

Instrucción 3/2001, de 28 de junio, sobre los actuales mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en materia penal.

El creciente fenómeno de la delincuencia organizada de carácter transnacional, la progresiva eliminación de fronteras en Europa, el aumento del nivel de vida, el afán por conocer otros países y el continuo intercambio cultural, son otros tantos factores que han convertido en algo cotidiano el hecho de que muchas personas viajen y se trasladen frecuentemente de un país a otro. De esta manera, ya no resulta en absoluto excepcional que, en el marco de un proceso penal, sea preciso reclamar el auxilio de las autoridades judiciales extranjeras, ya sea para recibir declaración a un imputado o testigo residente en el extranjero, ya sea para instar o coordinar la actividad investigadora de los agentes policiales de otros países, o para recabar cualquier otro tipo de auxilio judicial.

La toma de conciencia de esta nueva realidad ha hecho que, sobre todo en los últimos años, hayan evolucionado y progresado considerablemente las iniciativas normativas encaminadas a mejorar y simplificar los actuales mecanismos de cooperación judicial en materia penal, sobre todo en el marco de la Unión Europea.

El Ministerio Fiscal no puede permanecer ajeno a esta realidad, y por ello es necesario que todos sus miembros adquieran un conocimiento profundo y constante de las normas que regulan la cooperación judicial internacional. La presente instrucción pretende ser un recordatorio de esta necesidad, que obviamente sólo podrá ser colmada plenamente mediante el esfuerzo y dedicación personales.

Aun siendo conscientes de que el vertiginoso ritmo de producción normativa en esta materia obliga a una permanente actualización, y que los instrumentos vigentes quedarán muy pronto superados por las previsiones futuras, se ha creído necesario hacer a continuación una sucinta exposición de las normas que actualmente regulan la cooperación judicial en materia penal, a fin de que los miembros del Ministerio Fiscal acomoden a ellas su actuación en este ámbito.

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Convenio de 1959)

A pesar de las múltiples iniciativas que -sobre todo en el ámbito de la Unión Europea- se han desarrollado recientemente en materia de cooperación judicial internacional, el texto normativo básico y de obligada referencia en este campo sigue siendo el Convenio nº 30 del Consejo de Europa o Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, completado con el Protocolo Adicional al Convenio de 17 de marzo de 1978.

Las normas que sobre cooperación judicial contiene el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, o el reciente Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (pendiente todavía de entrar en vigor), expresamente se remiten a este Convenio del Consejo de Europa, cuyas disposiciones tratan de completar y de facilitar su aplicación.

España ratificó este tratado el 18 de agosto de 1982, formulando una declaración según la cual «a los efectos del presente Convenio serán consideradas como autoridades judiciales (...) los miembros del Ministerio Fiscal». Esto pone de relieve la necesidad de que todos los Sres. Fiscales, habida cuenta de que pueden dirigir comisiones rogatorias a las autoridades de otros países, o bien ser requeridos por éstas para cumplimentarlas, conozcan a fondo el Convenio y las normas posteriores que lo desarrollan o potencian su aplicación, y de las que se hace mención en la presente Instrucción.

Por otra parte, la reciente adhesión de numerosos países, en particular de la Europa del Este, hacen que no resulten fiables -por no estar suficientemente actualizadas- las tablas de Estados parte, fechas de ratificación o adhesión al Convenio y a su Protocolo, así como de declaraciones y reservas efectuadas, contenidas en la mayor parte de las publicaciones escritas. El método más seguro para saber si el Convenio rige las relaciones de España con otro Estado, y en qué condiciones, es la consulta de la información que, plenamente actualizada, ofrece la sección relativa a los Convenios de la página *web* del Consejo de Europa (conventions.coe.int), con el único inconveniente de estar disponible tan sólo en los dos idiomas oficiales de la institución: inglés y francés.

Explicar detalladamente los mecanismos de cooperación judicial que prevé el Convenio y sus procedimientos excede obviamente el objetivo de la presente instrucción. Sin embargo, sí puede ser conveniente, sobre todo para valorar los avances que han supuesto las iniciativas posteriores, destacar algunos aspectos de su regulación.

