



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL SOBRE EL PAPEL DEL MINISTERIO
FISCAL EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

La ausencia de una norma interna que regule la materia de cooperación internacional y que establezca una clara atribución en cuanto a su ejercicio a Jueces y Tribunales o al Ministerio Fiscal, o incluso al Ministerio de Justicia cuando se trate de tareas propias de la Autoridad Central, hace que la actual distribución de competencias sea confusa y que las funciones sean en muchos casos compartidas por diversas autoridades de forma que, especialmente en el ámbito de la cooperación pasiva, el Fiscal esté ejecutando -plenamente respaldado por el marco legal existente- muchas de las diligencias solicitadas por autoridades extranjeras de la misma forma que pueden hacerlo los Jueces y Tribunales. Por supuesto también en el ámbito de sus diligencias de investigación el Fiscal puede emitir comisiones rogatorias solicitando aquellas diligencias que estén dentro de sus competencias en el ámbito nacional.

Durante estos últimos años, varios factores han contribuido a incrementar la participación del Fiscal en materia de auxilio judicial internacional.

El primero es, sin lugar a dudas, el principio de traslado de solicitudes y comunicación directa entre autoridades competentes en el ámbito de la UE, iniciado en los Acuerdos de Schengen y consagrado en el Convenio 2000 así como en los diversos instrumentos dictados en desarrollo del Principio de Reconocimiento Mutuo. Este marco lleva directamente a la práctica totalidad de las Fiscalías extranjeras -que normalmente son las encargadas en sus



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

respectivos países de realizar la instrucción penal- a remitir las solicitudes de auxilio a la Fiscalía española.

En segundo lugar, contribuye grandemente al papel que desarrolla en esta materia la Fiscalía su propia característica de órgano único con capacidad y autonomía para organizarse internamente y con la especialización como principio estructural. El establecimiento de una organización centralizada y especializada, así como en particular la existencia de una Red de Fiscales de Cooperación Internacional (la decana de las Redes existentes en el ámbito del Ministerio Fiscal) que hace que en cada Fiscalía Provincial o Especial haya uno o varios Fiscales con competencia específica en esta materia, propicia la celeridad, el contacto directo y la confianza mutua, además del acierto en el tratamiento de los asuntos. La actividad dedicada y eficaz de estos Fiscales ha llevado a que su prestigio sea reconocido por las autoridades extranjeras y por ello se tienda a remitir gran parte de las solicitudes a las Fiscalías, evitando pasos burocráticos por los Decanatos -con los consiguientes retrasos- y la intervención de órganos sin especialización ni dedicación específica.

El tercer punto de inflexión ha sido la coordinación llevada a cabo por la Fiscal de Sala de Cooperación Internacional y la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado, que permite mantener criterios unificados de actuación y dar respuestas completas a las cuestiones complejas que requieren, en muchos casos, la actuación coordinada y organizada en el territorio de varias provincias.

Pues bien, si esta actividad ha llevado al reconocimiento de autoridades extranjeras y también de las nacionales (tanto de los jueces y tribunales -quienes dirigen un número no desdeñable de consultas a los miembros de la Red de Fiscales en cuestiones operativas- como de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

del Estado), parece que en el Ministerio de Justicia se mantienen unas dudas y reticencias al respecto que, amén de no estar respaldadas por razones de fondo válidas, se han manifestado de un modo institucionalmente inexplicable para con el Ministerio Fiscal por cuanto en lugar de debatir abiertamente con la Fiscalía aquellos puntos que pudieran considerarse poco claros, se ha optado por la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia (en adelante DGCJI) por encargar a la Abogacía del Estado un informe relativo a *“las competencias del Ministerio Fiscal en relación con la cooperación judicial internacional”* (en adelante, el Informe) para conocer los fundamentos de la actuación de la Fiscalía.

Este Informe, fechado el 17 de febrero de 2014, no ha sido objeto de debate con la Fiscalía y tan sólo tras haberse pedido expresamente en una reunión con el Ministro por parte de representantes de las Asociaciones de Fiscales y Vocales del Consejo Fiscal, se ha dado finalmente traslado del mismo, de modo que sólo ahora podemos conocer -y discrepar- de las discutibles argumentaciones que contiene y más aún de las dudosas consecuencias que el Ministerio parece querer extraer de sus conclusiones.

