



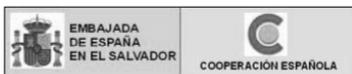


# **TRATAMIENTO PROCESAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA**

Autor  
Juan Sellés Ferreiro



# TRATAMIENTO PROCESAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA



## PLENO DEL CONSEJO

### Presidencia

Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

### Consejales Propietarios

Dr. Jorge Efraín Campos

Lic. José Ricardo Chigüila Durán

Licda. Nora Montoya Martínez

Lic. Carlos Arnulfo Cándido

Licda. Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

### Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva - Director

Licda. Berta Rosario Díaz Zelaya - Sub-Directora

### Agencia Española de Cooperación Internacional

Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos

Juan Ignacio Pita, Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Embajada de España en El Salvador.

Beatriz González Sánchez, Directora del Programa de Justicia.

### Autor

Juan Sellés Ferreiro

Revisión y aprobación de texto

**Sección Académica - ECJ**

Diseño y diagramación

**Unidad de Producción Bibliográfica y Documental, CNJ - ECJ**

**El material publicado es de exclusiva responsabilidad de su autor.**

Consejo Nacional de la Judicatura

Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador.

Tels. 2245-2449, 2245-2450 y 2245-2451.

364

S467t Sellés Ferreiro, Juan

Tratamiento procesal de la delincuencia organizada / Juan Sellés

slv Ferreiro. 1a. ed.- San Salvador, El Salvador : Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006.

108 p. ; 21 cm. -- (Textos de estudio No. 11)

ISBN: 99923-854-6-9

1. Criminología - El Salvador. 2. Procedimiento Penal- El Salvador  
I. Título.

BINA/jmh

## ÍNDICE

Presentación

<b>I. LA INFILTRACIÓN POLICIAL Y LOS NUEVOS INSTRUMENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN PROCESAL PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.....</b>	<b>1</b>
<b>II. LA INFILTRACIÓN COMO TÉCNICA Y EL AGENTE ENCUBIERTO COMO INSTRUMENTO: POSIBILIDADES Y OPCIÓN DEL LEGISLADOR.....</b>	<b>7</b>
<b>III. EL RECURSO A LA INFILTRACIÓN POLICIAL EN LOS ORDENAMIENTOS DEL ENTORNO EUROPEO.....</b>	<b>19</b>
<b>IV. EL ARREPENTIDO Y EL TESTIGO PROTEGIDO... </b>	<b>41</b>
<b>V. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL..</b>	<b>57</b>



## **PRESENTACIÓN**

Esta obra es el resultado de una consultoría realizada dentro del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, que el Consejo Nacional de la Judicatura desarrolla con la asistencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). La actividad fue dirigida por el Magistrado español Licenciado Juan Sellés Ferreiro. Los contenidos de la obra corresponden a una parte de los temas tratados durante la capacitación, que estuvo dirigida a funcionarios judiciales y a capacitadores de la Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo", en septiembre de 2005. Los temas de los artículos son novedosos y además relevantes en el ámbito de la justicia penal, puesto que constituyen los mecanismos con los que el Estado ha respondido al fenómeno de la delincuencia organizada.

En el texto, el autor analiza algunas de las más relevantes herramientas en la lucha contra la criminalidad organizada y transnacional, ilustrando sus afirmaciones con la manera en que estas instituciones han sido acogidas por ordenamientos jurídicos de diversos países y destacando la enorme importancia que ellas tienen para una eficaz administración de justicia.

En el marco de la globalización y del desarrollo de tecnologías avanzadas, el Derecho Penal debe renovar o reformular los instrumentos con los que clásicamente ha afrontado el fenómeno delincencial, al mismo tiempo que debe mantener el equilibrio entre eficacia en la investigación, y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

El texto que ahora presentamos pretende ser una contribución al debate que la aplicación de estas instituciones genera y también un ejemplo del funcionamiento de algunos instrumentos, principalmente europeos, en la cooperación judicial internacional.

**CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA**



## I. LA INFILTRACIÓN POLICIAL Y LOS NUEVOS INSTRUMENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN PROCESAL PENAL DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

### 1. Introducción.

Resulta ya tópico hacer referencia al carácter desfasado y obsoleto de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal a la hora de regular la fase de investigación, al menos en cuanto se refiere a las concretas diligencias y actividades susceptibles de llevarse a cabo para averiguar el delito y descubrir al delincuente. Se pone de relieve, desde muy diversos ámbitos (doctrinales, sin duda, pero también desde la Judicatura, la Fiscalía y la Policía), que en lo que respecta a la instrucción procesal penal nuestra LECrim, salvo alguna puntual actualización -nos referimos a la regulación de las intervenciones telefónicas, nada afortunada, por otra parte-, se ha quedado anclada en el siglo XIX, lo que conduce, al menos, a dos resultados totalmente inaceptables:

- En primer término, la imposibilidad de servirse de ciertas innovaciones tecnológicas, que tendrían una especial eficacia de cara a la averiguación del delito: así, resulta lamentable que hoy en día los restos orgánicos relacionados con el cuerpo del delito no puedan ser comparados a través de las modernas técnicas analíticas con la «huella genética» del imputado si éste no manifiesta su consentimiento expreso con la intervención corporal requerida a tal efecto; o, por poner otro ejemplo, también merece denunciarse lo reducida que es la virtualidad que la Ley reconoce a los nuevos instrumentos para la captación y reproducción de la imagen y del sonido, a pesar de su indiscutible utilidad. Tenemos, desde esta perspectiva, un proceso penal que se encuentra de espaldas a los adelantos científicos del último siglo y que, con su retraso, desaprovecha las ventajas que los mismos pueden conllevar para los sujetos activos del proceso penal.

- Pero es que, además, las diligencias de investigación expresamente previstas por la LECrim pueden resultar totalmente inoperantes cuando se pretende llevar a cabo una represión eficaz de determinadas formas de criminalidad, que por razones obvias no pudieron ser contempladas por el legislador del siglo pasado. Estas «nuevas» formas de delincuencia son las que resultan básicamente de la combinación de varios elementos: antes que nada, la existencia, cada vez más habitual, de organizaciones delictivas, esto es, de grupos de personas que buscan el lucro económico a través de la comisión de

delitos, y que disponen a tal efecto de un entramado de elementos personales, materiales y patrimoniales; junto a ello, el empleo de instrumentos de comunicación y transmisión de información cada vez más sofisticados, destinados a facilitar la comisión delictiva; y, finalmente, el recurso a técnicas de «ingeniería» financiera, fiscal y contable para ocultar los resultados de la actividad criminal. Ni que decir tiene que, aunque estos tres factores pueden darse de manera aislada, están «predestinados» a combinarse entre sí, e integran lo que ha venido en denominarse «delincuencia organizada». A ello se añade el dato importante de que estos tres elementos, por separado o en conjunto, se pueden utilizar por definición para la comisión de prácticamente cualquier género de delito (si bien es cierto que lo frecuente es que se centren en determinadas actividades, cuyo elenco es, eso sí, cada vez más largo: tráfico de sustancias estupefacientes, prostitución, falsificación de moneda, robos de vehículos y de objetos de valor, o terrorismo, entre los de mayor proyección social); ahora bien, a nadie escapa que son igualmente el origen de nuevos tipos penales (como son, v.g., el descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP, la estafa informática del art. 248.2 CP, o algunos delitos societarios de los arts. 290 y sigs. CP).

Pretender combatir estas modalidades de comisión delictiva (más aún cuando se proyectan sobre determinados delitos de nuevo cuño, cuyo conocimiento y prueba requieren a menudo el empleo de las mismas técnicas utilizadas para su perpetración) contando como técnicas más avanzadas con la intervención de la correspondencia postal y telegráfica o de las comunicaciones telefónicas es, si se nos permite la licencia lingüística, justamente lo opuesto a matar moscas a cañonazos. Evidentemente, resultaría absurdo realizar «reproches retroactivos» al legislador de 1882 (nada menos que ALONSO MARTÍNEZ y su equipo de colaboradores), pues las medidas de investigación que la LECrim recogía originariamente se adaptaban presumiblemente a la etiología y a la tipología delictivas existentes en ese tiempo, así como a las disponibilidades técnicas y científicas del momento. De lo que se trata es de poner de relieve su insuficiencia en la actualidad, no ya de forma generalizada, pero sí respecto de ciertos sectores de la criminalidad cuya relevancia social es elevada (casi tanto como el malestar social ante la inoperancia de la reacción estatal frente a ella).

Pues bien, centrándonos primordialmente en el segundo de los problemas descritos, es ya acuciante la necesidad de que el legislador provea a las autoridades de persecución penal con unas técnicas



«modernos» son también los instrumentos para llevarlas a cabo: así sucede con las intervenciones directas de la imagen y del sonido, o con el cruce de datos automatizados. Respecto de las demás - incluida, por tanto, la infiltración-, lo «moderno» o lo «nuevo» no es ya la técnica en sí, sino su utilización (o, al menos, la regulación expresa de su empleo); de otro modo dicho, lo que resulta novedoso en estos casos es que se plantee la necesidad del Estado de recurrir a ellas para la investigación procesal penal.

Y es que lo que todas estas diligencias comparten no es su «modernidad», sino el carácter secreto u oculto bajo el que se desenvuelven, gracias al cual no son susceptibles de reconocimiento ni descubrimiento por parte de la persona o personas que son objeto de la investigación. Esto las convierte, claro está, en técnicas cuya admisibilidad no resulta pacífica, y cuya introducción en determinados Ordenamientos ha ido precedida en ocasiones de importantes debates no sólo jurídicos, sino también políticos y sociales, por cuanto suponen una importante alteración en el modo de actuación de los poderes públicos en relación con los ciudadanos: obligan al ciudadano a asumir como posible la presencia oculta del poder público en esferas que se pueden considerar privadas. Su necesidad, sin embargo, tampoco puede quedar fuera de duda, si se aspira a emprender una lucha medianamente eficaz contra la criminalidad organizada (siempre, claro está, que se utilicen con sujeción a las exigencias del principio de proporcionalidad).

Sea como fuere, hay que reconocer que el Derecho siempre va un paso por detrás de la realidad social, y a nadie escapa que muchas de estas técnicas de investigación se usan en la práctica, a pesar de su eventual falta de previsión legislativa, bien con el consentimiento de la jurisprudencia, bien ocultando en la medida de lo posible su utilización cuando es de temer una desaprobación judicial de su empleo: de ahí que dijéramos antes que, en ocasiones, lo novedoso no es ni la técnica en sí, ni su utilización, sino su regulación expresa por parte del legislador.

Existe, además, otro dato importante que también merece destacarse desde un principio: nos encontramos ante medidas de investigación en las que el papel del Juez Instructor (también del Fiscal cuando tiene encomendado el control de la instrucción) es por definición marginal, reducido al de un simple autorizante y, eventualmente, controlador del desarrollo de la diligencia -esto es, un

Existe, además, otro dato importante que también merece destacarse desde un principio: nos encontramos ante medidas de investigación en las que el papel del Juez Instructor (también del Fiscal cuando tiene encomendado el control de la instrucción) es por definición marginal, reducido al de un simple autorizante y, eventualmente, controlador del desarrollo de la diligencia -esto es, un «Juez de garantías» en el más puro sentido-. Y es que, en sentido propio no desarrolla el Juez ninguna investigación, como lo hace cuando interroga a un testigo o a un sospechoso, cuando observa el lugar de comisión del delito o cuando organiza una rueda de reconocimiento. Estas «nuevas» diligencias para combatir la delincuencia organizada son, por el contrario, actividades policiales por definición, no sólo en su ejecución -lo cual no sería extraño, sino también en su planeamiento, diseño y organización: la Policía solicita autorización del Juez (o del Fiscal) para ejecutar una labor que ella misma ha ideado, cuyas posibilidades de éxito ha sopesado también ella y cuyos concretos detalles han sido decididos por sus expertos: y es difícil -aunque siempre posible- imaginar a un Juez que se considere en condiciones de introducir alguna distorsión en el plan propuesto, o de sustituirlo por otro igualmente eficaz.

Con ello se pone de relieve una importante tendencia que afecta de manera paulatina al proceso penal y, en particular, a su fase preliminar: la cada vez mayor interacción entre función propiamente jurisdiccional y tareas policiales, que se puede saldar con una excesiva policialización -discúlpese el término- de la instrucción y del proceso penal.

A nuestro juicio, la cada vez mayor sofisticación y especialización en la comisión de delitos obliga a una correspondiente sofisticación y especialización de las personas que tienen encomendado su descubrimiento y posterior castigo (a las que, genéricamente, podemos referirnos bajo la denominación de «autoridades de persecución penal»).

Quiérase o no, se trata de una tarea que va quedando por ello cada vez más lejos del Juez, a quien le falta esa especialización -al fin y al cabo éste ni es, ni debe ser un policía-; de manera que la Policía, que en principio está configurada como un auxiliar del órgano judicial (cfr. art. 283 LECrim), va asumiendo un protagonismo y una autonomía cada vez mayores. La consecuencia es que los papeles pueden acabar invirtiéndose: ya no es el Juez el que diseña la investigación y

solicita la colaboración de la Policía Judicial para materializarla; más bien sucede lo contrario: es la Policía la que diseña una operación de investigación y solicita la autorización del Juez para llevarla a cabo.

El cambio es importante, y no debería pasar inadvertido: no sólo porque puede acabar reduciendo de facto las tareas del Juez de Instrucción, hasta el punto de justificar su conversión en «Juez de Garantías»; también, desde un punto de vista más general, porque la fase de instrucción puede acabar perdiendo con ello una de sus notas esenciales -al menos a juicio de algunos-, la jurisdiccionalidad, que es sin duda la mejor garantía de la imparcialidad y, en definitiva, de los derechos del imputado. No debe olvidarse, en definitiva, que las exigencias de una mayor eficacia al proceso penal y a la represión del delito siempre chocan con la barrera -esperemos que insalvable- de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos.

Pues bien, éste es el marco en el que de modo necesario debe encuadrarse el estudio de la infiltración policial como técnica para la investigación penal. Así se ha puesto de relieve con la reciente introducción en nuestro Ordenamiento de la figura del agente encubierto, regulado en el nuevo art. 282-bis LECrim, a través de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves: la simple rúbrica de la Ley manifiesta ya la vinculación del agente encubierto con las técnicas de combate de la delincuencia organizada, auténtico leitmotiv, por otra parte, de las más recientes reformas procesales penales en los Ordenamientos de nuestro entorno.

## II. LA INFILTRACIÓN COMO TÉCNICA Y EL AGENTE ENCUBIERTO COMO INSTRUMENTO: POSIBILIDADES Y OPCIÓN DEL LEGISLADOR.

### 2.1. Concepto amplio de infiltración y posibles funciones

Nos dice el Diccionario de la Real Academia (en su 21.a edición) que, en sentido figurado, «infiltrarse» es «penetrar subrepticamente en territorio ocupado por fuerzas enemigas a través de las posiciones de éstas» o, también, «introducirse en un partido, corporación, medio social, etc., con propósito de espionaje, propaganda o sabotaje». Evidentemente, ninguna de estas acepciones refleja de forma directa el sentido en que el término se ha empleado hasta ahora -y se seguirá empleando en adelante- en este trabajo. Sin embargo, como veremos, tampoco se encuentran en total desconexión con dicho sentido.

Como punto de partida hay que señalar que, de modo genérico, la infiltración es una técnica para la investigación y el descubrimiento de determinados hechos, es decir, para procurarse información. Más en concreto, una definición de momento genérica y amplia de la infiltración podría ser la siguiente: la acción de aquél que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente bien a través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrarla, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada.

A nuestro juicio, lo esencial de toda infiltración es la ocultación de la identidad -rectius, de la condición policial- y/o de las intenciones del infiltrado como punto de partida para establecer con el paso del tiempo una relación de confianza que permita el acceso a una información; es decir, el engaño y el abuso de la confianza. A partir de ahí, la definición admite múltiples vertientes concretas, que pueden dar lugar a diversas modalidades de infiltración, y ello en función de la posible combinación de hasta tres variables: quién es aquél que desea obtener la información; cuáles son los propósitos para los que desea obtenerla; y cuál es el instrumento del que se servirá a tal fin.

A) Quién desea obtener la información. En relación con este aspecto, son dos las grandes posibilidades: que el interesado sea el poder público o que se trate de un particular. Y es que resulta a todas luces evidente que el manejo de información es fundamental para el desenvolvimiento tanto de los cometidos públicos como de las actividades privadas, y es posible que a tal fin poderes públicos y particulares puedan verse necesitados de acceder a determinadas informaciones que no son de disponibilidad directa o general.

B) Para qué desea la información, con qué propósito. Se hace aquí preciso distinguir en función de quién sea el sujeto que desea obtener la información. En el caso de que sean sujetos particulares los promotores de

la infiltración, las finalidades perseguidas con la información deseada pueden ser diversísimas, tantas como las facetas en que se desenvuelve la actividad de los particulares: desde metas estrictamente personales y/o afectivas, hasta objetivos económicos y empresariales, lícitos o prohibidos (piénsese, por ejemplo, en el denominado «espionaje industrial»).

En cambio, cuando el interesado en la información es un poder público, la finalidad perseguida ha de corresponderse necesariamente con alguna de las tareas cuyo desempeño tenga encomendado (lo que debería excluir, por definición, el recurso a esta técnica con objetivos ilícitos). Aunque no es tarea nada fácil sistematizar los diversos ámbitos en que puedan resultarles necesarios a los poderes públicos la obtención y el manejo de información a través de la infiltración, se deben tener en cuenta a nuestro juicio al menos los cuatro siguientes bloques de cometidos:

- El cumplimiento genérico de funciones administrativas, especialmente las relacionadas con ciertas potestades de supervisión y sancionadoras de la Administración pública: pensamos, por ejemplo, en la disciplina de las entidades de crédito o de seguros, o en la prevención y sanción de las infracciones a la normativa administrativa en materia aduanera y arancelaria, o en las tareas de defensa de la competencia y control de ciertas prácticas abusivas o prohibidas en el mercado.

- La prevención del delito: se trata, en puridad, de una tarea claramente administrativa (función de policía) encuadrable en el apartado anterior, pero a la que a estos efectos nos parece conveniente darle un tratamiento diferenciado. La prevención del delito, en sentido propio, consiste en evitar la comisión de conductas tipificadas como delitos y faltas, mediante la simple disuasión o la realización de actividades concretas que física o jurídicamente lo impidan. Hablar de prevención del delito debería implicar, por consiguiente, no poder hablar de delito en sentido propio, pues éste no llega a cometerse.

- La represión del delito: consiste en la reacción estatal frente a la comisión de todas aquellas conductas tipificadas como delito -o falta- y que, como es de sobra sabido, se articula de manera exclusiva a través del proceso penal, esto es, de forma jurisdiccional, mediante el desenvolvimiento de una actividad jurídicamente reglada que, eventualmente, puede terminar con la imposición y la ejecución de una pena o una medida de seguridad. A diferencia de la prevención, hablar de represión presupone hablar de delito ya cometido: las fronteras entre una y otra actividad, como tendremos ocasión de comprobar, son no obstante bastante imprecisas, especialmente cuando se trata de delincuencia organizada: no sólo porque hay determinadas actividades preparatorias que ya son de por sí punibles, sino también porque cuando existe una organización preestablecida, habrá simultáneamente delitos en preparación que habrán de ser prevenidos, y conductas delictivas ya cometidas que merecerán castigo. Sin embargo, no por ello puede pasarse por alto la distinción entre prevención y represión: y es que, como hemos

dicho, la primera constituye una tarea administrativa, mientras que la segunda es jurisdiccional; y ello tiene indudables repercusiones no sólo en materia de reparto de competencias para su ejecución, sino antes, en sede de normativa aplicable y competencia normativa -en este caso, a la hora de seleccionar la normativa que habilite para proceder a una infiltración-.

Dejando esto de lado, cuando la finalidad de la infiltración consiste en la represión del delito, no queda más remedio que partir de la premisa de que el sujeto activo o interesado en la información sólo ha de ser lo que se puede denominar «autoridades de persecución» (esto es, los órganos de la rama penal de la Jurisdicción y quienes colaboran con ellos-especialmente, porque así lo dice la Ley, el Ministerio Fiscal-); más aún, por razones obvias, la finalidad «represión del delito» se concreta, de forma inevitable, en la obtención de pruebas que puedan utilizarse en un juicio oral y que sirvan válidamente de fundamento a una sentencia de condena por el delito cometido.

- La defensa de la seguridad nacional NI/O del orden constitucional: en este caso nos hallamos ante una finalidad bastante más «difusa», pues o bien la obtención de la información se convierte en buena parte en un fin en sí misma, o bien conduce a reacciones que no siempre están reguladas ni son predecibles, pues obedecen en gran medida a la discrecionalidad de los poderes públicos (se trata, en realidad, de reacciones más políticas que jurídicas). Nos encontramos, en definitiva, ante las actividades propias de los servicios de inteligencia, sean o no de índole militar; y las personas de las que se obtiene la información pueden ser otros Estados, así como determinados grupos sociales, económicos, financieros, religiosos o políticos, entre otros.

C) Por cuanto se refiere al instrumento empleado para obtener la información, ha de tratarse siempre de una persona. Por eso, cuando la información se obtiene única y exclusivamente a través del empleo de medios técnicos, no puede decirse propiamente que nos hallemos ante una infiltración. Esta técnica requiere, por tanto, de la existencia de uno o varios infiltrados, que por definición son personas físicas, aunque en su actividad puedan contar con el apoyo de personas jurídicas. Evidentemente, el infiltrado puede ser la propia persona que aspira a la obtención de la información, o bien puede tratarse de un tercero, que reciba el encargo de aquél. Tratándose de personas jurídicas -incluidos, sobre todo, los poderes públicos, razones de pura lógica conducen a que haya de ser siempre un tercero. Ahora bien, puede hacerse una importante distinción según que esa concreta persona que, por encargo de otra, desarrolla la infiltración tenga o no algún tipo de vinculación «profesional» o ad hoc -es decir, a los efectos de desarrollar la infiltración, no de forma general- con el poder público. Eso sí, esta vinculación no es concebible si el promotor de la infiltración no es, a su vez, un poder público: por ello, esta variable sólo resulta planteable una vez presupuesto el carácter de poder público del sujeto promotor de la infiltración. En consecuencia, es posible que la concreta persona que se infiltre para suministrar información a algún poder público sea un particular o alguien que forme parte, por su relación laboral o funcionarial,

del propio poder público promotor de la infiltración.

Pues bien, es en relación con esta variable donde entra en escena el concepto del «agente encubierto». Se trata, claro está, de un concepto legal (acuñado en el art. 282-bis LECrim), en el que el término «agente» se toma en una de sus varias acepciones, la de «agente policial»; y en el que el adjetivo «encubierto» hace referencia a la ocultación de la identidad, condición e intenciones del policía: y es que la expresión «agente encubierto» es la forma que emplea nuestra LECrim para referirse a lo que, con mayor rigor, debería denominarse «infiltrado policial», esto es, al funcionario de la Policía Judicial que desarrolla una labor de infiltración a instancia del poder público a los fines de la persecución procesal penal del delito.

Ahora bien, hemos de insistir en que el agente encubierto -es decir, el infiltrado policial - es sólo un instrumento al servicio de la infiltración, de entre otros varios posibles. Así, también son infiltrados, y se encuentran igual de vinculados que él con el poder público, los miembros de los servicios de inteligencia: se diferencian, no obstante, en el concreto poder público para el que desarrollan su labor y, sobre todo, en la finalidad que persiguen. Además, y desde otra perspectiva, es también posible que el Estado se sirva de particulares a la hora de infiltrarse, particulares que en nuestra terminología jurídica no tienen una denominación precisa y uniforme -aunque se utilicen a menudo las expresiones de «confidente» y de «colaborador policial»-, probablemente porque tampoco resulten reconducibles a unidad conceptual las diversas modalidades que esta utilización de particulares plantea en la realidad: desde personas que colaboran de manera estable y casi profesional con la Policía, hasta sujetos que lo hacen de forma puntual y aislada, pasando por quienes, integrados en la organización criminal, deciden colaborar con el poder público prolongando su participación en ella.

En síntesis, son varias las posibles modalidades de infiltración. Aquéllas que tienen naturaleza y finalidad privada constituyen, sin duda, un género aparte, que las aleja del objeto de nuestro trabajo; en relación con ellas queda abierto, sin embargo, el problema de las infiltraciones protagonizadas por sujetos particulares al margen de todo poder público, pero que se efectúan con una finalidad pública, como puede ser la obtención de pruebas de cara a un proceso penal: ello nos sitúa ante el problema de la admisibilidad de la actividad de los detectives privados en el ámbito penal y, en consecuencia, de la exclusividad de la investigación pública de los delitos.

