidad de los comunicantes, la titularidad del teléfono móvil o cualesquiera otras circunstancias que lleven a conocer aspectos susceptibles de protección al amparo del art 18.3 CE; y que, por otro, la facultad que otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el art 22.3 de la LO 15/99, de 13 de diciembre, para la recogida y tratamiento de datos, en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio- para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede considerarse proporcionada y necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional». (F. J. 18º)

- La STS 12-3-12 se refiere a un caso en que las intervenciones telefónicas autorizadas en España tenían su origen en una nota

confidencial de un oficial de enlace británico del SOCA (Serious Organised Crime Agency) y se impugnaba su supuesta contradicción con lo previsto en el art 7 del Convenio 2000 respecto del intercambio de información. El motivo se rechazó, señalando que “la nota informativa aportada por la agencia británica a la policía española, nota que da origen al oficio de la UDYCO solicitando la intervención telefónica, procede de un servicio policial oficial extranjero y se remite en el marco propio de la colaboración de las policías de ambos países contra el tráfico de drogas ejecutado por organizaciones que operan en el ámbito internacional. La referencia que hace la parte a la conculcación del Convenio de Asistencia judicial de 29 de mayo del año 2000 olvida que ese Convenio tiene su órbita natural de aplicación en el marco judicial más que en el policial”.

Documentación y bibliografía

- **ARNAIZ SERRANO, A.:** *La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal:*
http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/amaya%20arnaiz.pdf
- **CARMONA RUANO, M.:** *Formas específicas de asistencia judicial (II)*, en Derecho Penal Supranacional y Cooperación Jurídica Internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- **CHOCLÁN MONTALVO, J.A.:** *Delincuencia transfronteriza y equipos conjuntos de investigación*, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- **MARTÍN DIZ, F.:** *Cooperación judicial y policial en materia penal*, en Revista del Poder Judicial, nº 61, 2001.
- **DE LA MATA AMAYA, J.:** *La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales*, Actualidad Penal, núm. 47-48, octubre, 2002.
- **NIETO MARTÍN, A.:** *Fundamentos constitucionales del sistema europeo de Derecho Penal*, en El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Estudios de Derecho Judicial nº 61. Consejo General del Poder Judicial. 2004
- **PALOMO DEL ARCO, A.:** *Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios*, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.
- **PALOMO DEL ARCO, A.:** *Cooperación judicial penal en Europa*, en Sistemas Penales Europeos. Cuadernos de Derecho Judicial nº IV. Consejo General del Poder Judicial. 2002.
- **PALOMO DEL ARCO, A.:** *Asistencia internacional en la delincuencia económica*, en El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Estudios de Derecho Judicial nº 61. Consejo General del Poder Judicial. 2004.
- **PARRA GARCÍA, J.:** *El nuevo régimen de las solicitudes de asistencia judicial en materia penal*, en Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional. Cuadernos de Derecho Judicial nº XIII. Consejo General del Poder Judicial. 2003.

- **PÉREZ GIL, J.:** *El convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas?*, Diario la Ley, núm. 6208, marzo, 2005.
- **POZA CISNEROS, M.:** *Intervención por videoconferencia internacional del imputado y crítica de la razón práctica*, Revista del Poder Judicial, nº 91, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011.
- **SALCEDO VELASCO, A.:** *Mecanismos procesales de cooperación judicial*, en Política común de Justicia e Interior en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial nº XXIII. Consejo General del Poder Judicial. 1995.
- **SÁNCHEZ SISCART, J.M.:** *Cooperación penal. Exposición del marco normativo. Instituciones, recursos de información y herramientas web. Especial consideración a la herramienta www.prontuario.org*, en Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo. Cuadernos Digitales de Formación nº6. Consejo General del Poder Judicial. 2010.

- **ÚBEDA DE LOS COBOS, J.:** *Videograbación y videoconferencia*, en Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia. Cuadernos de Derecho Judicial nº II. Consejo General del Poder Judicial. 2007.
- **VALBUENA GONZÁLEZ, F.:** *La intervención a distancia de sujetos en el proceso penal*, en Revista del Poder Judicial nº 85, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- **WEYEMBERGH, A. Y BIOLLEY, S.:** *El Convenio de Asistencia Judicial del 2000 y la intervención de telecomunicaciones:*
http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/weyemberg.rev.pdf