Al margen de nuestra discrepancia por la mera petición del informe por parte de la DGCJI sin haber discutido franca y abiertamente con la Fiscalía las cuestiones sobre las que pudiera albergar dudas, y sin perjuicio del máximo respeto que nos merece la excelente preparación de que la Abogacía del Estado hace gala en todos sus informes, hemos de manifestar nuestra discrepancia de fondo con partes sustanciales del mismo.

El Informe adolece del debido conocimiento de la organización interna del Ministerio Fiscal en esta materia -en particular de la existencia de un Fiscal de Sala que la coordina, que es obviado en el detallado análisis que se realiza en el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

FJ tercero sobre las estructuras dedicadas en el Ministerio Fiscal a la cooperación internacional, con olvido, tanto del nombramiento publicado en el BOE el 2 de Abril de 2011, como de la Instrucción 1/2011 que crea la figura del Fiscal de Sala Coordinador en esta materia y la Unidad de Cooperación Internacional- pero sobre todo hemos de exponer aquí nuestra discrepancia con las consecuencia prácticas que el Ministerio parece querer extraer del mismo.

El informe ignora también que al Fiscal le corresponde en materia de cooperación internacional el control de la legalidad que incorporan los Tratados Internacionales y el Derecho Europeo, y que en ejercicio de esa defensa de la legalidad el Fiscal representa y acciona en ocasiones a petición de las propias autoridades extranjeras sin representación en las actuaciones y que recurren al Fiscal para la interposición de los recursos oportunos al igual que el Fiscal español recurre a sus homólogos para la defensa del interés español en la práctica de alguna diligencia. Y también omite el relevante papel que en relación con Eurojust atribuye al Fiscal la Ley 16/2006, de 26 de Mayo por la que se regula el estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea.

Se trata, como podrá concluirse a la vista de los argumentos que se irán exponiendo, de un Informe que debilita el papel que en esta materia corresponde del Ministerio Público por cuanto se dedica esencialmente a señalar lo que no puede hacer el Fiscal, sin valorar aquello que sí puede acometer y sin tratar qué actuaciones es más aconsejable que sean realizadas por un Fiscal por razones de eficacia. Lo que podría haber sido una actuación encaminada a optimizar recursos o establecer sinergias en beneficio de la finalidad común de conseguir un mejor auxilio internacional se convierte así en un mero soporte para justificar la exclusión del Fiscal del ámbito que como autoridad judicial le corresponde.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

No deja de llamar la atención el que, mientras que las autoridades judiciales extranjeras y los organismos internacionales felicitan a la Fiscalía por el acierto y celeridad con que se presta el auxilio requerido, sea precisamente el Ministerio de Justicia quien ponga trabas a esta bien ganada fama, sin ninguna finalidad que resulte comprensible. Es más, no sólo no es raro sino que resulta lamentablemente común el que a la Fiscalía lleguen peticiones de auxilio subordinadas a otras anteriores que fueron dirigidas a otras instituciones y respecto de las que se hace necesaria una labor de especial impulso que se encomienda al Fiscal.

Entrando en un análisis más pormenorizado del Informe, puede señalarse aquí que ya en el primer párrafo del primer fundamento jurídico del mismo se contiene un error de base al manifestarse que la cooperación judicial internacional “*es manifestación de la potestad jurisdiccional*” y, por tanto, por aplicación del art. 117.3 CE, “*corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*”. Aun cuando esto se predica de un presunto *sentido estricto* de cooperación y no de la cooperación en sentido amplio, lo cierto es que ni tan siquiera sería correcto en aquel caso, puesto que se olvida que buena parte -por no decir la inmensa mayoría- de la actividad de auxilio judicial se desarrolla en el plano de las investigaciones de los diversos delitos, en los que se hace preciso recabar el auxilio de autoridades de otros países o prestarla cuando es solicitada por autoridades extranjeras, muchas de ellas policías o agencias de investigación sin carácter judicial alguno. No puede España imponer a las autoridades extranjeras interpretaciones propias de nuestro derecho interno, sobre todo porque al ejecutar una comisión rogatoria el Fiscal no está haciendo uso de ninguna potestad o facultad excepcional, sino que se está limitando a aplicar sus poderes propios conforme a lo previsto en el art. 4 a la luz del art. 3.15, ambos del EOMF. Ello implica que el Fiscal que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ejecuta una solicitud de auxilio está sometido a los mismos límites que nos impone nuestro ordenamiento interno, por lo que no podrá acordar por sí diligencias que afecten a los derechos fundamentales, cuestión que viene siendo respetada en la práctica.