En primer lugar, hay que tener presente que el Convenio establece, con carácter general, que las comisiones rogatorias se ejecutarán conforme a la legislación del Estado requerido (art. 3.1). Esto presenta el inconveniente, cuando desde España se solicita la práctica de una diligencia de prueba a otro país, de que la diligencia practicada conforme a las

normas de dicho país pueda no ser utilizable en España por no reunir los necesarios requisitos de validez, o por no haberse observado todas las garantías exigibles para su plena incorporación al proceso. Por ello es importante, en ocasiones, hacer algunas indicaciones al Estado requerido sobre la manera en que se ha de llevar a cabo la correspondiente diligencia. Por ejemplo, tratándose de una declaración testifical, habrá que pedir expresamente que se reciba juramento -o promesa- al testigo (art. 3.2). En otros casos, cuando resulte especialmente relevante asegurar la práctica de la diligencia en condiciones que permitan su posterior incorporación como prueba preconstituida y plenamente válida en el proceso, puede resultar conveniente hacer uso de la facultad -prevista en el Convenio (art. 4)- de estar presentes las autoridades judiciales del Estado requirente y las partes procesales, durante la realización de la prueba en el extranjero, para de este modo garantizar la observancia de los requisitos de validez impuestos por nuestra propia legislación procesal.

En segundo lugar, es preciso señalar que el Convenio establece como cauce normal de remisión de las comisiones rogatorias -del Estado requirente al Estado requerido y viceversa, una vez cumplimentada- la transmisión por vía de los respectivos Ministerios de Justicia (art. 15). Dejando al margen algunas otras excepciones expresamente previstas en el Convenio, la transmisión directa entre autoridades judiciales sólo está permitida en casos de urgencia, e incluso en estos casos con dos limitaciones: la primera, que la transmisión directa sólo es posible de ida pero no de vuelta, es decir, sólo para realizar la solicitud pero no para devolver la rogatoria una vez cumplimentada, que debe seguir el cauce de los Ministerios de Justicia; la segunda, que España ha formulado una declaración -al amparo del art. 15.6 del Convenio- en virtud de la cual, cuando se curse una comisión rogatoria directamente entre autoridades judiciales, se deberá remitir al mismo tiempo una copia al Ministerio de Justicia.

En todos los casos en que el Convenio permite la transmisión directa entre autoridades judiciales, admite también que el envío se pueda realizar por conducto de la Organización Internacional de Policía (Interpol), aunque algún país como Francia otorga a este último cauce un carácter meramente oficioso.

Por último, es oportuno señalar que la transmisión directa no exime de la obligación de traducir en su caso la comisión rogatoria y los documentos que con ella se envían. Concretamente España, en declaración hecha al art. 16.2 del Convenio, se ha reservado la facultad de exigir que las solicitudes de asistencia judicial y documentos anexos que se le cursen se acompañen de una traducción al idioma castellano debidamente autenticada.

Normas de cooperación en el ámbito de la Unión Europea

El Convenio de 1959 es un Convenio del Consejo de Europa, del que son Estados parte los quince países que forman la Unión Europea y otros muchos ajenos a ella o incluso (como en el caso de Israel) que ni siquiera pertenecen al Consejo de Europa.

Dentro del ámbito de la Unión Europea, y más concretamente sobre la base jurídica que ofrece el Título VI del Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) -título que después de la reforma operada por el Tratado de Amsterdam ha pasado a denominarse «Cooperación policial y judicial en materia penal»- existen diversos instrumentos normativos destinados a mejorar la eficacia de los mecanismos de cooperación judicial en materia penal, tomando siempre como punto de partida las disposiciones del Convenio de 1959.

El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (Convenio de 1990)

Este Convenio, de 19 de junio de 1990, no debe confundirse con el Acuerdo precedente del que toma nombre, de 14 de junio de 1985. Ambos pactos internacionales, si bien originariamente no fueran normas comunitarias, en la actualidad forman parte del Derecho de la Unión Europea, una vez que el denominado «acervo de Schengen» ha sido incorporado por un Protocolo anejo al TUE (aprobado al mismo tiempo que el Tratado de Amsterdam) al elenco normativo de la Unión.

No obstante lo anterior, esta incorporación del «acervo de Schengen» al Derecho de la Unión ha creado dentro de ella un ámbito de «cooperación reforzada» entre algunos países, en la medida en que las normas que integran el acervo no son aplicables por el momento ni al Reino Unido ni a Irlanda; por el contrario, las normas de Schengen sí se aplican en los trece restantes Estados de la Unión, y otros dos países extracomunitarios -Islandia y Noruega- en virtud del acuerdo de asociación firmado entre éstos y la Unión Europea.