Respecto de las infiltraciones de naturaleza y función pública, sólo integran verdaderas instituciones procesales aquéllas cuya finalidad es la persecución del delito: dentro de ellas, además, sólo son objeto de regulación legal expresa las protagonizadas por un funcionario de la Policía Judicial, que recibe el nombre de agente encubierto. Este tipo de infiltraciones constituirán el objeto básico de nuestro estudio.

La admisibilidad de las infiltraciones procesales efectuadas por particulares será, no obstante, objeto de examen más adelante 2º. En cuanto a las destinadas

al desarrollo de funciones administrativas (sean de control o sancionatorias), no creemos que resulten admisibles en nuestro Ordenamiento, pues en ningún caso podrían satisfacer las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Diferente ha de ser, a nuestro juicio, el tratamiento de las infiltraciones cuya finalidad sea la prevención del delito: de un lado, porque probablemente en este caso el desarrollo de estas actuaciones puede entenderse tácitamente comprendido dentro de las funciones que se asignan a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad 22, aunque la ausencia de una regulación normativa expresa impedirá reconocerles ciertas facultades y prerrogativas que el art. 282-bis LECrim ha concedido al agente encubierto; sin olvidar tampoco que, con frecuencia, aparecerán indisolublemente unidas a infiltraciones de carácter procesal penal. Finalmente, y en cuanto a las infiltraciones llevadas a cabo por los servicios de inteligencia del Estado, no parece necesario esforzarse demasiado para poner de relieve su especial naturaleza y función, totalmente alejadas del ámbito procesal penal, lo que justifica que tampoco vayan a constituir objeto propio de nuestro trabajo.

## **2.2. Primera aproximación al agente encubierto y a la infiltración policial regulados en el art. 282-bis LECrim. Delimitación respecto de otras figuras**

### **A. Caracterización de la infiltración policial y del agente encubierto en el art. 282-bis LECrim.**

De cuanto llevamos dicho hasta ahora se puede concluir que el agente encubierto introducido en nuestra LECrim por el nuevo art. 282-bis es un instrumento al servicio de una técnica de investigación propia de la fase de instrucción del proceso penal, la infiltración policial. La regulación legal del instrumento conlleva, en consecuencia, el reconocimiento simultáneo de la admisibilidad de la técnica en el proceso penal español, siempre dentro de los límites establecidos en el texto legal. De hecho, el art. 282-bis LECrim regula simultáneamente tanto la técnica como el instrumento.

a) Por lo que respecta a la infiltración policial (es decir, a la técnica), una lectura inicial del nuevo texto legal permite extraer sus principales notas caracterizadoras:

- Se restringe su utilización al ámbito de la investigación de actividades delictivas propias de la delincuencia organizada, tal y como se define y se delimita materialmente en el apdo. 4 del art. 282bis LECrim: la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos siguientes:

Secuestro de personas (arts. 164 a 166 CP); relativos a la prostitución (arts. 187 a 189 CP); contra el patrimonio y el orden socioeconómico (arts. 237, 243, 244, 248 y 301 CP); contra los derechos de los trabajadores (arts. 312 y 313 CP); tráfico de especies de flora o fauna amenazada (arts. 332 y 334 CP); tráfico de material nuclear y radiactivo (art. 345 CP); contra la salud pública (arts. 368 a 373 CP); falsificación de moneda (art. 386 CP); tráfico y depósito de armas, municiones o

explosivos (arts. 566 a 568 CP); terrorismo (arts. 571 a 578 CP); contra el Patrimonio Histórico (art. 2.1.e) L.O. 12/1995, de represión del contrabando).

- Se le reconoce una duración relativamente prolongada en el tiempo, tal y como se deduce del dato de que la identidad supuesta del agente encubierto se otorgue por un plazo de seis meses, prorrogables de manera en principio indefinida.

- Se asume por el legislador que la iniciativa para proceder a ella será primordialmente policial, como también el planeamiento de las diversas actuaciones que se lleven a cabo; no obstante, se establece un importante control del Juez de Instrucción -también del Ministerio Fiscal-, no sólo por cuanto se refiere a la autorización, sino igualmente durante el desarrollo de la infiltración, del que deberá dársele cuenta puntualmente a la mayor brevedad posible.

- Sólo admite como instrumento de ejecución válido a funcionarios de la Policía Judicial, quedando excluida de la regulación legal la intervención de particulares o de sujetos que guarden con el poder público algún tipo de vinculación diferente.

b) En cuanto al agente encubierto, es decir, el instrumento elegido por el legislador para materializar la infiltración policial, lo distintivo es, ante todo, su condición de funcionario de la Policía Judicial. A partir de aquí, de forma explícita o tácita, puede deducirse del art. 282-bis LECrim un elenco de deberes y facultades que afectan tanto al desarrollo de su actividad en fase de instrucción como a la utilización durante el juicio oral de los resultados de su labor investigadora. Así, durante la fase de instrucción -que es cuando desarrolla propiamente sus tareas como infiltrado-, se le atribuye como herramienta primordial de trabajo una identidad supuesta, que será la que le sirva de cobertura, y que habrá de tener el respaldo documental y oficial oportuno. Además, y para facilitarle un correcto desempeño de su tarea, la Ley adopta una serie de medidas específicas:

- Está autorizado a actuar bajo la identidad supuesta no sólo en todo lo relacionado con la investigación, sino que también puede participar bajo su cobertura en el tráfico jurídico y social.

- Se le exime de responsabilidad criminal por las actuaciones delictivas que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y, de manera más concreta, se le permite adquirir y transportar los efectos, instrumentos y objetos del delito, y diferir su incautación: sólo así puede obtener y mantener la confianza de los miembros de la organización, que resulta básica para el éxito de esta técnica de investigación.

-En relación con lo anterior, se sujeta a un régimen especial el ejercicio de acciones penales contra él por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación.

Por otra parte, la Ley también efectúa una serie de previsiones al efecto de asegurar la posibilidad de utilizar con éxito en el juicio oral los resultados derivados de la investigación efectuada por el agente encubierto. Así, se establece de modo genérico el deber del agente encubierto de poner en conocimiento de la autoridad judicial toda la información que vaya obteniendo. Pero, sobre todo, se pretende evitar que la actuación del agente encubierto a la hora de buscar y obtener pruebas pueda considerarse incurso en alguna causa de ilicitud probatoria; de ahí que cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales deba el agente encubierto atenerse a las previsiones legales aplicables y, sobre todo, solicitar la pertinente autorización judicial.

Por otra parte, tampoco cabe duda de que, además de las pruebas obtenidas por el agente, él mismo, como testigo, será una fuente de prueba cualificadísima de los hechos delictivos que se enjuician: al legislador no se le escapa que, desde esta perspectiva, y a los efectos de asegurar su credibilidad, el agente encubierto será un testigo necesitado de protección, y por eso le permite, de un lado, mantener su identidad supuesta durante el desarrollo del proceso (previa resolución judicial motivada) y, además, proclama de forma expresa la aplicación de las restantes previsiones de la L.O. 19/1994 sobre protección a testigos y peritos en causas criminales.

Ahora bien, las medidas anteriores (utilización de la identidad supuesta y medidas de protección como testigo), además de para permitir un mejor control de la eficacia probatoria de su testimonio, también sirven para la preservación de su seguridad personal: a tal efecto, además, se prevé expresamente que la resolución en la que se efectúa la correspondencia entre identidad real e identidad supuesta sea reservada, se conserve con la debida seguridad y, sobre todo, no se consigne dentro de las actuaciones judiciales a las que tengan acceso las partes o terceros.

## **B. Delimitación entre el agente encubierto y figuras afines**

Con la consagración legal del significado de lo que ha de entenderse por «agente encubierto» debería ponerse término a las numerosas vacilaciones terminológicas que se pueden observar al respecto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para nuestros Tribunales parece suficiente que un agente policial oculte su condición para que pueda considerársele «infiltrado»; se identifica, por tanto, infiltración con secreto, ocultación. Ésta es también la concepción que subyace a la denominación elegida por la L.O. 5/1999, al utilizar el término de agente «encubierto». A nuestro juicio, en cambio, lo definitorio de la infiltración -es decir, de la labor propia de los agentes encubiertos- no es esto, sino la entrada y permanencia -más o menos intensa, más o menos estable- en un determinado entorno u organización criminal (para lo cual resulta imprescindible, no lo dudamos, la ocultación de la identidad y condición policial de quien se infiltra).

Dejando de lado las cuestiones terminológicas, las notas definitorias anteriormente expuestas nos permiten ya proceder a la delimitación entre lo que

la Ley entiende que es un agente encubierto y otras figuras análogas, que comparten con él o bien ciertas formas de ocultación de la identidad, o bien el hecho de beneficiarse de situaciones de confianza especial para la obtención de pruebas que se usen en un proceso penal. En especial, la praxis jurisprudencial y la terminología forense suelen aludir a las siguientes:

a) El denunciante anónimo: el denunciante anónimo suele ser, como regla, un particular que pone en conocimiento de la autoridad la comisión de hechos delictivos y que, a menudo, conduce a ésta hacia algún elemento probatorio de relevancia, pero cuya identidad se mantiene oculta en el proceso penal, bien por desconocerla todos aquéllos que en él intervienen, bien porque quien la conoce no la revela, amparándose -con o sin fundamento- en alguna modalidad de secreto profesional .

El agente encubierto, en cambio, además de ser miembro de la Policía Judicial -lo que ya constituye un primer elemento de distinción- es un sujeto que, al contrario del denunciante anónimo, disfruta de una identidad, aunque sea supuesta; además, su identidad real es conocida por el órgano jurisdiccional y, en cualquier caso, el peculiar «anonimato» que en cierta medida le proporciona la identidad supuesta está sujeto a la autorización y al control del órgano judicial. Por ello, las reservas y prevenciones a que de por sí da lugar siempre la presencia de un denunciante anónimo obedecen a razones que en modo alguno concurren cuando actúa un agente encubierto.

b) El confidente o colaborador policial: aunque ya hemos señalado antes que no se trata de términos que respondan a una realidad delimitada, los confidentes o colaboradores policiales suelen ser personas que forman parte del entorno criminal, o que guardan cierta relación con él, a las que la Policía suele acudir en busca de información, o que se le suministran a cambio de ciertas ventajas o retribuciones. Es posible a menudo que, de facto, pueda considerarse que el confidente está infiltrado en algún tipo de organización delictiva; pero no se trata, en todo caso, de la infiltración regulada en la LECrim, pues carece de la autorización y control judiciales que caracterizan a aquélla; sin olvidar tampoco que no se trata de una infiltración destinada a la investigación de una actividad delictiva concreta, de una infiltración ad hoc -que es lo propio de todas las diligencias de investigación procesales-, sino más bien de una situación de infiltración preexistente que se aprovecha para la obtención de información.

La diferencia básica, en cualquier caso, que separa a este confidente o colaborador del agente encubierto se deriva del tenor literal del art. 282-bis LECrim, y radica en que carece de la condición de funcionario de la Policía Judicial. Lo cierto es que la jurisprudencia, a menudo, no la ha considerado relevante: en la medida en que la conducta del particular, colaborador o confidente, puede imputarse a la Policía, por actuar aquél bajo el control y directrices de ésta, puede llegar a entenderse que idéntica es la técnica de investigación, y que el régimen jurídico habría de ser el mismo.

c) El arrepentido: la problemática figura del arrepentido (el pentito italiano, el witness of the crown angloamericano, el Kronzeuge germano) aparece en estrecha vinculación con el combate de ciertas modalidades de delincuencia organizada (en especial los delitos de terrorismo y los cometidos por organizaciones de corte mafioso). Supone la existencia de un individuo que, perteneciendo en origen a la organización delictiva, a partir de un cierto momento -y normalmente a cambio de ciertos beneficios y de protección- colabora con las autoridades de persecución, suministrándoles informaciones suficientes para condenar a los restantes miembros (en especial, a los que ocupan los puestos más altos en su jerarquía organizativa) y/o declarando como testigo de cargo.

Es cierto que, una vez iniciada su colaboración, el arrepentido pasa a convertirse en una especie de infiltrado sobrevenido -y, por ello, a partir de ese momento, tampoco resultaría descabellado someter el régimen de su actuación a ciertas garantías y controles, análogos a los previstos por el art. 282bis LECrim; sin embargo, sus diferencias con el agente encubierto son obvias, y se centran primordialmente en que carece de la condición de funcionario policial, criterio éste que, como ya se ha visto antes, ha resultado de primer orden para el legislador de la L.O. 5/ 1999.

Sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar que el tratamiento jurídico del arrepentido plantea dificultades tanto de orden penal sustantivo como procesal:

- Desde un prisma estrictamente penal, la cuestión se centra en determinar la influencia que habrá de tener su colaboración con el Estado, una vez producido el arrepentimiento, a la hora de modular su responsabilidad penal. En determinados ámbitos es el Código Penal el que prevé una atenuación cualificada de la responsabilidad (así sucede para el tráfico de drogas -art. 376 CP -, el terrorismo -art. 579 CP - o la rebelión -art. 480.1 -); o incluso la absolución (cohecho -art. 427 CP 3s-); además, en los casos en que la conducta del «arrepentido» no encaje en alguno de esos preceptos, ha sido la propia jurisprudencia la que ha considerado aplicable una atenuante analógica, con importantes consecuencias penológicas.

- Desde la perspectiva del proceso penal, el arrepentido ostenta normalmente la condición de un coimputado -pues el proceso también se dirige frente a él-, que vierte durante la instrucción y en el juicio oral declaraciones incriminatorias sobre los demás presuntos autores de la infracción (sean o no todos ellos miembros de una «organización delictiva», tal y como lo entiende el apdo. 4 del art. 282-bis LECrim): se plantea, con ello, un problema de fiabilidad y credibilidad de sus declaraciones, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional han tratado de resolver fijando una serie de parámetros que han de guiar su valoración. Al margen de ello, se encuentra la necesidad de proveer a la protección y seguridad del arrepentido durante y después del proceso penal, que posiblemente -aunque con ciertas dificultades- habrá de resolverse atendiendo a lo previsto por la L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, sobre protección a testigos y peritos en causas criminales.

d) El under cover agent de los modelos policiales angloamericanos: tampoco debe identificarse al agente encubierto con la imagen, suministrada a menudo por determinadas películas o series televisivas norteamericanas, del denominado under cover agent, miembro de la Policía que de forma permanente y estable se introduce en ambientes criminales, y desde ahí desempeña labores tanto de prevención delictiva como de investigación criminal. Y ello porque el under cover agent, aunque sea policía como el agente encubierto, se infiltra de modo genérico en ámbitos y organizaciones diversos, sin que su labor obedezca desde un principio a una investigación delictiva concreta (es, por ello, una especie de equivalente policial del colaborador o del confidente). A nuestro juicio, resulta dudosa la admisibilidad de esta figura en nuestro Ordenamiento, al menos en lo referido a la persecución e investigación de delitos ya cometidos, por cuanto no encaja dentro de las previsiones especiales del art. 282-bis LECrim.

e) El «agente secreto»: el agente encubierto no es un «agente secreto», es decir, un espía ni nada que se le asemeje. Es cierto que comparte con él su técnica de investigación. Pero ya vimos que la labor de los miembros de los servicios de inteligencia del Estado carece de vinculación con las funciones del proceso penal (sin olvidar tampoco que orgánicamente «espías» y agentes encubiertos se incardinan en lugares bien diferentes del organigrama administrativo).

f) El denominado «agente provocador» y la construcción doctrinal del Tribunal Supremo sobre «delito provocado» y «agente provocador».

Finalmente, resulta preciso llevar a cabo una clara distinción entre el agente encubierto -regulado por el art. 282-bis LECrim- y el denominado «agente provocador», figura ésta que no es sino el resultado de una peculiar construcción efectuada por nuestra jurisprudencia para aplicarla al enjuiciamiento de ciertas operaciones policiales: se trata, en la mayoría de las ocasiones, de supuestos en que uno o varios policías, ocultando su condición, fingen ante personas sospechosas de dedicarse al tráfico ilícito de drogas la voluntad de adquirir alguna cantidad y que, en caso de respuesta favorable del sospechoso, ponen con ello de relieve la comisión delictiva.

A juicio de nuestro Tribunal Supremo, quienes así actúan -normalmente policías, pero también particulares que colaboren con ellos reciben la denominación de «agentes provocadores», porque «provocan» con su comportamiento que el sospechoso lleve a cabo determinadas conductas, que son reveladoras de un delito ya cometido (normalmente, la tenencia de droga preordenada al tráfico). Esta conducta del «agente provocador» resulta admisible como técnica para la investigación delictiva, pues lo que se provoca no es más que la obtención de la prueba del delito, pero no el delito como tal.

Eso sí, a juicio de esta misma jurisprudencia, la actividad del «agente provocador» (tal y como ha quedado conceptualizado) ha de distinguirse de la del policía que «provoca» -rectius, induce- un delito precisamente con la finalidad de poder probarlo: este sujeto, paradójicamente, no recibe una denominación especial

por parte de nuestro Tribunal Supremo, aunque sí el resultado a que conduce su actividad, que se conoce como «delito provocado».

Esta forma de actuar, propia de los regímenes autoritarios, recibe el más rotundo rechazo por parte de la jurisprudencia :

- Como técnica «investigadora», porque supone la quiebra de los principios inspiradores del Estado democrático y de Derecho, así como un desconocimiento de los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), y del proceso debido: el Estado carece de legitimidad para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades 48; lo anterior conduce, irremediabilmente, a considerar ilícita la prueba obtenida por tal procedimiento.

- Pero es que, además, en los casos en que se aprecia la existencia de «delito provocado», aunque la prueba se considerase lícita, habría una total impunidad, tanto en el «provocado» como en el agente «inductor». Son varios los fundamentos que se han aportado por la jurisprudencia para fundar esta impunidad: (1) de un lado, la ausencia de tipicidad en la conducta desarrollada, que se funda a su vez en el carácter imposible del delito , en su configuración como tentativa inidónea, delito putativo o aparente", y en la ausencia de lesión o peligro para el bien jurídico protegido -dado que la situación se encuentra siempre bajo el control del policía inductor-; (2) de otro, la ausencia de culpabilidad en el autor provocado, por la ausencia de un dolo libre, autónomo e independiente -pues la voluntad delictiva ha sido provocada de forma artificial por el policía inductor-; (3) en cuanto a la impunidad de quien provoca el delito, se entiende que se funda en que obra sin el doble dolo que requiere la inducción (no sólo el dolo de crear el propósito delictivo en otro, sino también el de que éste alcance su consumación).

Sentado lo anterior, debemos proceder ahora a deslindar, antes que nada, lo que la LECrim considera como agente «encubierto» y lo que el Tribunal Supremo entiende por agente «provocador».

Aunque pueda parecer que nos encontramos ante la misma figura - sólo que con diversos nombres- y ante situaciones análogas, lo cierto es que se trata de realidades completamente diversas: no sólo por el sujeto (que, en el caso del «agente provocador», puede ser también un particular); también, y sobre todo, por el tipo de actuación llevada a cabo en uno y otro supuesto.

Es que la figura del «agente provocador» se ha construido por nuestro Tribunal Supremo para dar cobertura a ciertas operaciones, de corta duración, que en cuanto a técnica y objetivos poco se asemejan con lo que se espera en nuestro Ordenamiento de la figura del agente encubierto definido por el art. 282-bis LECrim.

De todas formas, no podemos negar que la doctrina del Tribunal Supremo sobre «delito provocado» y «agente provocador» es la única en que se

abordan buena parte de los problemas a los que conduce la infiltración como técnica de investigación; y tampoco que, dada la ausencia de regulación legal sobre esta materia hasta la L.O. 5/1999, esta doctrina también se ha utilizado en alguna ocasión para resolver supuestos en los que podría haberse hablado con total propiedad de «infiltración policial» y de «agente encubierto».

El enfoque ha de ser distinto cuando se trata de abordar la delimitación entre el agente encubierto y el policía inductor de un «delito provocado». Una diferenciación entre ambos sujetos no es factible, pues «agente encubierto» e «inductor de un delito provocado» no son conceptos que operen en un mismo plano. En efecto, nada impide que un policía que se ha infiltrado en una organización delictiva

-es decir, un agente encubierto-, en un determinado momento induzca o provoque a los demás miembros del grupo a cometer un delito que éstos no tenían pensado llevar a cabo, para que en el instante de su ejecución puedan ser detenidos y condenados por esa conducta concreta.

La provocación al delito, por tanto, puede tener su origen en una infiltración previa -aunque también en la actuación de un «agente provocador»-. De hecho, la técnica de la infiltración y la de la provocación parecen tener orígenes históricos comunes: los primeros infiltrados solían tender a culminar su tarea con una provocación al delito.

g) A modo de conclusión de todo cuanto antecede, hay que insistir en que el agente encubierto es el instrumento que nuestro legislador ha puesto al servicio de la infiltración policial, que se configura a su vez como una nueva técnica para la investigación procesal penal de ciertos delitos cometidos en el ámbito de la delincuencia organizada. Su ámbito es, por tanto, estrictamente procesal penal. Y su condición de instrumento hace que la tarea primordial que hayamos de llevar a cabo en este trabajo sea el análisis de la regulación legal introducida por el art. 282-bis LECrim, para comprobar su aptitud a la hora de permitir alcanzar los efectos propios de la infiltración, así como para paliar los posibles riesgos y defectos que esta técnica también puede llevar aparejados.



provocación policial como instrumento para la obtención de pruebas.

En cuanto a la infiltración policial a los fines de la prevención del delito (esto es, con una finalidad que no es en principio procesal penal), carece de regulación expresa en la gran mayoría de los países de nuestro entorno, con la honrosa excepción de Alemania -donde es objeto a menudo de minuciosas normas en diversas Leyes de Policía de los LÜrider-, de Austria y de Portugal.

## 2. Supuestos de regulación directa de la infiltración policial.

Evidentemente, a los efectos de nuestro trabajo resulta de especial interés el conocimiento de aquellos otros Ordenamientos que llevan a cabo regulaciones expresas de la infiltración policial y de figuras análogas a nuestro agente encubierto. De entrada, por la conveniencia de comparar las diversas soluciones legislativas que se dan a problemas similares; pero también, y sobre todo, por la utilidad de conocer la interpretación que la jurisprudencia - aunque sea extranjera - ha hecho de preceptos que son semejantes en los diversos Ordenamientos, y que puede servir de guía para solventar las dificultades iniciales que siempre plantea una normativa nueva, como es la contenida en el art. 282-bis LECrim.

### 2.1. Alemania

#### A. Infiltración para la investigación procesal penal.

En Alemania, la regulación expresa de la infiltración policial como técnica para la investigación penal tiene su origen en la Ley contra el crimen organizado de 15 de julio de 1992 (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität - abreviadamente, OrgKG-), que introdujo en la StPO los §§ 110a a 110e. En ellos se da carta de naturaleza al denominado verdeckter Ermittler (lit. «investigador oculto»), y se le dota de un régimen jurídico muy detallado, cuya influencia sobre el art. 282-bis LECrim consideramos evidente, como podremos ir comprobando más adelante. Por eso mismo, el conocimiento del Ordenamiento alemán nos parece, a los efectos de este trabajo, de la mayor importancia: no sólo por la influencia legal, sino también porque durante los años de vigencia de la regulación del verdeckter Ermittler se ha ido fraguando un cuerpo jurisprudencial considerable que, unido al preexistente -desde los años 70 y 80- en materia de V-Mann (confidente de la Policía, infiltrado no policial), puede resultar de indudable utilidad a la hora de resolver las dudas interpretativas que plantea la regulación española. Esbozado a grandes rasgos -de los detalles nos iremos ocupando a medida que avancemos en el estudio de la regulación española-, el sistema de infiltración policial y de agente encubierto previsto por el legislador alemán es el siguiente:

#### a) Caracterización legal

El verdeckter Ermittler es un funcionario de Policía al que se le atribuye de forma duradera una identidad diferente (denominada Legende), bajo la cual no sólo investiga, sino que además está autorizado para intervenir en el tráfico jurídico (§ 110 a (2) StPO). A tal fin, se le suministrarán los documentos que resulten necesarios (§ 110a (3) StPO). La identidad verdadera del agente podrá mantenerse en secreto una vez terminada la infiltración, aunque el Juez y el Fiscal pueden solicitar que se ponga en su conocimiento (§ 110b (3) StPO).

