



CERTIFICACIÓN RELATIVA A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 27 de abril de 2023, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICAN LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA, Y POR LA QUE SE REGULAN LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 27 de diciembre de 2022, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, ha tenido entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto por el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, y por la que se regulan los equipos conjuntos de investigación.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del 12 de enero de 2023, designó ponente de este informe a la Vocal Nuria Díaz Abad.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 LOPJ (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a «*[N]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*» "*[n]ormas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales*", "*[l]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario*" y



“cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna” (apartados 6, 7, 8 y 9 del art. 561.1 LOPJ).

4.- A la luz de esta disposición legal, y atendiendo al elevado número de anteproyectos legislativos que en los últimos meses han tenido entrada en este órgano constitucional, a efectos de la evacuación del correspondiente informe, el parecer que le correspondería emitir al Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica remitido, (APLO o el Anteproyecto, en adelante), debería limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO OBJETO DE INFORME

6.- El Anteproyecto que se informa está integrado por una Exposición de Motivos y cuatro artículos.

7.- El artículo primero modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, y se estructura en dos apartados. En el apartado uno se da una nueva redacción del artículo 277. El apartado dos añade un punto 5.º al artículo 278 LOPJ.

8.- El artículo segundo modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRIM) y se articula en 15 apartados. El apartado primero otorga un nuevo contenido al artículo 282 bis LECRIM, fijando el ámbito de aplicación del agente encubierto, mientras que los apartados dos a ocho, introducen los artículos 282 ter a 282 nonies, regulando detalladamente la figura del agente encubierto. Los apartados 9 a 13 introducen los artículos 282 decies a 282 quaterdecies en la LECRIM, en la reglamentación de las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación. Finalmente, los apartados



14 y 15 afectan a la regulación de la diligencia de autorización de intervención remota de equipos informáticos, dando respectivamente una nueva redacción a los artículos 588 septies a, y 588 septies c de la LECRIM.

9.- El artículo tercero, estructurado en 23 apartados introduce una importante modificación en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea.

10.- El artículo cuarto se destina a introducir en nuestro ordenamiento una nueva Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación. Esta Ley se estructura en 29 artículos, agrupados en un Capítulo Preliminar y tres Capítulos.

11.- La reforma se cierra una Disposición adicional, una Disposición transitoria, una Disposición derogatoria y tres Disposiciones finales.

12.- El anteproyecto se acompaña de una Memoria del análisis de impacto normativo (MAIN en adelante), elaborada con arreglo al Real Decreto 931/2017, de 3 de julio, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

a) Sobre el rango normativo del Anteproyecto informado

13.- La disposición final primera, que lleva por rúbrica «Carácter de ley ordinaria» es del siguiente tenor:

«Los artículos Tercero y Cuarto de esta ley orgánica tienen carácter ordinario»

Tal y como se estructura la norma proyectada, el artículo primero modifica la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el artículo segundo modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el artículo tercero modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y el artículo cuarto contiene una nueva ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación. Son por tanto, a estas dos últimas materias, a las que el prelegislador atribuye el carácter de ley ordinaria.



14.- La MAIN, como única explicación al respecto del rango normativo señala en el apartado cuarto A) titulado «Contenido y rango de la norma»: *«En relación a la incorporación expresa del principio de reciprocidad a la cooperación jurídica internacional penal requiere rango de Ley Orgánica, puesto que reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo mismo ha de decirse de la modificación de la competencia de los Juzgados de lo Penal.*

La regulación del agente encubierto y del registro remoto, al afectar a derechos fundamentales y de las libertades públicas (motivo por el que los artículos 282 bis y 588 bis fueron introducidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por sendas Leyes Orgánicas 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 y Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica) Como se ha dicho, tiene fundamento en el incremento de las posibilidades de resolución de las investigaciones de homicidios y sus formas agravadas.»

Más allá de la incorrecta redacción de este último párrafo, que parece dejar incompleto el sentido del rango normativo elegido para la regulación del agente encubierto y del registro remoto, nada se refiere específicamente respecto de la naturaleza de ley ordinaria para el caso de los artículos tercero y cuarto del anteproyecto.

15.- En todo caso el texto proyectado se concibe bajo la naturaleza jurídica de una “ley orgánica parcial”, es decir, como aquella cuyo contenido tiene naturaleza de ley orgánica en alguno de sus preceptos y, por consiguiente, se beneficia de los atributos de la ley orgánica, mientras que el resto de aquellos tienen naturaleza de ley ordinaria y, en consecuencia, como tales, se regirán por los procedimientos y mayorías de las leyes ordinarias para su posible modificación o derogación.

16.- El Tribunal Constitucional ha considerado en las SSTC 5/1981, de 13 de febrero (ECLI:ES:TC:1981:5) y 212/2012, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TC:2012:212) la posibilidad de que en una misma ley orgánica concurren materias estrictas de ley orgánica y materias conexas que, en principio, también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango establecido en el artículo 81.2 CE por exigencias del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE, si bien este régimen puede ser excluido por la propia ley orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen materias conexas y pueden ser alterados



por una ley ordinaria. Se incide, no obstante, en línea con la misma doctrina constitucional, en que para que una ley sea orgánica, su núcleo debe afectar a materias reservadas a ley orgánica, por lo que no basta con un precepto de contenido orgánico para que pueda atribuirse a la ley dicho carácter, y solo puede incluir preceptos que excedan del ámbito estricto de la reserva cuando su contenido desarrolle el núcleo orgánico, y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia, debiendo en todo caso el legislador concretar los preceptos que tienen tal carácter.

17.- De cara a analizar el rango legal de la norma proyectada, cabe hacer las siguientes consideraciones:

- a) Tal y como ha puntualizado la doctrina constitucional (STC 140/1986[ECLI:ES:TC:1986:140], entre otras) el rango de la norma aplicable, y en su caso el tipo de ley a que se encomienda la regulación de los derechos constitucionalmente reconocidos –ley orgánica o ley ordinaria- constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. En tal sentido, la vulneración del rango legal supone la vulneración del derecho protegido en sí mismo: el rango legal se convierte, por tanto, en garante constitucional del propio derecho, y el principio de legalidad pasa a integrarse en el derecho fundamental en el sentido de que su contenido reside en reclamar la regulación por ley, ya ordinaria, ya orgánica, del derecho constitucional.
- b) Admitida de forma pacífica que la distinción del rango, orgánico y ordinario, se asienta en criterios de ordenación del sistema de fuentes del Derecho, se ha de afirmar que no existe en rigor un “derecho al rango” de ley orgánica (STC 140/1986, FJ 6º), sin perjuicio de las excepciones que, en cuanto al principio de legalidad penal, pudieran derivarse de las garantías inherentes al derecho a la libertad y seguridad del artículo 17.1 CE y las vinculadas a ellas derivadas de los artículos 25.1 y 81.1 CE (cfr. STC 159/1986, FJ 2º[ECLI:ES:TC:1986:159]). La razón por la que para el desarrollo de los derechos fundamentales se exija una norma con rango de ley orgánica no se encuentra en un pretendido derecho al rango “orgánico”, sino en que el rango de la disposición, con indicación de su autor y del procedimiento de elaboración, supone el establecimiento de un incremento de garantías para los derechos objeto de regulación (y de desarrollo directo).
- c) El ámbito de la reserva de ley orgánica está delimitado por un principio de especialidad que prefija el ámbito de la regulación, que no puede extenderse más allá de ese ámbito, sin perjuicio de la eventual



incorporación de normas ordenadoras de materias “conexas” (SSTC 5/1981, FJ 21, [ECLI:ES:TC:1981:5] y 137/1986, FJ 3[ECLI:ES:TC:1986:137]).

- d) Constituye una premisa del principio democrático que toda mayoría cualificada, como es la prevista para la elaboración de las leyes orgánicas, debe mantenerse en términos de excepción a la regla (SSTC 5/1981, [ECLI:ES:TC:1981:5] 127/1994, FJ3, [ECLI:ES:TC:1994:127]y 212/1996, FJ 11[ECLI:ES:TC:1996:212]). Ello exige que la referencia del artículo 81.1 CE a los derechos fundamentales, identificados por la doctrina constitucional con los contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución se entienda en términos estrictos. Solo así se evita que mayorías absolutas coyunturales congelen o petrifiquen abusivamente el ordenamiento y hagan indisponible su modificación a otras simples que les sucedan en ámbitos que no entren dentro de la repetida reserva. No basta, por tanto, con que una determinada exigencia dirigida al legislador se encuentre comprendida en uno de los preceptos constitucionales en los que al mismo tiempo se contenga también alguno de estos derechos fundamentales y libertades públicas para que se extienda a aquellos también el ámbito de la reserva de ley orgánica: el entendimiento estricto de esta reserva impide que la misma se amplíe, más allá del ámbito propio del desarrollo directo del precepto constitucional que reconozca el derecho fundamental, a otras exigencias dirigidas al legislador y contenidas en los artículos de la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución. *«[E]l artículo 81 de la Constitución española se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley Orgánica en materias concretas (...) no puede extremarse (...) ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental»* (STC 212/1996[ECLI:ES:TC:1996:212]).

La reserva de ley orgánica no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar, de ese modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate (STC 137/1986, FJ 3). Ahora bien, la reserva de ley orgánica no puede interpretarse de tal forma que cualquier materia ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango.

- e) Es posible, por tanto, que una ley orgánica comprenda y discipline materias conexas, aunque estas no requieran por sí la cobertura de ley



orgánica. Surgen de este modo las leyes orgánicas con incrustaciones de ley ordinaria, donde la calificación del instrumento normativo como ley orgánica deriva de la valoración directa y primaria de la materia que constituye su contenido nuclear, y donde las previsiones conexas, necesarias para la corrección técnica de la norma, pero que no requieren por sí mismas de una ley orgánica, quedan insertas en esta y, en cuanto forman parte de ella como prescripciones coherentes para la adecuada expresión y articulación del mandato normativo, se someten, en fase de aprobación, a la votación final sobre el conjunto del proyecto conforme a las mayorías exigidas para la ley orgánica. Por tanto, una ley orgánica puede incluir como complemento necesario – *rectius*, como desarrollo natural- previsiones que, en principio, no se corresponden con la materia propia de dicha ley orgánica o exceden de la misma, siempre en términos estrictos, y en todo caso especificando el carácter no orgánico de tales preceptos (SSTC 15/1981, de 13 de febrero, y 76/1983, de 15 de agosto, Dictámenes del Consejo de Estado núm. 2.268/98, 2.486/98, 1945/2001, 172/2013 y 97/2015, y Memoria del Consejo de Estado de 1985).

18.- A la vista de lo señalado en la disposición final primera, anteriormente transcrita, y en relación con la naturaleza de la ley proyectada, cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) El rango orgánico de la ley se limita a los artículos uno y dos de la reforma. Respecto a la necesidad de la naturaleza orgánica de la modificación prevista en el artículo primero, no cabe ninguna duda, pues afecta a los artículos 277 y 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- ii) El artículo dos, destinado a introducir importantes reformas en la LECRIM en la regulación de la figura del agente encubierto y en las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación, afecta de manera directa a derechos fundamentales, por lo que configura un contenido propio reservado a la ley orgánica.
- iii) El artículo tercero está llamado a modificar la Ley 23/2014, de 29 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, y su contenido es acorde con el rango normativo que la Disposición Final Primera le atribuye.
- iv) Finalmente, el artículo cuarto, reglamenta una nueva Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación. La Disposición Final primera, al igual que la actual Ley que está llamada a sustituir, conforme a la disposición derogatoria de la modificación, la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, le



atribuye rango de ley ordinaria. No obstante, en el desarrollo de esta nueva ley proyectada se regula la responsabilidad penal en relación con los miembros destinados en un conjunto de investigación cuando desempeñen sus funciones fuera del Estado en el que son funcionarios. En tal sentido omite completamente la reforma toda referencia a la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España. Esta norma, nació para completar la regulación de los ECI contenida en la vigente Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, siendo conferida con el rango legal adecuado en atención a la materia regulada. Se establecía en su Exposición de Motivos *«Al abordar la regulación legal de los equipos conjuntos de investigación, se ha detectado la necesidad, que tiene su origen en la Decisión Marco sobre dichos equipos, de establecer el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en aquéllos cuando desarrollen su actividad en nuestro país.»*. Si bien parece que el régimen de responsabilidad penal contenido en la citada LO 3/2003 y el previsto en la actual norma proyectada vienen a coincidir, una lectura detenida lleva a considerar que el alcance previsto en esta se expande a situaciones no previstas en la citada LO 3/2003, de 21 de mayo. Además, en la regulación de esta responsabilidad penal, no solo resulta más que aconsejable que se hagan las referencias necesarias relativas a la supervivencia o no de la LO 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España, sino que no parece posible que el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en un ECI pueda desarrollarse a través de una ley ordinaria. No cabe olvidar cómo la citada Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo razonó el porqué de su existencia en su Exposición de Motivos, cuando en su parte final explicó, al referirse al régimen de responsabilidad penal *«Dicho régimen abarca tanto las infracciones penales que puedan cometerse contra los miembros destinados en los equipos conjuntos de investigación, como los delitos que pudieran cometerse por ellos mismos. En ambos casos se trata de regular materias que, de acuerdo con nuestro texto constitucional,*



constituyen legislación penal y han de abordarse en una norma con rango de ley orgánica»

b) Sobre aspectos de técnica normativa

19.- Finalizado el articulado de la Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación, el texto recoge, sin solución de continuidad, **una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, sin que el prelegislador deje claro si estas disposiciones afectan exclusivamente al contenido de la Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación o al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y por la que se regulan los equipos conjuntos de investigación.** No obstante, conforme resulta del apartado tercero de la MAIN, referido al contenido de la norma proyectada, resulta que tanto la disposición adicional, la transitoria, la derogatoria como las tres disposiciones finales formarían parte del texto conjunto de la norma. Sin embargo, analizado el contenido de las disposiciones se concluye que la disposición adicional, la disposición transitoria y la disposición derogatoria afectan únicamente a la Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación, mientras que las tres disposiciones finales afectarían al conjunto del anteproyecto. Se sugiere así al prelegislador que incluya las disposiciones que afectan exclusivamente al proyecto de Ley de los Equipos Conjuntos de Investigación en el mismo artículo cuarto o bien que separe el contenido del artículo cuarto, con las disposiciones que le afectan, para tramitarle como un anteproyecto de ley independiente.

20.- Para concluir este apartado relativo a aspectos de técnica normativa, ha de indicarse que se observan en el texto algunas erratas que deben corregirse y a las que se hará mención en el apartado dedicado a las consideraciones particulares. Es el caso, entre otros, de la remisión a la que se refiere el artículo 8.1 de la Ley Reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación, que alude al artículo 10 cuando, en realidad remite al contenido del artículo 9 de la norma proyectada.

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES

A) ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL



21.- El **artículo primero** de la norma anteproyectada se estructura en dos apartados que afectan a la redacción de los artículos 277 y 278 de la LOPJ. Se pretende con esta reforma devolver el reconocimiento expreso del principio de reciprocidad a la cooperación judicial. Este principio estaba plasmado en la redacción originaria de la LOPJ, pero la reforma operada en la norma por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, eliminó la remisión expresa a la reciprocidad sin que el preámbulo de la misma ofreciera explicación alguna sobre la razón de esta decisión. Este principio fue elaborado por la doctrina del siglo XVII, a través del llamado “*comitas Gentium*”, con la intención de dar respuesta a las limitaciones que el reconocimiento del principio de territorialidad imponía al incipiente e intenso tráfico internacional. Con carácter general supone que los Estados van a asumir derechos y deberes sobre la base de un trato recíproco. No se trata sólo de un reconocimiento formal, sino que exige que sea seguido de un comportamiento y que en base a ese comportamiento se reconozcan los derechos de otro Estado por reciprocidad.

22.- El prelegislador explica la vuelta a la inclusión en la LOPJ del principio de reciprocidad en su Exposición de Motivos cuando razona «El principio de reciprocidad, aplicado a una institución de importancia tan capital para la cooperación jurídica internacional penal como es la extradición, ostenta rango constitucional, conforme a la previsión establecida en el artículo 13.3 de la Carta Magna. Si bien dicha mención permite inferir su carácter de principio informador de la normativa reguladora de la cooperación jurídica internacional penal, resulta conveniente que la Ley Orgánica del Poder Judicial incluya una mención expresa a su aplicación en defecto de otra fuente del derecho – tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, normas de la Unión Europea y las leyes españolas sobre la materia – que resulten de aplicación primaria.»