Lo importante es destacar aquí que la actividad de auxilio judicial internacional no consiste en “*juzgar o hacer ejecutar lo juzgado*” -que son las que determinan la exclusividad para Juzgados y Tribunales ex art. 117.3- sino más bien en promover la acción de la Justicia, expresión que nos remite de lleno, no al art. 117 como parece desprenderse del Informe, sino al 124 CE, regulador, como de todos es sabido, del Ministerio Fiscal y que, con los límites que se acaban de mencionar respecto de la afectación de derechos fundamentales, permite la plena actuación del Fiscal.

El propio Informe (FJ tercero, pág. 7) reconoce lo anterior al indicar que “*las diligencias previas y el sumario plantean tradicionalmente controversias acerca de si deben considerarse manifestación del ejercicio de la potestad jurisdiccional o no, dado que por su naturaleza y por su carácter inquisitivo, no encajan en el concepto de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*”. Lo antedicho, unido al tenor literal del art. 3.15 del EOMF, deja fuera de toda duda el papel del Ministerio Fiscal en el auxilio judicial, entre otras cosas porque el propio Informe reconoce que la expresión “*autoridad judicial*” en los diversos convenios internacionales se extiende al Ministerio Fiscal (FJ segundo, pág. 5, y FJ cuarto pág. 15 citando la exposición de motivos de la ley 18/2006), si bien no es cierto que esto sea así desde 2011 -cuando se incorporó al concepto a los secretarios judiciales- como erróneamente se recoge, sino desde 1982, fecha de la primera declaración efectuada por España al Convenio de Asistencia Mutua en Materia Penal de 1959. La subsiguiente expresión “*sin embargo (...) el alcance de sus*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

atribuciones viene marcado por la remisión al ordenamiento jurídico interno” no supone problema alguno, como ya se ha indicado más arriba, puesto que la ejecución de una comisión rogatoria se basa y ha de ajustarse a las normas de actuación y facultades ordinarias que corresponden a un Fiscal español.

En definitiva, se parte del error de base de confundir la competencia interna para instruir con la competencia para investigar que corresponde también al Ministerio Fiscal y con la competencia para ejecutar una solicitud de auxilio, que no equivale en modo alguno a lo anterior. Nada hay que oponer a la enumeración de convenios y normas que se hace el Informe en FJ cuarto (págs. 9 a 22) salvo quizás indicar que la mención al Segundo Protocolo Adicional de 8 de noviembre de 2001 (pág. 11) resulta inadecuada por el hecho de no haber sido ratificado por España y, por tanto, no ser de aplicación. Igualmente resulta extraño que se enumeren con tanto detalle aquellos instrumentos de reconocimiento mutuo en los que la competencia corresponde a los jueces o tribunales (OEDEs, sanciones pecuniarias, embargos preventivos) puesto que se trata de materias claramente determinadas por la ley y en las que el Ministerio Fiscal jamás ha pretendido llegar más allá de los límites señalados por las normas de transposición.

Pero sobre todo llama la atención que al reseñar los elementos constituyentes del Proyecto de Ley sobre Reconocimiento Mutuo, que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria, se indique que “*de suyo no afectan al esquema general seguido en los demás casos tal y como se ha expuesto*”, sobre todo porque la transposición de alguno de ellos – señaladamente, de la Decisión Marco 2008/978/JAI de 27 de noviembre sobre el exhorto europeo de obtención de prueba- basculan todo el peso de su ejecución precisamente en el Fiscal (art. 188.2 del Proyecto), lo que contradice la posición



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mantenida por el Informe cuando en el último párrafo del FJ tercero señala que “salvo atribución expresa *el Ministerio Fiscal no podría ejecutar las diligencias interesadas por un juez o tribunal extranjero en el marco de un procedimiento judicial penal, pues en ese caso la cooperación se torna judicial en sentido estricto y ha de efectuarse entre órganos judiciales*”. Es precisamente lo contrario lo que se determina en el citado Proyecto.

Es importante aquí aclarar que el concepto de autoridad judicial es esencialmente heterogéneo en el ámbito internacional y no cabe extraer del carácter y nombre de juez, fiscal, etc. una idea de homologación con las competencias de esa figura en cada ámbito nacional. Si así fuera, la consecuencia que el informe extrae respecto a que el Fiscal no puede ejecutar diligencias solicitadas por un juez o tribunal extranjero, convirtiendo en de exclusividad jurisdiccional una diligencia dependiendo del nombre de la autoridad que lo solicita, podría conducir a la conclusión contraria, que obligaría a que diligencias solicitadas por un Fiscal o un Policía extranjero deban ser ejecutadas por sus homólogos en España. No es así, al contrario, insistimos en que el Fiscal puede ejecutar en sus competencias de investigación todas aquellas diligencias que no estén reservadas en España a la autoridad judicial. Al igual que ocurre a la inversa, donde Fiscales extranjeros ejecutan diligencias emitidas por Jueces y Tribunales españoles como Jueces y Tribunales extranjeros ejecutan diligencias emitidas por Fiscales españoles.