#### b) Ámbito de actuación

La labor del verdeckter Ermittler puede utilizarse únicamente para la investigación de una serie de delitos considerados graves, especialmente previstos por el § 110a de la StPO: en el ámbito del tráfico ilegal de estupefacientes y de armas, en el ámbito de la falsificación de moneda o de títulos-valores y en el ámbito de la protección del Estado.

Además, también puede recurrirse a la infiltración policial para la investigación de delitos graves que se hayan cometido de manera organizada o sistemática, o cuando existen indicios suficientes para pensar en una posible reiteración delictiva. En cualquier caso, sólo es posible acudir a este método cuando la investigación a través de otras vías resultaría inviable o se vería seriamente perjudicada; de hecho, y de manera residual, cualquier delito puede ser investigado conforme a esta técnica cuando se presenta como la única eficaz a tal fin.

#### c) Competencia para autorizar esta medida

A la hora de acordar la infiltración de un agente de Policía, el 110b (1) y (2) de la StPO prevé un complejo esquema de distribución de competencias entre la Fiscalía, el Juez y la propia Policía.

Como regla general, es precisa -y suficiente- la previa autorización de la Fiscalía (en cuanto que directora de la investigación en el proceso alemán); ahora bien, en las situaciones de urgencia en que no pueda recabarse a tiempo esta autorización, podrá la propia autoridad policial dar inicio a la infiltración, solicitando de inmediato la autorización: si en el plazo de tres días no se recibe la confirmación de la Fiscalía, debe ponerse fin a la medida.

Cuando la infiltración se dirija contra un imputado determinado, o cuando sea de prever que el infiltrado ha de penetrar en algún domicilio cuyo acceso no es general, entonces es precisa la autorización previa del Juez. En caso de urgencia, basta con la

autorización de la Fiscalía; y si ésta no puede obtenerse a tiempo, podrá comenzar a ejecutarse la medida, solicitándose de inmediato el consentimiento de la Fiscalía. En todo caso (tanto cuando hubo autorización previa del fiscal, como cuando ésta se solicitó con posterioridad), debe ponerse fin a la medida si el Juez no presta su consentimiento en tres días.

d) Desarrollo de la actividad y empleo de los resultados

La resolución autorizando la infiltración fijará el plazo durante el cual podrá ésta desenvolverse, aunque siempre será posible su prórroga, si subsisten los requisitos para su adopción (§ 110b (1) y (2) StPO).

Como regla, la actividad del agente encubierto se deberá sujetar a las previsiones legales en materia de investigación criminal; ahora bien, de modo expreso se le permite al verdeckter Ermittler la entrada en domicilios privados (se entiende que sin recabar previamente la autorización judicial), si cuenta con el consentimiento del titular-siempre y cuando no se utilice para obtener tal consentimiento un engaño distinto de aquél que ya subyace al empleo de la identidad falsa- (§ 110c StPO).

Eso sí, en un afán garantista (pero ciertamente voluntarista), se prevé el deber de informar de la medida a las personas en cuyo domicilio haya entrado el verdeckter Ermittler, siempre que con ello no se ponga en peligro la investigación, la seguridad pública o de una persona concreta, o la posibilidad de seguir utilizando al agente como infiltrado (§ 110d StPO).

En cuanto a los resultados de la investigación, se presume que se utilizarán en el juicio oral como pruebas para fundar una sentencia de condena. De modo particular se prevé que se conserve en secreto la identidad del verdeckter Ermittler durante el desarrollo del proceso penal, en especial cuando existan razones para creer que la difusión pondría en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente o de otra persona, o que obstaculizaría la continuidad de la labor del policía como infiltrado (§ 110b (3) StPO). También se regula, en el § 11 Oe StPO, la posibilidad de utilizar la información obtenida a través de la infiltración como prueba en un proceso diferente: resultará admisible siempre que el segundo proceso tenga por objeto alguno de los delitos para los que se prevé el recurso a esta técnica investigadora.

**B. Infiltración para la prevención del delito.**

Este bloque normativo convive asimismo con una regulación

bastante prolija de la infiltración policial destinada a prevenir el delito. En este caso, lo que destaca en primer término es la dispersión de los preceptos, pues las competencias en materia de Policía de Seguridad -por oposición a Policía Judicial-corresponden a los diversos Estados federados (Länder), y no a la Federación (Bund); son, por tanto, las leyes de Policía adoptadas en su caso por los Länder las que abordan el empleo de estas técnicas con fines preventivos.

No nos parece preciso detenernos ahora en el examen de cada uno de estos preceptos. Pero sí que nos parece oportuno poner de relieve aquello que tienen en común, y que sirve para caracterizar el régimen de la infiltración policial con fines preventivos en el Ordenamiento alemán -teniendo en cuenta las grandes semejanzas de contenido existentes entre las normas estudiadas-:

- Antes que nada, también en estos supuestos la finalidad de la infiltración es la obtención de información, normalmente relacionada con personas concretas o grupos de personas (y así lo reconocen expresamente todos estos cuerpos legales, que regulan la infiltración bajo la rúbrica de los «medios especiales para la obtención de información» - besondere Mittel der Datenerhebung-); lo diverso es el tipo de información que se recaba y, sobre todo, el destino que se le da a esa información, que no es la de ser aportada como prueba a un proceso penal, sino la de adoptar las medidas de seguridad y orden público necesarias para evitar la comisión de determinados delitos (normalmente, delitos de especial gravedad y/o relacionados con la delincuencia organizada).

- Por otra parte, la desvinculación de este tipo de infiltración del ámbito de la investigación procesal penal hace que sean normalmente «menores» ciertas garantías, especialmente en lo que respecta a la autoridad competente para ordenarlas y autorizarlas: normalmente se atribuye esta facultad a instancias policiales de alto rango o administrativas (en concreto, del Lartdeskrimirtalamt), sin que se prevea como regla intervención alguna del Juez o de la Fiscalía .

Eso sí, a menudo se restringe expresamente el ámbito de actuación del agente policial infiltrado -al que se prohíbe con frecuencia el desarrollo de registros domiciliarios apoyándose en su cobertura , o la utilización de engaños que excedan de su propia cobertura para obtener el consentimiento de los particulares a la hora de poder entrar en sus domicilios -; y, cuando ello no ponga en peligro los fines perseguidos, se obliga a informar de la operación, a posteriori, a aquellas personas afectadas por ella .

- No es infrecuente que se regulen con la misma finalidad y como técnicas equivalentes la infiltración policial en sentido propio,

protagonizada por un funcionario policial (verdeckter Ermittler) y la desarrollada por terceros cuya colaboración con la Policía se mantiene oculta (V-Personen).

## 2.2. Dinamarca

Junto al alemán y al nuestro, también el Derecho danés regula de manera directa y a título principal el recurso a la infiltración policial en el marco de las diligencias de investigación penales s. En concreto los §§ 754a a 754e del Retsplejelov (Ley procesal danesa -rpl-), introducidos en 1986, se ocupan del régimen legal, que en síntesis es el siguiente:

A) El agente encubierto será siempre un funcionario de Policía (§ 754b 2 rpl), sin que se prevea de modo expreso la utilización por su parte de una identidad supuesta.

B) Para que resulte admisible el recurso a esta técnica, es preciso que existan sospechas fundadas de la comisión de un delito concreto, que ninguna otra medida se presente como adecuada para descubrirlo, y que el delito en cuestión tenga asignada una pena de prisión superior a 6 años, o constituya una grave infracción aduanera de las previstas en el § 289 2 del código penal danés (§ 754a rpl).

C) La medida ha de venir autorizada en todo caso de forma previa por la autoridad judicial del lugar en que se incoará el proceso o del lugar en que la Policía ha decidido efectuarla. En casos de especial urgencia en que no pueda recabarse la autorización judicial, podrá ejecutar la Policía la infiltración directamente, aunque deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial lo más rápido posible (y en todo caso antes de que transcurran 24 horas): ésta decidirá si procede ratificarla y mantenerla y, en caso contrario, dará parte al Ministerio de Justicia, para que se depuren las responsabilidades oportunas (§ 754c rpl).

D) El agente encubierto está habilitado para participar en las actuaciones delictivas que su investigación requiera (§ 754a rpl), siempre y cuando con su conducta no aumente la amplitud del delito o de su gravedad (§ 754 rpl). Como regla, el agente infiltrado tendrá la obligación de declarar como testigo durante el proceso penal; ahora bien, el §171.4 rpl le reconoce el derecho a no declarar en caso de que exista peligro para él o para sus familiares 1°. Por otra parte, en caso de que - investigado un delito, en todo o en parte, mediante la infiltración- se decida ejercitar la acción penal, la defensa del imputado tendrá derecho a ser informada de las medidas de infiltración adoptadas; en caso de que así resulte conveniente al interés del Estado, a la investigación del

asunto o a terceros, la Policía puede prohibir a la defensa la transmisión a terceros de la información que reciba bajo ese concepto (§ 754d rpl).

La utilización práctica que se da a estos preceptos es, sin embargo, limitada: no sólo por los riesgos para el agente y los altos costes para el Estado, también porque el pequeño tamaño del país y su relativamente poco numerosa población no hacen que sea tarea fácil dotar a un agente de una identidad supuesta. De ahí que, en la práctica, se suele acudir a operaciones de corta duración, que no suelen exceder de una semana, sobre todo en el ámbito del tráfico de estupefacientes.

### 3. Supuestos de regulación indirecta de la infiltración policial.

Si los Ordenamientos hasta ahora contemplados abordan de manera directa la regulación de la infiltración policial y de la actuación de los «agentes encubiertos» en el marco de la investigación procesal penal, resulta también frecuente que los legisladores nacionales opten por formas diferentes de dar carta de naturaleza legal a esta técnica. Así, no es extraño encontrarse con disposiciones de las que se puede deducir de forma clara -aunque indirecta- que se reconoce la legitimidad de la actuación de un infiltrado policial y la licitud de las pruebas que haya obtenido mediante su tarea.

Como regla, se trata de normas de carácter sectorial, pensadas primordialmente para la represión del tráfico ilegal de estupefacientes y en las que se exonera de responsabilidad penal al agente policial que, de algún modo, participa -con los miembros de la organización delictiva presuntamente dedicada a esos delitos- en determinadas conductas punibles, cuando lo hace con el fin de obtener pruebas de cargo. No cabe duda de que la premisa tácita de este tipo de preceptos es la previa infiltración del agente policial dentro de una organización criminal, infiltración cuya legitimidad queda de manifiesto con la exoneración de responsabilidad. Son varios los ordenamientos que acuden a esta -o a similar- técnica legislativa.

#### 3.1. Italia

El ejemplo más claro de cuanto acabamos de señalar nos lo suministra el Ordenamiento italiano. En él son tres los preceptos -y tres los sectores- en los que se prevé la infiltración policial y en los que, de forma indirecta, se regulan los requisitos para la validez de esta técnica y para la actuación de los agentes policiales encubiertos:

A. En primer término, y en materia de tráfico de estupefacientes, el art. 97 del Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990, n. 309 13: se establece en él la no punibilidad

de los oficiales de la Policía Judicial pertenecientes a unidades antidroga especializadas cuando, a los solos fines de obtener elementos de prueba en relación con ese tipo de delitos, procedan a la adquisición de sustancias estupefacientes o psicotrópicas; y se señala, además, la obligatoriedad de poner la operación de manera inmediata y detallada en conocimiento de la autoridad judicial .

A juicio de la doctrina, en estos casos de *acquisto simulato di droga* nos hallamos ante una causa de justificación de la conducta del agente policial -en concreto, un supuesto especial de la eximente de cumplimiento de un deber"-, que excluye a radice la antijuridicidad de su conducta, pero que no se comunica a las conductas del resto de los partícipes, miembros de la organización delictiva.

Por otra parte, y aunque el precepto sólo alude de forma expresa a la adquisición de sustancias estupefacientes, la jurisprudencia ha extendido su ámbito de operatividad a aquellas otras actividades que se encuentran en estrecha relación con la adquisición: con ello, se han ampliado también las facultades de actuación del agente.

Otra importante cuestión es la que se refiere a la calidad bajo la que declara el agente durante el juicio oral: su participación en el hecho punible permitiría calificarlo como coimputado o correo, lo que haría entrar en juego la regla especial del art. 197.1 del Codice di procedura penale (que señala la prohibición de escuchar como testigo a un coimputado), así como los requisitos para poder valorar este tipo de declaraciones que establece el CPC en su art. 192.3 (necesidad de que concurren otros elementos de prueba que confirmen su verosimilitud); la jurisprudencia, no obstante, se ha decantado de forma evidente por su calificación como testigo, con la excepción de aquellos supuestos en que, por abuso o exceso en su función -o por falta de respeto a las previsiones del art. 97 del Decreto-, el agente policial no se vea beneficiado por la eximente legal.

A este agente, por otra parte, se le reconoce de modo genérico el carácter de «infiltrado» ; no obstante, también se le suele encuadrar dentro de la categoría del agente provocatore, aunque en puridad, y como señalamos anteriormente su actividad no puede exceder de la estrictamente necesaria para la obtención de la prueba y, como máximo, consistir en la adquisición de droga -las semejanzas con el «agente provocador» a que alude la doctrina de nuestro Tribunal Supremo son, por tanto, evidentes-.

B. En segundo lugar, y dentro de la especial normativa de lucha contra la criminalidad mafiosa, se encuentra el art. 12-quater del Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, n. 306 24, de contenido y efectos similares



### 3.2. Francia

En el Ordenamiento francés, hasta hace relativamente poco tiempo el vacío legal en relación con la investigación de los delitos propios de la criminalidad organizada era total; como único instrumento de combate se contaba con la jurisprudencia de la Cour de cassation en materia de agent provocateur y provocación policial del delito para la obtención de pruebas, que era bastante permisiva y normalmente no veía en este tipo de actuaciones vicio alguno que hiciera imposible la condena. Un cierto cambio legislativo se operó en 1991, con la entrada en vigor de la legislación especial en materia de lucha contra el tráfico de estupefacientes: aunque ha sido valorada como claramente insuficiente para afrontar el problema en su conjunto.

En cualquier caso la ley de 1991 introdujo la técnica de la infiltración policial, aunque regulandola de manera indirecta, a través de la exención de la responsabilidad criminal de los agentes.

En términos análogos se pronuncia el art. 67-bis del Code des douanes, cuya estructura es como sigue:

En su primer apartado se prevé la circulación vigilada por parte de los agentes de aduanas como técnica para constatar las infracciones aduaneras de importación, de exportación o de detención de sustancias o plantas estupefacientes y para identificar a sus autores y cómplices; y en su apartado segundo se les exonera de culpa cuando, con la autorización de la autoridad judicial y bajo su control, adquieren, detienen, transportan o entregan esas sustancias o plantas, o ponen a disposición de las personas autoras de estas infracciones medios jurídicos o materiales. Ambas modalidades de actuación se extienden, en el párrafo cuarto, a la investigación de las operaciones financieras que recaigan sobre fondos respecto de los que se sepa que proceden, directa o indirectamente, de una infracción a la legislación en materia de estupefacientes (es decir, blanqueo de capitales). Aunque a título principal regulan supuestos de exención de la responsabilidad -en concreto, causas de justificación de la conducta de los oficiales y agentes policiales y de aduanas-, se reconoce por la doctrina que ambas normas contienen el régimen jurídico de la infiltración policial, pues ésa ha sido en parte la finalidad perseguida por el legislador con su introducción en el Ordenamiento francés. Ahora bien, también ha de quedar clara la vinculación de esta infiltración con la entrega y circulación vigilada de drogas: a juicio de la jurisprudencia, se trata de casos en que, en el marco de una operación de ese tipo, se hace necesario para que tenga éxito la investigación adoptar algún tipo de actitud activa por parte de la Policía o de los agentes de aduanas -labor que transforma la circulación o la entrega de «vigilada» en «controlada» y que, por definición, sólo puede ser efectuada por un «agente infiltrado»-. De hecho, se ha señalado de modo expreso que no resulta necesario el recurso a estas normas cuando de lo que se trata es de combatir la actividad delictiva llevada a cabo por los «revendedores de calle» (revendeurs de rue) mediante la actuación encubierta de agentes policiales.

Este plus respecto de la simple vigilancia de la circulación de la droga hace que la jurisprudencia haya insistido en el carácter esencial de la autorización previa por parte del órgano judicial, y cuya ausencia vicia de nulidad el procedimiento.

### 3.3. Portugal

También dentro del grupo de los ordenamientos que regulan la infiltración de manera indirecta debe incluirse al portugués, aunque en él puede apreciarse una exhaustividad normativa superior a la de los demás.

Y es que es cierto que en Portugal el legislador se ha ocupado antes que otra cosa de legitimar penalmente la conducta del investigador que, en el desarrollo de su tarea encubierta, comete conductas susceptibles de ser calificadas como delictivas; ahora bien, no se ha limitado únicamente a eso, y de manera bastante explícita también alude a los requisitos de la infiltración en cuanto tal y dota de un cierto régimen jurídico al agente infiltrado. Las previsiones legales son, no obstante, fragmentarias, pues afectan únicamente a dos ámbitos delictivos concretos:

A. El tráfico de sustancias estupefacientes, a tenor de lo dispuesto en el Decreto-Ley 15/93, de 22 de enero. Su art. 59 establece que no es punible la conducta del funcionario de la Policía Judicial, o del tercero que actúe bajo el control de ésta, que, a los fines de la prevención o de la represión criminal, y ocultando su condición e identidad, realice alguna de las conductas propias del tráfico de estupefacientes (aceptar, retener, guardar, transportar o entregar estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores y otros productos químicos susceptibles de empleo para la fabricación ilícita de drogas o precursores); esta actuación está condicionada, en todo caso, a la previa autorización judicial (salvo en casos de urgencia, en que deberá ser convalidada en el siguiente día hábil), a la que deberá darse informe de la actuación en el plazo máximo de 48 horas.

Esta previsión se completa en el art. 59-A con un régimen de protección al funcionario y al tercero infiltrados, que permite dejar fuera de las actuaciones judiciales el informe de la Policía (en el que constará la identidad y labor del infiltrado), salvo que resulte indispensable a los efectos probatorios; en tal caso, no obstante, si debe comparecer en juicio el infiltrado, se celebrará éste a puerta cerrada.

B. La corrupción y la criminalidad económica y financiera, a través de la Ley núm. 36/94 de 29 de septiembre: su artículo 643 considera legítima la actuación de quienes, con la finalidad de obtener pruebas que aportar a un sumario, y siempre con la previa autorización judicial, practiquen actos de colaboración o instrumentales con los delitos propios

de la corrupción y de la criminalidad económica y financiera (corrupción, participación económica en negocio ilegal, administración dañosa en una unidad económica del sector público, fraude en la obtención o desvío de subsidios, subvenciones o créditos, infracciones económico-financieras cometidas de forma organizada con recurso a tecnología informática, o de dimensión internacional o transnacional).

Ambos bloques normativos, como ha puesto de manifiesto la doctrina, suponen la consagración legal de la infiltración como técnica válida para la investigación penal en Portugal. Esta medida, por tanto, supera el «test de legitimidad» establecido de manera general para todas las técnicas instructoras por el art. 126.2.º del Código de Processo Penal, a tenor del cual «Sdo ofensivas da integridade fisica ott moral das pessoas as provas obtidas, mestno que conz consentimento delas, mediante: a) Perturbafo da liberdade de vontade ou de decisáo através de (...) utilizalísio de meios croéis ott enganosos»: a pesar de que el engaño es uno de los elementos esenciales de la infiltración, las previsiones legales permiten sostener sin vacilación la licitud de las pruebas obtenidas por agentes infiltrados en los ámbitos delictivos objeto de regulación expresa.

Por otra parte, son varias las peculiaridades del Ordenamiento portugués en este punto que merecen ser puestas de relieve de forma diferenciada y que merecen una valoración absolutamente positiva:

- Antes que nada, el hecho de que el sujeto que lleva a cabo las tareas de infiltración no haya de ser necesariamente un agente de la Policía Judicial, sino que también pueda ser un tercero (incluidos, por tanto, los particulares) bajo el control de ésta, posibilidad que, como se verá más adelante, puede resultar en ocasiones decisiva para asegurar el éxito de la investigación 4s.

- Se prevé el recurso a la técnica de la infiltración tanto a los efectos represivos, como a los meros efectos de la prevención del delito, aunque en ambos casos el régimen legal y las garantías a que queda sujeta la medida son las mismas; este elemento también ha de ser considerado como positivo, pues las fronteras entre una y otra función son cada vez más difusas (y tan importante es la regulación de la infiltración con fines preventivos como que su régimen jurídico la sujete a las mismas precauciones que el de la infiltración que busca pruebas para su empleo en un proceso penal).

- En relación con los delitos de tráfico de drogas, la regulación legal, por su amplitud, da cabida tanto a las infiltraciones en sentido propio, que se hayan de desarrollar en el tiempo, como a las operaciones policiales encubiertas de corta duración.

- Finalmente, se insiste de manera explícita e inequívoca en la necesidad de la autorización judicial como requisito para la validez de las

actuaciones del agente infiltrado, a la vez que se esboza un régimen de protección al agente o al tercero infiltrado.

#### **4. Supuestos en que no aparece legalmente regulada la infiltración policial.**

Finalmente nos queda repasar aquellos ordenamientos en los que la infiltración policial carece de una regulación legal -ni directa, ni deducible implícitamente de otros preceptos-, pero en los que a menudo ha sido la jurisprudencia la que ha venido a sancionar la admisibilidad de esta práctica policial, cuando ésta ha sido sometida a su consideración. Como ya avanzamos anteriormente, lo habitual es que el debate sobre la figura del agente infiltrado no se plantee de manera autónoma, sino al hilo de la siempre polémica cuestión de la provocación policial como técnica para la investigación criminal y para la obtención de pruebas contra los delincuentes.

Y es que, como también dijimos antes, el policía infiltrado y el policía provocador no son figuras que se excluyan de manera necesaria; al contrario, cuando se habla de provocación policial se suele partir de la premisa, más o menos implícita, de que ese agente ya se encontraba previamente infiltrado o, al menos, había ocultado al delincuente su identidad y su condición.

##### **4.1. Suiza**

El Ordenamiento suizo se encuentra a medio camino entre la ausencia de regulación y la regulación indirecta. Y es que existe en él una norma que, de manera similar a las estudiadas en el epígrafe anterior, exime de responsabilidad penal en ciertos supuestos a los agentes policiales que operan de manera encubierta en los ambientes en que se desarrolla el tráfico ilícito de estupefacientes. Se trata del art. 23.2 de la Ley Federal sobre Estupefacientes de 1951 (Beraubungsmittelgesetz -BetMG-), introducido en 1975, y que exonera de culpa al funcionario que, con una finalidad investigadora, acepta por sí o por medio de un intermediario una oferta de estupefacientes, o toma posesión de ellos .

Es cierto que de esta norma se puede deducir, a contrario sensu, que el funcionario policial está actuando en este supuesto de manera encubierta. Sin embargo, los márgenes de actividad -rectius, de no punibilidad- que se le reconocen a aquél son tan estrechos, que tanto la doctrina como la propia jurisprudencia reconocen su falta de virtualidad para integrar un soporte legal, aunque fuese indirecto, de la infiltración policial como técnica para la investigación del delito.

Y es que al agente policial lo único que se le consiente es la adopción de la actitud pasiva de quien recibe una oferta y la acepta ; pero resulta lejano a la realidad pensar que un agente policial infiltrado pueda desarrollar con

éxito una tarea investigadora dentro de ese marco -de hecho, así lo ponen de relieve, a contrario, las normas italianas, francesas o portuguesas, que contienen, como veíamos, un amplio elenco de conductas que están penalmente justificadas, entre las que se incluyen conductas claramente activas.

Por eso mismo se reconoce que el art. 23.2 BetMG tiene un carácter estrictamente penal sustantivo -como causa de justificación de la conducta-, pero ninguna virtualidad procesal.

En consecuencia, debe partirse en Suiza de la existencia de un vacío legal en cuanto a la admisibilidad de la infiltración policial, vacío que ha sido colmado sin embargo -en sentido permisivo por la jurisprudencia. Los tribunales suizos se han planteado la licitud de la infiltración al hilo del enjuiciamiento de operaciones contra el tráfico de drogas en las que un agente policial encubierto, con su actuación, había «provocado» el delito objeto de condena -al menos, a juicio del acusad. El debate, por tanto, se ha suscitado siempre en relación con los presupuestos para entender existente esa presunta «provocación» y, sobre todo, en relación con las consecuencias que su apreciación habría de tener sobre la responsabilidad del provocado.