23.- En cumplimiento del objetivo propuesto por el prelegislador de incluir expresamente en la LOPJ el principio de reciprocidad como principio subsidiario en materia de cooperación jurídica internacional penal, **el artículo 277 de la LOPJ** queda redactado de la siguiente manera «Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas sobre esta materia. En defecto de lo anterior, se prestará dicha cooperación en materia penal en razón de reciprocidad, cuya existencia determinará el Ministerio de Justicia a solicitud de las autoridades judiciales.» En definitiva, la reforma respeta íntegramente la redacción actual del



precepto y añade una última frase que supone, como se pretende, la expresa inclusión del principio de reciprocidad. La MAIN que acompaña a la norma proyectada argumenta respecto a esta inclusión «En relación a la reforma del artículo 277 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para prever la definición por el Ministerio de Justicia de si concurre reciprocidad con otro Estado en materia de cooperación internacional, cuando no existe la obligación convencional, este principio adquiere una gran importancia. Si bien es cierto que la regulación de la UE de un lado, y de los tratados bilaterales y plurilaterales de otro lado, cierran cada vez más la posibilidad de Estados con los que no haya ninguna clase de regulación, lo cierto es que siguen existiendo y se hace preciso llenar esos espacios con el único criterio subsidiario posible (y, preferiblemente, de forma expresa, pese a su carácter de principio general del derecho). Como se ha dicho, la alternativa no reguladora mantendría una laguna de rango orgánico, en relación a una materia de suma importancia, cuál es el criterio general subsidiario de la cooperación internacional, y de cuál es la Autoridad competente para su concreción.»

24.- La reforma en la LOPJ culmina con la adición del **punto 5.º en el artículo 278.1** al incluir que la prestación de cooperación internacional sólo será denegada por los Juzgados y Tribunales españoles, en último caso, «Cuando no exista norma jurídica que ampare la solicitud formulada y se determina la inexistencia de reciprocidad.»

B) ARTÍCULO SEGUNDO. MODIFICACIÓN DE LA LEY ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

25.- El artículo segundo del anteproyecto aborda una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que afecta a la actual regulación de la figura del agente encubierto y de la investigación mediante la autorización de intervención remota de equipos informáticos. Se estructura este artículo segundo en 15 apartados que suponen una profunda modificación de los artículos 282 bis y 588 septies.

a) El agente encubierto

26.- Comenzando por el régimen jurídico de la figura del **agente encubierto**, el anteproyecto da una nueva redacción al **artículo 288 bis de la LECRIM**, e introduce nuevos ordinales en el artículo 288 hasta llegar al quaterdecies. La regulación de la figura del agente encubierto como medida de investigación en el ámbito del procedimiento penal, se introdujo por 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. Esta norma fue reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Por otro lado, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se encargó de regular la figura del llamado agente encubierto informático introduciendo el apartado 6 del artículo 282 bis. El prelegislador considera que esta medida de investigación resulta especialmente adecuada para la investigación de estructuras de criminalidad organizada, y así en la Exposición de Motivos se señala *«El agente encubierto seguirá investigando principalmente el delito de promoción, formación, dirección, coordinación o pertenencia activa a una organización o grupo criminal, obteniendo todos los datos relativos a la distribución de funciones y tareas entre sus miembros, a los medios utilizados en su actividad, a sus diversos ámbitos de actuación, a sus centros de decisión y, en general, recogiendo todos los elementos determinantes de la existencia de una organización o grupo criminal tal y como viene definida en el texto punitivo.»* No obstante, en la misma Exposición de Motivos, tras razonarse que diferentes países de nuestro entorno hacen uso de esta diligencia para la investigación de otro tipo de delitos, se concluye que debe ampliarse su ámbito de utilización.

27.- Por otro lado, el prelegislador alude a la extensa regulación que de la figura del agente encubierto se contiene en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero consciente de que la entrada en vigor de la misma no se prevé a corto plazo y la extensa *vacatio legis* que la acompaña, considera necesario *«[a]cometer de forma inmediata la incorporación de esta regulación a la normativa vigente»*

28.- El artículo 282 bis, determina el ámbito de aplicación del agente encubierto, actuación que únicamente se podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial. A la hora de concretar el ámbito en el que tal agente podrá infiltrarse, la nueva redacción que se ofrece del artículo abandona la actual técnica de fijarla mediante la inclusión de un elenco tasado de delitos. La determinación del vigente modo de concretar el ámbito de actuación de la figura del agente encubierto parece responder a un intento de realizar una definición del concepto de "delincuencia organizada" por referencia a una serie de actividades típicamente relacionadas con las organizaciones criminales que ya parece superada. En consecuencia, la nueva redacción del artículo 282 bis, ya no contiene un catálogo de delitos, sino que dispone que



se podrá autorizar la actuación como agente encubierto cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito de homicidio o de alguna de sus formas agravadas, o de un delito de organización o grupo criminal previsto en los artículos 570 bis y 570 ter 2 del Código Penal. Además, en este último caso, delito de organización o grupo criminal, debe concurrir, conforme al apartado dos del artículo 282 bis del anteproyecto, una de las siguientes circunstancias: «a) que tenga por objeto la comisión de delitos graves; b) que, aun teniendo por objeto la comisión de delitos menos graves, concorra en ella alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 570 bis apartado 2 o en el artículo 570 ter apartado 2 del Código Penal.» De esta forma se exige para el uso de esta diligencia que, cuando la investigación tenga por objeto la comisión de delitos menos graves, la organización criminal debe, además i) estar formada por un elevado número de personas; ii) disponer de armas o instrumentos peligrosos iii) disponer de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables, conforme a lo dispuesto en el artículo 570 bis 2 del Código Penal, o bien que quienes constituyeren, financiaran o integraran el grupo criminal i) esté formado por un elevado número de personas, ii) disponga de armas o instrumentos peligrosos, iii) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables, tal y como prevé el artículo 570 ter 2 del Código Penal. Se atiende así, para permitir la autorización del agente encubierto en delitos menos graves, a la excepcional peligrosidad o complejidad de la organización según los propios elementos de gradación que establece la legislación sustantiva.

29.- Quedan al margen de la investigación mediante agente encubierto las organizaciones o grupos criminales que se dediquen a la comisión reiterada de delitos leves y los meros "grupos criminales", con dos excepciones: los delitos de homicidio y sus formas agravadas y los grupos criminales terroristas. La extensión del uso de esta diligencia de investigación al ámbito de los delitos de homicidio o de alguna de sus formas agravadas, se explica en las Exposición de Motivos « [1]a extensión de la medida del agente encubierto a la investigación de delitos de homicidio y sus formas agravadas, especialmente en aquellos casos en los que, existiendo una mínima planificación por parte de sus autores, concurre además la ocultación del cadáver de la víctima o víctimas y la inexistencia de testigos, resulta necesaria, pues permitirá incrementar las posibilidades de resolución de tales investigaciones criminales, especialmente en aquellos casos en los que, existiendo una mínima planificación por parte de sus autores, concurre



además la ocultación del cadáver de la víctima o víctimas y la inexistencia de testigos. De la misma forma, el indudable aumento de la eficiencia en la investigación permitirá evitar que el agresor pueda, en el tiempo que dura la misma, llevar a cabo hechos de la misma naturaleza contra nuevas víctimas, proporcionar una mayor y más pronta reparación moral a la familia de las víctimas y reducir los tiempos de instrucción judicial, con el correspondiente beneficio de economía procesal. La mejora de la capacidad de una correcta y adecuada calificación jurídica de los hechos, la posibilidad de descubrir delitos asociados al homicidio y sus formas agravadas, y la mejora del auxilio y la cooperación judicial internacional en el caso de investigaciones llevadas a cabo en otros Estados son, sin duda, objetivos complementarios de esta reforma». Resulta reseñable el hecho de que la posibilidad de acordar esta diligencia de investigación a los delitos de homicidio o alguna de sus formas agravadas, no está prevista en la regulación que se contiene de la figura del agente encubierto en el texto del anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante ALOECRIM). El contenido de este anteproyecto por lo que resulta a la figura del agente encubierto resulta ser similar al presente, (dejando de un lado las consecuencias derivadas del cambio de paradigma procesal que se propone en el ALOECRIM) pero limita el uso de la diligencia de investigación a los delitos de organización o grupo criminal previstos en los artículos 570 bis y 570 ter 2 del Código Penal.

30.- En todo caso, la diligencia de investigación del agente encubierto puede autorizarse cuando concurren indicios de la comisión de un delito de organización o grupo criminal terrorista del artículo 571 del Código Penal, conforme establece **el artículo 282 bis 3** del anteproyecto. Justifica esta inclusión la Exposición de Motivos argumentando que *«La fisonomía del terrorismo internacional –que actúa a través de pequeñas células completamente independientes- no se ajusta a la noción penal de "organización", lo que debe llevar, también en plano procesal, a la equiparación del tratamiento normativo de los grupos terroristas y las auténticas organizaciones de esta índole».*

31.- La consecuencia directa de la restricción del ámbito de actuación del agente encubierto supone que, en su caso, para extender su investigación a los delitos que la organización o grupo investigado pueda haber cometido en el pasado o esté preparando cometer o se cometan durante la infiltración, será imprescindible que la autorización judicial o el decreto del Ministerio Fiscal, se extienda expresamente a cada uno de ellos. Así lo prevé el **apartado 4 del artículo 282 bis**. Esta necesaria y previa autorización resulta coherente con el objeto y ámbito de aplicación de este medio de investigación, que incide claramente en los derechos de las personas



afectadas, de modo que su previa autorización evita que se produzcan dudas sobre la vulneración de los derechos fundamentales o la validez de la actuación y pruebas que puedan ser obtenidas por el agente encubierto como consecuencia de una designación e intervención exenta del necesario control previo. En este punto, debe traerse a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la validez de los contactos previos con organizaciones o grupos criminales a la petición policial de autorización de la diligencia de agente encubierto y posterior concesión. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1514) declara *«[t]al y como hemos dicho en sentencia 591/2018, 21 de noviembre, la metodología a seguir en estos casos "no excluye la posibilidad del contacto previo agente sospechoso". Y ello no desnaturaliza la corrección del proceder de la fiscalía y los agentes. Así, esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 575/2013, de 28 Jun. 2013, Rec. 11276/2012 se pronuncia en el sentido de recoger que: "La existencia de un contacto previo entre el recurrente y el agente encubierto, enmarcados en una relación derivada de las labores de prevención y captación de información propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en modo alguno conlleva una infracción de alcance constitucional... Carecería de sentido, con el fin de sostener la validez de la diligencia de prueba, la exigencia de que la autorización del agente encubierto se produzca a ciegas, con exclusión de cualquier contacto previo entre la persona que va a infiltrarse en la organización y quienes aparecen como miembros sospechosos de una red delictiva. Es contrario a elementales máximas de experiencia concebir la infiltración en un grupo criminal como la respuesta a una invitación formal a un tercero que, de forma inesperada, curiosease entre los preparativos de una gran operación delictiva. La autorización judicial, por sí sola, no abre ninguna puerta al entramado delictivo que quiere ser objeto de investigación. Antes al contrario, la cerraría de forma irreversible. De ahí que esa resolución tiene que producirse en el momento adecuado que, como es lógico, no tiene por qué ser ajeno a una relación previa que contribuya a asentar los lazos de confianza".»*

32.- En el caso de que el agente encubierto obtenga informaciones relevantes respecto de delitos que no hayan sido objeto de un procedimiento anterior, la comunicación al Ministerio Fiscal o al órgano judicial tendrá valor de denuncia, pudiéndose extender también la investigación a esta nueva infracción, en cuyo caso se exige que el Ministerio Fiscal lo comunique al Juez de instrucción de modo inmediato. Teniendo en cuenta el carácter excepcional de la adopción de la diligencia de investigación de agente encubierto, se debe entender que la extensión de la investigación a la nueva infracción solo será posible cuando se trate de la investigación de alguno de los delitos descritos en el artículo 282 bis 2. Nada de manera expresa prevé



el legislador respecto a qué ocurrirá en el caso de que las informaciones relevantes obtenidas por el agente encubierto se refieran a hechos delictivos respecto de los que no sea posible la adopción de esta diligencia de investigación.

33.- Sí adelanta el anteproyecto que en el caso de que el delito del que el agente encubierto haya obtenido información sea objeto de otro procedimiento (último párrafo del artículo 282 bis 4) el Ministerio Fiscal solicitará, o el órgano judicial acordará de oficio, la remisión al Juzgado competente. Parece dar por hecho el prelegislador que ese delito, objeto de otro procedimiento, estará archivado, sin tener en consideración que quizá pudiera estar en fase de investigación o en otra fase más avanzada del proceso, no aportando soluciones concretas respecto a las consecuencias que la información obtenida por el agente encubierto podrán tener en un proceso en curso.

34.- El artículo 282 bis se cierra con un apartado 5 en el que se vuelve a resaltar la excepcionalidad del uso de esta diligencia de investigación al disponer que «La utilización de un agente encubierto solo podrá ser autorizada cuando no existan otros medios de investigación alternativos que permitan averiguar cualquier información sobre el homicidio o alguna de sus formas agravadas o el grupo u organización criminal investigados.»

35.- Del contenido del **artículo 282 ter** que se introduce en la reforma, se deduce quién podrá actuar como agente encubierto, cuando su apartado 1. señala «*Ningún funcionario policial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto*». El apartado 2. dispone que «En ningún caso los particulares podrán actuar como agentes encubiertos», mientras que el apartado 3. declara que «No tendrán tal condición los confidentes ni arrepentidos». Se sugiere al prelegislador que aborde una redacción que aporte mayor claridad, no solo por cuanto la expresión del apartado tercero "*No tendrán tal condición(..)*", solo permite intuir a qué condición se refiere, sino en el sentido de que se disponga de modo tajante que solo los funcionarios policiales podrán actuar como agentes encubiertos. No hay duda de las diferencias que existen entre la figura del confidente y del agente encubierto: éste actúa bajo una identidad supuesta y no así el confidente. El agente encubierto será siempre un agente de policía y es una fuente de investigación judicial, mientras que la figura del confidente, que no está regulada en nuestro Derecho, es una mera fuente de investigación policial.

36.- La solicitud de la medida de agente encubierto y su resolución aparece reglamentada en el artículo **282 quater**. En cuanto a la solicitud, **el**



apartado primero del precepto comienza exigiendo que se acredite suficientemente el cumplimiento de los requisitos que son exigidos por la Ley para la utilización del agente encubierto, con carácter general, para, a continuación, indicar expresamente los extremos que deberá contener la solicitud. Estos extremos se concretan en tres apartados: i) aportar indicios de la comisión de alguno de los delitos que permiten la autorización de la medida, ii) justificar suficientemente la necesidad del agente encubierto y iii) hacer constar los medios de investigación que han sido utilizados hasta ese momento a fin de hacer valer la inexistencia de otro medio alternativo de investigación para los fines que se persiguen. Como efecto inmediato de la presentación de solicitud, el juez decretará el secreto total o parcial de las investigaciones (**artículo 282 quater 2**). Para el caso de que la solicitud se dirija al Ministerio Fiscal se le exige que actúe con la debida reserva.