En el ámbito internacional no cabe imponer el concepto de autoridad judicial interno sino que deben respetarse las competencias internas de las autoridades intervinientes. Hay varios ejemplos de ello. *Por ejemplo el Tribunal Supremo Federal de Brasil, en sentencia de 26 de Febrero de 2008, denegó la cooperación solicitada por la Fiscalía de Suiza para practicar unos embargos al*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

considerar que el Ministerio Público de ese país no era autoridad judicial y no podía emitir comisiones rogatorias. Esta sentencia, que comprometía gravemente todo el sistema de cooperación internacional con Brasil al imponer su concepto interno de autoridad judicial al orden internacional, fue recurrida por el Ministerio Fiscal de Brasil y finalmente fue revocada por decisión del Tribunal Supremo en Abril de 2009 que reconoce la necesidad de respeto a la organización judicial de cada país.

Las competencias de las autoridades judiciales en relación con la detención han sido también objeto de debate. Una sentencia del Tribunal de Apelación de Argentina rechazó la entrega extradicional de un ciudadano francés que había sido requerida por Francia debido a que la emisión de la orden internacional había sido realizada por el Fiscal. En Francia la ley que regula internamente la orden europea de detención y entrega establece que es el Fiscal el legitimado para introducir las órdenes de busca y captura en el sistema de información de Schengen -SIS- y también en el sistema de INTERPOL. Siendo así, el Tribunal entendió en segunda instancia que no se cumplía con el requisito de orden de detención adoptada en “*resolución judicial*” que exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina. Sin embargo, tras el correspondiente recurso, otra vez del Ministerio Público, la Corte Suprema de Argentina en sentencia de 13 de Julio de 2010 modificó este fallo. La nueva resolución considera que la regulación europea y francesa de la euroorden hacen referencia a que ésta es una “*resolución judicial*”, dictada en cada país por la autoridad de derecho público que se establezca como competente y entiende que no hay obstáculo a que se adopte en Argentina y para estos efectos la interpretación de “*autoridad judicial*” que deriva de la propia Decisión Marco.

De la misma forma se pronuncia nuestro TS en sentencia 1176/94, de 6 de Junio de 1994 donde se afirma que el ámbito del espacio judicial europeo no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cabe hacer distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos y otros jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma.

Por ello nuevamente la conclusión es que el Ministerio Público puede, y debe, ejercitar las competencias que le corresponden internamente también en el ámbito de la cooperación internacional.

Pero al margen de las incorrecciones antedichas, pese a la argumentación que se realiza en el Informe, lo cierto es que el tenor de las conclusiones del mismo sería aceptable, a salvo de algunos matices en relación con peticiones realizadas por el Ministerio Fiscal en la fase intermedia -cuestión sobre la que incidirá más adelante-, por cuanto indica en su Conclusión Primera que *“el Ministerio Fiscal carece de competencias para emitir solicitudes activas de cooperación internacional en el curso de un procedimiento judicial”* y que *“en el ámbito de unas diligencias de investigación -que no son por definición judiciales- es posible la solicitud activa de cooperación internacional si así lo reconoce un Convenio, Ley o una norma europea de aplicación directa y siempre que por razón de la naturaleza del auxilio no sea necesaria por nuestro derecho interno la intervención del Juez”*.

La Conclusión Segunda se refiere al auxilio pasivo, y se limita a indicar que puede prestarse por el Ministerio Fiscal cuando lo prevean la Ley o los Convenios y se trate de actuaciones que por su naturaleza o contenido no requieran de intervención judicial.

Lo antedicho en ambos párrafos precedentes, y no otra cosa, viene siendo la práctica habitual seguida por las Fiscalías y coincide con lo que ya se recogía en la Instrucción 2/2003 de la Fiscalía General del Estado, la cual por cierto tampoco es objeto de mención alguna en el Informe.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Precisamente por ello, las interpretaciones reduccionistas realizadas por el Ministerio de Justicia respecto del papel del Fiscal en la cooperación internacional -y más concretamente en el ámbito del auxilio judicial- no pueden basarse en un Informe que, a fin de cuentas, no aporta ninguna base jurídica novedosa que impida al Fiscal seguir realizando las mismas actividades que hasta ahora, y sólo pueden venir avaladas por una actitud recelosa, que es la que preocupa en el presente documento.