Hay que reconocer que, sobre este punto, la jurisprudencia no ha sido unánime: así, se ha sostenido en alguna ocasión que la provocación, en cuanto que técnica contraria a los principios del Estado de Derecho, debería conducir a la exención de la responsabilidad del provocado; pero también se ha señalado que su única virtualidad es la de conducir a una atemperación de la pena prevista para el delito (Strafzumessung), o incluso que puede carecer totalmente de relevancia -cuando se demuestra que la voluntad de delinquir preexistía a la provocación policial-.

En cualquier caso, y a pesar de la diversidad de pareceres doctrinales, existe un punto -precisamente el que ahora nos interesa- en el que los Tribunales se muestran de acuerdo, siquiera sea de manera implícita: la infiltración policial resulta admisible como técnica de investigación en el Ordenamiento suizo, siempre que en su actuación el agente policial encubierto no se convierta en un agente provocador.

Los eventuales problemas constitucionales que podría plantear su falta de regulación legal han de entenderse superados por consideraciones de necesidad y de eficacia de la justicia penal.

#### 4.2. Austria

En Austria no existe ningún precepto legal a partir del cual, de manera siquiera implícita, pueda deducirse con claridad la admisibilidad del recurso a la infiltración policial como instrumento para la obtención de pruebas con eficacia procesal penal. Antes al contrario, existe un precepto del que más bien se deduce cierta sospecha de incompatibilidad

de esta técnica con el Ordenamiento procesal: se trata del § 25 de la Ley procesal penal (Strafprozeßordnung - ÖStP0-), que prohíbe expresamente a los poderes públicos el recurso a la provocación delictiva, así como el recurso a personas que, de manera encubierta, induzcan al sospechoso a formular confesiones que después se traten de llevar ante el tribunal.

El alcance de esta norma sobre la admisibilidad de la figura del infiltrado policial en el Ordenamiento austriaco ha sido y sigue siendo fuente de una importante polémica doctrinal. Así, para un cierto sector, el § 25 ÖStP0 no supone obstáculo alguno para esta técnica de investigación, siempre que el agente policial no se convierta en «provocador» (es decir, no incite al sospechoso al inicio, desarrollo o terminación de una conducta delictiva).

No obstante, también se han alzado voces en sentido contrario, que sostienen la incompatibilidad entre la infiltración y la letra y el espíritu del precepto en cuestión, alegando sobre todo que deja un margen demasiado estrecho como para que en él pueda desarrollarse con normalidad la labor investigadora propia de un agente encubierto.

En cuanto a la jurisprudencia, parece tolerar la infiltración cuando la actuación del agente policial no supone provocación al delito, esto es, no ha afectado a la conducta delictiva, sin plantearse en profundidad las relaciones de esta técnica en cuanto tal -y no de la provocación- con el § 25 üStp0.

En cambio, y de forma paradójica, sí que aparece expresamente regulada en el Ordenamiento austriaco la infiltración policial cuando su finalidad sea la prevención del delito. En concreto el § 54 (3) de la Ley sobre Policía de Seguridad (Sicherheitspolizeigesetz - SPG-) de 3 de octubre de 1991 permite la recolección de información de carácter personal sin que el agente policial se identifique como tal, cuando resulte necesario para la prevención de infracciones graves así como de delitos que se pudieran cometer por grupos criminales o de manera organizada.

Y el § 54a de la misma Ley señala que las autoridades competentes estarán obligadas a facilitar a los agentes que desempeñen este tipo de tareas los documentos que resulten precisos para valerse de una identidad supuesta, que sólo podrán ser utilizados en el tráfico jurídico a los fines de la tarea encomendada. Se trata, en cualquier caso, también de una infiltración de contenido muy restringido, pues lo único que permite es recabar información bajo la cobertura de una identidad supuesta y, eventualmente, la utilización de aparatos para grabar la imagen y el sonido ; pero ni autoriza al agente a introducirse de manera total en el ambiente delictivo investigado, ni le permite tampoco sobrepasar los límites establecidos por el § 25 ÖStP0, que también resultan de aplicación en este ámbito.

### 4.3. Bélgica y Países Bajos

La situación legal es bastante similar en Bélgica y en los Países Bajos. En ambos países no existe precepto legal alguno que directa o indirectamente se ocupe de la infiltración, de modo que su regulación ha sido labor básicamente de la jurisprudencia y de determinadas directrices administrativas, que a su vez la han tomado como punto de partida.

1.º Empezando por Bélgica, la situación de vacío legal ha sido colmada por la jurisprudencia, recaída primordialmente en relación con la ilicitud de las provocaciones policiales -imputadas a agentes infiltrados-. Esa jurisprudencia ha sido tomada después como punto de partida por el Ministerio de Justicia para confeccionar ciertas Directrices (normalmente secretas) dirigidas a los Fiscales. A grandes rasgos, el régimen jurídico que puede deducirse de ambas fuentes es el siguiente:

- El recurso a la infiltración ha de respetar en todo caso las exigencias derivadas de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

- Es precisa la previa autorización del Ministerio Fiscal a la propuesta de infiltración que realice la Policía Judicial; además, durante el desarrollo de la infiltración, debe tenerse continuamente informado al Ministerio Fiscal o al Juez Instructor, quienes podrán ordenar en cualquier momento el cese de la medida.

- La infiltración ha de tener una duración corta, y el infiltrado -necesariamente miembro de la Policía- únicamente está autorizado para participar en las actividades propias del medio delictivo en que se ha introducido, pero en modo alguno puede provocar comportamientos delictivos.

2.º En cuanto a los Países Bajos, también allí ha sido obra primordial de la jurisprudencia -especialmente a partir de la Sentencia del Hoge Raad en el «asunto Tallon» de 4 de diciembre de 1979 la regulación de los presupuestos y régimen de la infiltración; jurisprudencia que, asimismo, ha inspirado varias directrices al respecto de instancias ministeriales, parlamentarias y de la Fiscalía (éstas últimas, de 1991, de especial importancia y utilización en la práctica). De manera sintética, éstos son sus caracteres más relevantes:

- Se reserva para la prevención y la investigación de delitos de especial gravedad, en el ámbito de la delincuencia organizada o profesional.

- Su empleo queda subordinado al respeto de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

- Es precisa la previa autorización de la Fiscalía, a la que debe mantenerse constantemente informada del desarrollo de la operación.

- Se prevé la posibilidad de que la infiltración tenga una duración larga, así como que sean particulares quienes se infiltren, siempre bajo dirección y control policial.



to law. It is no part of a judge's function to exercise disciplinary powers over the police or prosecution as respects the way in which evidence to be used at trial is obtained by them. If it was obtained illegally there will be a right in civil law; if it was obtained legally but in breach of the rules of conduct for the police, this is a matter for the appropriate disciplinary authority to deal with» .

En 1984 entró en vigor el Police and Criminal Evidence Act 1984 P.A.C.E., cuya Sección 78 reguló por primera vez de manera expresa la espinosa cuestión de la admisibilidad de lo que, según nuestras categorías terminológicas, sería la ilicitud probatoria, del siguiente modo:

«En todo tipo de procedimiento el tribunal puede rechazar aquellas pruebas propuestas por la acusación si considera que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas aquéllas en que se obtuvo la prueba, su admisión tendría a juicio del tribunal efectos intolerables sobre la justicia del proceso» [la traducción es nuestra] .

A partir de ese momento, la cuestión que se plantea es si la facultad que la Sección 78 PACE confiere al tribunal penal puede aplicarse cuando éste se encuentre en presencia de un entrapment, tanto en su modalidad de actuación de agente provocador, como en aquellos casos en que la Policía haya acudido a algún tipo de engaño(entre los que se incluye la infiltración).

La respuesta no ha sido del todo clara, aunque a grandes rasgos es análoga a la que se ha descrito en otros Ordenamientos: los tribunales reprochan a la Policía que sus agentes infiltrados provoquen la comisión de delitos que, sin su incitación, no habrían tenido lugar, e inadmiten la prueba obtenida de esa manera; pero consideran admisible la prueba derivada de la infiltración y de operaciones encubiertas de corta duración cuando estiman que no se rebasó el límite de la provocación.

Ahora bien, para llegar a esa conclusión se sigue un camino ciertamente peculiar: como punto de partida, se reconoce que la Sección 78 PACE puede aplicarse como «freno» a la prueba obtenida a través del entrapment 86; pero esta exclusión no deriva de forma automática del empleo de ese método en cuanto tal, sino de comprobar que, en el caso concreto, atendidas todas las circunstancias, la admisión de tales pruebas perjudicaría a la justicia del proceso.

A tal efecto, en la sentencia dictada en 1993 por la Criminal Division de la Court of Appeal en el asunto Smurthwaite, se señalan una serie de factores que han de ser tenidos en cuenta para decidir hasta qué punto debe o no acudirse por el tribunal a la facultad de inadmisión probatoria cuando en su obtención ha mediado la intervención de un agente infiltrado:

- Si el oficial de Policía actuó o no como un agente provocador, en el sentido de haber incitado al acusado a cometer un delito que de otro modo no habría llevado a cabo.

- El tipo de trampa que se había utilizado contra el sospechoso. - Si la operación sirvió para obtener pruebas de un delito ya cometido, o bien

para probar un delito en el momento de su comisión.

- Lo activo o pasivo que fue el papel desempeñado por el agente a la hora de obtener la prueba.

- Si existe o no algún tipo de registro o grabación (record) de lo sucedido, o se encuentra al menos fuertemente corroborado .

Lo cierto, sin embargo, es que en la práctica, y a pesar de las proclamaciones genéricas que hace la jurisprudencia en contra de la admisibilidad de la prueba obtenida por un agent provocateur, son muy escasos los supuestos concretos analizados por ella en que se ha encuadrado bajo tal categoría la actividad concreta desarrollada por los agentes policiales .

De hecho, en alguna ocasión el control a la operación encubierta no se ha planteado desde el ángulo de si se sobrepasaban o no los límites fijados por la jurisprudencia al entrapment, sino desde la perspectiva del fraude a las normas sobre interrogatorio de sospechosos que puede producirse en caso de que el agente infiltrado aproveche su cobertura para hacer preguntas al sospechoso que éste, de saberse en presencia de un interrogatorio policial, tendría derecho a contestar bajo ciertas garantías .

Por otro lado, al margen de esas pautas establecidas por la jurisprudencia, pero en consonancia con ellas, deben tenerse también en cuenta, en el plano ya puramente administrativo, las directrices internas del Home Office (Ministerio de Interior) sobre el recurso a técnicas de infiltración o análogas, ya sean policiales, ya sean mediante terceros (informants):

- (A) Ningún miembro de la Policía o informante policial puede aconsejar, incitar o promover la comisión de un delito.
- (B) Si un informante comunica a la Policía la intención de otros de cometer un delito, en el cual se pretende su participación, ésta sólo se autorizará si:
  - a) no se compromete de manera activa en la planificación y comisión del delito;
  - b) va a desempeñar en él un papel menor; y
  - c) su participación resulta esencial para que la Policía pueda impedir la acción de los delincuentes principales y arrestarlos (...) antes de que se produzca lesión a alguna persona o daño relevante a alguna propiedad privada. Debe instruirse siempre al informante de que en modo alguno puede actuar como un agente provocador, ya sea sugiriendo a otros la comisión de delitos, ya sea animándoles a cometerlos (...)). (la traducción es nuestra).

En cualquier caso, resulta evidente que se echa en falta en el Ordenamiento inglés una regulación legal en sentido propio de la cuestión, necesidad que se pone de manifiesto cada vez con mayor viveza por la doctrina. Tan sólo puede deducirse una regulación muy parcial e indirecta del fenómeno a partir de ciertas disposiciones del Police Act 1997, por el que se establece el Servicio Nacional de Inteligencia Criminal (National Criminal Intelligence Service NCIS- y la Escuadra Criminal Nacional (National Crime Squade - NCS-).

En efecto, el NCIS tiene como función, entre otras, la de obtener, almacenar y analizar información al servicio de la inteligencia criminal (Sección 2 del Police Act 1997), de donde se deduce que a su servicio trabajarán agentes infiltrados; algo semejante sucede con la NCS, que tiene encomendada la prevención y la investigación de los delitos graves que tengan incidencia en más de un distrito policial (Sección 48). Que los métodos de unos y otros funcionarios van a ser en buena medida «excepcionales» se deduce también del complejo régimen de autorizaciones a que se sujeta su actividad cuando afecta a la propiedad, a la comunicación telefónica así como a comunicaciones personales confidenciales o a material periodístico que también sea confidencial (Secciones 92 a 100).

## 5. Consideraciones finales.

Una vez expuesto el régimen legal y jurisprudencia de la infiltración policial en los Ordenamientos de nuestro entorno, nos parece que se impone la formulación de una serie de consideraciones de carácter general que sinteticen, en la medida de lo posible, las principales ideas que se deducen de cuanto se ha visto hasta ahora:

**5.1.** Se encuentre o no regulado expresamente, el recurso a la infiltración policial como técnica para la investigación procesal es un fenómeno absolutamente extendido en la práctica cotidiana de todos los países que nos rodean.

No se trata, por tanto, de algo nuevo; más bien, y como ya dijimos anteriormente, lo que resulta más novedoso o actual (aunque la cuestión venga planteándose desde hace varias décadas en otros Estados, y notoriamente en Alemania) es la conciencia de su posible repercusión en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, así como en ciertos principios sobre los que se asienta el Estado de Derecho y, junto con esa conciencia, la necesidad de proceder a una regulación que resulte acorde con todo ello.

**5.2.** Precisamente esa conciencia de la incidencia de la infiltración sobre los derechos y libertades del ciudadano hace que, en aquellos Ordenamientos que la regulan expresamente, el empleo de esta técnica aparezca rodeado de una serie de garantías; de entre ellas debe destacarse la intervención y control de la autoridad judicial, ya se establezca de manera previa, como requisito para ejecutar la operación policial (como sucede en España, Francia, Portugal, Alemania o Dinamarca), ya sea sólo a posteriori (situación de Italia y de los otros Ordenamientos en supuestos de urgencia). De hecho, esta preocupación por el control judicial de la medida es común a aquellos Ordenamientos en que la infiltración se regula a título directo y a aquellos otros en que la regulación era indirecta. Por el contrario, cuando el régimen jurídico es únicamente el derivado de la jurisprudencia el nivel de presencia judicial en este tipo de operaciones es mucho menor -o inexistente, con las consiguientes consecuencias desfavorables sobre la esfera personal de los ciudadanos afectados.

5. 3. También parece consustancial a la infiltración policial, al menos cuando existe norma expresa que la regula, su vinculación con la investigación de ciertas clases concretas de delitos; es decir, no se la reconoce como técnica a la que se pueda recurrir para la investigación de cualquier conducta delictiva, sino que aparece confinada a determinados sectores.

El denominador común para la determinación de ese ámbito susceptible de ser investigado a través de este método es el de la delincuencia organizada: en algunos ordenamientos, entendida ésta de una manera muy amplia o difusa (caso de Alemania); en otros, de forma más restringida, al anudarse la forma organizada de la comisión delictiva con determinados tipos delictivos concretos (como sucede en España y, en menor escala, en Italia y Portugal); en cualquier caso, es el sector del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes el que de manera constante se vincula con la infiltración policial (que es, de hecho, el único ámbito para el que está prevista en determinados Ordenamientos, como el francés y el suizo).

Cuando no hay regulación legal se corre el riesgo de utilizar esta técnica de manera generalizada, para investigar cualquier tipo de delitos (lo que puede resultar, en algunos supuestos, desproporcionado y, por tanto, inadmisibles al menos desde un punto de vista conceptual).

5. 4. Precisamente esa vinculación con la represión del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes hace que los supuestos más frecuentemente enjuiciados por la jurisprudencia sean aquéllos en los que los agentes de Policía se presentan como compradores o revendedores aparentes de droga, con la finalidad de comprobar la tenencia predispuesta al tráfico de quien se aviene a suministrarla. Se trata de operaciones de corta duración, en las que si bien es cierto que la Policía oculta su condición de tal y se introduce de forma subrepticia en el entorno delictivo, no resulta del todo preciso hablar de infiltración en sentido propio, como tendremos ocasión de comprobar más adelante. En cualquier caso, debe tenerse presente que el enjuiciamiento de este tipo de supuestos constituye la premisa sobre la que se ha forjado a menudo la regulación jurisprudencial de todo el fenómeno de la infiltración, entendida ésta en sentido amplio (así ha sucedido en Suiza, Países Bajos, Bélgica y, hasta la entrada en vigor del art. 282-bis LECrim, en nuestro país), y constituye igualmente la tabla de muestras más habitual de la aplicación por parte de los tribunales de las regulaciones legales sobre la cuestión (como ha sucedido en Alemania, Italia o Francia).

Por otra parte, si el encuadre de este tipo de operaciones bajo la cobertura de las regulaciones expresas de la infiltración policial resulta dudoso (en especial, de la alemana y de la española), debe reconocerse sin embargo que tienen perfecta cabida en aquellas previsiones legales indirectas, en las que lo que se regula a título principal es la exoneración de responsabilidad penal del agente policial que participa en el tráfico ilícito (supuesto francés, italiano - en el que la infiltración «regulada» por el art. 97 del Decreto 309/1990 ha sido bautizada por doctrina y jurisprudencia como *acquisto simdato di droga*-, portugués y suizo).

**5. 5.** Precisamente esa vinculación, al menos en cuanto a su tratamiento por la jurisprudencia, de la infiltración policial con las operaciones de compra o venta simulada de drogas ha hecho que esta cuestión aparezca, a su vez, en estrecha conexión con el problema de la provocación policial y de la actuación de agentes provocadores: y es que ese tipo de actuaciones de corta duración en el ámbito del tráfico ilícito de estupefacientes es campo abonado para la provocación policial del delito -rectiars, para la alegación por parte del acusado de la existencia de una previa provocación del agente policial que ocultaba su condición de tal-.

Se trata, como puede fácilmente adivinarse, de un problema que presenta vertientes tanto penales (por cuanto afecta a la punibilidad del agente provocador y del acusado provocado) como procesales (en lo que se refiere a la licitud de la prueba obtenida mediante la provocación). Sea como fuere, se ha de reconocer que la vinculación - conceptual y práctica- entre infiltración y provocación policial resulta ineludible, desde el momento en que la provocación al delito, en algunas ocasiones, constituye en puridad la consecuencia de una degeneración de la infiltración policial (especialmente cuando, por razones no siempre asumibles, se busca a toda costa alcanzar un resultado «tangible» de la operación).

**5. 6.** Por otra parte, y aunque el objeto de nuestro estudio lo constituye la infiltración policial, se puede comprobar cómo en varios Ordenamientos se produce una equiparación de ésta con la infiltración no policial que tiene lugar en aquellos supuestos en que la intervención del particular infiltrado está sujeta directamente al control e instrucciones de la Policía (esto es lo que sucede en Portugal, y también en la infiltración con fines preventivos regulada en determinados Länder de Alemania).

En aquellos Estados en que se carece de una regulación normativa expresa la falta de distinción entre una y otra es apreciable en la jurisprudencia (así lo hemos comprobado respecto de Inglaterra; y también sucedía en España antes de la entrada en vigor del art. 282-bis LECrim).

**5. 7.** Como regla, la infiltración se admite de forma expresa -ya sea por la ley o por la jurisprudencia- cuando tiene como objetivo la investigación procesal penal, es decir, la averiguación de delitos y delinquentes, y la obtención de pruebas que poder utilizar en el juicio oral de un proceso penal. Se trata, por tanto, de una medida al servicio de la represión del delito, entendiendo este último término, despojado de posibles connotaciones peyorativas, como ejercicio del ius puniendi al servicio de la Política criminal. No obstante -y aunque como regla no se prevea esa función en las regulaciones que la contemplan- también debe reconocerse su utilidad con fines preventivos, es decir, para detectar actividades que podrían degenerar en conductas delictivas y evitarlas mediante las labores policiales oportunas (de hecho, y como hemos podido comprobar, hay ciertos Ordenamientos que también la regulan, como Alemania, Austria o Portugal -aunque indirectamente-).

## IV. EL ARREPENTIDO Y EL TESTIGO PROTEGIDO.

### 1. El arrepentido.

#### 1.1. Consideraciones generales.

Junto a las atenuantes genéricas de confesión del delito y reparación del daño ocasionado a la víctima o disminución de sus efectos, previstas en los números 4 y 5 del art. 21 del Código Penal de 1995, los arts. 376 y 579 de ese mismo texto legal recogen dos atenuantes cualificadas y específicas para delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes y para los delitos de terrorismo.

Se pretende compensar la conducta del autor que con posterioridad al hecho realiza actos o proporciona informaciones que demuestran un reconocimiento de la vigencia de la norma infringida por el delito y que como ya anunciara Antón ONECA con relación a la atenuante genérica puede encontrarse su fundamento en que implica una compensación de la culpabilidad propia del delito cometido como otros autores encuentran su justificación en razones de política criminal.

La figura del arrepentido que es objeto de nuestra atención se contrae, sustancialmente, a los supuestos específicos que se acaban de mencionar.

No se exige un elemento subjetivo o actitud altruista de arrepentimiento, es suficiente que realice una aportación objetiva, seria y eficaz, en los términos legalmente establecidos, para facilitar la persecución de tan graves manifestaciones de criminalidad. En los delitos de tráfico de drogas (376) y terrorismo (579), los Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones o grupos a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

Estos preceptos recogen, pues, los condicionamientos que deben concurrir para alcanzar esta atenuación extraordinaria de pena y su ausencia total o parcial no excluye la posibilidad de apreciar las atenuantes genéricas previstas en el art. 21.

Ello no es obstáculo para que informaciones confidenciales puedan servir como línea de investigación policial, pero nunca como prueba si no se aporta al proceso el testimonio del confidente, ya que de otro modo se vulneraría el derecho a un justo proceso.

## 1.2. Cuestiones examinadas por la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la figura del arrepentido

En la Sentencia de 25 de septiembre de 2000 se manifiesta sobre las características de la figura del arrepentido, declarando que el precepto contenido en el art. 376 del Código Penal, tiene como primera característica la de que su aplicación queda al libre arbitrio de Jueces y Tribunales en cuanto en él se emplea la palabra "podrán", sin perjuicio de que cuando lo acepten -o lo rechacen- han de motivarlo debidamente en la Sentencia. Aparte de ello, de su interpretación lógica se infiere que para degradar en uno o dos grados la pena que corresponde al delito, se requieren tres requisitos o tipos de actividades que debe realizar el imputado y que tienen un carácter conjunto, es decir, es necesario que se produzcan todas ellas ya que la norma está redactada de forma copulativa y no disyuntiva cuando se emplea la conjunción "Y", y tales son: abandonar voluntariamente las actividades delictivas, presentarse a las Autoridades confesando los hechos y colaborar activamente con éstas. Aunque, eso sí, las finalidades que pueden pretenderse con esa actitud colaboradora pueden ser diferentes y no es necesario que se conjuguen todas bastando sólo una de ellas, que se describen de este modo: impedir la producción del delito, obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Bastantes sentencias se han preocupado de destacar las dificultades de credibilidad que ofrecen las declaraciones de los coimputados, especialmente cuando se trata de arrepentidos que están guiados por el deseo de alcanzar una importante reducción de pena. Así en la sentencia de 14 de febrero de 1995 dice que el estudio de las figuras del arrepentido y confidente tienen una directa relación con la validez de las manifestaciones de los coimputados. La figura del arrepentido en el contexto de lo que ha sido denominado "prueba cómplice", supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia. Desde el momento en que actúa como tal se convierte en un informador que genera una serie de problemas ajenos muchas veces al puro proceso o a la prueba en sí. Este informador debe ser tratado como un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba, y como un confidente, que aporta datos fundamentales, a partir del momento en que empieza a actuar

en función de ese arrepentimiento.

La desconfianza hacia el confidente es evidente. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 septiembre 1978 admitió su legitimidad como prueba, aunque después, con mayor matización, las SS del mismo Tribunal 27 septiembre 1990 y 20 noviembre 1989 únicamente validaron las informaciones confidenciales con el carácter de indicios para proceder a su través como medios de investigación. La STS 28 febrero 1991 manifiesta directamente esa desconfianza por el uso de los confidentes de que antes se ha hecho mención.