37.- El apartado 3 del artículo 282 quater determina que la autorización de la medida podrá llevarla a efecto o el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal, quien, en su caso, deberá dar cuenta inmediata al juez. En cualquier caso la resolución que acuerde la medida deberá ser fundada, y deberá tener, según el precepto, el siguiente contenido: i) indicios de la comisión de alguno de los delitos que permiten la autorización de la medida, ii) identificación de la persona o personas que estén siendo investigadas, y en su caso, los indicios de que pertenece a una organización criminal o colabora con ella, iii) los motivos que permiten considerar la medida como imprescindible a los fines previstos en la ley, iv) la autorización para que utilice la identidad supuesta y para adquirir o transportar objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos y v) las informaciones que se pretenden obtener con la diligencia y su relevancia en la investigación, v) la duración de la medida, que no podrá exceder de seis meses, prorrogables previa nueva solicitud. La medida, por tanto, al igual que en la regulación vigente, carece de plazo total limitativo, lo que se valora positivamente, dada la complejidad que pueden entrañar las investigaciones en el ámbito de organizaciones y grupos criminales. En la resolución que se acuerde la medida se deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

38.- El artículo 282 quinquies regula el modo en que se llevará a cabo la actuación del agente mediante la identidad supuesta. Será el Ministerio del Interior el encargado de atribuir al agente la identidad supuesta, una vez se haya autorizado su actuación. Además de preverse que se adoptarán las medidas necesarias para reforzar la apariencia real de la nueva identidad, se habilita a los agentes encubiertos para que actúen en el tráfico jurídico y



social con la nueva identidad «[e]n todo lo relacionado con la investigación y en cuanto sea necesario para preservar su seguridad». Nuevamente hace el prelegislador hincapié en la necesidad de garantizar la seguridad del agente encubierto, cuando exige en el apartado 3 del artículo 282 quinquies que la resolución por la que el Ministerio del Interior confiera al agente la nueva identidad, en la que se reflejará la verdadera, se conserve en pieza separada, secreta, extremando las precauciones para garantizar la reserva, usando, a partir de ese momento un código o clave para referirse al agente.

39.- En el **cuarto y último apartado del artículo 282 quinquies** se regula cómo la identidad del agente podrá mantenerse en secreto incluso después de haber concluido el proceso, de modo que solo podrán acceder a su verdadera identidad la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal. No obstante se sugiere al prelegislador que reformule el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 282 quinquies a fin de establecer la excepcionalidad de la revelación de la identidad del agente encubierto para, entre otras cosas, permitir su actuación en futuras investigaciones, pues si la regla general fuese la revelación de la identidad real del agente, aun cuando no hubiese peligro concreto presente para su vida, integridad o libertad, la revelación podría comprometer las posibilidades de actuación del agente en el futuro.

40.- El nuevo **artículo 282 sexies** regula el desarrollo de la investigación que efectuará el agente encubierto. Por un lado, el apartado primero del precepto establece que la autorización judicial o fiscal de la intervención del agente encubierto ampara las actuaciones que realice en el curso de la investigación, aunque pueda verse afectado el derecho a la intimidad de las personas investigadas, y por otro, en el apartado segundo, se augura la necesidad de que el agente encubierto pueda requerir de medidas de investigación adicionales al poder verse afectados los derechos fundamentales de las personas investigadas, en cuyo caso será necesaria la autorización del Juez de Instrucción. Se parte así de que la afectación al derecho a la intimidad está amparada por la autorización de la intervención del agente. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1514) a la hora de examinar la determinación de la competencia para la autorización de esta diligencia, en relación con el vigente artículo 282 bis, declaró *«[e]l precepto establece la posibilidad de elegir entre el juez de instrucción y el Ministerio Fiscal para obtener la autorización por parte de los funcionarios de la Policía Judicial del agente encubierto; de ello se desprende, por un lado, que las autoridades policiales pueden elegir y, por otro, que si la autorización es necesaria y además ha de ser fundada, y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, es que ello ya implica una afectación de la*



intimidad, en sentido estricto». No obstante, esta afectación del derecho a la intimidad podría ser especialmente intensa, al resultar necesaria, por ejemplo, la captación de imágenes o la grabación de conversaciones entre el agente y las personas investigadas, como prevé actualmente el artículo 282 bis 7 de la LECRIM, por lo que sería conveniente que se incluyese alguna referencia en el anteproyecto respecto a la necesaria solicitud y autorización judicial para emplear dichas medidas.

41.- En el **apartado segundo del artículo 282 sexies**, se vaticina la necesidad de que el agente encubierto pueda requerir de medidas de investigación adicionales al poder verse afectados los derechos fundamentales de las personas investigadas, en cuyo caso será necesaria la autorización del Juez de Instrucción, que, lógicamente, deberá observar los requisitos exigidos en la Constitución y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la ejecución del acto que específicamente vaya a autorizarse. Se dispone expresamente en el **apartado tercero** del precepto que no se verá afectado derecho fundamental alguno ni, por tanto, requerirán de autorización judicial, las situaciones en las que el agente encubierto entra en el domicilio de la persona investigada, con su consentimiento, aun desconociendo su condición de agente de la autoridad, recogándose de este modo por el legislador un criterio ya asentado por la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2018, [ECLI:ES:TS:2018:4349], entre otras).

42.- Nota característica de la figura del agente encubierto es el deber de información. El **apartado 4 del artículo 282 sexies** dispone cómo el agente deberá poner la información que vaya descubriendo a disposición de quien autorizó la investigación, a la mayor brevedad posible. No se fija un plazo determinado para el cumplimiento de este deber, sino que el prelegislador se limita a disponer que «[t]an pronto como les sea posible teniendo en cuenta lo necesario para garantizar su seguridad». La forma de la puesta en conocimiento de tal información, según refiere el precepto será «*a través de sus canales*». Finaliza el apartado estableciendo que la información obtenida por el agente deberá aportarse al proceso en su integridad, tal y como exige la regulación vigente (artículo 282 bis 1 in fine LECRIM), en el sentido establecido por la jurisprudencia. Declara la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:2331.). «*Es evidente, de la lectura de la regulación contemplada en el art. 282 bis LECrim que no se trata de trasladar la totalidad de las comunicaciones mantenidas, las conversaciones, los mensajes, las llamadas -como si de una suerte de intervención telefónica se tratara- sino de cuanto resulte trascendente para la investigación, que justifique la medida y pueda servir para el esclarecimiento de los hechos y la evitación del delito. No se trata de que el funcionario "elija" lo que sea de*



carácter incriminador, sino lo que sea relevante para la investigación. Ahí radica el elemento diferencial, ya que no tiene sentido aportarlo todo por cuanto no se trata de una medida de intervención telefónica, sino de una actuación presencial prolongada en el tiempo».

43.- El quinto y último apartado del artículo 282 sexies establece que los objetos o efectos intervenidos durante la investigación podrán ser utilizados para mantener la cobertura y seguridad del agente encubierto, siendo preciso que dicho uso sea autorizado por el Juez o el Ministerio Fiscal.

44.- En cuanto a la responsabilidad del agente encubierto por la comisión de conductas delictivas durante la ejecución de la medida, el **artículo 282 septies**, determina, en primer lugar, la prohibición del agente para instigar, promover o provocar actuaciones delictivas y, en segundo lugar, una exención de responsabilidad criminal, siempre que concurren una serie de circunstancias.

45.- La provocación del delito por el agente encubierto, supondría extralimitación de sus funciones de investigación, y por tanto, se infringiría el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Resulta ilustrativa, en orden a delimitar el concepto de provocación, promoción o instigación la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1514) en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se explica: *«2.1. La Sentencia de esta Sala nº 690/2010, de 1 de julio, señala que "en el delito provocado resulta ante todo imprescindible el hecho de la inexistencia previa de cualquier actividad delictiva en trance de comisión del concreto delito de que se trate, de modo que si la ejecución del mismo da comienzo sólo a partir de la intervención del funcionario o agente provocador, pudiendo llegar a afirmarse con seguridad que de no haberse producido tal intervención provocativa el delito no se hubiera llegado a cometer, al menos en las circunstancias concretas en las que el mismo se produjo, sí que deviene procedente la calificación, como "delito provocado", de esa conducta ilícita y, por consiguiente, con fundamento en lo inadmisibles de dicha provocación por parte de las Autoridades entendida como contribución eficaz y determinante a la comisión de un delito, la procedencia de su carácter impune. Pero cuando, como aquí, no es que se hubiese iniciado la ejecución del ilícito sino que los actos realizados por los diferentes partícipes, poseyendo y trasladando la sustancia prohibida, ya podían considerarse integrantes de la consumación de semejante infracción, el que uno de los funcionarios, en concreto un guardia civil, objeto de ofrecimientos constitutivos de delito de cohecho activo, simulase, siguiendo instrucciones de sus superiores, atender a dichos requerimientos delictivos, a fin de colaborar en el completo conocimiento, y*



posterior acreditación, de las actividades de quienes pretendían corromperle, en modo alguno puede significar "provocación" para la comisión de un delito que, como decíamos, ya se había cometido antes de la intervención, por otro lado no buscada por él, del referido guardia que tan ejemplarmente actuó".

Señala la doctrina que en el delito provocado, la intervención se realiza generalmente por un agente policial o un colaborador de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad -el agente provocador- antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible [SSTS 23 de junio de 1999 y 25 de enero de 2007] y se realiza en virtud de la inducción engañosa que, con el objetivo de conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta delictiva que se espera [STS 16 de febrero de 2006], incitándole a perpetrar una acción, que previamente no tenía propósito de cometer, de forma que, de no existir ésta, el delito no se habría producido [SSTS 3 de marzo de 2004 , 6 de junio de 2006 y 13 de noviembre de 2006], pues la voluntad de delinquir no surge por su propia y libre decisión [STS 13 de junio de 2006], sino a través de una especie de instigación o inducción [STS 15 de septiembre de 1993], en los términos del art. 28.»

46.- En cuanto a la responsabilidad penal del agente encubierto, como se adelantaba, **el artículo 282 septies, en su apartado segundo**, establece las condiciones bajo las que se le podrá eximir de responsabilidad penal, que en todo caso parten de la premisa de que las actuaciones sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación. Los parámetros que fija el precepto son i) que las actuaciones sean proporcionadas a la finalidad de la medida de investigación, ii) que no entrañen lesión a un bien jurídico de mayor valor que el que se trata de proteger, y iii) que «[s]iempre estén relacionadas con la actividad delictiva de la organización o del grupo criminal investigado, o del homicidio o alguna de sus formas agravadas objeto de la investigación»

47.- El artículo 282 octies reglamenta el modo en el que se producirá la declaración testifical del agente encubierto. En el apartado primero se prevé la posibilidad de que su intervención en el ámbito de la instrucción o en el juicio oral, pueda tener lugar con la identidad supuesta que se les hubiera facilitado en el curso de la investigación. Para ello será necesaria una resolución judicial motivada y deberán adoptarse las medidas necesarias para proteger su apariencia y garantizar la seguridad del agente, siendo expresamente aplicable la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causa criminales. Respecto al contenido de esta Ley Orgánica, reiteradamente se ha puesto de manifiesto la necesidad de su



reforma, habiendo sido calificado su contenido por el Tribunal Supremo como «breve, insuficiente, obsoleta y de escaso rigor técnico» (Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:1941]). Más recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:100) ha realizado un minucioso análisis de la regulación legal de los testigos protegidos y ha declarado: «La jurisprudencia de esta Sala, como recuerda la STS 649/2010, ha puesto de relieve en diferentes ocasiones las dificultades que entraña la interpretación del texto del art. 4 de la LO 19/1994 al tratar de determinar las consecuencias que produce en el plenario el anonimato de los testigos protegidos. Y así, en la STS 395/2009, de 16 de abril, después de remarcar que no faltan precedentes que aceptan la negativa de la Audiencia Provincial a revelar la identidad de los testigos en aquellos casos en que concurren circunstancias especiales que así lo aconsejen (cfr. SSTs 322/2008, 30 de mayo; 1047/2006, 9 de octubre; 98/2002, 28 de enero; 1027/2002, 3 de junio y 961/2006, 25 de septiembre), argumenta que "la lectura contrastada de los distintos apartados que integran el art. 4 de la repetida Ley 19/1994, impide interpretar el número 3 -que obliga a desvelar la identidad de los testigos- en absoluta desconexión con el número 1, que permite a la Sala mantener las medidas protectoras acordadas durante la instrucción. Habría sido deseable un mayor rigor técnico en la redacción de la LO 19/1994, excluyendo esa aparente contradicción. Pese a todo, el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos -señala la referida sentencia 395/2009 - no es, en modo alguno, de carácter absoluto. El propio art. 4.3 subordina su alcance a que la solicitud que en tal sentido incorporen las partes en su escrito de conclusiones provisionales se haga motivadamente, estando también sujeta al normal juicio de pertinencia". Esta doctrina del Tribunal de Casación ya se había seguido en la sentencia 322/2008, de 30 de mayo.»

48.- Por otro lado, no concreta el precepto qué órgano judicial deberá autorizar la intervención ante los órganos judiciales del agente encubierto con la identidad supuesta, por lo que parece que debería aclararse si será suficiente la autorización del juez instructor para su intervención en todo el proceso, tanto en fase de investigación como para el acto del juicio oral, o si, por el contrario, deberá ser el órgano judicial competente en cada fase del proceso quien deberá encargarse de tal autorización.

49.- Para el caso de que el agente encubierto no actúe en el juicio con su identidad supuesta, deberá ser citado a testificar con el código o clave que se le hubiere otorgado, sin que se especifique en su citación ningún otro dato relativo a su identidad para garantizar su seguridad (artículo 282 octies. 2).



50.- Las mismas garantías y modos de intervención en juicio son aplicables cuando se trate de un agente encubierto extranjero que hubiere tenido que actuar en territorio nacional (artículo 282 octies 3).

51.- El artículo 282 nonies impide, en recta lógica, una utilización de la información obtenida con esta diligencia en delitos para los cuales no podría haberse autorizado. Sin embargo, cabe poner de manifiesto que, dado el restringido ámbito de aplicación del agente encubierto, ello podría conllevar la pérdida de informaciones relevantes sobre delitos de gravedad no cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o no tipificado como homicidio u otra forma agravada, por lo que, como ya se ha indicado, puede resultar conveniente regular un uso más amplio y adecuadamente tasado de dichas informaciones en otros procesos.

b) Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación

52.- Los nuevos artículos 282 decies a 282 quaterdecies, regulan el conocido como "*agente encubierto informático*", aunque bajo la denominación de "*investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación*", con intención de sustituir y reglamentar más detalladamente el actual régimen jurídico, limitado al apartado 6 del artículo 282 bis LECRIM, que fue introducido por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Al igual que en la actual regulación las posibilidades de utilización de esta figura se extienden también a supuestos en los que no concurre delincuencia organizada (lo que ha resultado especialmente importante en delitos de pornografía o corrupción de menores) y contempla su utilización en un listado amplio de delitos, los del artículo 588 ter a) de la LECRIM, sin perjuicio, obviamente, de la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso concreto. Esta amplitud resulta plenamente coherente dada la proximidad de este medio de investigación con la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas, telemáticas y postales.

53.- El ámbito de actuación de las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación no es lo único que le distingue del agente encubierto físico. Resulta en este sentido reseñable que la diferencia en la interacción que se puede producir entre el agente encubierto físico y el agente encubierto informático y los instrumentos del delito: el agente encubierto físico, durante su intervención, podrá recibir instrumentos del delito de los investigados bien sea mediante su compra o su transporte, mientras que el agente encubierto informático podrá llegar a intercambiar o enviar archivos ilícitos (artículo 282 quaterdecies.3), previa autorización judicial. Este tipo de



interacción activa está muy cercana a la promoción, provocación o instigación del delito, que como en el caso del agente encubierto, está prohibida en esta diligencia de investigación. Esta circunstancia, junto a la cercanía de esta diligencia con la intervención de las comunicaciones, deben ser las que ha tenido en cuenta el prelegislador a la hora de disponer que las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación sólo podrán ser autorizadas por el Juez de Instrucción, no por el Ministerio Fiscal, como en el caso del agente encubierto.

54.- El artículo 282 decies. 1 permite así el uso de la identidad supuesta para la actuación en canales cerrados de comunicación, debiendo entenderse como canal cerrado aquel que se reputa confidencial, en el que se excluye la presencia y conocimiento por terceros (STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 7, [ECLI:ES:TC:2012:241]), por contraposición a un canal abierto, que sería aquel del que no puede predicarse esta confidencialidad, sin perjuicio de que sus usuarios se amparen en el anonimato. En definitiva, como se adelantaba, el derecho fundamental afectado no es la intimidad de los sujetos, sino el secreto de las comunicaciones, procediendo acudir a la doctrina constitucional reiterada: *«En efecto, el concepto de "secreto" en el art. 18.3 CE tiene un carácter "formal", en el sentido de que se predica de la comunicación sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado [STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4, y 170/2013, FJ 4 a)]. La anterior precisión nos lleva a sostener que el ámbito de protección que el secreto de las comunicaciones dispensa y garantiza, resulta de "la evidente vulnerabilidad de las comunicaciones realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero", de modo que el objeto de protección "no se extiende a todos los fenómenos de comunicación entre personas, ni alcanza a cualesquiera materiales con ella relacionados presentes, pasados o futuros [STC 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4 a)]»* (STC 18/2020, de 10 de febrero, ECLI:ES:TC:2020:18).