Aunque el nombre de Schengen evoque inevitablemente, en primer lugar, el fenómeno de la desaparición de controles en las fronteras comunes dentro de la Unión, el «acervo de Schengen» es un conglomerado normativo más complejo, que abarca otras materias. Concretamente, para los fines que persigue esta instrucción, es importante destacar que el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen contiene un Título III denominado «Policía y Seguridad», cuyo Capítulo

l se titula «Cooperación policial» (se regulan aquí la vigilancia transfronteriza y la persecución «en caliente»), y cuyo Capítulo II lleva por rúbrica «Asistencia Judicial en Materia Penal». Se trata de un capítulo breve, con sólo seis artículos (arts. 58 a 63), pero que introduce importantes novedades respecto al Convenio del Consejo de Europa de 1959, al que expresamente se remite con intención de completarlo.

Concretamente, en el ámbito de los países signatarios de Schengen, la norma general es la transmisión de las solicitudes de asistencia judicial directamente entre autoridades judiciales (art. 53 del Convenio de 1990) o Interpol, quedando reservada para supuestos muy excepcionales la remisión por vía de los Ministerios de Justicia. Sin embargo, y sin perjuicio de que en ocasiones la voluntad de colaboración pueda hacerla innecesaria, persiste la exigencia de enviar una traducción de la rogatoria al idioma del Estado requerido, con excepción de las solicitudes cursadas entre España y Portugal, ya que existe un Convenio bilateral, firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (en vigor desde el 19 de diciembre de 1999), por el que ambas partes admiten que se remitan las comisiones rogatorias en el idioma original sin necesidad de traducción.

Otra peculiaridad importante en el ámbito Schengen es la posibilidad de enviar los documentos procesales directamente por correo a los destinatarios que residan en otro Estado miembro (art. 52 del Convenio de 1990). Entre estos documentos se incluyen las citaciones y la notificación de resoluciones. Por otra parte, sólo se exige la traducción de estos documentos -o al menos de sus párrafos más importantes- cuando existan razones para pensar que el destinatario no comprende la lengua en que están redactados, lo cual habrá que presumir siempre que se trate de un ciudadano extranjero, pero obviamente no cuando se trate de un ciudadano español que reside en el extranjero y al que hay que citar para que comparezca en España o notificarle una resolución.

El Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (Convenio de 2000)

Este Convenio, firmado el 29 de mayo de 2000 (Diario Oficial C-197, de 12 de julio de 2000), todavía no ha entrado en vigor; entrará en vigor cuando lo hayan ratificado al menos ocho de los quince Estados firmantes (los quince países de la Unión, incluidos el Reino Unido e Irlanda, y también en este caso con la previsión de adhesión de Noruega e Islandia como Estados asociados). Sin perjuicio de ello, los Estados que lo vayan ratificando, podrán hacer una declaración en virtud de la cual el Convenio se aplicará anticipadamente en sus relaciones con los Estados que formulen idéntica declaración. Por ello, es conveniente tener ya desde ahora conocimiento de su existencia, aun antes de su entrada en vigor. Para la correcta comprensión de su articulado resulta sumamente útil un instrumento de interpretación auténtica, el Informe explicativo aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 (publicado en el Diario Oficial C-379, de 29 de diciembre de 2000).

La vocación de este Convenio es, siempre sobre la base del Convenio de 1959 al que complementa, la de consolidar los avances de Schengen y progresar en la línea allí iniciada. Además de incorporar las normas de los citados arts. 52 y 53 del Convenio de 1990, este nuevo Convenio invierte la norma general de práctica de las comisiones rogatorias, que deberán cumplimentarse conforme a las normas del Estado requirente, precisamente para dotar así a la prueba practicada en el extranjero de plena eficacia en el proceso que se sigue ante las propias autoridades nacionales (art. 4.1). Además, se amplían las posibilidades de transmisión de las comisiones rogatorias (Interpol, Europol, Eurojust); por otra parte, el Informe explicativo del Convenio admite que el envío se realice por cualquier medio que deje constancia escrita -incluidos el fax o el correo electrónico- o hasta por teléfono en caso de urgencia.

Asimismo, prevé la obligatoriedad de la práctica de declaraciones mediante videoconferencia cuando así lo solicite otro Estado, la posibilidad de actuación de funcionarios de un Estado en el territorio de otro Estado miembro (con ocasión de la creación de equipos conjuntos de investigación, el seguimiento de entregas vigiladas o la actuación de agentes encubiertos), y una extensa y detallada regulación de las solicitudes internacionales de intervención de telecomunicaciones (con particular atención a las consecuencias derivadas de la extensión del fenómeno de la telefonía móvil).

Los Magistrados de enlace

El magistrado de enlace es una figura creada en el ámbito de la Unión Europea por la Acción Común de 22-4-96 (Diario Oficial L-105, de 27-4-96), con el principal objetivo de incrementar la rapidez y la eficacia de la cooperación judicial entre dos países concretos, así como contribuir al intercambio de información sobre los ordenamientos jurídicos y sistemas judiciales de ambos Estados miembros y su funcionamiento (art. 1.3).