Baste mencionar como apoyo de lo antedicho las dificultades puestas por la DGCJI para tramitar alguna comisión rogatoria activa dictada en el seno de diligencias de investigación y respecto de países cuyo convenio bilateral reconoce expresamente al Ministerio Público como autoridad competente. A la vista de las conclusiones del Informe, resulta poco menos que imposible encontrar una base para ello. Otras posibles interpretaciones respecto a estas dificultades podrían llevar incluso a plantear no solo quejas por indebido funcionamiento de la autoridad central sino que incluso la falta de colaboración o la revelación del contenido de las diligencias solicitadas a funcionarios ajenos a la propia DGCI podría ser constitutiva de infracción penal.

Para concluir con el análisis de la primera parte del Informe, queda referirse al matiz antes anunciado en relación con un aspecto sobre el que el Informe parece no haber reparado: la necesidad de que el Ministerio Fiscal pueda emitir comisiones rogatorias durante la fase intermedia a fin de poder asegurar debidamente el ejercicio de la acción penal que le compete. En estos casos no existe norma alguna que obligue a realizar estas peticiones a través del órgano judicial ni tiene sentido que ello sea así por cuanto se trata de una actividad que en puridad ni es de instrucción ni está relacionada con el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en qué consiste la actividad jurisdiccional, tratándose



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

por el contrario de una actividad preparatoria del ejercicio de la acción penal que el Fiscal puede y debe llevar a cabo de forma autónoma.

Sentado todo lo anterior, al margen de la materia genérica del auxilio judicial, el Informe trata una cuestión muy específica y delicada, como es la de los Equipos Conjuntos de Investigación (ECIs, en adelante) y el papel que en ellos corresponde al Ministerio Fiscal. En relación con este punto se vienen produciendo desde el mes de marzo de 2014 unas actuaciones de la DGCJI, supuestamente amparadas en el Informe que se está analizando, que ha intervenido directamente para modificar acuerdos pactados ya entre las autoridades españolas (Juez y Fiscal) y autoridades judiciales de otros países, con la exclusiva finalidad de excluir al Fiscal del co-liderazgo del equipo, con merma de la posición constitucional y procesal que el Ministerio Fiscal tiene como garante de la legalidad y de los derechos fundamentales en el proceso penal, y sin valorar las graves consecuencias procesales que puede acarrear el que el Fiscal no sea co-líder del ECI, habida cuenta de la imposibilidad de aceptar un papel de mero miembro por la subordinación que ello implica. Veamos con mayor detalle esta cuestión.

Los ECIs son un instrumento cooperación internacional que consiste en la formación de grupos internacionales operativos de investigadores, constituidos por acuerdo de las autoridades competentes de dos o más estados para llevar a cabo coordinadamente investigaciones penales en el territorio de todos o alguno de ellos, en relación con unos hechos delictivos determinados y por un periodo de tiempo limitado.

La regulación española de los ECI se encuentra en *la Ley 11/03 de 21 de mayo sobre Equipos Conjuntos de Investigación penal en el ámbito de la Unión*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Europea y en la Ley Orgánica 3/2003 reguladora del régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos Equipos que adelantaron el texto de la posterior Decisión Marco 2002/465 del Consejo de 13 de junio de 2002. Aparecen también los ECI en diversos convenios Internacionales, señaladamente en el conocido como Convenio 2000, por el que se canaliza la mayor parte de las peticiones de auxilio judicial recibidas en España.

Esta regulación es inadecuada y así se ha puesto de manifiesto reiteradamente desde el Ministerio Fiscal ya que, aunque sin duda es bastante fiel a la letra de la Decisión Marco, olvida adaptar el instrumento a la realidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la estructura nuestra Administración de Justicia y, por ello, está provocando problemas en la práctica que podrían empezar a generar reclamaciones de las partes y posibles nulidades en procedimientos judiciales. La solución debería pasar necesariamente por la revisión de la ley nacional que los regula, una modificación legal que la Fiscalía General ya planteó en la Memoria anual de 2012, referida al ejercicio 2011.