55.- El apartado 4. del artículo 282 decies constata que la actuación encubierta en esta diligencia se circunscribirá a las investigaciones que se desarrollen a distancia «[s]in relación física y personal con la persona investigada». El precepto establece que si, durante la investigación, la relación física llegara a producirse, «[l]a actuación investigadora continuará conforme a lo establecido en los artículos anteriores.» Deriva así este inciso a la regulación del agente encubierto obviando que, dado el ámbito de actuación de una y otra diligencia de investigación, resultaría más que conveniente que se advirtiera que se podrá continuar la investigación



conforme a las normas del agente encubierto, siempre que, en atención a la naturaleza del delito investigado, ello sea posible.

56.- El quinto apartado del artículo 282 decies determina que las informaciones obtenidas en el curso de la investigación podrán ser utilizadas en otros procesos con la autorización del Juez de Instrucción que conozca de la nueva investigación. Nada prevé el prelegislador respecto de qué ocurrirá si la información obtenida forma parte de otro proceso, ya iniciado, y distinto de la investigación para la que fue autorizada la diligencia.

57.- La solicitud para adoptar esta medida de investigación podrá provenir del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, y deberá justificar suficientemente la concurrencia de los requisitos necesarios para su adopción. Formulada la solicitud se decretará, en pura lógica con la naturaleza de la diligencia, el secreto total o parcial de las investigaciones (**artículo 282 undecies**). La resolución judicial que autorice la diligencia contendrá todos y cada uno de los requisitos exigidos en el artículo **282 duodecies**. Se destaca la necesidad de que la autorización deberá pronunciarse expresamente en su caso, sobre la extensión de la medida, en el sentido de fijar si la autorización si comprende la autorización para intercambiar o enviar archivos ilícitos por su contenido. Parece que también resultaría adecuado que la solicitud del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, desde un principio, deba plantear que la diligencia se extienda al intercambio o envío de estos archivos.

58.- Debe advertirse, que a diferencia de lo que parece ordenar la actual regulación (artículo 282 bis.6 LECRIM), no se exige en la reforma proyectada que la identidad supuesta que se autorice para llevar a cabo la investigación encubierta en canal cerrado de comunicación tenga que recaer imperativamente en un funcionario policial, sino que la autorización recaerá sobre la unidad investigadora de la Policía Judicial que se haga cargo de la investigación. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 282 undecies. 2. d), cuando exige que la solicitud deberá identificar no a un agente, sino a la unidad investigadora responsable de la investigación. Esta decisión se valora muy positivamente no solo porque está en línea con la rúbrica del nuevo artículo 282 decies que desliga la investigación de la necesidad de determinación de un único "agente encubierto informático" al rotularse como "Investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación", sino porque responde adecuadamente a la mecánica y ejecución práctica de esta diligencia. Además, esta decisión es coincidente con la regulación proyectada en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal



59.- La duración de la medida (artículo 282 duodecimos, apartado f)) será la que se fije en la resolución que no podrá ser superior a lo solicitado, ni a seis meses, prorrogables, previa solicitud, por otro plazo igual, es decir se fija una duración máxima de doce meses. Este plazo no coincide con el límite máximo por el que se puede acordar la intervención de las comunicaciones. Conforme al vigente artículo 588 ter g. LECRIM, puede tener una duración inicial de 3 meses, prorrogables hasta el plazo máximo de dieciocho meses, lo que resulta llamativo, dada la naturaleza de los derechos que se ven afectados por una y otra medida.

60.- Se valora positivamente que tanto el artículo 282 undecimos, apartado 2. d) como el artículo 282 duodecimos, apartado 1 e), en relación con la solicitud de la medida y la resolución judicial respectivamente, refieran a «La unidad de la policía judicial que se haga cargo de la investigación», desligando la investigación de la necesidad de determinación de un único “agente encubierto informático”, que no responde adecuadamente a la mecánica y ejecución práctica de esta diligencia.

61.- La vigente ubicación de la actuación del agente encubierto informático en el artículo 282 bis LECRIM hace extensibles al mismo las previsiones sobre la exención de responsabilidad criminal. Sin embargo, la sistemática elegida por el prelegislador, regulando en preceptos diferentes la figura del agente encubierto y las investigaciones en canales cerrados de comunicación, si bien se considera adecuada, implica la necesidad de regular expresamente dicha exención en relación con estas investigaciones de forma paralela a las previsiones del artículo 282 septies, sin perjuicio de que dicha exención se entienda aplicable en el caso concreto del intercambio o envío de archivos ilícitos, amparado por resolución judicial, conforme expresamente prevé el artículo 282 quaterdecimos. También sería conveniente que se regulara la necesidad de que dichos archivos ilícitos se encuentren identificados digitalmente, pues conocer con exactitud sus características y fecha de envío permitiría un seguimiento de los mismos, así como coadyuvar en la valoración de la existencia de un delito provocado -frecuentemente alegado en estos casos, y expresamente prohibido en el artículo 282 decimos, apartado 3- toda vez que, como resume la STS de 10 de junio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2331), en la provocación *«[l]a intervención se realiza generalmente por un agente policial o un colaborador de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad -el agente provocador- antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible [SSTS 23 de junio de 1999 y 25 de enero de 2007] y se realiza en virtud de la inducción engañosa que, con el objetivo de conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas de un hecho*



criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta delictiva que se espera [STS 16 de febrero de 2006], incitándole a perpetrar una acción, que previamente no tenía propósito de cometer, de forma que, de no existir ésta, el delito no se habría producido [SSTS 3 de marzo de 2004, 6 de junio de 2006 y 13 de noviembre de 2006], pues la voluntad de delinquir no surge por su propia y libre decisión [STS 13 de junio de 2006], sino a través de una especie de instigación o inducción [STS 15 de septiembre de 1993], en los términos del art. 28.a) CP».

62.- El artículo 282 terdecies limita la autorización judicial concedida a la investigación del hecho delictivo que la motiva, por lo que, si en el curso de la investigación aparecen nuevos hechos punibles o se puede inferir la participación de otros responsables, la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal deberá recabar inmediatamente la pertinente autorización judicial. Olvida, sin embargo, el prelegislador que, de acuerdo con el artículo 282 quater, apartado 3, la medida puede ser autorizada por el juez de instrucción o por el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediatamente al juez, por lo que la ampliación de la medida también debería poder ser adoptada por el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediatamente al juez.

63.- El artículo 282 quaterdecies, en su párrafo tercero, prevé que «Si en el curso de la investigación resultase necesario para asegurar la fuente de prueba, el Juez de Instrucción, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá acordar que la autorización se extienda a la grabación y obtención de imágenes de las comunicaciones entre el agente encubierto y la persona investigada.» Nada se dispone respecto a que la solicitud pueda partir de la Policía Judicial.

64.- El artículo 282 quaterdecies se cierra disponiendo «El agente encubierto informático informará al Juez de Instrucción, en la forma en que este disponga, sobre el desarrollo y los resultados de la medida». Parece más razonable prever esta obligación de información recaiga, no sobre el agente encubierto informático, sino sobre la unidad de Policía Judicial que se haga cargo de la investigación, que es quien habrá solicitado y a quienes se habrá autorizado la ejecución de la medida. Como ya se ha indicado en este informe parece que el prelegislador tiende a abandonar la terminología de «agente encubierto informático», en el sentido de que no parece que la identidad supuesta que se autorice para llevar a cabo la investigación encubierta en canal cerrado de comunicación deba recaer imperativamente en un funcionario policial.

65.- Desde el punto de vista de técnica legislativa, los dos párrafos del proyectado artículo 282 terdecies y los cuatro párrafos del artículo 282



quaterdecies, habrían de numerarse con cardinales arábigos, en cifra, conforme a las directrices de técnica normativa.

c) Intervención remota de equipos informáticos

66.- Los apartados catorce y quince del artículo segundo de la reforma, afectan, respectivamente a los artículos 588 septies a) y 588 septies c), de la LECRIM.

67.- La redacción del **artículo 588 septies a)**, en el que se recogen los presupuestos para la intervención remota de equipos informáticos, solo se ve afectada en el sentido de añadir un nuevo párrafo con la letra f), a su apartado primero. Así dentro del catálogo de delitos en el que se podrá autorizar esta diligencia de investigación, se incorpora, al igual que en el caso de la diligencia de agente encubierto, el delito de homicidio y sus formas agravadas. La única explicación que ofrece el prelegislador para la inclusión de este delito en el artículo 588 septies 1., se funda en la eficacia de esta medida de investigación. Dice la Exposición de Motivos *«De la misma forma, la citada Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, introduce como medida investigativa, la de los registros remotos sobre equipos informáticos (artículo 588 septies a, b y c de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, los de terrorismo, los cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, los delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional y los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación. También la aplicación de esta medida para la investigación de homicidios y sus formas agravadas resulta de una extraordinaria eficiencia.»*

68.- Debe destacarse que la posibilidad de acordar esta diligencia de investigación a los delitos de homicidio o alguna de sus formas agravadas, al igual que en el caso de la diligencia de agente encubierto, no está prevista en la regulación del anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De hecho, el contenido de ese anteproyecto respecto de la reglamentación de la intervención remota de equipos, no solo no incluye la figura del homicidio y sus formas agravadas, sino que modifica los delitos para los cuales puede autorizarse esta medida, que resultan reducidos, pues no cabe su empleo para todos los delitos contra la Constitución, al quedar excluidos los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y los cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías



constitucionales, como tampoco cabe para los delitos de traición y relativos a la defensa nacional.

69.- Si bien la modificación del artículo 588 septies a), queda limitada a la inclusión del delito de homicidio y de sus formas agravadas como delito en los que cabrá la autorización de la intervención remota de equipos, se debería reflexionar sobre la conveniencia de que la resolución judicial que autorice la medida deba especificar el software mediante el que se ejecutará el control de la información, tal y como exige el apartado 2. b) del precepto. El efecto de esta inclusión puede resultar sumamente pernicioso y conllevar un alto coste tanto económico como en términos de efectividad, toda vez que la revelación del software empleado implica la necesidad de desarrollar nuevos programas e instrumentos informáticos, no conocidos, para afrontar con eficacia futuras investigaciones penales.

70.-El artículo 588 septies c), relativo a la duración de la diligencia de intervención remota de equipos informáticos, queda redactado en los siguientes términos «La duración inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses prorrogables por sucesivos períodos de igual duración hasta un máximo de dieciocho meses.» Se amplía generosamente el tiempo de vigencia de la diligencia, que en la actual redacción del precepto está limitada a un mes, prorrogable hasta un máximo de tres meses. De este modo la duración máxima actualmente prevista, se corresponde con la duración mínima que se pretende con la reforma. Se equipara así la duración de esta diligencia con la del resto de las diligencias de investigación reguladas en el capítulo dedicado a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en el que la duración inicial es de tres meses, prorrogables hasta un máximo de dieciocho (artículo 588 ter g y artículo 588 quinquies c de la LECRIM). Ningún razonamiento se aporta para explicar el porqué de esta modificación, pese a que cuando se introdujo esta diligencia por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se justificó en su Exposición de Motivos la limitación de su duración, por el intenso grado de injerencia que implicaba su adopción. Finalmente, se advierte que la nueva redacción determina claramente el momento desde el que comenzará a computarse la duración inicial de la investigación, a saber, desde la fecha de la autorización judicial, circunstancia a la que no se refiere la actual redacción del precepto.



C) ARTÍCULO TERCERO. MODIFICACIÓN DE LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA

71.- El artículo tercero de la norma proyectada está destinado a la modificación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Explica el prelegislador en la Exposición de Motivos que el objetivo de la reforma es *«[d]epurar las inconsistencias detectadas con el tenor literal de algunas de las decisiones marco de las que trae causa, así, con (sic) en particular, armonizar la normativa nacional con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2018/2015, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.»*

72.- El marco jurídico de la Unión Europea en materia de reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y las resoluciones de decomiso, con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 2018/2015, estaba constituido esencialmente por las Decisiones Marco 2003/577/JAI y 2006/783/JAI del Consejo. Sin embargo, esas Decisiones Marco no se llegaron a transponer ni a aplicar de manera uniforme en todos los Estados miembros, lo que causó problemas en orden a una efectiva cooperación transfronteriza.

73.- Por lo que respecta a España, tanto las Decisiones Marco citadas, como las Directivas y Decisiones que fueron dictándose posteriormente en el ámbito del reconocimiento mutuo de resoluciones, fueron incorporándose a nuestro ordenamiento jurídico de modo individualizado, hasta que la Ley 23/2014, ahora objeto de modificación, dio *«[p]or amortizada la técnica de la incorporación individual de cada decisión marco o directiva europea en una ley ordinaria y su correspondiente ley orgánica complementaria, y se presenta como un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y la directiva aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Incluye tanto las ya transpuestas a nuestro Derecho como las que están pendientes, evitando la señalada dispersión normativa y facilitando su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho.»*

74.- A fin de optimizar la cooperación judicial transfronteriza y unificar los criterios de reconocimiento de resoluciones judiciales, el Reglamento 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso adopta normas comunes para garantizar la eficacia de tales procedimientos de reconocimiento y ejecución de resoluciones de embargo y de decomiso. Se intenta con ello poner fin a las dificultades presentadas por



una regulación excesivamente fragmentada que dificultaba una interpretación uniforme de las normas. El Reglamento, de efectos *erga omnes*, no requiere transposición, siendo su contenido vinculante para los Estados, garantizándose con ello un grado idéntico de implantación. Se concreta en el Reglamento un procedimiento común para la emisión, la recepción, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones de embargo y también de decomiso, aunque algunos aspectos, especialmente en lo que se refiere a la ejecución de estas resoluciones, deben ser complementados con las normas nacionales. Uno de los objetivos de la modificación, como ya se ha anticipado, es precisamente armonizar nuestra normativa interna con el contenido del Reglamento 2018/1805.

75.- La reforma, dentro del artículo tercero de la ley, se estructura en veintitrés apartados. Los veintidós primeros afectan al articulado mismo de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, mientras que el último de ellos modifica el Anexo X y el Anexo XI, a los que hacen referencia respectivamente los artículos 147 y 160 de la norma.

a) Reconocimiento y ejecución por las autoridades judiciales españolas de instrumentos de reconocimiento mutuo

76.- Comienza la reforma introduciendo un último inciso en el **apartado 4 del artículo 20** de la Ley 23/2014 con el siguiente contenido: «Para el reconocimiento mutuo y ejecución de las órdenes de embargo y decomiso referido a un delito distinto a los señalados en el apartado primero de este artículo, el control de doble tipificación sólo podrá extenderse al análisis de si los hechos que hayan motivado la resolución son constitutivos de delito, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la forma en que se describa el delito en el derecho del Estado de emisión.».

77.- Esta adición trae causa directa del artículo 3.2 del Reglamento 2018/2015 que dispone «Con respecto a los delitos no enumerados en el apartado 1, el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento y la ejecución de una resolución de embargo o de una resolución de decomiso a la condición de que los hechos que hayan motivado la resolución sean constitutivos de un delito con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la forma en que se describa el delito en el Derecho del Estado de emisión.».

Desde la perspectiva de técnica legislativa, se recomienda que los distintos párrafos del apartado cuarto, incluyendo el inciso anteproyectado, pasen a numerarse con cardinales arábigos.