Pese a tener que proceder necesariamente de la Carrera Judicial o Fiscal, el magistrado de enlace carece de funciones

propriadamente jurisdiccionales y su naturaleza es la de agente diplomático sui generis, incardinado en el Ministerio de Justicia (en situación de servicios especiales) y dependiente orgánicamente de la misión diplomática española en el país de acogida (art. 65 de la Ley 66/97, de 30 de diciembre).

Se puede encomendar a los magistrados de enlace, además de ciertas funciones de transmisión de información o de fomento de las relaciones comunes, «cualquier actividad que contribuya a impulsar y acelerar, sobre todo a través de contactos directos con los servicios competentes y con las autoridades judiciales del Estado de acogida, todo tipo de cooperación judicial en materia penal, y, en su caso, civil» (art. 2.1).

Corresponde a cada Estado miembro decidir si desea enviar o intercambiar magistrados de enlace con otro Estado miembro, dependiendo sobre todo tal decisión de la intensidad de las relaciones entre ambos en materia de cooperación judicial, así como el concreto cometido que se les quiera asignar. Hasta la fecha, España ha designado tan sólo magistrados de enlace en Francia e Italia, para favorecer particularmente la cooperación en materia de extradición.

La Red Judicial Europea

La Red Judicial Europea es otra institución de la Unión tendente a favorecer la cooperación judicial en materia penal, creada por la Acción Común de 29-6-98 (Diario Oficial L-191, de 7-7-98). Se basa en la existencia de una serie de puntos de contacto en cada país (jueces o fiscales, principalmente), con los conocimientos de idiomas precisos para poder comunicarse con los puntos de contacto de los restantes países.

La Fiscalía General del Estado ha designado cinco Fiscales como puntos de contacto en la red: dos en la Secretaría Técnica, uno en la Fiscalía de la Audiencia Nacional, y uno en cada una de las dos Fiscalías Especiales.

La principal función de estos puntos de contacto es la de ser «intermediarios activos destinados a facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros, en particular en la actuación contra las formas de delincuencia grave. Se encontrarán a disposición de las autoridades judiciales locales y otras autoridades competentes de su país, de los puntos de contacto de los demás países y de las autoridades judiciales locales y otras autoridades competentes de los demás países, con el fin de permitir que éstos establezcan los contactos directos más apropiados» (art. 4).

Asimismo, la red funciona como un canal de adquisición y transmisión de información acerca de los sistemas judiciales y procesales de los diversos países. Concretamente, los datos de información accesibles a los puntos de contacto, para su ulterior transmisión a las autoridades locales que los precisen, son (art. 8): la lista de los puntos de contacto en cada país, con especificación de sus concretas competencias y de los idiomas que manejan; una lista simplificada de las autoridades judiciales de cada país; información concisa acerca de los sistemas judiciales y procesales de los quince Estados miembros (las denominadas «fichas belgas»); los textos de los instrumentos jurídicos pertinentes en materia de cooperación judicial penal. Está previsto que esta información se vaya completando progresivamente; en la actualidad se está trabajando, por ejemplo, en la confección del denominado «Atlas judicial europeo», que permitirá saber cuál es la autoridad judicial competente para ejecutar una comisión rogatoria en cualquiera de las poblaciones de los quince Estados de la Unión.

A diferencia de los magistrados de enlace, que deben desplazarse al país de acogida para desarrollar sus funciones, los puntos de contacto de la red permanecen disponibles y localizables en su lugar habitual de trabajo, sin perjuicio de los viajes que periódicamente realizan para reunirse entre ellos (dos veces al año), o los que esporádicamente puedan realizar -si lo requiere la prestación de una concreta ayuda solicitada- para reunirse con algún otro punto de la red.

La Unidad Eurojust de cooperación judicial

Dado el progresivo incremento de las solicitudes entre los Estados miembros de la Unión en materia de cooperación judicial, y siguiendo el mandato formulado en el punto 46 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999), se ha creado -mediante Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 2000 (Diario Oficial L-324, de 21-12-2000)- una unidad provisional de cooperación judicial, con sede en Bruselas, integrada por al menos un representante de cada Estado miembro (un fiscal, un juez o un oficial de policía de competencia equivalente), y cuyos objetivos (art. 2.1) son: «mejorar la cooperación ente las autoridades nacionales competentes relativa a las investigaciones y actuaciones judiciales en relación con la delincuencia grave, en particular cuando se trate de delincuencia organizada que afecte a dos o más Estados miembros; en el mismo marco, estimular y mejorar la coordinación de las investigaciones y de las actuaciones judiciales entre Estados miembros, habida cuenta de las demandas presentadas por las autoridades nacionales competentes y de la información facilitada por los órganos competentes con arreglo a las disposiciones adoptadas en el marco de los Tratados».