Uno de los temas más deficientes en la regulación española de los ECIs es el de la autoridad competente para la constitución del equipo, punto que el Informe se limita a tocar desde una perspectiva puramente descriptiva. Aun cuando no es objeto de tratamiento por el Informe, bueno será hacer alguna consideración al respecto de la concreta regulación vigente.

El Art. 3 de la Ley 11/2003 establece que la autoridad competente será:

- La Audiencia Nacional, cuando la investigación recaiga sobre los delitos cuyo enjuiciamiento corresponda a dicho órgano jurisdiccional y participen en el equipo miembros de la carrera judicial o fiscal.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

- El Ministerio de Justicia, cuando la investigación recaiga sobre los delitos para cuyo enjuiciamiento no resulte competente la Audiencia Nacional y participen en el equipo miembros de las carreras judicial o fiscal.
- El Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad, en todos los supuestos en que no participen en el equipo conjunto de investigación miembros de las carreras judicial o fiscal.

Lo primero que llama la atención es la mención a la “*Audiencia Nacional*” como autoridad competente, una mención que tiene una significación ininteligible en nuestro marco jurídico orgánico y procesal, lo que es fuente de continuos problemas interpretativos a la hora de concretar el órgano competente dentro de la misma. En ocasiones se ha defendido que la referencia debe considerarse hecha a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional en tanto que se interpretó en algún momento que el acuerdo de constitución no era una tarea propiamente jurisdiccional; pero en la práctica, quienes están actuando como autoridad competente y autorizando la constitución del equipo son los Jueces Centrales de Instrucción y la Fiscalía de la Audiencia Nacional al igual que la Fiscalía Especial Antidroga y la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada cuando se trata de investigaciones que entran en el ámbito de competencia de la Audiencia Nacional.

La segunda cuestión que se plantea ante esta regulación es que no se explica ni puede justificarse constitucionalmente el motivo de una diferente atribución de competencias que otorga plena autonomía a la Audiencia Nacional y somete al resto de los órganos competentes al criterio y voluntad del Ministerio de Justicia. La distribución de competencias entre órganos territoriales y Audiencia Nacional se realiza en atención al tipo de delito y al lugar o lugares donde se cometen, pero las atribuciones para la actuación en relación con los



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

delitos que recaen en sus respectivas competencias son las mismas y no hay en la Ley Orgánica del Poder Judicial limitación alguna que permita un tratamiento diferente en relación con este instrumento de cooperación internacional.

Aun más, como ya se decía en la Memoria de 2012, lo que resulta especialmente inadecuado es la intervención del Ministerio de Justicia como autoridad competente cuando se trate de delitos que no entren dentro de la competencia de la Audiencia Nacional. No cabe duda de que el Ministerio de Justicia se puede ver afectado en relación con los gastos que puede generar el funcionamiento del ECI –si bien hay que señalar que en este momento la práctica totalidad de ECIs están siendo financiados por Eurojust-, o pretender tener acceso a información estadística. Pero no se entiende que un órgano administrativo, por más que tenga funciones como autoridad central en materia de cooperación internacional, pueda decidir acerca de la constitución o no de un ECI o pueda determinar elementos tan importantes como la cuestión del liderazgo del mismo, máxime cuando, habida cuenta de que las investigaciones son secretas, no debería conocer ningún detalle concreto de los hechos investigados.

No está de más volver a recordar aquí que la cooperación judicial en Europa, por voluntad de los propios Estados Miembros, ha sido extraída del ámbito gubernativo y se ha convertido en responsabilidad principal de las autoridades competentes en la investigación y a ello responde tanto el principio de traslado y comunicación directa de las solicitudes de auxilio como el principio de reconocimiento mutuo. Resulta contradictorio que, a la vez que se extrae del ámbito gubernativo el intercambio de comisiones rogatorias, se dé intervención a la administración para intervenir en el modo que se ha expresado en un ECI, una de cuyas funciones es precisamente cooperar de forma más ágil y sin intercambio formal de solicitudes de auxilio.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Pero si la situación descrita ya preocupaba al Ministerio Público en 2011, cuando el Ministerio de Justicia se limitaba a autorizar formalmente las solicitudes planteadas sin entrar a conocer o discutir en modo alguno lo que se sometía a su autorización, más ha de parecer ahora inadmisibile el nuevo rol que se atribuye la DGCJI por cuanto el Ministerio ha decidido cambiar sustancialmente su intervención para pasar a modificar unilateralmente en su autorización los términos del acuerdo que le son sometidos por las autoridades judiciales competentes.