78.- El prelegislador ofrece una nueva redacción del **apartado segundo del artículo 25**, referido a la posibilidad de que, si la autoridad competente española estima que los gastos de ejecución de la resolución judicial de



decomiso son excepcionales, a través del Ministerio de Justicia, se pueda proponer al Estado emisor de la resolución judicial de decomiso, un reparto de los gastos que haya originado su ejecución. Esta nueva redacción, se centra en acomodar el precepto al contenido del artículo 31.2 del Reglamento 2018/2015. En consonancia con este acomodo, la nueva redacción del precepto permite no solo que se pueda interesar el reparto en el caso de que España hubiera incurrido en "gastos excepcionales" en la ejecución de la resolución, como ahora refiere, sino también (al igual que concreta el Reglamento), cuando haya incurrido en "gastos considerables". El Considerando 49 del Reglamento 2018/2015 explica *«Los Estados miembros no deben poder reclamarse mutuamente el reembolso de los gastos que resulten de la aplicación del presente Reglamento. Sin embargo, cuando el Estado de ejecución haya soportado gastos elevados o excepcionales debido a que, por ejemplo, los bienes han permanecido embargados durante un período de tiempo considerable, la autoridad de emisión debe tomar en consideración, en su caso, cualquier propuesta de la autoridad de ejecución sobre el reparto de los gastos.»*

79.- También, con arreglo a la reforma pretendida en el artículo 25.2, será posible instar este reparto de gastos, no solo cuando ya se hubiera incurrido en esos gastos considerables o excepcionales, sino cuando con anterioridad, se pueda prever que se producirán. Además, en idéntica redacción a la contenida en el citado artículo 31.2 del Reglamento 2018/2015, se añade como última frase del apartado: «En caso pertinente, Eurojust podrá facilitar la negociación.». No se concreta ni en el articulado ni en la exposición de motivos de la reforma en qué contexto "será pertinente" la intervención de Eurojust, aunque su intervención está enmarcada dentro de la labor de coordinación y de la asistencia en la ejecución de resoluciones de embargo y resoluciones de decomiso que se le atribuye en el Reglamento 2018/2015.

80.- El artículo 32, que regula los motivos generales para la denegación del reconocimiento o la ejecución de las medidas solicitadas, se ve afectado por la reforma, que añade contenido a alguno de sus apartados y elimina y reestructura otros. En primer lugar, el artículo 32.1 recoge las causas por las que imperativamente se establece que las autoridades judiciales ni reconocerán ni ejecutarán las órdenes o resoluciones transmitidas. En el apartado a) se añade un último inciso, de modo que queda redactado de la siguiente forma « Cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in ídem en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado; siempre que, en caso



de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena.». Es decir, habría lugar al reconocimiento o ejecución solicitada cuando no se hubiera iniciado en España o en otro Estado distinto la ejecución de la resolución firme, salvo que esta ya no fuera posible. No ofrece el prelegislador explicación alguna que justifique la inclusión de este inciso, que va más allá de la simple denegación del reconocimiento o la ejecución de las medidas solicitadas por ser el reconocimiento o la ejecución contraria al principio de *non bis in idem* que el Reglamento 2018/2015 establece para el caso del embargo (artículo 8.1.a)) o del decomiso (artículo 19.1. a))

81.- Se elimina en la nueva redacción el apartado b) del artículo 32.1 en el que actualmente se recoge la denegación del reconocimiento y ejecución «Cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, el delito o la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español». En estos casos la denegación del reconocimiento o ejecución ya no será imperativa, sino facultativa, conforme a la nueva redacción del artículo 32.3, que se analizará más adelante.

82.- Se conserva en el artículo 32.1 la denegación imperativa del reconocimiento o ejecución de las medidas solicitadas cuando el formulario o certificado que acompañe a la solicitud de adopción de medidas adolezca de defectos formales que le hagan incompleto, incorrecto o inadecuado, salvo en los casos en los que tales defectos fueran subsanables y subsanados, así como los supuestos de inmunidad que impidan la ejecución que ahora pasan a ser los incisos b) y c) respectivamente de las causas imperativas de denegación.

83.- Igualmente se mantiene inalterado el contenido del artículo 32.2, mientras que el apartado tercero del artículo 32 se reestructura, estableciendo la posibilidad de que la autoridad judicial española deniegue el reconocimiento o ejecución de una orden o resolución en dos incisos. El inciso a) viene a coincidir con el contenido de la actual redacción, y se añade un inciso b) que, como se adelantaba, convierte en facultativa la antes imperativa denegación del reconocimiento o ejecución «Cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español (...), añadiendo «[e]xcepto en los casos de resoluciones de embargo y decomiso o de aseguramiento de pruebas.».



84.- No se explica ni en la Exposición de Motivos ni en la MAIN, cuál es el motivo que ha llevado al prelegislador a considerar que debe ser potestativo, y no imperativo la denegación del reconocimiento o ejecución de una orden o resolución judicial en los casos de prescripción de sanciones impuestas con arreglo al Derecho español. Por otro lado, no se entiende el alcance que se pretende con el inciso «[e]xcepto en los casos de resoluciones de embargo y decomiso o de aseguramiento de pruebas.». La redacción del precepto es sumamente confusa y no se llega a entender si esta excepción supone que no se podrá denegar en este caso el reconocimiento, o si por el contrario la denegación será imperativa. Finalmente, por lo que respecta a este artículo 32.3 se observa que en la redacción del precepto habría un error, en el uso de la conjunción copulativa "y", que parece debiera sustituirse por la conjunción disyuntiva "o" en tanto señala «La autoridad judicial española podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una orden o resolución», cuando parece que debería referirse al reconocimiento o a la ejecución.

85.- El prelegislador ha eliminado el apartado quinto del artículo 32 que actualmente declara «Los motivos de no reconocimiento o no ejecución enumerados en la letra c) del apartado 1 y en el apartado 3 de este artículo no serán de aplicación en relación con las medidas de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas», cuyo contenido, como veremos, forma parte de artículo 170 en la nueva redacción ofrecida por la reforma.

86.- El artículo 33 de la Ley 23/2014 se ve alterado en el sentido de que la denegación de la ejecución de resoluciones dictadas en ausencia del imputado ya no se considera imperativa, salvo que concurren una serie de circunstancias, como establece la redacción en vigor, sino que será facultativa. Tampoco en este caso se da razón alguna en la Exposición de Motivos que justifique el cambio de criterio. La MAIN, respecto a esta materia se limita a señalar «*[l]as modificaciones introducidas atañen a una regulación y distinción más precisa entre las causas imperativas y potestativas de denegación al reconocimiento y ejecución de determinados instrumentos de reconocimiento mutuo*»

b) Orden europea de detención y entrega

87.- La reforma anteproyectada afecta al **artículo 48** de la Ley 23/2014 que regula los motivos en virtud de los que se deberá denegar la ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega, en adelante OEDE, y aquellos otros en los que se podrá acordar dicha denegación. A tal respecto se debe recordar que el marco jurídico de la OEDE, dentro del Derecho de la Unión Europea, está configurado por la de 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, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009.

88.- Es importante, a la hora de valorar los motivos de denegación de la OEDE, traer a colación la reciente sentencia del TJUE de 31 de enero de 2023, asunto c-158/21, Puig, Gordi y otros (ECLI:EU:C:2023:57), que resuelve la decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por nuestro Tribunal Supremo, sala penal, mediante auto de 9 de marzo de 2021, cuyo objeto era la interpretación de 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 (en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009). De acuerdo con dicha sentencia una autoridad judicial de ejecución no puede negarse, en principio, a ejecutar una orden de detención europea basándose en la falta de competencia del órgano jurisdiccional que habrá de enjuiciar a la persona buscada en el Estado miembro emisor. Dicha autoridad deberá no obstante negarse a ejecutar dicha orden si comprueba que en ese Estado miembro hay deficiencias sistémicas o generalizadas que afectan a su sistema judicial y que el órgano jurisdiccional que habrá de enjuiciar a la persona buscada en dicho Estado miembro es manifiestamente incompetente para ello. Se sugiere al prelegislador que tenga en consideración el contenido de esta sentencia para que se incluya dentro de los motivos relacionados en el proyectado artículo 48.

89.- El artículo 48.1, recoge las causas por las que, imperativamente se denegará una orden europea de detención y entrega. La nueva redacción que se propone, es prácticamente idéntica a la actual, aunque de ella se elimina el vigente apartado d), que impone la obligación de denegar la orden europea de detención y entrega « Cuando la persona objeto de la orden europea de detención y entrega haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena», que pasa a formar parte del apartado segundo, que reglamenta las causas potestativas de denegación de la OEDE.

90.- El prelegislador, como se ha expuesto, mantiene inalteradas el resto de las causas previstas en el artículo 48.1 por las que deberá denegarse la ejecución de la OEDE, desaprovechando la ocasión de incorporar en este apartado, o en el siguiente, los argumentos que fueron expuestos por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de enero de 2019, (ECLI:ES:TC:2019:3) respecto de la eventual afectación que en el derecho a la tutela judicial efectiva puede tener que se acceda a la extradición o a la



ejecución de una OEDE de una persona para su procesamiento por unos hechos que ya hayan sido objeto de algún tipo de procedimiento ante los órganos judiciales españoles y que hayan sido sobreseídos provisionalmente respecto de esa persona por falta de indicios suficientes de su participación en los hechos delictivos. La referida sentencia recuerda la jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de ponderar los eventuales efectos de la declaración de cosa juzgada material de una resolución judicial de sobreseimiento -con independencia de su carácter definitivo o provisional-, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y considera que *«[a]unque ha sido dictada en el marco de la aplicación interna del principio del ne bis in idem procesal, resulta coherente con la más actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia del ne bis in idem procesal transnacional comunitario.»* El Tribunal Constitucional tras analizar la jurisprudencia constitucional y la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en especial la sentencia de 5 de junio de 2014 (ECLI:EU:C:2014:1057) y la sentencia de 29 de junio de 2016, (ECLI:ES:TJUE:2016:121) *concluye «[e]l eventual efecto de cosa juzgada material de una decisión de sobreseimiento no depende de la calificación definitiva o provisional del archivo -y, por tanto, de la imposibilidad absoluta de la reapertura del procedimiento- sino de las concretas circunstancias concurrentes en el caso y relativas a que (i) dicha decisión haya sido adoptada una vez que se ha desarrollado un procedimiento penal al que el sujeto haya quedado sometido con la carga y gravosidad que ello implica; (ii) se hayan desarrollado por el órgano encargado de la instrucción de ese procedimiento penal todas las diligencias necesarias y razonables de investigación para determinar el carácter delictivo del hecho y la concreta participación de interesado en el mismo, y (iii) como consecuencia de la firmeza de dicha decisión de archivo, la reapertura quede condicionada a la ponderación de la aparición de nuevos indicios relevantes sobre el carácter delictivo del hecho o de la participación del interesado en el mismo. De ese modo, y por lo que se refiere concretamente a la cuestión suscitada en el presente recurso de amparo, debe concluirse que la aplicación transnacional de la garantía de la interdicción del doble enjuiciamiento penal en los supuestos de cooperación judicial internacional determina que los órganos judiciales españoles no pueden acceder a la entrega de una persona que haya sido objeto de un procedimiento penal en España por los mismos hechos en que se funda la solicitud de entrega, cuando dicho proceso penal haya sido archivado en nuestro país en las circunstancias anteriormente señaladas, sin perjuicio de que, en aplicación de otros instrumentos de cooperación judicial internacional, los órganos judiciales españoles puedan proceder a su reapertura a partir de la aportación de nuevos indicios por parte del país requirente.»*



91.- Las causas de naturaleza potestativa en las que se podrá fundar una denegación de la ejecución de una OEDE, se contemplan en **el artículo 48.2**, que se estructura en 5 incisos. Los dos primeros incisos, a) y b), mantienen íntegramente la redacción actual del artículo 48.2. El apartado b) determina podrá denegarse la ejecución de la OEDE *«Cuando la orden europea de detención y entrega se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española o con residencia en España, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España»*. Al respecto de esta causa, se debe recordar que, aunque se contempla solo como causa facultativa, el Tribunal Constitucional tiene establecido desde hace tiempo que, si una persona reclamada de nacionalidad española prefiere cumplir la pena en España, será obligatorio denegar la entrega (Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2006, [ECLI:ES:TC:2006:177]).

92.- Como ya se advirtió a las causas potestativas de denegación de la ejecución de la OEDE se han añadido dos apartados: en primer lugar, el apartado d), señala *« Cuando la persona objeto de la orden europea de detención y entrega haya sido juzgada definitivamente por los mismos hechos en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado de condena.»*. Se trata de una causa que en la actual redacción forma parte de las causas imperativas de denegación. No explica el prelegislador específicamente el porqué de este cambio de criterio, que permite la posibilidad de ejecución de la OEDE, aunque conste que la persona ya ha sido enjuiciada por los mismos hechos en otro Estado, enjuiciamiento en el que puede haber recaído una sentencia absolutoria.

93.- La última causa de naturaleza potestativa que se añade en el apartado e) refiere la posibilidad de denegación de la ejecución de la OEDE *«Cuando se haya acordado en España o bien no incoar acción penal por la infracción que sea objeto de la orden europea de detención y entrega, o bien concluir, o cuando sobre la persona buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales.»*

94.- El **artículo 52.2**, que regula la toma de declaración de la persona reclamada en la OEDE, es reformado en el único sentido de establecer que para la toma de declaración de la persona reclamada no será necesario que se lleve a efecto *«[p]or la autoridad judicial de emisión que se traslade a España»*, sino que se llevará a cabo *«[p]or medios telemáticos o*



presencialmente». Esta opción ofrecida por el prelegislador que no exige en todo caso el traslado de la autoridad judicial de emisión a nuestro país, sino que habilita la toma de declaración de la persona reclamada por vía telemática, merece una valoración positiva.

95.- El artículo 85.1 se modifica al calificar, en la nueva redacción como potestativas todas las causas recogidas en el artículo 85 por las que, en la actual redacción, se impone la obligación a la autoridad judicial de denegar el reconocimiento de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad. La redacción que propone el prelegislador del citado artículo 85.1 es la siguiente «1. El Juez Central de lo Penal podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, además de en los supuestos previstos en los artículos 32 y 33, en los siguientes casos». La transformación, sin más, en potestativo lo que hasta ahora tiene un carácter imperativo, no está exenta de problemas. En primer lugar, la redacción propuesta, parece considerar facultativa la posibilidad de denegar o no el reconocimiento y la ejecución de la resolución, si se de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 32.1, cuando tanto en el actual texto, como en el propuesto en la reforma, concurriendo cualquiera de ellas, la denegación por parte de la autoridad judicial es imperativa. En segundo lugar, porque más allá de no explicar tampoco en este caso el prelegislador la razón de esta modificación, no se alcanza a comprender bajo qué parámetros se puede llegar a autorizar el reconocimiento o ejecución de la resolución que impone una pena o medida privativa de libertad en los supuestos previstos en los distintos incisos del artículo 85.1, a saber, « a) Cuando en virtud de su edad, la persona condenada no habría podido ser declarada penalmente responsable por los hechos motivadores de la resolución condenatoria, de acuerdo con la legislación penal española. b) Cuando la autoridad judicial española competente constatare que, en el momento de recibir la resolución condenatoria, la parte de la condena que queda por cumplir es inferior a seis meses. c) Cuando, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 81, la resolución transmitida imponga una medida privativa de libertad que no resulte ejecutable de acuerdo con el Derecho español. d) Cuando, antes de decidir sobre el reconocimiento y la ejecución de la resolución condenatoria, el Juez Central de lo Penal presente una solicitud para que la persona de que se trate sea procesada, condenada o privada de libertad en España por una infracción cometida con anterioridad a su traslado y distinta de la que lo hubiera motivado, y la autoridad competente del Estado de emisión no diera su consentimiento. e) Cuando no se cumplan los requisitos exigidos para la transmisión de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad.» Solo se alcanza a atisbar la facultad de la no



denegación, en el caso del incumplimiento de los requisitos formales, si estos fueran subsanables y subsanados por el Estado emisor.