En cualquier caso es en el plenario en donde la prueba testifical habrá de culminar con objeto de que los jueces valoren en su exacta medida las manifestaciones del confidente infiltrado como testigo especialmente cualificado. El Tribunal valorará todas las circunstancias concurrentes antes de otorgar su credibilidad. Las condiciones o razones que promovieron esa especial intervención como infiltrado formarán parte pues del juicio de valor asumido finalmente por los jueces.

En la STC 115/1998, de 1 de junio, se aborda la eficacia probatoria de la declaración incriminatoria de un coimputado y expresa que "resulta crucial la jurisprudencia sentada en la STC 153/1997, recientemente reiterada por la STC 49/1998, que recoge y complementa la doctrina de este Tribunal referente a la relación de la valoración del testimonio del coimputado con el derecho a la presunción de inocencia". Sus aspectos esenciales se recogen en el siguiente fragmento: "Cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado es preciso recordar la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (STC 129/1996; en sentido similar STC 197/1995), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (SSTC 29/1995, 197/1995; véase además STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke A, 256-A). Es por ello por lo que la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente". Así pues, a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones

del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente lógica o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia.

## 2. Protección de testigos.

La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, señala en su Exposición de Motivos que la experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias. Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos. Ante esta situación, el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia. De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables. Es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares. El sistema implantado confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del Derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

El propósito protector al que responde la Ley no es, por lo demás, exclusivo de nuestro país. De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha entendido ser imperiosa e indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de

Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia.

El contenido de la Ley es breve. Junto a su ámbito de aplicación, regulado en el art. 1, y las medidas protectoras y garantías del justiciable recogidos en los arts. 2 y 3, contiene el art. 4 y último una serie de medidas complementarias de protección que habrán de aplicar, cada uno en su esfera, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial.

### **2.1. Ámbito de aplicación.**

Las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales.

Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

### **2.2. Medidas protectoras y garantías del justiciable.**

Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

A) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

B) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

C) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

a. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados.

b. A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el art. 1.2 de esta Ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

### **2.3. Medidas complementarias.**

A. Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

B. Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.

C. Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos

en esta Ley.

En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el art. 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos.

En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.

D. De igual forma, las partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación.

E. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.

#### **2.4. Jurisprudencia sobre testigos protegidos.**

Se ha declarado la nulidad del juicio oral, con retroacción de actuaciones para la celebración del mismo de nuevo con Tribunal formado por diferentes Magistrados, en el caso de incumplimiento del deber de dictar una resolución motivada cuando se adoptan las medidas protectoras de testigos o peritos a que se refiere el art. 4 de la Ley

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 1165/2000, de 29 de octubre examina la omisión de la resolución motivada a la que se refiere el art. 4 y así tras recordar que el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento previstas en la Ley, siempre que efectivamente se haya producido indefensión, añade que en el presente caso se ha omitido lo dispuesto en el art. 4.º.1 de la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1994, ya que el órgano judicial competente no ha dictado la resolución motivada en él prevista,

ponderando elementos tan importantes como son los derechos fundamentales en conflicto y ello indudablemente ha originado indefensión al acusado que no sólo no ha conocido las razones por las que se limitaba el derecho a un proceso público, sino tampoco ha tenido la posibilidad de interponer el recurso de súplica previsto en el apartado 2 del citado artículo. Ello obliga, como se dice en la sentencia de 24 de marzo de 2000, a retrotraer las actuaciones al momento en que se produce la radical anomalía consistente en la ausencia del acuerdo jurisdiccional colegiado previsto en el mencionado art. 4.º de la LO 19/1994. Lo que supone la devolución de las actuaciones para que, repuestas al momento inmediatamente posterior a la conclusión de la fase instructora, se acuerden por la Audiencia Provincial, motivadamente y con posibilidad de recurso, las medidas de protección de testigos procedentes. Esta postura es la adoptada por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala el 6 de octubre de 2000, en el que se tomó el siguiente acuerdo:

A) Para adoptar la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado, a que hace referencia el apartado b) del art. 2.º de la Ley Orgánica 19/1994 de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales, es necesario que el Tribunal motive razonablemente su decisión. Y ello tanto vengan dispuestas medidas protectoras adoptadas ya en la instrucción (art. 4.º), como si tal medida se acuerda en el momento de la celebración del juicio oral.

B) En este segundo caso, tal motivación es bastante con que se refleje en el propio acta del juicio oral, con la amplitud que requiera la situación de peligro, dejando expuesto también lo que las partes consideren en relación con tal restricción a la publicidad del debate, así como el acatamiento o respetuosa protesta a la decisión adoptada por el Tribunal.

C) La consecuencia de la inexistencia o insuficiencia de tal motivación puede ser controlada casacionalmente originando la nulidad del juicio oral con retroacción de actuaciones, para la celebración del mismo de nuevo con Tribunal formado por diferentes Magistrados».

Por tanto, aunque la protección de los testigos hubiere surgido en el acto de la vista por vez primera, hubiese sido preciso que en el acta se recogiera lo manifestado por la partes sobre la restricción a la publicidad del debate y la motivación del acuerdo adoptado; lo que no se hizo en el presente caso.

Otras sentencias destacan la necesidad de que las declaraciones de testigos protegidos sean prestadas en el acto del juicio oral

para poder ser valoradas como pruebas. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo 1752/1999, de 14 de diciembre, se dice que el principio de contradicción no se debe identificar, como ha hecho la Audiencia, con el derecho a interrogar a los testigos. Por el contrario, la contradicción sólo puede ser efectiva en la medida en la que es posible confrontar las declaraciones testificales con las de otros testigos que tuvieron o pudieron tener conocimiento de los hechos o con otros elementos de prueba. En el presente caso era necesario que el Tribunal a quo hubiera escuchado al testigo protegido, dado que, de acuerdo con el art. 4.5 LO 19/94 de Protección de Peritos y Testigos, las declaraciones de aquéllos sólo podrán tener valor de prueba, a efectos de la sentencia, si son ratificadas en el juicio oral por quien las prestó. En suma se ha vulnerado el principio de contradicción (art. 24 CE), así como el art. 6.3 d) CEDH y consecuentemente el recurrente ha sido condenado en un juicio en el que no ha contado con todas las garantías.

En la sentencia del Tribunal Supremo 1230/1999, de 19 de julio, se rechaza la nulidad cuando fue la parte, con su inactividad, la que provocó que no se desvelase la identidad de los testigos protegidos ya que requiere solicitud motivada. Declara dicha sentencia que la LO 19/94 tiene como finalidad establecer unos mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen a juicio para colaborar con la administración de justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio pueda ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal, permitiendo a la Autoridad judicial mantener en el anonimato a aquellos testigos con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios evitando la adulteración de los mismos como consecuencia de intimidaciones provenientes de los acusados. No obstante lo cual, esta protección viene limitada por la Ley hasta el Juicio Oral, pues entonces habrá de ser desvelada la identidad del testigo protegido para garantizar el derecho de defensa del acusado, pues "si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga [del acusado] o indigna de crédito..." (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de diciembre de 1990 en el "caso Delta"). Así lo reconoce también la doctrina de esta Sala, pudiendo citar al respecto entre otras, la STS de 16 de marzo de 1998 donde se señala que "la protección del testigo que dispone para ciertos casos la LO 19/94 no afecta en modo alguno a los derechos procesales del acusado que emanan del art. 24 CE y del art. 6.3 a) del CEDH, tal y como establece el art. 2 de la mencionada Ley Orgánica 19/94". En el supuesto que nos ocupa esta limitación legal fue escrupulosamente cumplimentada según admite el propio recurrente

al reconocer que la identidad de los testigos fue desvelada "instantes antes a la celebración de la Vista Pública", de modo que no puede aceptarse la irregularidad denunciada por el recurrente cuando el Tribunal de instancia aplicó la norma en los propios términos establecidos en la misma. Pero es que, además, la indefensión que aduce el motivo no puede tener acogida de ninguna de las maneras si tenemos en cuenta que el supuesto menoscabo que para la defensa del acusado hubiera significado el desconocimiento de la identidad de los testigos de cargo antes del comienzo de las sesiones del Juicio Oral, única y exclusivamente sería imputable al mismo Letrado defensor por su pasividad e inactividad y, en modo alguno al órgano judicial. La Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos prevé en su art. 4.3 que "si cualquiera de las partes solicitara motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado procedente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, deberá facilitar el nombre y apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en la presente Ley". A diferencia de otro Letrado defensor de un coacusado, que acogido a este derecho solicitó y obtuvo del Tribunal la identidad verdadera de los testigos protegidos, el recurrente se abstuvo de tal diligencia, con la que pudiera haber tenido el mismo conocimiento que su colega con tiempo suficiente para usar de los datos desvelados como hubiera tenido por conveniente. Pero el hecho cierto es que permaneció inactivo a este respecto y, en consecuencia, no cabe invocar ahora la vulneración del Derecho de defensa por una dejación sólo achacable a quien extemporánea (en el Juicio Oral no hizo la más mínima mención crítica a esta cuestión) e infundadamente formula ahora un reproche carente de sentido.

Son varias las sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de la limitación a la visibilidad de testigos usándose biombo u otros procedimientos.

Así, en la Sentencia 343/1999, de 9 de marzo, se dice que la única limitación a la visibilidad de los declarantes consistió en la colocación de un biombo que impidió que el público y los acusados viesan directamente a los testigos, sin embargo la defensa letrada de los acusados sí podía verlos y además su identidad completa consta en el acta del juicio oral como puede comprobarse por su lectura. En resumen, la resolución fue perfectamente motivada y se mantuvo la posibilidad de contradicción y de impugnación por la vía de recurso. Por lo tanto, desde el punto de vista formal, la decisión esta perfectamente ajustada a derecho. Nos encontramos ante un procedimiento seguido por

hechos estrechamente relacionados con acciones terroristas por lo que cualquier medida encaminada a evitar que puedan ser vistos directamente por los acusados no puede considerarse como desproporcionada. Ahora bien, la decisión adoptada debe velar por el mantenimiento de los principios esenciales del proceso penal y en este caso concreto por los que rigen el funcionamiento del juicio oral que son fundamentalmente los de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación. Repasando uno por uno, podemos concluir que el principio de publicidad ha sido absolutamente respetado en cuanto que todas las diligencias probatorias se practicaron en audiencia pública, sin que se hubiese acordado en ningún momento la expulsión del público presente y la continuación del juicio a puerta cerrada. En lo que se refiere a la inmediación, es evidente que los testigos pudieron ser vistos en todo momento por el órgano juzgador que pudo así observar la firmeza de sus manifestaciones, la serenidad o crispación de sus gestos y los impulsos emotivos que pudieran haber surgido en el curso del interrogatorio. La oralidad también ha sido respetada, porque no hay duda que las preguntas se formularon oralmente y fueron contestadas de viva voz por los testigos constando en el acta el contenido de sus manifestaciones. En cuanto a la contradicción, es evidente que esta se manifiesta de manera más viva y directa cuando los testigos comparecen sin barreras de protección y son asequibles a la visión directa de los acusados, de los letrados de las partes y del Ministerio Fiscal, pero no por ello desaparece cuando se adoptan medidas de protección de su imagen colocando un biombo que impide que sean vistos por los acusados. El interrogatorio cruzado, que constituye la esencia del debate entre las partes a lo largo del juicio oral, se ha respetado en su integridad ya que el letrado de la defensa pudo dirigir a los testigos cuantas preguntas estimó pertinentes. Si concurrían motivos de enemistad en relación con los funcionarios que le detuvieron, pudo manifestarlo así a su letrado para que éste, a la vista de la verdadera personalidad de los comparecientes que constaba en el acta hubiese formulado en el acto cualquier tacha de las prevenidas en la ley. Por último y en lo respecta al posible falseamiento de la personalidad, ésta es una cuestión que habría que denunciar en el momento procesal oportuno para que la Sala sentenciadora pudiera abrir un debate sobre esta cuestión y proceder en consecuencia.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 1473/1997, de 28 de noviembre, se dice que de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales la única medida que se adoptó es la recogida en el art. 2 b) de dicha normativa: "Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación

visual normal". En definitiva, que no fuera vista por los acusados, no sólo los ahora recurrentes, sino los otros tres condenados como autores materiales de la muerte de su esposo, y asimismo por el público, en el que estaban muchos parientes y amigos de éstos. Ahora bien, era vista perfectamente por los letrados de las defensas, que la interrogaron y conocieron, al igual que los acusados, su nombre, apellidos y demás circunstancias, entre ellas su vinculación con la víctima por ser su viuda. Con lo cual queda claro que tuvieron conocimiento de todos los datos del art. 436 de la Ley procesal penal y conociendo su vinculación y relación con los hechos de la causa, pudieron elegir sus preguntas y dirigir su interrogatorio para desacreditar los hechos alegados en la acusación y desvirtuar así su testimonio. Pretender que se ha producido indefensión porque los acusados y el público no han podido verla, pero sí los abogados de las defensas, no puede sostenerse con seriedad, ni siquiera por mor de defensa.

Y en la Sentencia 913/97, de 24 de junio, se expresa que uno de los testigos declaró en el juicio oral detrás de un biombo que fue colocado para que no pudiera ser visto por los acusados. Las defensas protestaron antes de que tal declaración se practicara, la Sala deliberó y acordó que la declaración se realizara en la forma antes expuesta razonándolo en el propio acta del juicio. El testigo manifestó que reconocía a uno de los acusados, Lourdes, a quien pudo ver por una rendija del mencionado biombo, como quien le había vendido la droga. Esta es quien ahora recurre aduciendo haberse violado su derecho a un proceso con todas las garantías.

283 Hemos de rechazar este recurso por las razones siguientes:

a. En cuanto a que no se dictó auto por la Sala de instancia, cuestión planteada ya en el acto del juicio, consideramos correcto el que una incidencia que se produjo en el transcurso del juicio oral fuera resuelta verbalmente en el mismo acto expresándose de este modo las razones en que la Sala se fundó, que se hicieron constar en el acta correspondiente, sin necesidad de dictar resolución escrita que habría retrasado el desarrollo del plenario, sin que ello supusiera mayor garantía para nadie.

b. Aunque tal forma de prestar declaración constituye una limitación del principio de publicidad que, como regla general, rige el acto del juicio oral, lo hace en forma tal que sólo le afecta de un modo que hemos de considerar mínimo, al permitir que el testigo pudiera ser oído por los acusados y visto y oído por las demás personas que se encontraban en la Sala.

c. Entendemos que la Audiencia utilizó de modo correcto las facultades que al respecto le reconoce la LO 19/94, de 3 de diciembre, sobre Protección de Testigos y Peritos, que en su art. 4.1 confiere atribuciones al órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos, no sólo para resolver sobre las medidas acordadas en esta materia por el Juez de Instrucción, sino también respecto de la adopción de otras nuevas, "previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los Derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes...". Así lo hizo la Sala de instancia en el caso presente, en el que un determinado testigo manifestó su deseo de declarar sin que fuera visto por los acusados, por miedo a represalias de éstos, puesto que iba a identificar como vendedora de la droga a una persona que allí se encontraba presente en tal condición, concretamente a la señora que ahora formula el recurso que estamos examinando. Ante el temor a tales represalias, temor real por la forma en que pueden actuar personas que, sin escrúpulo alguno, se dedican a este comercio ilegal tan dañino para la salud de los consumidores, la mínima lesión que se produjo al principio de publicidad nos obliga a considerar justificada la colocación del mencionado biombo en la forma en que se hizo.

d. Por otro lado la circunstancia de que al reflejarse en el acta lo ocurrido en este incidente, sin hacer constar expresamente en el mismo que podía existir el "peligro grave" para la persona, libertad o bienes del testigo o de su cónyuge o parientes, que exige el art. 1.2 de la citada LO 19/1994, no puede servir para considerar lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE, como pretende el recurrente. De las circunstancias del caso se infiere claramente cuál fue el motivo de la medida de precaución adoptada: el mencionado temor a represalias por una declaración que iba a implicar a una persona en concreto, que allí se encontraba presente, en el delito de tráfico de drogas por el que era acusada.

e. Además, tal forma de declarar, habiéndose hecho a la vista de quienes tenían que formular las correspondientes preguntas, los Letrados de las partes y el representante del Ministerio Fiscal, así como de la Sala que presidía el acto e, incluso, del público que allí estaría presente, no ha producido indefensión alguna a la parte que ahora recurre, ni a ninguna otra. Ni siquiera ha sido capaz de exponer en el escrito de recurso en qué extremo concreto resultaron perjudicadas sus posibilidades de defensa por el hecho de que los acusados no pudieran ver al testigo mientras éste declaraba.

Varias sentencias hacen hincapié en que la aplicación de la

C  
O  
U  
S  
e  
L  
O  
N  
B  
C  
I  
O  
U  
B  
L  
P  
e  
L  
B  
L  
P  
L  
C  
P  
L  
C  
B  
L  
P  
L  
B

LO 19/1994 de protección de testigos no debe afectar a los derechos procesales del acusado. Así en la Sentencia 360/1998, de 16 de marzo, se dice que la protección del testigo que dispone para ciertos casos la LO 19/94 no afecta en modo alguno a los derechos procesales del acusado que emanan del art. 24.2 CE y del art. 6.3 d) CEDH, tal como lo establece el art. 2.º de la mencionada LO 19/1994.

En algún caso se ha cuestionado por las defensas la aplicación de la Ley de protección de testigos a funcionarios policiales y el Tribunal Supremo ha rechazado tal oposición. Así en la Sentencia 258/1998, de 28 de febrero se declara que la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre no establece obstáculos para que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado puedan ser objeto de la protección que regula el citado texto. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1997 (caso Van Mechelen y otros contra los Países Bajos) hace referencia a la posible incidencia del anonimato de los testigos, cuando éstos pertenecen a la Policía del Estado, que tienen un deber general de obediencia hacia las autoridades del ejecutivo y en algunos casos hacia el Ministerio Público, pero ello no es obstáculo para que pueda testimoniar en audiencia pública. El Tribunal Europeo reconoce que, sin perjuicio de los derechos de defensa, puede ser legítimo preservar el anonimato de un agente de policía, dedicado a actividades secretas, con el fin de proteger su seguridad y la de su familia. Ahora bien, con carácter general, la resolución citada sostiene que, teniendo en cuenta el lugar eminente que ocupa el derecho a una buena administración de justicia en una sociedad democrática, toda medida que restrinja los derechos de la defensa, debe ser absolutamente necesaria y es perfectamente asumible que los jueces que intervinieron en el presente caso, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, estimasen que era necesario el anonimato de los agentes para preservar su identidad. Por último hay que señalar que la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que modifica Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos familiares, ha reformado los arts. 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para facilitar que testigos menores de edad puedan emitir su testimonio evitando la confrontación visual con el acusado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.

Como dice su Exposición de Motivos, se ha procurado introducir un aspecto altamente novedoso de carácter procesal que puede redundar en una considerable minoración de las consecuencias que sobre la propia víctima o sobre los testigos menores de edad puede tener el desarrollo del proceso. En este sentido, se introduce

la cobertura legal necesaria para que no se produzca confrontación visual entre aquéllos y el procesado; la forma de llevarse a cabo podrá consistir en la utilización de medios audiovisuales. Por congruencia con este principio, la práctica de careos cuando los testigos sean menores de edad, pasa a tener carácter excepcional.

Tratamiento procesal de la delincuencia organizada.

a  
r  
u  
t  
e  
c  
i  
d  
u  
J  
a  
l  
e  
d  
a  
n  
o  
i  
o  
N  
a  
c  
i  
o  
s  
e  
j  
o  
o  
C

## V. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE COOPERACION JUDICIAL EN MATERIA PENAL

### 1. Evolución histórica

Dentro de los textos internacionales que regulan en general de la cooperación judicial en materia penal, podemos acudir a los siguientes criterios de clasificación: multilaterales y bilaterales de una parte, y generales de asistencia judicial y los específicos de cooperación jurídica en distintas materias (extradición, traslado de personas condenadas, transmisión de procedimientos...). Sin embargo, lo cierto es que no existe un término comúnmente aceptado para referirse a la "colaboración" internacional en esta área, y es que son diversos los términos empleados: cooperación jurídica, cooperación judicial, auxilio judicial, asistencia judicial; tampoco encontramos una denominación pacífica para aludir al acto o documento de transmisión de la "colaboración": comisión rogatoria, carta rogatoria, exhorto internacional, solicitud de cooperación judicial, solicitud de asistencia judicial.

Particularmente podemos aceptar que el auxilio o asistencia judicial se refiere a la cooperación judicial donde existen mayores dosis asistenciales por parte del sistema judicial (jueces y fiscales, principalmente), en tanto que la cooperación jurídica comprendería una versión más amplia del auxilio mutuo entre autoridades que abarcaría también la colaboración con mayor orden de intervención gubernativa como es el caso de la extradición clásica, el traslado de condenados, transmisión de procedimientos..., etc. Dicho de otra manera, este último concepto supone una faceta más presencial del Poder Ejecutivo en el proceso de remisión y cumplimiento de lo pedido, en tanto que el segundo representa un versión más "judicializada" de la cooperación. De esta misma manera, la "comisión rogatoria" vendría asociada a una mayor intervención de las autoridades centrales, frente a la nomenclatura "solicitud de asistencia judicial" que podría ir unida a una mayor presencia de un régimen de comunicación directa entre las autoridades judiciales responsables.

Fijado lo anterior, dos son los instrumentos europeos vigentes que de forma general -y no en específicas materias- abordan las solicitudes de asistencia en materia penal:

- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 (Convenio AJMP 1959)
- Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 de supresión gradual de controles

en las fronteras comunes (Convenio de aplicación de Schengen en lo sucesivo).

### 1.1. Convenio AJMP 1959

En lo que se refiere a las fuentes formales en el Consejo de Europa, la técnica más específicamente jurídica se presenta a través de "Convenios" y "Acuerdos" internacionales. El Convenio AJMP 1959 desde el punto de vista cronológico es el segundo gran Tratado del Consejo de Europa y es, además, el indiscutible instrumento internacional que sirve de base jurídica más usual a los operadores judiciales a la hora de librar sus solicitudes de cooperación jurídica internacional.

Es de reseñar la vigencia e importancia que mantiene el Convenio 1959, sobre todo el principio general pro asistencia que se contiene -dentro de las disposiciones generales- en su art. 1, y que bien puede servir para extender su ámbito de aplicación a la mayor parte de los supuestos asistenciales que se presentan en el día a día a los órganos judiciales españoles:

A. Las Partes Contratantes se comprometen a prestarse mutuamente... la asistencia judicial más amplia posible en los procedimientos relativos a infracciones procesales cuya represión... sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente.

Este Convenio ha representado y supone aún hoy día un texto básico de referencia en materia de cooperación penal para cuestiones tan relevantes como: el envío y cumplimentación de comisiones rogatorias (arts. 3 a 6); el envío y cumplimentación de solicitudes de notificación de documentos procesales y resoluciones judiciales (art. 7); comparecencia de testigos y peritos (arts. 8 a 10); comparecencia de detenidos (arts. 11 y 12); comunicación de antecedentes penales (art 13); intercambio de información sobre condenas judiciales (art. 22); denuncias a efectos procesales (art. 21).

En este marco, el Convenio AJMP 1959 estableció un procedimiento de asistencia judicial que mantiene, en relación a textos posteriores en la materia, tres señas de identidad:

a) conceptualmente, distingue en materia de auxilio judicial, entre "comisiones rogatorias" y otras "solicitudes de asistencia", presentando unas y otras distinto régimen procedimental;

b) en orden operativo, no acoge de forma general la comunicación directa entre autoridades judiciales: el procedimiento de las comisiones rogatorias descansa fundamentalmente sobre el sistema de autoridades centrales que representa el régimen general, salvo supuestos de urgencia en que se permite la comunicación directa entre autoridades judiciales;

c) en el orden procesal, regula la cumplimentación de la asistencia sobre el principio locus regit actum, es decir, es la ley del Estado requerido la que se aplica al tiempo de la ejecución de la solicitud de auxilio judicial internacional. No obstante, el Convenio AJMP 1959 apunta tímidamente hacia una aceptación de procedimientos de origen en lo que se refiere a la declaración bajo juramento de testigos o peritos.