Esta unidad provisional ha sido concebida como embrión de la futura unidad Eurojust de cooperación judicial, cuya creación está previsto que tenga lugar mediante una decisión del Consejo que habrá de adoptarse antes de finales de 2001. Por tanto, las funciones que en el futuro corresponderán a Eurojust las está desempeñando ya actualmente esta Unidad provisional.

En la actualidad, ha sido designado ya un fiscal como delegado español en esta unidad provisional, dispuesto a atender las solicitudes de cooperación que le dirijan los jueces y fiscales españoles.

Tanto Eurojust como la Red Judicial Europea son organismos oficiales de la Unión, que aparecerán recogidos en el texto del TUE cuando entre en vigor la reforma operada por el Tratado de Niza, concretamente en los arts. 29 y 31 TUE; este último afirma que el Consejo favorecerá una estrecha cooperación de Eurojust con la Red Judicial Europea con objeto, en particular, de facilitar la ejecución de las comisiones rogatorias y de las solicitudes de extradición.

Queda por concretar cómo se articulará esta estrecha relación entre ambas instituciones o, dicho de otro modo, definir claramente en qué casos las autoridades locales habrán de dirigirse al delegado nacional en Eurojust o a los puntos de contacto de la Red Judicial. A este respecto, puede resultar ilustrativa la comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust, de 22 de noviembre de 2000. Se afirma en ésta: «Tanto los puntos de contacto de la Red Judicial como Eurojust en su calidad de unidad central deben ser tan accesibles y transparentes como sea posible para los jueces, fiscales y/o los funcionarios de policía y de aduana nacionales así como para Europol y para las correspondientes instituciones de la Unión. Los jueces y fiscales nacionales deben continuar dirigiéndose principalmente a los puntos de contacto de la red Judicial Europea en los Estados miembros, mientras que dichos puntos de contacto y los organismos y las instituciones pertinentes a nivel de la Unión (concretamente, Europol, o la Comisión, por ejemplo a través de OLAF) tendrían una relación directa con Eurojust. Sin embargo, en ciertos casos, según se ha dicho anteriormente, los jueces nacionales o los funcionarios judiciales también deben poder ponerse en contacto con Eurojust directamente, en especial cuando estén involucrados más de dos Estados miembros».

Futura actividad del Ministerio Fiscal

Ya se ha aludido anteriormente a la necesidad de formación de los miembros del Ministerio Fiscal en los temas relativos a la cooperación judicial internacional, en particular en materia penal.

A ello va a contribuir previsiblemente el propio marco institucional de la Unión Europea, mediante la creación de una Red Europea de Formación Judicial, que integrará a los organismos responsables de la formación de los jueces y fiscales de los diversos países de la Unión. Por parte española, el documento fundacional fue firmado -en la sede de la Escuela nacional de la Magistratura francesa, en Burdeos, en octubre del año pasado- por los representantes tanto de la Escuela Judicial como del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Está pendiente, sin embargo, que esta iniciativa sea acogida definitivamente en el seno del Derecho de la Unión, a través de su reconocimiento mediante la correspondiente norma jurídica de creación. En estos momentos, existe ya una iniciativa francesa de propuesta de decisión, publicada en el Diario Oficial C-18, de 19 de enero de 2001.

Al margen de la formación que los fiscales puedan adquirir mediante los programas específicos de esta Red Europea de Formación, y sin perjuicio de que en un futuro pueda integrarse en alguno de ellos, la Fiscalía General del Estado ha considerado oportuno desarrollar -a través de su Secretaría Técnica- un programa de formación para fiscales en materia de cooperación judicial internacional, en el que está prevista la celebración de seminarios y encuentros periódicos, con el objetivo de poder contar con un buen número de fiscales especializados en estos temas, que puedan intercambiar sus experiencias e ir actualizando sus conocimientos al mismo ritmo en que vayan surgiendo nuevas posibilidades de cooperación.

En íntima relación con lo anterior, existe el propósito de crear una red propia, en el seno de la Fiscalía General del Estado, con implantación en todo el territorio nacional, cuyos puntos de contacto colaboren plenamente con los ya designados a nivel nacional y desempeñen sus mismas funciones.