96.- El artículo 124, que regula la denegación del reconocimiento y la ejecución de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, se modifica al atribuir también en este caso naturaleza facultativa a las causas de denegación que hasta ahora eran imperativas, así como introduciendo nuevos incisos y dando otra redacción a alguno de los apartados del precepto. Las mismas consideraciones que en el caso del artículo 85.1 pueden trasladarse al ámbito del contenido del artículo 124.1 proyectado: ni se explica el motivo de la transformación imperativa a facultativa de las causas, ni se comprende tampoco bajo qué circunstancias podrá no denegarse el reconocimiento y la ejecución de resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, en alguno de los supuestos que prevé que son los siguientes: «a) Cuando en virtud de su edad, el imputado no pueda ser considerado penalmente responsable de los hechos en que se basa la resolución, de acuerdo con la legislación penal española. b) Cuando no se cumplan las condiciones para la transmisión de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional. c) Cuando la sentencia o, en su caso, la resolución de libertad vigilada, incluya medidas médicas o terapéuticas que la autoridad española no pueda vigilar conforme a la normativa nacional de aplicación. d) Cuando la duración de la medida de libertad vigilada sea inferior a seis meses.»

97.- El apartado 2 del artículo 124 no se ve afectado por la modificación, mientras que sí se da nueva redacción del apartado 3 del artículo 124, en consonancia con el nuevo contenido del artículo 124.1, pero que en realidad no supone una alteración de las consecuencias que prevé al señalar «Cuando en el supuesto de que la persona investigada incumpliera las medidas de vigilancia y el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer entendiera de aplicación la negativa a la entrega de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley sobre la orden europea de detención y entrega, informará de ello a la autoridad competente del Estado de emisión, solicitándole que retire el certificado o que acepte dicho reconocimiento, con la advertencia de que el imputado podría no ser entregado en virtud de una orden europea de detención y entrega».

c) Resoluciones de embargo

98.- En el **artículo 143.2** el prelegislador añade una frase final al apartado que termina por describir los bienes sobre los que puede adoptarse la resolución de embargo al señalar «[o] su equivalente, tanto si se trata de la totalidad como si se trata de solo una parte de dicho producto, o los instrumentos, el valor o los u objetos de dicha infracción». Esta añadido es



consecuencia del Reglamento 2018/2015, y más concretamente del contenido de su artículo 2 que, a efectos del Reglamento, establece una serie de definiciones, ocupándose su apartado 3) del concepto de "bienes" que se describe como «cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos o instrumentos jurídicos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes que, a juicio de la autoridad de emisión: a) sean el producto de la comisión de un delito, o su equivalente, tanto si se trata de la totalidad como si se trata de solo una parte de dicho producto; b) sean el instrumento de un delito o el valor de dicho instrumento». Con la adición introducida con la reforma que se pretende, se introduce en la Ley 23/2014 el íntegro concepto de bienes contemplado en el Reglamento 2018/2015.

99.- El texto añade un tercer apartado al **artículo 147** que determina la forma de documentación de la resolución de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Este apartado tiene como finalidad dar cumplimiento al contenido del Reglamento 2018/2015, que exige que el conocimiento de terceras personas propietarias de los bienes sobre los que puede recaer el embargo, sean informadas del mismo, si pueden verse perjudicadas por la medida. En definitiva, el apartado tercero que se adiciona tiene el siguiente contenido «Asimismo, cuando conste en el procedimiento la existencia de personas físicas o jurídicas propietarias de los bienes a los que se refiera la resolución, distintas a aquellas frente a las que se emite la misma, así como cualesquiera terceros cuyos derechos respecto a dichos bienes puedan verse directamente perjudicados por aquella, se hará constar dicha información». En cumplimiento de esta obligación el Anexo X, contenido en el texto de la reforma, se ha modificado para incluir los datos de estos posibles terceros afectados.

100.- Se añade una última frase al **artículo 148** de la Ley que queda redactado del siguiente modo « La resolución de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas se podrá transmitir simultáneamente a más de un Estado de ejecución cuando la autoridad judicial española competente tenga motivos fundados para creer que los distintos bienes objeto de la resolución se encuentran en distintos Estados de ejecución o entienda que el embargo de un bien concreto incluido en la resolución de requiere intervenciones en más de un Estado de ejecución» (sic). También este añadido es producto del contenido del Reglamento 2018/2015, cuyo artículo 5.2 declara « Cuando la resolución de embargo se refiera a bienes concretos, el certificado de embargo podrá transmitirse simultáneamente a más de un Estado de ejecución si: a) la autoridad de emisión tiene motivos fundados para creer que los distintos bienes objeto de la resolución están localizados en distintos Estados de ejecución; o b) el embargo de un bien



concreto incluido en la resolución de embargo requiere intervenciones en más de un Estado de ejecución.»

101.- El **apartado 2 del artículo 153**, que afecta a la duración de la medida del embargo preventivo, cuando la autoridad española, a la vista de las circunstancias concretas y las normas procesales, considere que debe ser modificada, ha sido completamente reformado. En la actual redacción, la autoridad española tiene la facultad no solo de limitar la duración, sino incluso de modificar la medida, con la única obligación de consultarlo previamente con la autoridad de emisión. La redacción propuesta establece que la autoridad española solo podrá proponer la limitación de la autorización del embargo a la autoridad de emisión, que motivadamente puede rechazar esa propuesta, manteniéndose el embargo. Solo si la autoridad de emisión está de acuerdo podrá limitarse la duración, o en el caso de que no responde en el plazo de seis semanas, la autoridad española dejará de estar obligada a ejecutar la resolución de embargo. La nueva redacción propuesta, en realidad, se dirige nuevamente a adecuar nuestra legislación interna, al contenido de obligado cumplimiento del Reglamento 2018/2015, y más concretamente a su artículo 12.2.

d) Resoluciones de decomiso

102.- El **artículo 157** de la Ley 23/2014 ofrece una definición de las resoluciones de decomiso y de los bienes que pueden quedar afectados por la misma. La reforma introduce un inciso en el apartado 2. b), ofrece una nueva redacción del apartado 2.d) e introduce un nuevo inciso en el mismo apartado 2. El objeto de la reforma se centra en ajustar las definiciones de los bienes que pueden ser afectados por la resolución de decomiso a las contenidas en el artículo 2.3) del Reglamento 2018/2015.

103.- Se añade un último párrafo al **artículo 161**, que del mismo modo que el párrafo añadido en el artículo 147 para el caso del embargo, tiene como finalidad dar cumplimiento al contenido del Reglamento 2018/2015, que exige que el conocimiento de terceras personas propietarias de los bienes sobre los que puede recaer el decomiso, sean informadas del mismo, si pueden verse perjudicadas por la medida.

104.- El **artículo 168**, que regula la ejecución del decomiso, sufre una importante modificación y queda redactado de la siguiente manera «1. La no ejecución de una resolución de decomiso de conformidad solo podrá justificarse cuando los bienes ya hayan sido decomisados, hayan desaparecido, hayan sido destruidos, no se encuentren en el lugar indicado en el certificado no se encuentren debido a que su ubicación no se ha indicado de forma suficientemente precisa. 2. En cualquier caso, antes de declarar la imposibilidad de ejecución, el Juez de lo Penal competente informará a la



autoridad de emisión, consultándola previamente si es posible conforme a su derecho interno el decomiso de una cantidad de dinero correspondiente al valor del bien que de otro modo sería decomisado. 3. En caso de que una resolución de decomiso se refiera a una cantidad de dinero, el Juez de lo Penal competente, en caso de que no pueda obtener el pago, ejecutará la resolución de decomiso sobre cualquier bien disponible a tal efecto. 4. En caso de que una resolución de decomiso se refiera a una cantidad de dinero, el Juez de lo Penal competente convertirá, cuando sea necesario, el importe que deba decomisarse a la moneda del Estado de ejecución, aplicando el tipo de cambio vigente en el momento de dictarse la resolución de decomiso. 5. En todos los supuestos previstos en este artículo se oirá al Ministerio Fiscal y demás partes personadas por el plazo de cinco días».» La modificación supone que el Juez de lo penal competente para la ejecución del decomiso, no podrá por sí solo decidir, como permite la actual redacción del precepto, transformar en una cantidad de dinero el decomiso de un determinado bien, cuando por algún motivo el objeto del decomiso no fuera posible (destrucción, desaparición, ...). Con arreglo a la nueva redacción que se ofrece, si no resulta posible la ejecución del decomiso en sus propios términos, el Juez de lo Penal competente, antes de declarar tal imposibilidad se pondrá en contacto con la autoridad emisora para determinar la posibilidad de la transformación del decomiso por una cantidad de dinero, y si la autoridad lo acepta, se podrá llevar a efecto el decomiso del dinero. Esta nueva redacción, una vez más, supone el traslado del contenido del Reglamento 2018/2015 a la Ley 23/2014, más precisamente al texto del artículo 18.

105.- En el **artículo 170** se regulan las causas por las que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución de decomiso. La reforma elimina el inciso c) del artículo 170.1, y se limita a añadir en el apartado b) los supuestos de denegación por incompatibilidad en la ejecución del decomiso, no solo cuando el juez considere que es incompatible con los derechos y libertades reconocidos en la constitución, sino también en los casos en los que el juez lo considere incompatible con « [e]l artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950 la resolución adoptada en aplicación de las disposiciones sobre la potestad de decomiso ampliada a que se refiere la letra d) del apartado 2 del artículo 157.» El apartado tres se modifica con el único objetivo de que su alcance concuerde con las modificaciones realizadas en el articulado.

106.- Se agrega en el **artículo 171.1** una causa por la que el juez de lo penal podrá decidir suspender la ejecución de la resolución de decomiso «e) Cuando se haya interpuesto un recurso contra la decisión relativa al



reconocimiento y la ejecución de la resolución», tal y como lo prevé el artículo 21.1 del Reglamento 2018/2015.

e) Resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias

107.- En materia de ejecución de resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias la reforma afecta a los **artículos 173.1, 174.1, 176.2, 179.1 y 179.2 de la Ley 23/2014**, en el único sentido de eliminar la mención relativa a que debe ser necesariamente la jurisdicción penal la que deba resolver el recurso que se pudiera interponer contra la sanción o la determinación de la autoridad judicial competente para transmitir y ejecutar una resolución por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria. Se elimina así la mención de "penal", y se mantiene simplemente la referencia al órgano jurisdiccional. En relación con esta modificación resulta relevante la Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-60/12 Marián Baláž, (ECLI:EU:C:2013:733), que resuelve una decisión prejudicial relativa a la interpretación del artículo 1, letra a), inciso iii), de la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, así como el concepto de órgano jurisdiccional que tiene competencia, en particular, en asuntos penales. En esta sentencia se concluye que el concepto de órgano jurisdiccional es un concepto autónomo del Derecho de la Unión y debe interpretarse en el sentido de que está comprendido en él todo órgano jurisdiccional que aplique un procedimiento en el que concurren las características esenciales de un procedimiento penal.

f) Orden europea de investigación

108.- La modificación afecta finalmente al **artículo 197**. Al respecto de la misma, se ha de indicar que el prelegislador debería mejorar su técnica legislativa, en tanto es el apartado veinte, del artículo tercero de la Ley, el que modifica el artículo 197, cuando los apartados veintiuno y veintidós afectan a la redacción de dos artículos que le preceden, a saber, los artículos 176.2 y 179 ya citados.

109.- La nueva redacción permite que cuando la autoridad competente española que conozca de un proceso penal considere necesario oír al investigado o encausado o a un testigo o perito, «[p]odrá emitir una orden europea de investigación para que dicha declaración se realice por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual». Conforme a la actual redacción del precepto la autoridad judicial competente imperativamente deberá emitir la referida orden europea para que la declaración tenga lugar por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual. La actual redacción del precepto formalmente se compone de un apartado, que a su vez se subdivide en tres párrafos, que no aparecen



numerados ni distinguidos y diferenciados de ningún otro modo. Por ello no queda suficientemente claro si el prelegislador ha decidido suprimir o no dichos párrafos al ofrecer una nueva redacción del artículo 197.1. Del contenido de los dos párrafos, no diferenciados, se puede vislumbrar que el prelegislador optaría por su supresión, por cuanto determinan el modo de actuar cuando resulte imposible la toma de declaración por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual.

g) Certificados de embargo y decomiso

110.- Por último, el apartado veintitrés del artículo 3 del anteproyecto afecta a los Anexos X y XI de la Ley 23/2014, previstos respectivamente en los **artículos 147 y 160 de la misma**. La modificación tiene como fin hacer coincidir los certificados de embargo y de decomiso, que se regulan en los citados anexos, al contenido establecido en los Anexos I y II, que se acompañan al Reglamento 2018/2015, que concretan el contenido que debe formar parte, respectivamente, del certificado de embargo y del certificado del decomiso en el ámbito de la Unión Europea.

D) ARTÍCULO CUARTO LEY REGULADORA DE LOS EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

111.- El artículo cuarto de la norma proyectada contiene una nueva Ley de equipos conjuntos de investigación que deroga expresamente la actual Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea. Las principales razones en las que se sustenta este cambio normativo se arguyen en la MAIN que acompaña a la reforma. Sostiene el prelegislador que la normativa vigente se encuentra desactualizada, su aplicación produce ciertas disfunciones que deben ser corregidas y considera necesario adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la normativa europea sobre protección de datos de carácter personal.

112.- Los equipos conjuntos de investigación (en adelante ECIs) son una herramienta de cooperación internacional basada en un acuerdo entre autoridades competentes de dos o más Estados, con un fin específico y por un período limitado, para llevar a cabo investigaciones penales en uno o más de los Estados miembros que crean el equipo.

113.- El Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, proporcionó por primera vez un marco legal específico para la creación y funcionamiento de ECIs. No obstante, aún antes de su entrada en vigor, la necesidad de responder a la demanda de establecimiento de estos equipos hizo que, a iniciativa de diversos países, entre ellos España, se adoptara la Decisión



Marco de 13 de junio de 2002, como instrumento específico y jurídicamente vinculante para la creación de ECIs entre los Estados miembros de la Unión Europea. En nuestro ordenamiento se dio cumplimiento a lo establecido en la citada Decisión Marco mediante la vigente Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, cuya derogación, como se ha anticipado, se pretende por la reforma anteproyectada.

114.- En el marco de la Unión Europea existen diferentes instrumentos internacionales que habilitan la creación de ECIs con autoridades competentes de Estados no pertenecientes a la Unión Europea. Es el caso del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, y del Protocolo al mismo, de 2014. También el artículo 5 del Acuerdo de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de junio de 2003, posibilita la creación de ECIs, aunque exige para ello que los Estados miembros intercambien instrumentos escritos sobre la forma de aplicación de las disposiciones contenidas en el acuerdo a los tratados bilaterales vigentes en el momento de su entrada en vigor. Este intercambio ya ha sido verificado por todos los Estados miembros. Concretamente en nuestro país se verificó mediante Instrumento contemplado por el art 3(2) del Acuerdo de asistencia judicial entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea firmado el 25 de junio de 2003, sobre la aplicación del Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre USA y el Reino de España firmado el 20 de noviembre de 1990, hecho "ad referendum" en Madrid el 17 de diciembre de 2004, cuyo artículo 16 contempla expresamente la creación de ECIs.

115.- En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas el Convenio contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, ratificado por España en el año 2003, dispone en su artículo 19, bajo la rúbrica de *Investigaciones conjuntas*, « Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.» Se establece así también un marco jurídico en este entorno internacional que posibilita la creación de ECIs.



116.- Por otro lado, en la esfera del Consejo de Europa el artículo 20 del Segundo protocolo adicional al Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001, ratificado por España en julio de 2018, regula expresamente cómo las autoridades competentes de dos o más Estados parte podrán crear ECIs.

117.- Finalmente, España ha firmado algunos convenios bilaterales de asistencia judicial en materia penal que prevén la posibilidad de constituir ECIs. Es el caso del Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho "ad referendum" en Madrid el 20 de marzo de 2007 (artículo 20) y del Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia de 29 de mayo de 1997, hecho en Madrid el 12 de julio de 2005 y en vigor desde el 1 de julio de 2010 (artículo 8).