De acuerdo con estas señas de identidad, y desde el punto de vista activo, el régimen prototípico de una solicitud nacional de asistencia conforme al Convenio AJMP 1959, atendería a las siguientes requisitos:

- \* Forma: escrita.
- \* Lengua: traducción incorporada .
- \* Contenido solicitud :
  - i. autoridad que formula la solicitud;
  - ii. objeto y motivo de la solicitud;
  - iii. identidad y nacionalidad del sujeto procesal afectado (en la medida de lo posible);
  - iv. nombre y dirección del destinatario (cuando proceda, v.gr. en los actos de comunicación procesal);
  - v. inculpación (en las comisiones rogatorias);
  - vi. resumen de los hechos que motivan la solicitud (en las comisiones rogatorias).
- d. Procedimiento de cumplimentación: la legislación procesal del Estado receptor.
- e. Transmisión de la solicitud: el régimen general es, como hemos visto salvo supuestos de urgencia, el del envío a través de Autoridades Centrales .

En relación con este último apartado de remisión interpuesta vía ministerial, y en la medida que la temática incide en la práctica diaria de los órganos judiciales, debemos destacar que las posibilidades de remisión directa son mucho más amplias del uso que se viene haciendo, al menos por parte de los jueces y fiscales españoles. En efecto, el Convenio AJMP reserva el régimen de autoridades

C  
O  
U  
S  
E  
L  
O  
N  
B  
C  
L  
O  
U  
B  
L  
D  
E  
T  
B  
L  
C  
B  
F  
L  
B  
P

centrales para las comisiones rogatorias a fin de realizar actuaciones de instrucción, registro o embargo de bienes (arts. 3 y 5).

En cambio, es posible la comunicación directa entre autoridades judiciales para el resto de las solicitudes de asistencia judicial objeto del Convenio 1959 fuera del concepto "comisión rogatoria", en este grupo se engloban tanto los actos de comunicación procesal como las diligencias sumariales de investigación previas al auto de procesamiento o de apertura del juicio oral, concretadas en la nomenclatura del Convenio 1959 de la siguiente forma:

- Notificación de documentos procesales.
- Notificación de resoluciones judiciales en general.
- Comparecencias de testigos.
- Comparecencias de peritos.
- Comparecencias de sujetos pasivos del proceso: "acusados" y "procesados" en terminología del Título III del Convenio.
- Cualesquiera otras peticiones de "investigación preliminares al procesamiento".

De otra parte, el régimen de las solicitudes de asistencia al amparo del texto de 1959 se debe completar con las posibilidades de denegación general y condicionamiento de determinadas peticiones:

a. Conforme al art. 2 la asistencia judicial podrá denegarse por razones intrínsecas o extrínsecas a la solicitud:

- \* Tratarse de infracciones consideradas en el país receptor como de carácter político (o relacionadas), o de orden fiscal ,
- \* Eventual perjuicio que la ejecución podría causar en el país requerido a la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales.

b. Conforme al art. 5, apartado 1, será posible el sometimiento de la comisión que se dirija a la entrada y registro o embargo de bienes a una o varias de las condiciones siguientes:

- \* Doble incriminación del hecho que la motive,
- \* Tratarse de una infracción que dé lugar a extradición en el país requerido,
- \* Ejecución compatible con la ley del país receptor.

Finalmente, en esta área temática, el texto del Convenio AJMP 1959 se deberá integrar con las previsiones de su primer Protocolo Adicional de 17 de marzo de 1978 que mejora el régimen de las comisiones rogatorias de orden fiscal al tiempo que extiende su ámbito de aplicación.

## 1.2. Convenio de aplicación de Schengen.

Sobre la base del Convenio AJMP 1959, el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, sobre supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, trata de dar un paso más en la mejora del sistema de cooperación judicial penal. Así, centra el objetivo en "completar" el Convenio AJMP 1959 a fin de facilitar la aplicación del mismo. Con este propósito, se avanza en el régimen de las solicitudes en un triple sentido:

A. Comunicación directa: aunque mantiene la doble nomenclatura (comisión rogatoria y solicitudes de asistencia), para ambas se abre la puerta -sin necesidad de acudir al cláusula de urgencia- al intercambio directo entre autoridades judiciales, es decir, sin autoridad central interpuesta (art. 53, también derogado por Convenio UE de AJMP 2000); como hemos visto, en comisiones rogatorias del Convenio AJMP 1959 sólo se permite esta posibilidad de forma excepcional .

B. Eliminación de la solicitud de asistencia judicial en materia de notificaciones y actos de comunicación procesal: se extiende la comunicación directa permitiendo la relación no interpuesta entre órgano judicial requirente y sujeto procesal afectado por el acto de comunicación y residente en un Estado distinto del emisor. Este es el caso de la remisión directa por correo al destinatario, testigo o perito (art. 52, que ahora resultará derogado por Convenio UE de AJMP 2000). Además, para esa comunicación postal sólo resulta obligada la traducción de documentos procesales (al menos, los párrafos más importantes) cuando se conoce o deduce la incompreensión por parte del destinatario .

C. Reducción de condiciones para la concesión de comisiones rogatorias referentes a registro y embargo: se elimina el condicionante de tratarse de una infracción que dé lugar a extradición en el país requerido.

## 1.3. El nuevo régimen jurídico de las solicitudes de asistencia judicial en el ámbito de la UE

A) Consideraciones generales acerca del Convenio de 29 de mayo de 2000

El TUE, con Maastricht, inauguró las previsiones de la Unión Europea en materia de cooperación judicial, y reconociendo formalmente que el ámbito de la Justicia y los asuntos de Interior constituían una materia de interés común, creó una estructura legislativa especial para abordar las normas correspondientes dentro del denominado Tercer Pilar de la UE. El siguiente paso importante en la evolución de la normativa europea en asuntos de Justicia e Interior se produjo el 1 de mayo de 1999, fecha de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, comunitarizando en parte las adopciones legales en esta materia.

El decisivo impulso en esta área, como hemos visto, se produce a raíz de la cumbre extraordinaria de Tampere, donde los gobiernos asumieron firmes compromisos a fin de avanzar hacia la efectiva consecución del denominado Espacio Judicial Europeo. La decisión parece del todo congruente con el proceso de la UE. Considerando que la UE es mucho más que una entidad económica que integra un vasto mercado único de 375 millones de consumidores, hacían falta previsiones que reforzaran el estatus de ciudadano europeo y más aún, su derecho a vivir en un espacio de libertad y seguridad. Si hoy día las fronteras no representan barreras para las personas, mercancías, servicios, capitales y delincuentes, no hay razón para que sí existan de cara a las decisiones judiciales de los EEMM, se pretende, pues, una auténtica libertad de resoluciones y actos judiciales en un Espacio Judicial Europeo.

En el Tratado de la Unión vigente, la Justicia Penal pertenece a las materias que dependen de la cooperación de los EE.MM. y se regula en el TUE, cuyo art. 26 recoge la necesaria cooperación que ha de llevarse a cabo entre las autoridades judiciales a fin de luchar eficazmente contra la delincuencia. Las normas en esta materia pertenecen al Tercer Pilar y se integran por posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios. Precisamente a este último grupo de fuentes pertenece, de acuerdo con el art. 34 de TUE el Convenio UE de AJMP 2000.

Aunque el ritmo de ratificaciones se está revelando manifiestamente lento, la gran novedad que introduce el Convenio de AJMP 2000, es, al amparo del art. 27, la posibilidad de aplicación provisional o anticipada -con independencia del número de ratificaciones- entre los Estados que hagan una específica declaración de aplicación provisional.

## B) Objeto

El Convenio UE de AJMP 2000 no se concibe como una herramienta única a favor de la cooperación judicial penal. El texto parte de la existencia de convenios anteriores en materia de asistencia judicial que ya hemos referido y trata de completar y actualizar sus disposiciones al devenir institucional, político y técnico. En este sentido y de acuerdo con el Informe Explicativo del instrumento de cooperación, podemos identificar un triple objetivo del Convenio 2000:

- Optimizar el funcionamiento del auxilio judicial europeo, mejorando las disposiciones existentes en la materia de manera cualitativa y cuantitativa (arts. 3 al 9).

- Acompasar la actividad judicial transnacional a las destacadas evoluciones producidas en el plano político institucional: facilitación y desarrollo de las investigaciones transfronterizas ante la desaparición de los controles aduaneros. Esta desaparición de controles ha implicado un notable incremento en la circulación de personas, mercancías y capitales y exigía dotar a las autoridades judiciales y policiales de normas adecuadas para la lucha contra una delincuencia internacional que ha aprovechado plenamente esta libertad de circulación (arts. 12 al 16).

- Adaptar los instrumentos de cooperación judicial internacional a los recursos tecnológicos existentes (arts. 10, 11 y 17 a 22). Tal es el caso tanto de la posibilidad de envío de la solicitud por correo electrónico como de la cumplimentación del despacho internacional por videoconferencia o telefónicamente.

## C) Ámbito de aplicación

Tratando de complementar al Convenio AJMP 1959, el Convenio UE de AJMP 2000 no utiliza la expresión "comisión rogatoria", el concepto queda englobado en otra denominación mucho más amplia -solicitud de asistencia judicial- con la que trata de abarcar cualquiera tipo de auxilio judicial internacional. Dentro de esta denominación se abarcan todas las comisiones rogatorias y solicitudes de asistencia de textos anteriores al tiempo que incluye nuevas formas de auxilio judicial internacional no reguladas expresamente en textos anteriores:

- Intercambio espontáneo de información (art. 7).
- Restitución de objetos obtenidos por medio ilícito (art. 8).
- Traslado temporal de detenidos con fines de investigación (art. 9).

- Audición por videoconferencia (art. 10).
- Audición por conferencia telefónica (art. 11).
- Entregas vigiladas (art. 12).
- Equipos conjuntos de investigación (art. 13).
- Investigaciones encubiertas (art. 14).

#### D) Principios básicos

Es precisamente en el campo de los principios donde podemos empezar a aproximarnos al nuevo régimen de las solicitudes de asistencia del nuevo texto convencional. El Convenio UE de AJMP 2000 mantiene de forma general el principio pro asistencia que ya recogía el art. 1.1 del Convenio AJMP 1959 y contiene a su vez, una serie de señas de identidad que de manera convencional bien pueden agruparse dentro de los siguientes criterios:

##### a) Principio de complementariedad

Como ya hemos visto, el Convenio UE de AJMP 2000 no se concibe como un instrumento autónomo. La asistencia judicial entre los EE.MM. ya descansaba en bases sólidas y de amplia y probada eficacia y es por ello que el Convenio tiene por objeto completar y facilitar la ejecución de las disposiciones existentes hasta la fecha y a las que hemos hecho mención (art. 1). Mejora textos anteriores cualitativa y cuantitativamente. Desde el punto de vista territorial, resulta también aplicable para Islandia y Noruega.

##### b) Principio de mutua confianza

El cambio de enfoque que en materia asistencial -como veremos- acoge el Convenio, no podría sustentarse sin un principio general que lo preside, no expresamente explicitado en el articulado del Convenio AJMP 2000, pero sí en los considerandos previos : la mutua confianza de los EE.MM. en la validez, legitimidad y garantía de sus respectivos sistemas legales y judiciales. Es por ello que los EE.MM. señalan el interés común en que la asistencia judicial se lleve a cabo con una rapidez y eficacia compatible con el Convenio Europeo de 1950, así como con sus respectivos principios fundamentales internos.

##### c) Principio general favor commisionis

Este principio de viabilidad de la solicitud de asistencia, no explícitamente recogido en el texto del Convenio, nos conduce

a una interpretación favorable y finalista del instrumento, de manera que se obtenga -en lo posible- una práctica que permita la efectiva realización de la solicitud de auxilio judicial internacional. Supone un principio pro solicitud de auxilio judicial, de interpretación favorable al despacho de cooperación intraeuropeo, que se infiere dentro del articulado en diversos apartados al tiempo de abordar la regulación de concretas figuras de cooperación judicial - audición por videoconferencia, equipos conjuntos de investigación e intervención de las comunicaciones - y es especialmente identificable en el art. 4, con carácter general para cualquier tipo de asistencia, cuando somete a las solicitudes de asistencia cursadas a un espíritu general de viabilidad, tanto cuando se aprecie una eventual imposibilidad de ejecución conforme a las condiciones solicitadas o plazos (procedimentales o "de otra índole") fijados.

En efecto, conforme el apartado 3 del citado artículo, el órgano judicial receptor de una solicitud de imposible o difícil ejecución, queda obligado a informar sin demora de tal circunstancia al Estado requirente, "contra ofertando" en que condiciones podría ejecutarse la solicitud. Es decir, el juez o fiscal receptor quedan excluidos de aplicar un "automatismo" en la devolución de la comisión defectuosa: quedan obligados a interpretar el requerimiento de auxilio judicial subsanando -ex officio- los posibles impedimentos a fin de lograr una ejecución conforme con lo solicitado. De la misma manera, conforme el apartado 4, y ante la aparente imposibilidad de cumplimiento de una comisión dentro del plazo fijado por el requirente, el juez o fiscal receptor queda obligado a acusar recibo inmediato indicando la prórroga de cumplimiento que estime indispensable. En ambos casos, se permite una "negociación" que pueda conducir a un acuerdo para "salvar" la efectividad de la solicitud.

#### d) Principio del consenso en la ejecución

Directamente relacionado con el anterior principio, encontramos el de "consenso en la ejecución" y que atiende a un espíritu de cumplimiento concertado de determinadas solicitudes. En efecto, tanto el art. 4 (apartados 3 y 4), al tiempo de regular el procedimiento de ejecución, como diversos apartados del Convenio, contienen referencias a la posibilidad de "negociación" entre las autoridades judiciales implicadas con el objeto de alcanzar un acuerdo acerca de la forma y plazos de cumplimiento de la solicitud.

Con la introducción de esta facultad por el Convenio UE de AJMP 2000 (que luego ha sido acogida por la Decisión Marco reguladora de la Orden Europea de detención y arresto), el Juez (o

Fiscal) receptor de una solicitud de asistencia, ha pasado de ser mero ejecutor de un despacho internacional a convertirse, además, en "gestor" de la solicitud. De forma paralela, el operador judicial remitente podrá llegar a asumir, como consecuencia de la comisión librada, un específico rol "negociador" de su contenido y condiciones de ejecución. En definitiva, supone un cambio de óptica radical acerca del papel del Juez al tiempo de remitir y cumplimentar despachos de auxilio judicial intra europeos.

Por lo demás, las referencias a la posibilidad de negociación acerca del contenido y condiciones de las solicitudes de asistencia, se multiplican a lo largo del articulado al tratar específicas figuras: intercambio espontáneo de información (art. 7, apartado 2); videoconferencia (art. 10, apartado 2); audición por conferencia telefónica (art. 11, apartado 5); equipos conjuntos de investigación (art. 13, apartado 1); investigaciones encubiertas (art. 14, apartado 2); intervención de las telecomunicaciones (art. 20, apartado 4)...

e) Principio de ejecución conforme legislación de origen

Es precisamente en este apartado donde encontramos, en materia de régimen jurídico de las solicitudes de asistencia, el elemento más novedoso del nuevo instrumento europeo. La adopción por el Convenio UE de AJMP 2000 del principio de observancia en las solicitudes de asistencia de los trámites y procedimientos expresamente indicados por el Estado miembro requirente -íntimamente ligado con la eficacia y mutua confianza- supone un giro copernicano en el esquema tradicional de la cooperación judicial internacional, desplazando la base procesal reguladora de la ejecución de la solicitud de asistencia, del Estado de cumplimiento al Estado de remisión. Supone la asunción, no de forma automática sino a petición del órgano judicial remitente, de la legislación procesal penal del Estado requirente.

Se recoge de forma general -sometida a no pocas excepciones- en el apartado 1 del art. 4 al señalar que en "... los casos en los que se conceda la asistencia judicial, el Estado miembro requerido observará los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado miembro requirente, salvo disposición en contrario del presente Convenio y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido."

Por tanto, la aplicación de este principio *forum regit actum* supondrá la concurrencia dos condicionantes:

- De forma positiva, la expresa petición e indicación de trámites y procedimientos de aplicación por parte del órgano judicial requirente.
- De forma negativa, la ausencia de contradicción de la legislación procesal penal requirente (en la parte indicada), con los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido, así como la inexistencia de disposición en contrario dentro del propio Convenio.

Cambio de enfoque que por loable no deja de plantear dudas de interpretación, muy especialmente en lo que se refiere a "principios fundamentales", cuestión que no aclara el texto del Informe explicativo del Convenio UE de AJMP 2000. En principio, son dos las posibilidades: la de considerar integrados dentro de los mismos a las conocidas cláusulas de salvaguardia nacional (frente a las libertades de circulación, aquí hablaríamos de la "libertad de circulación de las resoluciones judiciales"), por razones de orden público, salud o seguridad pública, solución esta última no aceptable toda vez que, al menos en lo que se refiere al orden público y a la salvaguarda de la seguridad interior, siguen presentes en el nuevo Convenio, y otra, la de considerar a los mismos referidos a los derechos fundamentales que dan cuerpo a la noción del "debido proceso", "due process", de los sistemas legales respectivos (solución congruente con el párrafo tercero del Convenio antes del articulado).

Desde la óptica española, aunque la remisión bien merecerá pronunciamientos del TJCE, entendemos que la referencia debe interpretarse embebida en el marco de derechos fundamentales o humanos insertos en el ámbito procesal en nuestro derecho a la tutela judicial efectiva de nuestro art. 24 CE. De esta manera y a título de ejemplo, en el hipotético supuesto de una solicitud recibida en España en la que expresamente se hiciera referencia a una legislación procesal de origen que indicara la toma de declaración del imputado sin asistencia letrada, conforme a nuestra noción constitucional de tutela judicial efectiva sería inviable la ejecución aplicando este principio de cumplimiento conforme legislación de origen, la "incompatibilidad concreta" con los derechos fundamentales españoles nos conduciría en ese específico apartado de la toma de declaración a la aplicación del principio *locus regit actum*.

#### f) Principio de eficacia en la asistencia.

Este principio general se infiere -nuevamente sin estar expresamente explicitado en el texto- del espíritu general del articulado y persigue no sólo, la concreta ejecución de la "asistencia judicial",

sino además dar al despacho una implementación dinámica y eficaz. En cuanto a las manifestaciones del principio en el articulado, sin duda, la expresión más general la encontramos en la generalización de la remisión directa entre autoridades judiciales, inspirada en la convicción de que una transmisión no interpuesta debe resultar más eficaz. En efecto, esta decidida apuesta por el envío directo entre autoridades, deja en un segundo lugar a las Autoridades Centrales (art. 6.1 y 6.8) y supone, en el curso de transmisión del despacho internacional, la eliminación de pasos intermedios de orden gubernativo. Asistimos a una paulatina quiebra del monopolio ministerial en la transmisión de las comisiones rogatorias ostentado desde el siglo pasado por las autoridades centrales, evolución que sólo resultará positiva si la misma viene acompañada de la asunción de un rol más operativo por parte de los jueces y fiscales europeos transmisores, sólo así, la apuesta del Convenio conducirá a una transmisión eficaz y conforme con el espíritu que motiva el cambio .

De forma especial, el principio se manifiesta en lo que se refiere a las vías o soportes materiales de transmisión de la solicitud, de esta manera, es en el Convenio UE de AJMP 2000 donde por primera vez se alude a la transmisión de la solicitud, junto al escrito convencional, a cualquier otro medio que permita dejar constancia escrita de su autenticidad (art. 6.1). La nueva previsión legal abre el paso a las formas que permiten las nuevas tecnologías: fax, correo electrónico o cualquier medio que se pueda crear en el futuro y que permita dejar constancia escrita en condiciones que haga posible al Estado miembro receptor determinar su autenticidad.

Lo determinante es la posibilidad que debe quedar abierta al órgano judicial receptor para constatar el origen y veracidad del despacho, afirmación que nos conduce directamente a los ya estudiados principios del favor commisionis y del consenso en al ejecución, es decir, las autoridades judiciales deberán consultarse en relación a los procedimientos concretos a fin de determinar la autenticidad de las solicitudes enviadas por fax, correo electrónico u otro medio de telecomunicación. La transmisión verbal no queda enteramente excluida, y congruente con este principio de eficacia, señala el Informe Explicativo del Convenio UE de AJMP 2000, esto "no impide que los Estados miembros puedan ir mas allá y acuerden aceptar solicitudes verbales, al menos en determinados tipos de casos. En particular podrán aceptarse solicitudes verbales cuando se den circunstancias de especial urgencia y podrán hacerse partiendo del supuesto de que se confirmarán por escrito lo antes posible".

Finalmente, encontramos este principio en otros apartados del articulado: al hacer del envío directo por correo a los interesados la regla general obligatoria (art. 5.1) en la remisión y notificación de documentos procesales; al obligar a traducir -en dichas comunicaciones postales- sólo cuando existan razones para pensar que el destinatario no comprende la lengua del requirente (art. 5.3); al mantener la posibilidad de que en casos de urgencia se pueda hacer por INTERPOL (art. 6.4); en el caso de la videoconferencia, la audición directa y bajo dirección de la autoridad requirente (art. 10.5-c); cuando en el caso de la videoconferencia, se busca la efectividad en la comparecencia de los testigos convocados, permitiendo la conminación y sanción a dichos sujetos procesales de la misma forma que si de procedimiento nacional se tratara (art. 10.8).

#### g) Principio de garantía.

Supone el espíritu general al que responde el articulado, en el mantenimiento de las garantías de los sujetos procesales afectados por la solicitud de asistencia. Como expresamente señalan los considerandos previos al cuerpo del Convenio, las partes expresan "su confianza en la estructura y el funcionamiento de sus respectivos sistemas jurídicos y en la capacidad de todos los Estados miembros para garantizar un juicio justo".

Conforme con este postulado de confianza, como ya hemos visto, se permite evitar la aplicación de una legislación requirente incompatible con las garantías del debido proceso. De forma paralela, este deseo legal de mantenimiento de garantías, se refleja en los supuestos en los que en el Estado miembro de ejecución no interviene autoridad judicial alguna.

Así, en los casos de envío y notificación postal de documentos procesales del art. 5, a fin de garantizar la observancia de los requerimientos derivados del principio de tutela judicial efectiva y salvaguardar la posición del destinatario de la comunicación, se exige que al documento procesal se acompañe "nota" -en su caso traducida conforme al apartado 3 del citado artículo- que indique que el destinatario podrá pedir a la autoridades del Estado miembro requirente información acerca de sus derechos y obligaciones en lo que respecta a ese documento. Dicha información suplementaria incluirá, tanto aspectos de orden práctico (medios de obtener el anticipo de gastos de viaje y estancia) como de orden estrictamente procesal (caso de posterior desplazamiento, circunstancias en las que la persona afectada pueda estar asistida del derecho a un abogado).

#### h) Principio de proporcionalidad.

Tal postulado se recoge expresamente en los antecedentes al articulado cuando dice que "...los Estados miembros conceden importancia al fortalecimiento de la cooperación judicial, aplicando simultáneamente el principio de proporcionalidad". Entendemos que de este doble llamamiento, podrá hacerse especial uso -aplicando el criterio de proporcionalidad- al tiempo de introducir excepciones a la asistencia judicial derivadas del ejercicio de las responsabilidades que competen a los Estados miembros con el mantenimiento del orden público y de la salvaguarda de la seguridad interior, cuya determinación y ámbito corresponde determinar a los Estados miembros de conformidad con el art. 33 del Tratado de la Unión Europea.

E) El nuevo régimen procesal derivado del Convenio UE de AJMP 2000.

Atendiendo a los anteriores principios y a las novedades que introduce el nuevo Convenio, veamos las traducciones prácticas que los mismos tienen en lo que se refiere a la determinación de los elementos procesales de la nueva cooperación judicial internacional. Para este análisis nos detendremos en los dos actos esenciales del iter de la solicitud: envío y cumplimentación, para terminar con un estudio del régimen procesal en un específico supuesto asistencial que introduce el Convenio UE de AJMP 2000 que es el intercambio espontáneo de información.

a) Remisión de solicitud de asistencia: contenido, vías de remisión e idioma

i) Contenido de la solicitud

Dentro de los requerimientos formales de la carta o solicitud de asistencia judicial y al objeto del presente estudio, distinguiremos de un lado los contenidos imperativos o reglados, impuestos por el Convenio AJMP 1959 para cualquier comisión rogatoria y, de otra parte, aquellos contenidos añadidos por el nuevo Convenio UE de AJMP 2000 y que pueden variar en función del tipo o contenido de la solicitud.