No debe dejar de advertirse que la propia DGCJI afirmó el pasado mes de febrero a las preguntas de los evaluadores de la Sexta Ronda de Evaluaciones de la Unión Europea, que el Ministerio no se inmiscuía en el contenido de los ECIs y que su función se limitaba a autorizar los acuerdos tal y como se les presentaba. Lamentablemente, parece ser que una vez concluida la visita de Evaluación, algo ha sucedido que ha hecho que el Ministerio cambie radicalmente su concepción sobre el tema. Huelga decir que en ningún momento se nos ha informado al Ministerio Fiscal acerca de las razones que lo pueden haber motivado porque el Informe que ahora analizamos no puede ser tomado, como veremos a continuación, como causa del cambio de posición.

De hecho, la primera resolución de la DGCJI inadmitiendo la propuesta realizada por las autoridades competentes y modificando los términos del acuerdo se lleva a cabo el 20 de marzo de 2014 y en ella ni tan siquiera se menciona el Informe como argumento de autoridad.

En la segunda ocasión, la resolución de la DGCJI de 9 de Abril de 2014, sí menciona el Informe literalmente, señalando que *“Interviniendo en el equipo de investigación un miembro de la carrera judicial no parecería lógico dado que*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

es en ultimo termino una la autoridad judicial la responsable del procedimiento donde se incardina la investigación que el jefe del equipo fuera un Fiscal u otro funcionario miembro del equipo”.

Independientemente de la interpretación que la DGCJI quiera atribuir al Informe, la más somera de las lecturas del mismo permite notar que en ningún momento se señala que sea contrario a la legalidad la existencia de un Fiscal co-liderando el ECI. De hecho, el Ministerio había venido autorizando varios ECIs con estas características y todos los que se siguen desarrollando en el ámbito de la Audiencia Nacional continúan presentando un co-liderazgo entre el Juez y el Fiscal.

La incoherencia que se indica, ni se explica, ni parece fundamento suficiente para el cambio de criterio, sobre todo porque no viene avalada por argumentos legales de ningún tipo y, por otra parte, porque el Informe parece rechazar una situación que jamás se ha producido en la práctica ni se ha pretendido en modo alguno por el Ministerio Fiscal: la posibilidad de que en un ECI con procedimiento judicial abierto en España sea el Fiscal el único líder del mismo. Si se lee con atención el párrafo entrecorillado anteriormente (FJ quinto pág. 23) lo que se rechaza por el Abogado del Estado es precisamente eso: que cuando es el juez el responsable del procedimiento, no parece lógico que el jefe del equipo fuese un Fiscal. Lo que, por cierto y *a sensu contrario*, permite un papel de líder en solitario al Fiscal siempre y cuando el procedimiento abierto en España no sea judicial sino unas diligencias de investigación.

Lo verdaderamente trascendente es que de la antedicha argumentación no puede derivarse que existan obstáculos legales para un efectivo co-liderazgo, que en ningún momento excluye la dirección del juez, pero que se adapta mucho



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mejor a la realidad de nuestro sistema procesal, con una instrucción dirigida por el juez pero en la que de modo necesario y autónomo ha de estar siempre presente un Fiscal como garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos. No puede pasarse por alto que en España los sumarios, conforme establece el Art. 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se instruyen bajo la inspección del Fiscal y que el Ministerio Público en la instrucción tiene una misión de defensa de la legalidad que le permite y obliga a conocer toda medida de investigación adoptada y le otorga la posibilidad de decidir participar en ella. A la vista de esto parece que yerra el Informe al conceder que la presencia del Fiscal en los ECIs es “*conveniente y útil*” en la mayoría de los casos (FJ quinto pág. 23), toda vez que resulta claro que esta intervención es simplemente imprescindible. No olvidemos que el ECI no es un procedimiento independiente sino un mecanismo de recopilación de pruebas que han de servir en un concreto procedimiento preexistente.

Por ello resulta vacío de contenido el argumento usado por el Informe (FJ quinto pág.23) de que en la ley reguladora de los ECIs “*tampoco se impone de suyo la participación en dichos equipos de miembros del Ministerio Fiscal en todos los casos ni por ende que hayan de ser designados jefes de equipo*”. Son el conjunto de normas procesales aplicables en nuestro sistema y la función constitucionalmente atribuida al Ministerio Fiscal las que determinan la necesaria participación del Fiscal en los ECIs y el que deba hacerse en calidad de líder (en casos de diligencias de investigación) o co-líder (en los demás casos, junto al juez).