118.- El anteproyecto de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación no se reduce a la regulación de ECIs en el marco de la Unión Europea. Consta de 29 artículos que se estructuran en torno a un capítulo preliminar, en el que se concreta el objeto, ámbito de aplicación y régimen conjunto de los ECIs y tres capítulos, dedicados respectivamente a los ECIs judiciales, los ECIs policiales y al régimen de responsabilidad. Finalmente, la reforma incluye una disposición adicional, una disposición transitoria y una disposición derogatoria.

a) Disposiciones generales

119.- El capítulo preliminar incluye los artículos 1 a 4, y es precisamente es el **artículo primero** el que recoge una de las principales novedades que plantea la nueva norma, a saber, el objeto de la misma, que no queda limitado a la constitución de ECIs en el ámbito de la Unión Europea, como la actual Ley 11/2003, sino que conforme prevé el referido precepto « Esta ley tiene por objeto regular la constitución y funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación entre las autoridades competentes de España y las de otro u otros Estados.». Esta ampliación se explica en la Exposición de Motivos cuando señala «*[n]o puede desconocerse que los equipos conjuntos de investigación son una herramienta cada vez más utilizada en la investigación de la delincuencia transnacional también fuera de la Unión Europea. Es por ello que, mediante esta ley, la completa regulación que se lleva a cabo para los equipos conjuntos de investigación será a su vez aplicable a los equipos conjuntos de investigación que operan entre España y uno o varios Terceros Estados, respetando no obstante las particularidades*



derivadas de su modo de constitución. De esta manera se llena un vacío normativo desde dos ángulos distintos. Primeramente, se proporciona una base legal para la constitución de estos equipos que vendrá a complementar lo establecido en los correspondientes con convenios sectoriales y / o bilaterales. Además, se regula por primera vez el régimen jurídico de los mismos cuando en su constitución intervengan autoridades españolas. Esta necesidad deriva tanto del creciente interés que el uso de esta herramienta despierta en países iberoamericanos como del hecho de que, dentro del ámbito del Consejo de Europa, desde el año 2018 ha entrado en vigor para España el II Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación de 1959, que prevé la posibilidad de creación de los mismos.» Esta decisión del prelegislador de ampliar el objeto regulador de la Ley se valora muy positivamente pues supone incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una base legal para la constitución de ECIS, independientemente de que se pretendan constituir con un Estado miembro de la Unión Europea o ajeno a la misma.

120.- El artículo 2 del anteproyecto se encarga de ofrecer una serie de definiciones básicas en el ámbito de la norma. Comienza por fijar el concepto de ECI cuando dice en su apartado primero: «Se entiende por equipo conjunto de investigación el instrumento de cooperación internacional por el que, mediante un acuerdo entre las autoridades competentes de dos o más Estados, se constituye un grupo operativo para llevar a cabo una investigación penal específica, dentro de un plazo determinado, en el territorio de alguno o de todos ellos: a) cuando la investigación penal requiera actuaciones complejas que afecten también a otros Estados, o b) cuando varios Estados realicen investigaciones sobre infracciones penales que requieran una actuación coordinada y concertada de los mismos.»

121.- Continúa el precepto **en el apartado segundo** diferenciando los conceptos de ECI judicial y ECI policial. Se considera que ECI judicial, es aquel en el que interviene alguna «[a]utoridad judicial y/o fiscal». En este punto, y más allá de que podría resultar conveniente distinguir entre ECI judicial y ECI fiscal, se debe ya advertir, como se explicará más adelante, los problemas que plantea el texto legislativo anteproyectado, al prever situaciones de codirección en ECIs, entre jueces y fiscales, teniendo en cuenta que conforme a nuestra actual legislación «Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.» (último párrafo del artículo 773 LECRIM).

122.- Se define como ECI policial aquel en el que intervienen Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin intervención de autoridad judicial o fiscal.



123.- Finaliza el apartado segundo definiendo uno de los elementos más importantes de los ECIs, el acuerdo de constitución, que será el firmado por las autoridades competentes de los Estados que forman parte del ECI.

124.- Continúan **los apartados 3 y 4 del artículo 2** delimitando respectivamente el concepto de autoridad competente para constituir un ECI judicial o para constituir un ECI policial. Para los ECI judicial, el apartado diferencia entre el caso de que el equipo se constituya con países miembros de la Unión Europea, o con países que no pertenezcan a la Unión Europea. En el primer caso, el prelegislador determina que la autoridad competente para la constitución del equipo podrá ser la autoridad judicial o la autoridad fiscal. Esta es sin duda otra de las novedades más destacables que introduce la reforma, pues supone que los jueces o fiscales podrán establecer directamente ECIs judiciales con las autoridades competentes de otro Estado miembro de la Unión Europea.

125.- Se supera así la actual regulación en la que se distingue la autoridad competente para la constitución de un ECI judicial dependiendo de que el órgano judicial competente para la investigación del delito sea o no la Audiencia Nacional. En efecto, tal y como dispone el vigente artículo 3 de la Ley 11/2003 cuando la Audiencia Nacional esté investigando asuntos de su competencia, la misma Audiencia Nacional será la autoridad competente para la constitución de un ECI, mientras que en el caso de que para la investigación sea competente cualquier otro órgano judicial, la autoridad competente para la creación del equipo será el Ministerio de Justicia. Merece la pena traer a colación cómo fue cuestionada la constitucionalidad de este precepto, bajo el argumento de que la facultad de autorización de los ECIs atribuida al Ministerio de Justicia (conforme al párrafo segundo del art. 3 de la Ley 11/2003) resultaba contraria al carácter exclusivo del ejercicio de la facultad jurisdiccional que la Constitución reconoce a jueces y tribunales en el artículo 117, apartados 1 y 3 de nuestra Constitución, en cuanto supondría que la dirección y control de la investigación penal se dejaba en manos de un órgano no jurisdiccional. La constitucionalidad del precepto fue avalada por el Tribunal Constitucional, que mediante auto de 7 de junio de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:122) acordó inadmitir a trámite una cuestión de inconstitucionalidad que se había planteado en relación al mismo, al considerarla notoriamente infundada, argumentando *«La Ley 11/2003 atribuye importantes facultades de decisión a la "autoridad competente española". La determinación de la "autoridad competente española" depende, básicamente, de dos criterios: del tipo de delito objeto de la investigación conjunta y de la naturaleza de las autoridades o funcionarios españoles que se integran en el equipo. En función de tales criterios, la "autoridad competente española" puede ser la Audiencia Nacional, el Ministerio de*



Justicia o el Ministerio del Interior. A dicha autoridad le corresponde "valorar y adoptar, en su caso, los acuerdos de constitución de equipos conjuntos de investigación que vayan a actuar en España" (artículo 4.1), así como "solicitar la creación de un equipo conjunto de investigación o decidir sobre la participación española en equipos que vayan a crearse a instancias de otros Estados" (artículo 12.1). También le corresponde designar al jefe del equipo conjunto de investigación que vaya a actuar en España y "adoptar las disposiciones organizativas necesarias para que el equipo pueda actuar" (artículo 6). Entrando ya en el análisis del motivo de inadmisión, en primer lugar conviene subrayar que la constitución de los equipos conjuntos de investigación incluye un elemento jurídico- internacional. La creación de un equipo conjunto de investigación está supeditada, además de a la necesidad de una investigación conjunta, a la existencia efectiva de un "acuerdo" entre dos o más Estados miembros de la Unión Europea. La creación de un equipo conjunto de investigación es una facultad de los Estados, no un deber. Aun existiendo una posibilidad e incluso necesidad objetiva de investigación conjunta, el Estado que se niega a la creación de un equipo conjunto de investigación no incurre en responsabilidad internacional o derivada del derecho de la Unión Europea. Ese elemento jurídico-internacional está latente en la regulación prevista en la Ley 11/2003 (en particular en el artículo 4.1), y debe tenerse presente en el análisis de su constitucionalidad. En suma, con la decisión de autorizar la creación de un equipo conjunto de investigación, la autoridad española que resulte competente en cada caso por decisión del legislador declara la voluntad del Estado de participar en ese instrumento de cooperación y, con ello, compromete al propio Estado. Así pues, la autorización de la constitución de un equipo conjunto de investigación no implica ejercicio de una potestad jurisdiccional, reservada constitucionalmente a jueces y magistrados (...).

El órgano administrativo no interviene en la investigación penal como tal, sino en un momento anterior, el de la formalización del correspondiente equipo conjunto de investigación. La investigación posterior se realiza bajo la dirección de un fiscal o de un juez, o bajo el liderazgo de ambos. Una vez constituido el equipo, este funciona con total independencia y autonomía, con sujeción a las normas procesales que resulten aplicables. Así pues, la dirección de la investigación está en manos del juez o fiscal designado como jefe del equipo de investigación, como es norma y práctica en el ámbito penal.»

126.- En todo caso, la necesidad de que sea el Ministerio de Justicia quien deba autorizar la creación de un ECI judicial cuando se constituye fuera del ámbito de la Audiencia Nacional, supone una reminiscencia de un pasado ya superado, al menos en el ámbito de la cooperación judicial europea, donde



desde el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (ratificado por nuestro país, y en vigor desde 1994), la regla general es la cooperación basada en la relación directa entre autoridades judiciales. De hecho, el mismo auto del Tribunal Constitucional ya citado refería *«Desde una perspectiva político-legislativa puede criticarse quizás la regulación prevista por el legislador; y sin duda pueden concebirse fórmulas más flexibles y directas para los supuestos de equipos conjuntos de investigación que no actúan en el ámbito de los delitos que competen a la Audiencia Nacional.»*. El prelegislador es consciente de que esa diferenciación de autoridades competentes en materia de ECIs judiciales, no debe mantenerse y en la MAIN que acompaña a la propuesta revela, como objetivos pretendidos por la reforma, no solo la actualización de la normativa vigente sino también la necesidad de resolver ciertas disfunciones que genera la actual ley, en su aplicación práctica, *«[f]undamentalmente por lo que hace a la constitución diferenciada en los supuestos en los que interviene la Audiencia Nacional frente al resto de supuestos.»* En definitiva, equiparadas las facultades de los jueces y fiscales integrantes de la Audiencia Nacional a las del resto de jueces y fiscales de cualquier otro Juzgado de Instrucción para autorizar la constitución de ECI en el ámbito de la Unión Europea, el prelegislador solo exige la intervención del Ministerio de Justicia para la autorización de ECI cuando se trate de ECIs suscritos con terceros Estados *«[d]e la forma y en los términos previstos en el capítulo I de esta Ley»*

127.- Concluye el artículo 2 del anteproyecto calificando como autoridad competente, a los efectos de constitución de un ECI policial, al Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado y Seguridad, *«[d]e la forma y en los términos previstos en el capítulo II de esta Ley»*.

128.- El ámbito de aplicación de la Ley queda fijado en **el artículo 3** del anteproyecto. La Ley se aplicará en primer lugar *«[a] los equipos conjuntos de investigación que se constituyan con Estados miembros de la Unión Europea o con terceros Estados, siempre que exista una base legal habilitante para ello»*. Se insiste, por tanto, en el hecho de que la norma pretende ser la base reguladora de los ECIs, con independencia de que el otro u otros Estados que formen parte del equipo pertenezcan o no al ámbito de la Unión Europea, con algunas peculiaridades en uno y otro caso. No obstante, el inciso final del apartado, *siempre que exista una base legal habilitante para ello*, vista la normativa aplicable dentro de la Unión Europea, se ha de referir a la constitución de equipos con Estados no pertenecientes a la Unión Europea, por lo que se sugiere que se lleve a cabo una redacción más depurada, que no ponga en duda, como puede desprenderse de esta redacción, que en la creación de ECIs con Estados miembros de la Unión Europea, pueda o no existir una base habilitante para ello.



129.- Dispone **el artículo 4** del anteproyecto cual será el régimen jurídico de los ECIs, remitiéndose a la norma internacional habilitante para su constitución, al contenido del anteproyecto, y al acuerdo constitutivo, modificativo o de adhesión, que deberá haberse aprobado lógicamente dentro del marco legal internacional y nacional.

130.- La actividad a desarrollar por el ECI, tal y como se prevé en los párrafos segundo y tercero del artículo 4 del anteproyecto, se regirá conforme a la legislación del Estado donde esté actuando, lo que supone dar prevalencia a la *lex loci* frente a la *lex fori*. Se pretende con ello que el resultado de la investigación llevado a cabo por el ECI, pueda ser utilizado por cualquiera de los Estados que forman parte del mismo, con la condición de que se haya respetado la legislación del lugar donde dicha investigación se haya llevado a efecto.

131.- Se cierra el régimen jurídico de los ECIs, con una previsión específica de sometimiento de la actuación del mismo a las normas en materia de información clasificada y de protección de datos, con especial referencia al contenido de la reciente LO 7/2021 de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. Se da con ello solución a otra de las carencias de la actual normativa, que se advierten por el prelegislador en su Exposición de Motivos.

132.- Desde el punto de vista de técnica legislativa, los cuatro párrafos del proyectado artículo 4 deberían numerarse con cardinales arábigos, en cifra, conforme a las directrices de técnica normativa.

b) Equipos conjuntos de investigación judiciales en el marco de la Unión Europea

133.-El Capítulo I, de la norma proyectada se divide en tres secciones, dedicadas respectivamente a los ECIs judiciales en el marco de la Unión Europea, ECIs judiciales con Terceros Estados y contenido del acuerdo de constitución, integrantes y régimen jurídico del ECI.

134.- Comienza el Capítulo estableciendo **el artículo 5.1** que las autoridades españolas podrán constituir directamente ECIs con las autoridades competentes de otro Estado miembro de la Unión Europea, o adherirse a ECIs ya constituidos. Se debe reiterar que la nueva normativa en este caso (ECIs constituidos con países miembros de la Unión Europea) considera autoridad a los efectos de constitución de ECIs a jueces y a fiscales independientemente de que el órgano judicial competente para la investigación sea o no la Audiencia Nacional. El apartado segundo del precepto resulta desconcertante. Dispone «Con carácter previo a la constitución de un equipo conjunto de



investigación, las autoridades competentes para ello comunicarán dicha circunstancia a la correspondiente Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia, acreditando haber solicitado financiación de Eurojust cuando resultare posible.». Por un lado, la intervención de Eurojust en la creación de un ECI no es obligatoria. Por otro lado, la ayuda a la financiación solo puede destinarse a un ECI ya creado de modo que los gastos a cubrir por la agencia Eurojust deben estar producidos durante la duración del ECI o, a título de excepción, tras su cierre (así se establece en la guía de financiación de ECI, publicada por Eurojust). Finalmente, tampoco se entiende por qué con carácter previo a la constitución del equipo las autoridades competentes deben comunicar esta intención a un órgano administrativo como es la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia. Parece que el prelegislador está intentando resolver el problema administrativo y de financiación que genera la creación de un ECI, que sin duda tiene gran importancia para el correcto funcionamiento de estos mecanismos de investigación transnacional, pero ni lo consigue con la redacción de este apartado, ni parece que el marco de la norma reguladora de constitución de los ECIs, sea el más adecuado para ello.

135.- Los artículos 6 y 7 de la norma distinguen el hecho de que el ECI se constituya a instancia de una autoridad española o a instancia de una autoridad extranjera (dentro del marco de la Unión Europea). En el primer caso, el artículo 6 establece que la autoridad judicial o fiscal a cargo de la investigación, si considera que concurren los presupuestos previstos en el artículo 2 para la creación de un ECI, lo acordarán por resolución motivada que remitirán a la autoridad competente del otro u otros Estados con los que considere necesario configurar el ECI, aunque también podrá interesarlo a través de Eurojust. Cabe que esta solicitud sea de constitución o de adhesión a un ECI ya constituido. La autoridad competente española deberá hacer constar en su solicitud el delito objeto de investigación y los hechos que pretenden investigarse. El artículo 6 establece que la competencia de la solicitud corresponde a la autoridad judicial o fiscal que esté a cargo de la investigación, debiendo en este punto recordarse una vez más que con arreglo a nuestro actual y vigente modelo procesal el artículo 773.2, último párrafo establece que el Ministerio Fiscal cesará en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, por lo que se insiste en la conveniencia de que la norma distinguiera entre ECIs judiciales o fiscales, dependiendo de la autoridad competente para su constitución. No se contiene referencia alguna al modo en el que las actuaciones generadas por el ECI deberán ser incorporadas al procedimiento. A este respecto, parece que lo más útil es que el prelegislador hubiera previsto la apertura de una pieza separada en el procedimiento principal, que coadyuvaría a un mejor manejo y control de la información



obtenida, así como a que, en su caso, pudiera ser declarado el secreto de la misma, con independencia de la pieza principal.