\* En lo que se refiere al primer grupo, no hay previsiones de contenido formal que complementen o simplifiquen el régimen del Convenio AJMP 1959, por lo que entendemos que los requerimientos de una carta rogatoria incluidos en el art. 14 de este Convenio deben considerarse vigentes:

- Autoridad que formula la solicitud.

- Objeto y motivo de la misma.
- Identidad de la persona de que se trate (en lo posible).
- Inculpación .
- Exposición sumaria de los hechos.

En cuanto a la autoridad que formula cabe preguntarse si basta con la mención del órgano judicial que libra la comisión rogatoria o bien es preciso la expresa indicación del nombre y apellidos del titular del órgano judicial que expide la solicitud de asistencia. Como acertadamente señala la doctrina, la forma más directa de dar en todo caso perfecto cumplimiento de la comisión librada es consignar los datos del titular al tiempo de la expedición. Solución esta que parece ser también el deseo de nuestra Autoridad Central cuando, al remitir la declaración española en relación con el manual de "Buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal" , expresamente señala en el punto 6, la voluntad de "proporcionar a la Autoridad requerida, al presentar solicitud de asistencia, los datos identificativos de la autoridad judicial remitente así como de su número de teléfono y de fax", desarrollando, de esta manera, el tenor literal de la letra h), apartado 3, art. 1 del referido manual que contiene la Acción Común de 1998 que expresamente habla de "persona encargada de emitir la solicitud". Creemos que esta indicación nominal, además de asegurar el mejor cumplimiento, viene avalada por las necesidades derivadas -en el Convenio UE de AJMP 2000- del nuevo rol negociador a desempeñar por los titulares involucrados en la cooperación judicial. El objeto de la solicitud no es sino lo que se pide: una entrada y registro, una declaración testifical, un embargo... La exacta determinación legal de lo solicitado y su concordancia con los motivos será esencial para garantizar el éxito de la comisión. En este sentido, será muy útil que el órgano judicial remitente pueda incluir -de forma complementaria- una indicación conceptual de el equivalente jurídico en el Estado miembro de ejecución haciendo uso de las herramientas virtuales que a estos efectos nos ofrece la RED JUDICIAL EUROPEA (en adelante RJE).

La indicación del motivo de la solicitud, núcleo central del documento de solicitud, va directamente relacionada con la finalidad perseguida y enlaza con el concepto de "naturaleza exacta de la asistencia requerida" que refiere la Acción Común de Buenas Prácticas en la asistencia judicial en materia penal . Deberá introducirse una explicación suficiente del sentido de la petición, o sea, de los elementos que la justifican, porque sólo así se estará en condiciones, promover un cumplimiento finalista de la comisión. Será este también el apartado donde se justificará el régimen de

publicidad procesal restringido en caso de haberse declarado el secreto reduplicado.

La inclusión del nombre del sujeto procesal -sujeto pasivo, víctima o un tercero- al que va dirigida la solicitud de asistencia dependerá de la efectiva incorporación en autos de tal identidad. En cualquier caso, deberán remitirse cualesquiera datos escritos, fotográficos, dactiloscópicos o de otro tipo que figuren en las actuaciones de origen y que contribuyan a la identificación del sujeto.

La información sobre la inculpación se traduce en la calificación jurídica de acuerdo con la legislación del Estado de remisión. Esta información -de indudable trascendencia en la apreciación de una eventual doble tipicidad- se concreta en la expresión de los cargos o imputaciones, tipicidad, grado de participación y tipicidad, a cuyo efecto, será nuevamente útil el que el operador judicial pueda acudir -de forma complementaria- a las herramientas virtuales que ofrece la RJE.

Y para terminar los contenidos reglados, nos referiremos al "talón de Aquiles" de la cooperación judicial penal: el resumen de los hechos que motivan el procedimiento penal en cuyo seno se ha librado la comisión, los hechos históricos objeto de investigación o esclarecimiento. En efecto, la práctica diaria de los miembros nacionales de EUROJUST y de los puntos de contacto de la RJE muestra que es esta una de las más frecuentes carencias de las solicitudes de asistencia judicial libradas desde órganos jurisdiccionales españoles. La inclusión de tal exposición sumaria permite, en conjunción con el objeto y motivo de la comisión, una adecuada interpretación de la solicitud de asistencia judicial por un operador judicial que pertenece a un sistema jurídico distinto del órgano requirente.

\* En el segundo grupo de requisitos que conforman el contenido de las nuevas solicitudes de asistencia conforme al Convenio UE de AJMP 2000, nos referiremos tan sólo a tres:

- la consignación de la autoridad judicial requerida;
- la indicación de los trámites y procedimientos conforme a los que deba ejecutarse la solicitud;
- la justificación del plazo de cumplimiento.

En cuanto al primer requisito, sin estar expresamente recogido en el texto del Convenio, viene implícitamente impuesto por el régimen de comunicación directa que pretende generalizar el

nuevo instrumento. Con carácter previo al envío, la autoridad requirente deberá averiguar (haciendo, en su caso, uso de los recursos que proporciona la RED JUDICIAL EUROPEA), la concreta autoridad competente en el territorio donde deban practicarse las diligencias. Dicho de otro modo: no procede la socorrida cláusula de estilo que suele encabezar muchas comisiones rogatorias "a la Autoridad competente de...".

De forma general para todas las solicitudes de asistencia, con el Convenio UE de AJMP 2000 nace para los jueces y fiscales requirentes una sui generis carga procesal: la expresión de los trámites procesales conforme a los cuales deba ejecutarse la solicitud. Su consignación en la comisión se deriva del apartado 1 del art. 4 y entendemos que tal previsión legal debe traducirse en la práctica -atendiendo al destinatario de la solicitud: un operador judicial que pertenece a un sistema judicial distinto- en una explicación positiva del trámite que vaya más allá de la mera reproducción o acompañamiento de copia compulsada de los textos legales aplicables: se trata de hacer entendible como se quiere que se practique lo solicitado.

Finalmente, la consignación de una justificación de los plazos impuestos en la solicitud de cooperación judicial, en los casos en que estos se consignent, se impone igualmente en el art. 4 del Convenio UE de AJMP 2000. Estos plazos que pueden ser "procedimentales y de otra índole", tanto legales como judiciales, pero en cualquier caso razonados, cobran especial relevancia en los supuestos de urgencia por la prioridad de tramitación que de acuerdo con las declaraciones de buenas prácticas se otorga a las solicitudes calificadas como tales. Los estudios de evaluación realizados por la UE en cuanto a la práctica de la cooperación judicial penal revelaron ya en el año 2001 un abuso en el uso del calificativo "urgentes" (sin justificación de fondo y aún siquiera formal), considerado tal apelativo como un recurso para conseguir que las solicitudes se examinen lo más rápido posible. Quizás por todo ello, el Convenio UE de AJMP 2000 es taxativo, tanto a la hora de imponer el razonamiento o explicación de el plazo impuesto como al tiempo de exigir la ejecución conforme al plazo impuesto. Es por ello que congruente con esta asertividad legal, cuando el Convenio exige que ya desde la recepción, si el órgano judicial requerido prevé que la comisión no pueda cumplirse en el plazo señalado por el Estado miembro requirente, lo indicará sin demora al remitente precisando el tiempo que precisaría para la efectiva ejecución.

Caso especial en materia de contenidos de la solicitud, vendrá representado por las denuncias a efectos procesales del art. 21 del Convenio AJMP 1959 y que, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 6.1 del Convenio UE de AJMP 2000, podrán ahora beneficiarse del régimen de transmisión directa entre autoridades judiciales. En este supuesto, en la "transmisión" (antes que impropia "solicitud de asistencia"), el resumen de los hechos viene sustituido por el testimonio de autos o certificación literal de las diligencias en las que se contienen la noticia criminis de la que se pretende dar traslado a la autoridades competentes del Estado receptor.

Por desbordar del objeto de este trabajo, no entramos en el análisis de requisitos de contenido de las solicitudes de determinadas formas específicas de asistencia del Título II (declaraciones por videoconferencia, de creación de equipos conjuntos de investigación, intervención de telecomunicaciones...), tanto de orden práctico como técnico y que deberán añadirse a las ya analizadas.

## ii) Vías de remisión

Dentro de este apartado incluiremos tanto los cauces institucionales de remisión como los soportes materiales de transmisión. En cuanto a los cauces, el art. 6 del Convenio UE de AJMP 2000, como ya hemos visto, hace de la remisión directa la regla general y del uso interpuesto de la autoridades centrales, la excepción. De esta manera, legalmente se trata de eludir la discrecionalidad judicial que en este apartado permitía el Convenio de Aplicación de Schengen. De acuerdo con el Convenio UE de AJMP 2000, de las ventajas de la remisión directa se beneficiará igualmente la transmisión de denuncias a efectos de incoar proceso en otro Estado miembro.

No obstante, la transmisión directa no queda como única vía obligatoria. Para casos particulares -de conformidad con el apartado 2- se permitirá el envío entre autoridades centrales o bien de una autoridad judicial a una autoridad central. Como reconoce el Informe explicativo al Convenio, se adoptó este procedimiento reconociendo el hecho de que pueden darse circunstancias en las que sería adecuado que una autoridad central de un Estado Miembro tramitara una solicitud concreta que por su complejidad o simultaneidad de solicitudes conexas, se haga aconsejable el recurso a la unidad central. De igual manera, el apartado 3 del citado artículo mantiene la posibilidad ministerial abierta para el Reino Unido e Irlanda. En este caso, los Estados miembros podrán aplicar el principio de reciprocidad en la medida que les afecte. Finalmente, en supuestos de urgencia el apartado 4 permite, al igual

que los convenios anteriores, el uso del conducto INTERPOL o de "cualquier órgano competente según las disposiciones adoptadas en virtud del Tratado de la Unión Europea". Esta última expresión conduce a las unidades de coordinación radicadas en La Haya, EUROPOL y EUROJUST .

En cuanto a los soportes materiales de la solicitud, como hemos visto, el Convenio UE de AJMP 2000 avanza en el sentido de adecuar las necesidades de cooperación a la realidad tecnológica. Es por ello de aplaudir el que el Atlas Judicial Europeo incluya en gran medida los correos electrónicos de las autoridades receptoras.

Aun no constituyendo propiamente solicitudes de asistencia judicial, pues no interviene autoridad requerida alguna, especial mención dentro de las vías de transmisión supone la transmisión postal directa a los sujetos procesales de los documentos y notificaciones derivados del procedimiento. Esta posibilidad se regula en el art. 5 del Convenio AJMP haciendo de tal transmisión una regla general sujeta a cuatro limitadas causas de excepción:

- desconocimiento o incertidumbre en cuanto al domicilio.
- exigencia legal de la notificación personal.
- imposibilidad de transmisión del documento por correo.
- apreciación previa de la futura ineficacia o inadecuación de este medio.

Como hemos visto al hablar del principio de garantía, el órgano judicial remitente queda obligado a suministrar información procesal suplementaria que garantice su posición dentro del proceso. Finalmente, desde el punto de vista práctico, es de señalar que el medio de transmisión será el correo certificado con acuse de recibo internacional.

### iii) Idioma

El Convenio UE de AJMP 2000 no aporta novedad alguna en cuanto el régimen lingüístico de las solicitudes de asistencia, por lo que habrá que acudir a lo determinado por el Convenio AJMP 1959. Como sabemos, aunque el art. 16 de este Convenio, en principio, no exige traducción de las solicitudes ni de los documentos anexos, sin embargo la posibilidad de reservas en este apartado, ha convertido la regla general en excepción que ha conducido a una recomendable práctica de los órganos judiciales remitentes consistente en incorporar traducción a la lengua (o una de las lenguas)

del Estado requerido.

b) Cumplimentación: legislación aplicable y negociación entre autoridades

Como ya hemos visto al tratar del principio de cumplimiento conforme legislación de origen, la adopción del criterio *forum regit actum* supone una de las apuestas de mayor relevancia del Convenio UE de AJMP 2000. Sin embargo, no se trata de una solución enteramente novedosa, ya el Convenio AJMP 1959 permitía la introducción de trámites no propios del Estado de ejecución en la ejecución de declaraciones testificales o periciales.

En el orden estrictamente práctico, el principio está sometido a ciertos condicionantes. Lo que es esencial para el cumplimiento de la comisión de acuerdo con la legislación del Estado miembro requirente es que la autoridad judicial de éste así lo haya indicado. Dicho de otro modo, no se trata de un principio que opere *ex officio*, y por tanto, si no hay petición expresa, la autoridad judicial de ejecución podrá seguir sus propios trámites nacionales. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, podemos extraer las siguientes consideraciones:

- \* la insuficiente o confusa indicación de trámites a seguir en la ejecución de la comisión no permite la elusión automática del tal principio, por el contrario, a la autoridad judicial de ejecución le corresponde solicitar del requirente ampliación de tal información;
- \* la autoridad judicial requirente no queda obligada a justificar documentalmente la existencia o vigencia de los trámites legales, basta que se expliciten con indicación del modo deseado de desarrollo;
- \* los trámites y procedimientos indicados no necesariamente se contienen en normas procesales penales, sino en otro tipo de normas atendidos el ámbito de aplicación del Convenio;
- \* los procedimientos y trámites indicados por la autoridad extranjera deben aplicarse en su propio contexto e interpretarse conforme al mismo.

Otros condicionantes legales al principio de cumplimiento conforme legislación de origen los encontramos en el mismo art. 4, formulados de forma negativa: la ausencia de disposición en contrario dentro del propio Convenio y la ausencia de contrariedad con los principios fundamentales del Estado miembro requerido. En relación con este último, y partiendo de las consideraciones realizadas al tiempo de anunciar el principio *forum regit actum*, debemos hacer las siguientes reflexiones:

- \* el Convenio no impone un necesario "test de compatibilidad" previo a la eventual aplicación, su análisis sólo procede ante la duda judicial;
- \* la apreciación de la compatibilidad con el Derecho nacional corresponde a la autoridad judicial (no administrativa) del Estado miembro de ejecución;
- \* el concepto principios fundamentales debe interpretarse de acuerdo con el criterio de proporcionalidad que alude el propio Convenio;
- \* la duda sobre la compatibilidad no puede conducir a la automática devolución, existe la obligación de contrastar la información con la requirente;
- \* si se aprecia la contrariedad con los principios fundamentales, opera el apartado 3 del art. 4, por lo que la autoridad judicial tiene la obligación positiva de expresar en qué términos y con arreglo a qué procedimientos será posible la ejecución de la comisión;
- \* la contrariedad es más que la sola diferencia o falta de regulación o regulación distinta, o que la ejecución más compleja;
- \* es posible la ejecución parcial de la comisión.

### c) Negociación entre autoridades

Finalmente, debemos abordar dentro de este apartado la eventual "negociación" entre las autoridades afectadas que hemos avanzado al tratar del principio del consenso en la ejecución. La base legal de estas nuevas posibilidades de negociación que puedan conducir a acuerdos prácticos entre autoridades judiciales, viene reconocida -de forma general- en los apartados 3 y 4 del art. 4: "...las autoridades de los Estados miembros requirente y requerido podrán acordar posteriormente el curso que se dará a la solicitud, condicionándolo, en su caso, al cumplimiento de las condiciones..."; "...las autoridades de los Estados miembros requirente y requerido podrán acordar posteriormente el curso que se dará a la solicitud".

La introducción de este nuevo rol por parte de las autoridades judiciales nos conduce a las siguientes reflexiones:

- \* la negociación corresponde a las autoridades judiciales (no gubernativas) involucradas en la solicitud de asistencia;
- \* el régimen práctico de reciprocidad entre los Estados afectados

C  
O  
U  
S  
E  
L  
O  
N  
B  
C  
I  
O  
U  
B  
I  
P  
E  
L  
B  
L  
C  
I  
B  
L

no es un elemento de negociación por parte de las autoridades judiciales ;

- \* la negociación podrá versar tanto sobre aspectos de orden jurídico como estrictamente práctico;
- \* la negociación puede conducir a introducir nuevos o rectificadas elementos de petición, sujetos, trámites, plazos y condiciones diferentes de las incluidas inicialmente;
- \* la negociación podrá ser escrita u oral, siendo conveniente en este último caso que el Secretario Judicial español levante la oportuna diligencia de constancia o nota de resumen de lo acontecido;
- \* el consenso se alcanza sobre el contenido, términos y condiciones de la comisión, no sobre otros elementos procesales -aun contenidos en autos- externos al documento de solicitud de asistencia;
- \* paralelamente a lo anterior, no cabe la adopción de compromisos de futuro ajenos al documento ni la revisión de actos asistenciales pasados.

La negociación podrá cobrar especial relevancia en el supuesto de presencia física o por videoconferencia del titular requirente al tiempo de la práctica de la comisión. En este supuesto, los jueces o fiscales responsables podrán llegar a acuerdos orales o escritos que posibiliten la ejecución pretendida.

Si, finalmente, y aún después de los intentos de acuerdo entre los responsables judiciales, concluye la autoridad judicial requerida en la imposibilidad de ejecutar la solicitud de asistencia, ésta deberá proceder a motivar dicha denegación. La motivación del rechazo de la cooperación no viene exigida como tal ni por el Convenio AJMP 1959 ni por el Convenio UE de AJMP 2000, sin embargo, si viene exigida para los supuestos de denegación por motivos de orden público o en supuestos de registros o embargo de bienes, en el art. 10 del segundo Protocolo del Convenio UE de AJMP 2000. Esta práctica de motivación en el rechazo viene, de otra parte, exigida cuando la denegación responda a determinadas solicitudes de cooperación o coordinación cursadas por EUROJUST actuando colegiadamente.

Por último, debemos llamar la atención en este apartado de negociación entre autoridades, al futuro papel "mediador" que podrá desempeñar EUROJUST, al amparo del art. 10.2 del Segundo Protocolo del Convenio UE de AJMP 2000, en los supuestos de eventual denegación de solicitudes.

#### d) Intercambio espontáneo de información

Como un específico régimen que no se enmarcaría

propiamente dentro de las solicitudes de asistencia, debemos referirnos al art. 7 del Convenio UE de AJMP 2000 que permite de forma novedosa en la práctica judicial, el que las autoridades judiciales o fiscales (y administrativas) puedan intercambiar, sin necesidad de solicitud de asistencia alguna informaciones relevantes acerca de procedimientos en curso o por iniciar. Veamos cada uno de sus apartados:

- \* Con las limitaciones impuestas por el Derecho interno, las autoridades de los Estados miembros podrán intercambiar información, sin que medie solicitud alguna al respecto, acerca de infracciones penales y de infracciones de disposiciones legales conforme lo previsto en el apartado 1 del art. 3, cuya represión o penalización, en momento del suministro de dicha información, entre en el ámbito de competencias de la autoridad receptora.
- \* La autoridad que proporcione la información podrá imponer condiciones a la utilización por la autoridad receptora, de conformidad con su Derecho interno.
- \* La autoridad receptora estará obligada a respetar dichas obligaciones.»

Como se deriva del Informe explicativo del Convenio, se trata de una norma que crea un marco de posibilidades (soluciones) y no de obligaciones. La referencia al respeto al Derecho interno es clara en todo momento. Trasladada esta posibilidad a nuestro derecho procesal, podemos extraer las siguientes reflexiones:

- \* Conforme a Derecho español será preciso que toda la información recibida sea incorporada a autos a través de las correspondientes diligencias de constancia. No de otra forma, quedará garantizado el derecho de defensa.
- \* No se aceptarán informaciones que vengan condicionadas a un secreto permanente.
- \* La información recibida podrá tener, en su caso, el valor de noticia criminis. No se podrán aceptar informaciones que vengan condicionadas a una no persecución penal.
- \* El suministro espontáneo (sin solicitud de asistencia alguna), podrá hacerse por autoridades españolas, una vez acreditado el carácter de la autoridad judicial interesada en la información, a través de los secretarios judiciales al amparo del art. 234 de la LOPJ. A estos efectos, no pudiendo hacer de peor condición

a las autoridades judiciales de los Estados miembros de la UE que a los terceros sujetos relacionados con el proceso. En este sentido, estas autoridades ostentarán el carácter -al menos- de interesados especialmente cualificados.

#### **1.4. Referencia comparada al nuevo régimen de las solicitudes de asistencia en el Segundo Protocolo de 8 de noviembre de 2001 al Convenio Europeo de Asistencia Judicial de 1959 (Segundo Protocolo Convenio AJMP 1959).**

Visto el régimen procesal de las futuras solicitudes al amparo del nuevo Convenio UE, consideramos conveniente hacer una breve reseña en relación al nuevo instrumento internacional surgido en el ámbito del Consejo de Europa, por tanto con una proyección territorial mucho más amplia, que es el Segundo Protocolo del Convenio AJMP 1959 y que trata de trasladar al veterano convenio las novedades que incorpora el texto de la UE.

Aun surgido en un contexto institucional que no cuenta con un objetivo de integración política, el Segundo Protocolo del Convenio AJMP 1959 responde a similar filosofía de optimización del instrumento existente. La redacción del articulado llega en algunos casos a la literalidad y es por ello que ha venido a calificarse como convenio "primo hermano" del Convenio UE de AJMP 2000. Centrémonos, pues, en las principales diferencias en cuanto al régimen procesal de las solicitudes de asistencia (nomenclatura que también acoge el nuevo texto):

\* Régimen de comunicación directa. Aunque se puede hablar, igualmente, de un principio general de pretendida mejora en eficacia de la asistencia, sin embargo, encontramos algunas especificidades. En concreto, en lo que se refiere a las vías institucionales de transmisión de las solicitudes acoge el sistema del art. 53 del Convenio de Aplicación de Schengen, es decir, la primera regla en la transmisión interpuesta a través de autoridades centrales aunque abre la puerta a la transmisión directa, dejándolo a discrecionalidad de la autoridad requirente .

\* Legislación aplicable. Aunque no existe propiamente un

principio general de cumplimiento de la solicitud conforme la legislación procesal de origen, el art. 8 del Segundo Protocolo admite, como excepción al criterio *locus regit actum* del art. 3, la posibilidad de ejecución de una solicitud por la autoridad requerida conforme a concretos trámites o procedimientos, ampliando así la posibilidad que en el texto original del Convenio AJMP 1959 existe para la toma de declaración de testigos y peritos.

\* Negociación entre autoridades. No encontramos, como ocurre en el Convenio UE de AJMP 2000, un principio general de consenso en la ejecución. Si es cierto, que en determinadas formas de cooperación (audiencia por videoconferencia, audiencia por conferencia telefónica, traslado temporal de detenidos y equipos conjuntos de investigación), encontramos base legal que conduzca a un acuerdo entre las autoridades afectadas.

Por lo contrario, en cuanto a la posibilidad de presencia de autoridades requirentes al tiempo de la práctica de la comisión, nos encontramos en el Segundo Protocolo con un régimen mucho clarificado, así se añade un párrafo 2 al art. 4 del Convenio AJMP 1959 del siguiente tenor literal: "Las solicitudes relativas a la presencia de esas autoridades o personas interesadas no deberían denegarse cuando el objetivo de esa presencia sea que la ejecución de la solicitud de asistencia responda mejor a las necesidades de la Parte requerida y, por ello, permita evitar solicitudes de asistencia complementarias".

Por lo demás, en cuanto a las formas específicas de asistencia, el Segundo Protocolo sigue un gran paralelismo con su homólogo de la UE, acogiendo todas las nuevas figuras con la excepción de la intervención de las comunicaciones.

Consideraciones finales

Realizado este análisis del nuevo régimen de las solicitudes de asistencia a partir de la entrada en vigor del Convenio de AJMP 2000, no queremos cerrar el estudio sin hacer unas breves reflexiones de orden jurídico institucional:

- La manifiesta lentitud en el proceso de ratificación del Convenio podrá conducir a las autoridades políticas comunitarias

a "trasladar" los contenidos del Convenio firmado vía art. 34 del TUE, a la forma de otro instrumento legislativo comunitario como es la Decisión Marco. De hecho, parte de sus contenidos asistenciales han sido adoptados por posteriores instrumentos comunitarios, como ha sido el caso de la orden europea de detención y arresto o la regulación en materia de equipos conjuntos de investigación . En cualquier caso, hay que reconocer al Convenio UE de AJMP la bondad de haber producido, aún en la extensión del periodo de ratificación, un efecto estimulador para algunas legislaciones nacionales, conscientes de la posibilidad que se avecinaba de contar vía ratificación de un convenio UE con nuevas figuras de cooperación jurídica internacional aún exentas de regulación en su propio Derecho interno.