En efecto, no cabe duda de que el Fiscal sólo puede estar en un ECI como líder en solitario (si se trata de diligencias de investigación), o como co-líder (si hay procedimiento judicial). No hay otra posibilidad, puesto que la posición de mero miembro implica una subordinación a los líderes que es



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

incompatible con la autonomía inherente a la función de Fiscal. El respeto a la autonomía funcional del Ministerio Fiscal y su posición procesal impiden que el Fiscal sea un miembro ordinario en el ECI ya que la ley española contempla estos miembros como los investigadores a los que el jefe del equipo pueda encomendar la ejecución de medidas de investigación.

Pero a la vez, resulta igualmente impracticable la existencia de ECIs sin la presencia del Fiscal puesto que esta falta de participación no puede suponer que no se le notifique adecuada y puntualmente cada decisión adoptada -que deberá en el procedimiento español tener a forma de providencia o auto- o que no esté presente en la práctica de cualquier diligencia que se lleve a cabo en España o en el extranjero, si lo considera oportuno. La práctica igualmente nos muestra que es el Fiscal quien, cuando acaba la actividad del Equipo, sigue en contacto con las autoridades extranjeras que lo integraron para conocer el resultado de los enjuiciamientos en cada país y buscando toda la información sobre resultados y pruebas para poder presentarla en el juicio oral en España. La exclusión del Fiscal del ECI podría dar lugar a que el mismo Ministerio Público, las defensas o las acusaciones planteen una nulidad puesto que su ausencia priva a los afectados por la investigación de una garantía imprescindible en el procedimiento español cual es la intervención de un defensor de la legalidad y de los derechos fundamentales.

Si es la preocupación por la legalidad lo que ha movido al cambio de criterio de la DGCJI, debería prestarse idéntica atención a las incoherencias derivadas de la persistencia del co-liderazgo en el ámbito de la Audiencia Nacional, o al estudio de cuál haya de ser el papel que le corresponde al Fiscal en el equipo si no aparece como colíder. De todas estas cuestiones guarda silencio el Informe que estamos analizando, siendo así que son de una extrema importancia por las consecuencias prácticas que pueden ocasionarse.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En definitiva, la posición mantenida por la DGCJI -incorrectamente apoyada en el Informe, que no dice lo que el Ministerio pretende- que no es sino una intromisión del Ministerio de Justicia en una decisión acordada previamente por el Juez y el Fiscal presentando un acuerdo con una posición de co-liderazgo, debe considerarse contraria a la independencia judicial, por cuanto supone un control de legalidad del Ministerio sobre una cuestión puramente procesal que excede de sus competencias, por más que formalmente la ley parezca permitirlo.

La posición de co-liderazgo no modifica en modo alguno las respectivas competencias del Juez y el Fiscal en la investigación interna, ni altera la posición que a cada uno corresponde en el procedimiento español. Es más, la experiencia nos demuestra que el co-liderazgo es una práctica bastante común en Europa, hasta el punto que el Manual para la Constitución de Equipos Conjuntos de Investigación aprobado por Europol y Eurojust no solo la admite sino que la recomienda. Ésta ha sido la solución adoptada en varios casos por otros Estados miembros, como Francia, donde el Fiscal figura como colíder junto al Juez de Instrucción.

Curiosamente, la Tercera Conclusión del Informe, dedicada a los ECIs se limita a referir las competencias de la autoridad competente en relación con los equipos, pero sin concluir nada por lo que se refiere a la cuestión del co-liderazgo o de la posición en que podría quedar el Ministerio Fiscal.

Y, por último, la Cuarta Conclusión, correlativamente a lo que se analiza en el FJ séptimo, se refiere al papel de la DGCJI como Autoridad Central, por más que no se alcanza a comprender la razón de este análisis en un Informe que se dice solicitado en relación con las competencias del Ministerio Fiscal en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

materia de cooperación internacional, siendo así que resulta evidente que no es el Ministerio Fiscal dicha Autoridad Central, ni jamás se ha pretendido en modo alguno negar el papel que corresponde al Ministerio en esta materia, sin perjuicio de que, *de lege ferenda*, sí hayamos defendido la necesidad de replantearse el papel de la Autoridad Central y la conveniencia de hacerla coincidir con alguna autoridad operativa, como sería la Fiscalía. Pero esa cuestión excede de los límites del presente escrito.

Madrid a 25 de julio de 2014

**EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL**

Eduardo Torres-Dulce Lifante