- El principio general de mutua confianza en los respectivos sistemas legales de los EEMM de la UE, con su máxima expresión a través del principio de cumplimiento de legislación de origen, supone una decidida apuesta con la que se pretende alcanzar una más eficaz cooperación judicial. Con el criterio *forum regit actum* se estará en mejores condiciones de garantizar que la solicitud ejecutada en el país requerido, "producto" desarrollado fuera del país que dirige la investigación o procedimiento, contará con mayores posibilidades de asimilación procesal en el Estado requirente.

De otra parte, la adopción de este principio, aun con todas sus excepciones, implicará un notable esfuerzo tanto por parte de las autoridades judiciales requirentes y requeridas como de los puntos de contacto de la RED JUDICIAL EUROPEA y Magistrados de Enlace. Paralelamente, ahora más que nunca, se hace imperioso emprender iniciativas formativas que, partiendo de la diversidad de sistemas existentes, permitan a las autoridades judiciales conocer los sistemas jurídicos del entorno territorial donde se produce la cooperación con más frecuencia, en este sentido, el papel a desempeñar por la Red Europea de Escuelas Judiciales resulta trascendental.

- El criterio de generalización del régimen de comunicación directa entre autoridades judiciales obedece a una lógica impecable en el propósito de acortar los tiempos de envío y devolución. Sin embargo, el proceso de quiebra del monopolio intermediador que hasta ahora habían venido ostentando las autoridades centrales desde el siglo XIX, no conducirá a una mejora del auxilio judicial europeo si el nuevo régimen de comunicación directa no va acompañada de un cambio de hábitos por parte de los distintos operadores judiciales. Paralelamente, de poco servirá la judicialización de la cooperación si los jueces, fiscales y demás autoridades responsables del auxilio

internacional no cuentan con los recursos que les permitan de una forma dinámica y fiable la obtención de datos de identidad, ubicación y localización de las autoridades receptoras de las solicitudes de auxilio. Ahora, más que nunca se hace necesaria la incorporación y fortalecimiento de las herramientas virtuales que en esta área proporciona la RED JUDICIAL EUROPEA, dentro de los distintos sistemas de gestión procesal, a disposición de todos los responsables del auxilio judicial internacional. De otra forma, nos encontraremos en breve con un proceso de retorno al más seguro régimen de autoridades centrales. Prueba de todo lo anterior la encontramos, como hemos visto, en el propio Convenio AJMP 1959 que aun permitiendo un amplio régimen de comunicación directa, su utilización -al menos por autoridades judiciales españolas- ha sido paupérrima.

- Todo este proceso de generalización de la comunicación directa, permitirá contar por parte de las autoridades centrales con un más destacado papel en la cooperación con terceros países, así como en la coordinación en los supuestos de simultaneidad o especial complejidad de solicitudes. De otra parte, EUROJUST se presenta como un instrumento formidable en la coordinación de simultaneidad de solicitudes entre EEMM.

- Como hemos visto, junto al principio de cumplimiento conforme a legislación de origen, la gran novedad del Convenio viene representada por el nuevo rol negociador que se otorga a los jueces y fiscales responsables de la cooperación al tiempo de despachar solicitudes de cooperación judicial internacional. Con la introducción de esta facultad (que luego ha sido acogida por la Decisión Marco reguladora de la Orden Europea de detención y arresto , el Juez (o Fiscal) receptor de una solicitud de asistencia, ha pasado de ser mero ejecutor de un despacho internacional a convertirse, además, en "gestor" de la solicitud. De forma paralela, el operador judicial remitente podrá llegar a asumir, como consecuencia de la comisión librada, un específico rol "negociador" de su contenido y condiciones de ejecución. Este nuevo principio del consenso en la ejecución obligará, no sólo a un evidente cambio de hábitos de los titulares de la jurisdicción penal, sino además a una serie de iniciativas formativas en la materia.

- En todo este panorama de cooperación europea judicializada, el recurso a los instrumentos de facilitación de la cooperación creados desde la Unión Europea (Magistrados de Enlace, RED JUDICIAL EUROPEA y EUROJUST), y en España (Red Judicial Española creada por el Consejo General del Poder Judicial, REJUE, y Red de Expertos en Cooperación jurídica internacional del Ministerio

Público), se hace cada vez más patente. Sólo así podremos afirmar que, en este periodo transitorio que algún día nos conduzca a un régimen en el que las solicitudes de cooperación sean abordadas como si de nacionales se tratara, los institutos creados responden efectivamente a ese ansiado objetivo de consecución de un espacio judicial común.

### **1.5. La “Eurooden” como figura sustitutiva de la tradicional extradición.**

En un mundo globalizado, donde frecuentemente las personas viajan de un Estado a otro con gran facilidad aprovechando el enorme desarrollo de los medios de comunicación, el ejercicio del *ius puniendi* se ha venido configurando esencialmente en torno a la concurrencia de ordenamientos nacionales de los distintos Estados, que ejercitan su propio sistema penal en el ámbito espacial (territorio) propio de su soberanía. De esta manera, un Estado no podrá por sí mismo detener, juzgar o ejecutar una pena en relación con una persona que, pese a cometer un delito sometido a su jurisdicción, se encuentra en el territorio de este Estado.

En este marco, la comunidad internacional ha admitido distintos supuestos de entrega de sujetos procesales, es decir, que permiten el traslado de una persona que ha cometido un delito, o contra la que concurren indicios de haber participado en la comisión de una infracción penal, desde el Estado en que se encuentra hasta otro Estado para que éste pueda ejercitar alguna de las facultades propias de su *ius puniendi* (investigar, juzgar o ejecutar una pena).

El instrumento tradicionalmente utilizado para dicha entrega ha sido la extradición, pero el mismo ha fracasado para hacer frente al nuevo panorama criminal surgido en el ámbito de un espacio político-geográfico crecientemente integrado, con un incremento de la actividad de la criminalidad organizada transnacional y en el que el propio fundamento ideológico exige un fortalecimiento de las garantías de los derechos de la persona reclamada.

En este marco nace la Orden de Detención Europea, regulada por la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados Miembros el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) especial sobre asuntos de justicia e interior, que declaró que "un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria

aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre las autoridades y facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales"; y añade que el principio de reconocimiento mutuo debería ser "la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión".

Cumpliendo las previsiones de Tampere, se elaboró el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal de 15 de enero de 2001. Este objetivo se ha integrado en el Marcador para supervisar el progreso de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, que confecciona la Comisión (también en forma de comunicación al Consejo y al Parlamento) y que es actualizado semestralmente.

Según el Programa citado, el principio de reconocimiento mutuo se aplicará tanto a las resoluciones judiciales firmes que deciden sobre el fondo; como a las anteriores que ordenan la aprehensión de pruebas y productos del delito, así como la detención y puesta a disposición del delincuente la Decisión Marco reguladora de la Orden Europea de Detención supone un paso importante en la implantación del reconocimiento mutuo, aunque un mayor avance en su grado de aplicación dependerá de cómo se superen los obstáculos de la puesta en práctica de la ODE.

En principio, en el sistema creado por la DM, el mandamiento de detención europea equivale a una solicitud de busca, captura, detención y entrega a la Autoridad judicial del Estado emisor, todo ello en una misma solicitud (20). Para profundizar en la cuestión debemos distinguir dos supuestos:

A) Cuando se conozca el paradero de la persona reclamada, la DM admite la transmisión directa de la ODE entre los órganos judiciales en condiciones que permitan a la autoridad de ejecución establecer su autenticidad. En este supuesto, se confirma la existencia de la concentración de las actuaciones en una sola petición.

B) Cuando la persona reclamada se encuentre en paradero desconocido, la Orden de Detención Europea se remitirá a la Oficina Sirene correspondiente para su inserción en el SIS. Cuando la persona reclamada sea hallada y detenida al amparo de la anotación en el SIS, este hecho se pondrá en conocimiento del órgano judicial de emisión, quien deberá remitir la Orden de Detención Europea en el más breve plazo, para lo cual debe tenerse en cuenta que este plazo puede oscilar (según la legislación interna del Estado de ejecución) y que la persona reclamada puede ser puesta en libertad

si no se realiza la remisión en el plazo establecido. Como puede observarse, el funcionamiento práctico de la ODE en este grupo de casos no es diferente en este punto del funcionamiento de la petición de extradición al amparo del Convenio de Aplicación de Schengen. Y no conviene olvidar que ésta será la forma más habitual de remisión de la ODE, resultando residual la transmisión directa entre Autoridades judiciales a la que se hizo referencia en el punto anterior.

El objetivo fundamental de la Decisión Marco consiste en la mejora de la cooperación entre los sistemas penales de los diferentes Estados miembros de la UE para incrementar la eficacia de la lucha contra la delincuencia, especialmente en los supuestos de delincuencia organizada transnacional, mediante una optimización de la entrega de sujetos procesales.

- En primer lugar, la ODE se debe documentar en un formulario fácil de cumplimentar que figura como Anexo de la Decisión Marco y que se reproduce en la Ley interna española.
- En segundo término, dicho formulario es uniforme para todos los Estados miembros de la Unión Europea.
- Por último, hay que tener presente que la orden europea constituye un título judicial para los quince Estados miembros de la Unión Europea, de forma que basta con la cumplimentación de la misma, siguiendo el mencionado formulario, para que produzca efectos, sin que deba ser acompañada de documentos complementarios.

Al admitir el concepto de transmisión directa, la Decisión marco ODE sigue las últimas tendencias en materia de asistencia judicial entre Estados miembros de la Unión Europea. Ya se contemplaba en algunos supuestos de transmisión de comisiones rogatorias en el ámbito penal: en la vía de urgencia del Convenio 59, así como en el art. 53.1 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen. Por otra parte, así se recoge en el Convenio de 29 de mayo de 2000 sobre asistencia judicial en materia penal que se encuentra en proceso de ratificación por cada uno de esos Estados . Por último, la transmisión directa entre órganos judiciales también es la forma de comunicación elegida en los nuevos Reglamentos reguladores de determinadas cuestiones de cooperación judicial civil en la UE: Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre hijos comunes (en vigor); Reglamento 1348/2000, de 29 de mayo, sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (en vigor); Reglamento 1346/2000, de 29 de

mayo, sobre procedimiento de insolvencia (en vigor); Reglamento 44/01, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial, así como reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en vigor); y el Reglamento 1206/01, de 28 de mayo, sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil (que ha entrado en vigor en parte). En todo caso, para un adecuado análisis de la cuestión procede distinguir dos supuestos: cuando la persona reclamada se encuentra en paradero desconocido; y cuando se conoce su paradero.

Hay que tener en cuenta que el art. 8.2 DM permite que un Estado miembro decida, si es necesario debido a la organización de su ordenamiento jurídico interno, que sea su autoridad central la encargada de la transmisión y recepción de las órdenes europeas de detención, así como de toda la correspondencia oficial relacionada con ellas. Como vemos, se trata solamente de ejercer de "buzón" para la comunicación de las órdenes, pero siguen siendo las autoridades judiciales indicadas en el apartado 1 las encargadas de tomar las decisiones relativas a la entrega.

El Estado miembro que decida usar esta forma extraordinaria deberá comunicar a la Secretaría General del Consejo la información relativa a la autoridad central (segundo párrafo del art. 8.2). Se trata de una posibilidad que es extraña al sistema contenido en la DM, en el que ambas autoridades judiciales (la de emisión y la de ejecución) son las responsables de todo el proceso de entrega (decisión, transmisión y entrega), limitándose la Autoridad central a prestar el auxilio material que le sea solicitado. Y no debemos olvidar los retrasos en la tramitación de las extradiciones generados por la intervención de la Autoridad central.

La autoridad judicial de emisión podrá decidir la introducción de una descripción de la persona reclamada en el SIS. A tal efecto, el órgano judicial español cumplimentará la ODE y la remitirá a la Oficina SIRENE de España; asimismo, si quiere dar difusión internacional a la ODE, deberá enviarla a la OCN INTERPOL España. El Protocolo sobre la Orden de Detención y Entrega aconseja con carácter general la remisión simultánea a ambas oficinas, lo que contribuirá sin duda a una mayor eficacia de la orden.

Ambas oficinas llevarán a cabo las transformaciones que resulten pertinentes para la introducción de la orden en sus respectivos sistemas de difusión de órdenes. A los anteriores efectos, la Oficina SIRENE procederá a realizar la introducción de toda la información de la ODE en el SIS; sin embargo, hasta que dicho

sistema tenga capacidad suficiente para transmitir toda esa información, la mencionada oficina insertará la orden de conformidad con lo dispuesto por el art. 95 del Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen.

Por último, el art. 7.4.º de la Ley 3/2003 dispone que "las autoridades judiciales de emisión españolas remitirán una copia de las órdenes europeas enviadas al Ministerio de Justicia"

- En todo caso, y si la autoridad judicial española lo estima oportuno (por ejemplo, para evitar la huida de la persona buscada), podrá recurrir a los sistemas europeo e internacional de difusión de órdenes. En este caso, enviará la orden europea a SIRENE España y a OCN INTERPOL con arreglo al procedimiento indicado anteriormente (persona en paradero desconocido).

Tanto la Decisión Marco como la Ley 3/2003 contemplan la posibilidad de remisión de la ODE a través del Sistema de Telecomunicaciones protegido de la Red Judicial Europea, cuando se encuentre operativo.

Pese al gran impulso que la Secretaría General de la Red Judicial Europea está dando a los distintos instrumentos a su servicio, el mencionado sistema aún no se encuentra operativo y no puede utilizarse.

El art. 19.1 Ley 3/03 dispone que "la orden europea de detención se tramitará y ejecutará con carácter de urgencia

Por otra parte, en los arts. 17 y 23 DM, así como en los arts. 19 y 20 Ley 3/03, se contienen una serie de plazos de muy corta duración frente a la dilación ordinaria propia de la extradición, que va a suponer indudablemente una considerable aceleración de la entrega del sujeto reclamado.

En caso de falta de cumplimiento del plazo de decisión, incluida la posibilidad de prórroga se informará a Eurojust precisando los motivos de la demora.

- Si un Estado miembro incurre en repetidas demoras, se procederá a informar al Consejo a los efectos de evaluar la aplicación de la ODE.

- En caso de incumplimiento del plazo de entrega la persona reclamada será puesta en libertad.

Uno de los instrumentos de aceleración que ha venido siendo utilizado por la Unión Europea es la aceptación de la entrega cuando la persona reclamada preste su consentimiento, una vez que ha sido informada debidamente por la autoridad judicial, se procederá a su entrega con renuncia al procedimiento formal de la extradición

En principio, la ODE está llamada a sustituir, en las relaciones entre los Estados miembros, a todos los instrumentos anteriores relativos a la extradición (art. 31 de la Decisión Marco), haciéndolo expresamente extensivo al Convenio Europeo sobre Extradición con sus dos protocolos, al Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo en lo referente a extradición, al Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, al Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, al Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea y al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

Ahora bien, esta declaración debe ser objeto de matización en un triple sentido :

- La Decisión Marco no puede extender su eficacia fuera del ámbito al que se refiere, según su propio texto. Esto implica que cuando se trate de delitos incluidos entre los que pueden ser objeto del mandamiento europeo de detención, prevalecerán las normas de la DM, pero en los demás casos seguirán subsistiendo los convenios de extradición, de cuyas condiciones no puede disponer cada Estado sin acudir a los procedimientos permitidos en el Derecho internacional.

- Por otra parte, los convenios referidos seguirán en vigor, aunque podríamos decir que en estado de vigencia latente, también para los delitos que puedan ser objeto de mandamiento europeo de detención, de manera que si uno de los Estados miembros abandona la Unión, no podrá eludir las obligaciones contraídas en los convenios que no sean inherentes a la condición de miembro. No se trata en realidad de una derogación de los convenios multilaterales, sino el establecimiento de un ámbito de colaboración más estrecha entre los Estados que amplía, mejora y supera las obligaciones convencionales y no las suprime.

- Por último, y como se examina en el apartado siguiente, el texto de la propia DM regula su convivencia con otros tratados bilaterales o multilaterales referidos a la entrega de sujetos

C  
O  
U  
S  
e  
L  
O  
N  
B  
C  
I  
O  
U  
B  
L  
D  
e  
L  
B  
L  
C  
O  
B  
L  
C  
B  
L  
B  
L  
B

procesales.

Tradicionalmente se viene afirmando que, allí donde el interés público es relevante, los órganos judiciales del Estado solamente aplicarán el Derecho nacional, como ocurre por ejemplo en materia penal donde suele utilizarse la expresión "los Estados no aplican leyes penales extranjeras". En cambio, en aquellos supuestos en los que el interés público decrece, suele permitirse la aplicación del derecho de otro Estado, de lo que es buen ejemplo el Derecho internacional privado.

En la doctrina y en la práctica se ha venido mitigando el rigor de la prohibición de la aplicación del Derecho penal extranjero, especialmente en el campo de la extradición: un Estado puede entregar a un sujeto perseguido por otro Estado para aplicar la ley criminal de éste último, con la finalidad de incrementar la lucha contra la delincuencia y evitar la impunidad de los delitos. En definitiva, no se trata del ejercicio de una acción penal por parte del Estado requerido, sino que éste se limita a prestar asistencia en acciones penales ejercitadas por el Estado requirente.

Sin embargo, dicha entrega solamente podrá tener lugar si se respetan dos limitaciones esenciales: los principios de doble incriminación y de especialidad. En primer lugar, la aplicación del principio de especialidad supone que el Estado al que se entrega el extraditado asume el compromiso de no perseguirle por otro delito distinto a aquél por el que la extradición fue otorgada.

Por otra parte, según el principio de doble incriminación, el Estado requirente solamente puede reclamar con éxito la entrega de un presunto delincuente cuando en el sistema del Estado requerido las conductas presuntamente delictivas imputadas al extraditatus sean también constitutivas de delito . Como puede observarse, este principio está íntimamente ligado a la percepción tradicional de la soberanía porque se refiere a una reserva nacional del poder de definición de las conductas por las que merecen ser sancionados los propios nacionales . Desde el punto de vista de la extradición pasiva en España, el Tribunal Constitucional ha declarado que "es preciso desterrar la idea que subyace a la demanda de que el principio de doble incriminación equivale a una identidad de normas penales de ambos Estados", añadiendo posteriormente que "el significado de este principio consiste en que el hecho sea delictivo y con una determinada penalidad en las legislaciones penales del Estado requirente y del Estado requerido".

La exigencia de la doble incriminación, que posibilitó la

aplicación de la extradición para la persecución de criminales que se refugian en otro país, se ha convertido en un lastre para la eficacia de la búsqueda y entrega del sujeto reclamado para el ejercicio de acciones penales o para el cumplimiento de una pena:

- Porque entran en contacto dos sistemas penales distintos, con una evolución diferente tanto de la dogmática como de la práctica jurisprudencial.

- Y porque cada sistema aborda la aparición de los nuevos fenómenos criminales de manera distinta, lo que origina desfases entre los diferentes ordenamientos

Por otra parte, el mantenimiento de la exigencia de la doble incriminación supone un importante obstáculo para el desarrollo de la idea de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales porque obligaría a comprobar su concurrencia a través de un procedimiento de validación por parte del órgano judicial del Estado en el que se encuentre el sujeto reclamado.

La Propuesta de Decisión Marco de la Comisión se sitúa en una posición intermedia entre la extradición y el reconocimiento automático de resoluciones judiciales. Esta afirmación se justifica en las amplias posibilidades de denegación de la entrega que son reconocidas al Estado de ejecución en los arts. 26 a 34; siendo destacable la posibilidad de que cada Estado establezca una lista exhaustiva de conductas en la que se deniegue la entrega por ser contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de ese Estado (art. 27)

La supresión de la doble incriminación supone que, cuando la autoridad judicial que dicta la orden califica los hechos como uno de los delitos de la lista positiva, y la misma supere el mínimo punitivo según su propia legislación, la autoridad judicial de ejecución queda vinculada y no puede recalificar los hechos según su ordenamiento.

En relación con su ámbito de aplicación, la DM recoge una fórmula mixta que toma elementos de la técnica del listado de delitos y, por otra parte, del sistema de *numerus apertus*. De esta manera, distingue dos grupos de supuestos:

a) Entrega sin control de la doble incriminación, en el que La Ley se aproxima a un sistema de reconocimiento automático de resoluciones judiciales extranjeras, similar al que se está construyendo en la cooperación judicial civil que se ha comunitarizado.

Dicha entrega tendrá lugar cuando concurren cumulativamente dos requisitos:

\* Delitos que estén castigados con una pena privativa de libertad de al menos tres años en el ordenamiento del Estado emisor. En relación con este límite punitivo, resulta criticable el hecho de que el umbral se establezca solamente en torno a la pena privativa de libertad, olvidando la existencia de penas de distinta naturaleza.

\* Cuando se trate de alguno de los contenidos en la lista del art. 9.1 de la Ley 3/03 (que se corresponde con el art. 2.2 de la DM). Para la calificación de estos delitos se partirá del Derecho penal interno del Estado emisor.

b) Entrega con posible exigencia de doble incriminación (art. 9.2 de la Ley, y arts. 2.1 y 4.1 de la Decisión Marco), en el que la norma se acerca a un sistema de extradición exclusivamente judicial, y extremadamente simplificado y reglado. Se producirá si concurren dos presupuestos:

\* Cuando sea alguna infracción penal no contenida en la lista del mencionado art. 9.1 de la Ley.

\* Siempre que estén castigados, según la Ley del Estado emisor, con penas privativas de libertad cuya duración sea al menos de 12 meses, o cuando se haya dictado condena a una pena o se haya impuesto una medida de seguridad para sanciones de cuatro meses como mínimo.

En el siguiente listado se recogen los delitos del art. 9.1 de la Ley (art. 2.2 DM):

- pertenencia a organización delictiva,
- terrorismo,
- trata de seres humanos,
- explotación sexual de los niños y pornografía infantil,
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- corrupción,
- fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las CCEE según el Convenio 26.07.1995, sobre protección de los intereses financieros de las CCCEE,
- blanqueo del producto del delito,
- falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro,
- delitos de alta tecnología, en particular delito informático,

- delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas,
- ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal,
- homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,
- tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
- secuestro, detención ilegal y toma de rehenes,
- racismo y xenofobia,
- robos organizados o a mano armada,
- tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
- estafa,
- chantaje y extorsión de fondos,
- violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
- falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
- falsificación de medios de pago,
- tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento,
- tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares,
- tráfico de vehículos robados,
- violación,
- incendio voluntario,
- delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional,
- secuestro de aeronaves y buques,
- sabotaje

En relación a la no entrega de los nacionales, esta prohibición nació históricamente dentro del marco de la protección del gobernante a sus súbditos, así como en la falta de confianza en la imparcialidad del ordenamiento extranjero y del juez ajeno .

Por otra parte, frente a la línea tradicional de los países anglosajones, que construyen la idea de jurisdicción en torno al principio de territorialidad , los Estados del sistema continental han desarrollado una serie de principios o puntos de conexión que determinan la extensión de su poder punitivo o jurisdicción a hechos que tienen lugar fuera de su territorio, es decir, junto al principio de territorialidad surgen otros principios como el de personalidad, el principio real o de protección o el de persecución universal.

C  
O  
U  
S  
E  
L  
O  
N  
B  
C  
L  
O  
U  
B  
L  
D  
E  
L  
B  
L  
C  
L  
B  
B

Por aplicación de la DM reguladora de la ODE, y como una consecuencia del principio de confianza, los Estados miembros de la UE ya no podrán invocar la prohibición de no entrega del nacional, lo que supone un importante avance en la construcción del espacio judicial común, determinando asimismo ineludiblemente una alteración de la distribución de la competencia jurisdiccional de los Estados revisando la regla clásica aut dedere aut punire

En conclusión podemos colegir que el nuevo mecanismo de la euroorden viene a superar al obsoleto sistema extradicional superando los obstáculos que venían ralentizando la entrega de prófugos de la justicia y dotando de una nueva perspectiva la cooperación judicial internacional en materia penal tan necesitada de nuevas fórmulas de cooperación.

A Coruña 23 de abril de 2005.

a  
l  
u  
t  
a  
c  
l  
u  
u  
a  
l  
e  
d  
l  
a  
n  
o  
i  
c  
a  
N  
o  
j  
e  
s  
r  
o  
C



Este libro se terminó de imprimir  
en los Talleres Gráficos de  
Impresos Múltiples,  
en el mes de septiembre de 2006  
la edición consta de 1,500 ejemplares.