136.- En el caso de que se solicite a una autoridad española la intervención en un ECI, **el artículo 7** permite que esta solicitud provenga de las autoridades de otro Estado o de Eurojust. La autoridad española, según establece el artículo 7.1 deberá resolver en resolución motivada sobre si procede la constitución del ECI, la adhesión al ECI o si por el contrario deniega la petición. El apartado 2 del artículo 7 dispone que «Si se denegara la constitución del equipo conjunto de investigación se comunicará a la autoridad solicitante o a Eurojust explicitando los motivos.». No se comprende el contenido y el alcance que se pretende en este inciso por dos motivos. El primero es que parece más que lógico y obvio que se debe comunicar a la autoridad solicitante o a Eurojust, no solo la denegación, sino también, la autorización a la constitución o adhesión al ECI. El segundo es que el apartado primero del artículo 7 ya prevé que tanto la admisión de la solicitud como la denegación deberán constar en una resolución motivada, por lo que la obligación del apartado segundo de tener que explicar los motivos *en el caso de la denegación*, no permite saber si la pretensión del prelegislador es que se ofrezcan razones adicionales a las que se pudieran haber expuesto en la resolución motivada u otra diferente, y en su caso, cuál es la razón que puede justificar esta doble motivación. Finalmente resultaría conveniente que el prelegislador hiciera, cuando menos, una referencia a los casos en los que la solicitud de la autoridad extranjera para la constitución de un ECI se remitiera a una autoridad incompetente, por ejemplo, que se dirigiera a un miembro del Ministerio Fiscal cuando existiera ya un procedimiento judicial abierto para la investigación del delito. Si bien la autoridad incompetente podrá basar su negativa para la constitución del ECI en esta causa, quizá pudiera resultar más adecuado prever algún mecanismo procedimental que permita redirigir la solicitud a la autoridad competente para decidir sobre la cuestión de fondo, esto es la constitución o no del ECI. Todo ello sin perjuicio del posible intercambio de información entre las autoridades y sin perjuicio del uso de otros mecanismos de colaboración como la emisión o ejecución de instrumentos de reconocimiento mutuo o comisiones rogatorias.

c) Equipos conjuntos de investigación judiciales con terceros Estados

137.- El artículo 8 de la Ley proyectada, tras advertir en su apartado primero que la constitución de un ECI o la adhesión a uno ya constituido con terceros Estados deberá ser previamente autorizada por el Ministerio de Justicia, establece en su apartado segundo qué se entiende por tercer Estado a los efectos de la norma: cualquier Estado no miembro de la Unión Europea,



«[c]on el que España tenga suscrito algún Tratado de carácter bilateral o multilateral que prevea la constitución de equipos conjuntos de investigación.» Se debe hacer notar que el artículo 8.1 refiere que el procedimiento para la autorización de constitución o adhesión al ECI deberá acomodarse a lo previsto en el artículo 10 de la Ley, aunque del contenido de dicho precepto debe considerarse que esa remisión es un error que debe corregirse, y que en realidad el prelegislador se está refiriendo al artículo 9 que, de hecho, aparece rubricado como *«Procedimiento para la autorización de un equipo conjunto de investigación»*.

138.- El procedimiento de autorización, previsto en **el artículo 9** del anteproyecto partirá de las autoridades competentes, que no son otras que las descritas, ahora sí en correcta remisión, en el artículo 10, a saber, el juez de instrucción, o el juez central de instrucción cuando se trate de investigaciones en materia de su competencia y el Ministerio Fiscal. La solicitud deberá identificar a la autoridad solicitante, el número de procedimiento en el que se enmarca el ECI, el Estado o Estados con los que se deba firmar el ECI, la indicación de la normativa aplicable, la descripción del alcance internacional de los hechos, los fines perseguidos por el ECI, plazo inicial de vigencia e identificación del director o directores del ECI y de los demás miembros del equipo conjunto. También, como en el caso de los ECIs en el marco de la Unión Europea, se exige que se ofrezca una estimación aproximada de los costes del ECI, acreditando haber solicitado financiación a Eurojust, cuando resulte posible, debiéndose hacer las mismas consideraciones al respecto de esta exigencia que en el supuesto del ya comentado artículo 5.2, aunque en este caso no se requiere que la intención de constitución del equipo deba ser comunicada a la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia. Exigir al juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal solicitante de la autorización del ECI, una estimación aproximada de los costes del funcionamiento de este resulta una tarea casi impracticable, no solo porque los elementos para determinar el alcance económico de la actuación del ECI en gran medida no van a conocerse previamente por el juez, magistrado o fiscal, sino porque esta función no se aproxima a las competencias que la Constitución y las leyes atribuyen a cada uno de ellos. Se debe insistir, por tanto, en la necesidad de que los detalles de la financiación de los ECIs, que resultan de suma importancia para su correcta creación y funcionamiento, sean abordados y resueltos por el legislador a través de una normativa específica.

139.- Los apartados siguientes del artículo 9 determinan que una vez que se verifique que la solicitud se adecúa al contenido exigido, el Ministerio de Justicia recabará la conformidad de las autoridades competentes de los Estados que deban integrar el ECI, para, una vez obtenida, emitir una



resolución autorizando la constitución del equipo conjunto, que deberá motivar la necesidad del mismo, su objeto y fines, plazo de vigencia inicial y director o directores del mismo. Esta resolución se remitirá a la autoridad solicitante para la constitución del equipo. De la redacción de estos preceptos parece desprenderse que el Ministerio de Justicia se va a limitar a verificar que concurren los presupuestos para la creación del equipo para proceder a su aprobación en los términos interesados por la autoridad solicitante. No obstante, tal extremo debería ser expreso, y no solo deducible, en el sentido de que la resolución que autorice la constitución del ECI, lo será en los términos interesados por la autoridad solicitante. También es llamativo que no se mencione en el precepto la posibilidad de que no sea autorizada la constitución del ECI, hecho que debería ser corregido para exigirse, para el caso de que sea posible, que se motive debidamente la denegación, como en el caso de la constitución del ECI en el ámbito de la Unión Europea (artículo 7).

d) Contenido del acuerdo de constitución, integrantes y régimen jurídico del equipo conjunto de investigación judicial

140.- Comienza la última sección del Capítulo I, acotando nuevamente el concepto de autoridad a los efectos de constitución de un ECI judicial en **el artículo 10**: el juez de instrucción o el juez central de instrucción en el marco de las investigaciones judiciales a su cargo, y el Ministerio Fiscal cuando se trate de diligencias de investigación del Ministerio Fiscal o de una investigación en la Fiscalía de Menores. Es meritorio que el prelegislador haya dado cobertura legal, a lo que venía siendo una práctica, tras la confusa previsión de la actual normativa que, a los mismos efectos, consideraba autoridad a la Audiencia Nacional. Así, el término Audiencia Nacional como autoridad competente provocó dudas de interpretación en los primeros momentos de aplicación de la Ley, al no tener certeza respecto a si el legislador se refería a que la competencia se atribuía al presidente de este órgano, a la Sala de gobierno o a su Sala de lo Penal, dudas que finalmente, por vía de hecho, se disiparon en favor del juez central de instrucción que estuviera investigando el delito.

141.- El contenido mínimo del acuerdo de constitución del ECI, aparece pormenorizado en **el artículo 11.1** del anteproyecto que deberá contener, al menos «a) Voluntad explícita de constitución de un equipo conjunto de investigación. b) Sucinta exposición de los hechos investigados, las razones que aconsejan la creación de un equipo conjunto de investigación y su duración, que en el caso español no podrá exceder de doce meses sin perjuicio de ulteriores prórrogas. c) Si fuera posible, se determinará la jurisdicción o las jurisdicciones competentes para el enjuiciamiento de los



distintos delitos investigados. d) Identificación del director o directores español y extranjero del equipo conjunto de investigación, con expresión de sus competencias. e) Identificación del resto de integrantes del equipo conjunto de investigación. Los efectivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que intervengan en el mismo serán identificados con su número profesional. f) Referencia explícita a la legislación aplicable a la actuación del equipo conjunto de investigación, incluyendo las formalidades adicionales que hayan de observarse en la obtención y práctica de pruebas y que sean distintas a las previstas en la legislación del Estado en el que se produzcan. g) Especificación, en su caso, de las medidas organizativas que sean necesarias para que el equipo pueda actuar. h) Régimen jurídico sobre la utilización, por los miembros del equipo conjunto de investigación, de las informaciones obtenidas en el curso de la investigación. i) Autorización o condiciones que han de concurrir para que personas no constituyentes del equipo conjunto de investigación puedan participar en sus actividades. En este caso, deberá hacerse una referencia explícita a los derechos conferidos a éstos. j) En su caso, previsiones sobre la recuperación y gestión de los activos del grupo u organización criminal o de las personas investigadas.».

142.- Del elenco de requisitos recogido en este contenido mínimo, se desprende que alguna de las especificaciones imperativamente deberá formar parte del acuerdo de constitución (la voluntad explícita de constitución, la identificación del director o directores del ECI, ...), mientras que otras dependerán del caso concreto (la especificación, en su caso, de las medidas organizativas necesarias, la determinación de las jurisdicciones competente, cuando ello sea posible, o las previsiones sobre recuperación y gestión de activos). Por ello quizá habría sido conveniente que el precepto distinguiera claramente entre las especificaciones mínimas que debería contener el acuerdo, considerando como tales las que deberían formar parte de cualquier acuerdo, y aquellas otras que podrían formar parte del mismo, cuando fuera posible y necesario en atención a las circunstancias. También parece que debería incluirse en ese contenido mínimo, no ya una mera relación sucinta de los hechos investigados, sino también una calificación jurídica acompañada de la pena en abstracto que pudiera corresponder al delito investigado en orden a valorar la proporcionalidad de la medida que va a acordarse.

143.- En el caso de que se tratara de constituir un ECI con un tercer Estado, ajeno al ámbito de la Unión Europea, también será necesario que se acompañe al acuerdo de constitución la resolución de autorización del Ministerio de Justicia. El acuerdo será firmado por las autoridades competentes para su constitución, tanto españolas como extranjeras, y su



modificación, en su caso, deberá ajustarse a un procedimiento específico que se regula en el artículo 13 del anteproyecto.

144.- Concretado en el artículo 10 el concepto de autoridad, a los efectos de la constitución del ECI, **el artículo 12.1**, determina quiénes tienen la consideración de integrantes del ECI, distinguiendo entre director o directores, miembros y participantes. Se debe hacer notar que ni la actual Ley reguladora de los ECIs, ni tampoco la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, prevén la posibilidad de un coliderazgo en los ECIs judiciales. Esta posibilidad de coliderazgo entre juez y miembro del Ministerio Fiscal, examinadas las facultades y competencias que se otorgan al director del ECI resulta, como luego se verá, inconciliable con nuestro actual modelo procesal.

145.- El párrafo segundo de este artículo 12.1 dispone que en todo caso integrará el ECI el Letrado o Letrada de la Administración de Justicia del órgano que conozca la instrucción de la causa, en el ejercicio de sus competencias. Se debe valorar muy acertada esta previsión, pues en la regulación de los integrantes de los ECI, la figura del Letrado o Letrada de la Administración de Justicia había sido incomprensiblemente ignorada, aunque teniendo en cuenta que el ECI judicial podría haber sido constituido por el Ministerio Fiscal, parece difícil comprender cómo en estos casos el Letrado o Letrada de la Administración de Justicia, que están destinados en un concreto órgano judicial, puede formar parte del equipo. Es más, no se alcanza a saber cómo se determinará quién es el Letrado o Letrada que puede formar parte del mismo en estos casos. Por ello, parece más razonable que se haga esta referencia al Letrado o Letrada de la Administración de Justicia, únicamente para el caso de que el ECI se hubiera constituido a instancia de un juez o magistrado, circunstancia que abona la idea ya apuntada de distinguir entre ECI judicial y ECI fiscal.

146.- El **apartado 2 del artículo 12** dispone «Las actividades del equipo conjunto de investigación en España se llevarán a cabo bajo la supervisión del director o directores españoles del equipo conjunto de investigación, que serán designados por la autoridad española competente para la constitución del equipo conjunto.». De este apartado, como de otros artículos del anteproyecto ya mencionados se concluye que el prelegislador admite que se constituyan ECIs con dos líderes, que serían encarnados por la figura de un juez y de un fiscal. En este sentido resulta necesario distinguir entre los ECI judicial constituidos por la autoridad judicial o por el Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal, conforme prevé el artículo 10 del anteproyecto es autoridad competente para la constitución de un ECI, «[c]uando se trate de diligencias de investigación del Ministerio Fiscal o de una investigación en la Fiscalía de Menores». Esta previsión unida a lo dispuesto en el artículo 773 LECRIM, ya



citado, lleva a la indiscutible conclusión de que cuando el ECI pueda y se constituya por el Ministerio Fiscal, únicamente podrá ser designado director del ECI el Ministerio Fiscal, porque si la investigación se hubiera judicializado, y por tanto estuviera interviniendo el juez de instrucción (o el juez central de instrucción), ésta sería la única autoridad legitimada para la constitución del ECI.

147.- Del razonamiento anterior se deriva que las situaciones de codirección a las que se refiere el artículo 12.2 solo podrán tener cabida en los casos en los que la investigación ya esté judicializada y el juez competente haya tomado la decisión de constituir el ECI.

148.- La primera consecuencia que se extrae de tal conclusión es que solo el juez de instrucción (o el juez central de instrucción) competente podrá decidir si la dirección del ECI se lleva a cabo por una o más personas, conforme a las especificaciones que debe contener el acuerdo de constitución del ECI. La decisión de que la supervisión de las actividades del ECI puedan ser llevadas a cabo conjuntamente por un juez y un miembro del Ministerio Fiscal no está exenta de inconvenientes. Como es bien sabido en nuestro vigente modelo procesal el encargado de la instrucción es el juez, no el Ministerio Fiscal (a excepción de lo dispuesto en la LO /2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), de ahí que las diligencias de investigación que venga realizando deban cesar, una vez que tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.

149.- Dentro de las muchas funciones que se le encomiendan al Ministerio Fiscal en el ámbito del proceso penal, se encuentran las de instar de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, pero finalmente es el juez de instrucción competente quien decide, capacidad de decisión que parece consustancial a la labor del director del ECI.

150.- En definitiva, las diferentes facultades y competencias que la legislación actual atribuye a jueces y a fiscales es incompatible con nuestro actual modelo procesal y no puede ser valorada como una alternativa para un correcto funcionamiento del ECI. El prelegislador, tras validar la posibilidad de codirección, siempre y cuando así lo haya decidido el juez de instrucción o el juez central de instrucción, como se ha visto, es consciente de las discrepancias que pueden surgir durante la vida del ECI entre los directores del equipo, juez y fiscal, y así, en el inciso final del artículo 12.2 concluye «En caso de discrepancia entre los directores españoles, prevalecerá el criterio de la autoridad competente referida en el artículo 10». De esta previsión normativa resulta, en fin, que fijada la codirección en el



acuerdo de constitución, en el caso de que surja una discrepancia, prevalecerá el criterio del juez o del juez central de instrucción, única autoridad competente para su constitución en estos casos como se ha visto, y a quien la vigente normativa procesal atribuye la fase de instrucción del procedimiento penal. Además, como se verá más adelante, algunas de las facultades que se atribuyen a la figura de director del ECI son incompatibles con las funciones competencia del Ministerio Fiscal.

151.- Las funciones del director o directores españoles del ECI, se concretan en **el apartado tercero del artículo 12:** «a) Designar a los miembros españoles del equipo conjunto de investigación conforme a lo establecido en la legislación española. b) Decidir, junto al resto de directores, sobre la intervención o participación de autoridades de otros Estados y representantes de cualquier organismo, agencia e institución, de conformidad con los convenios y normativa internacional vigentes. c) Dirigir órdenes e instrucciones a los miembros españoles y miembros extranjeros destinados en España, en los términos descritos en el acuerdo constitutivo. d) Autorizar o denegar la intervención, actuación o presencia en las actuaciones de investigación que se realicen en territorio español de los miembros extranjeros destinados en España, del resto de directores del equipo conjunto de investigación o de los participantes. En todo caso, los miembros extranjeros que actúen en España no podrán realizar por sí solos diligencias de investigación o ejecutar medidas que afecten a derechos fundamentales. e) Coordinar, junto con el resto de los directores, la actuación del equipo conjunto de investigación. A tal efecto, promoverá la celebración de las reuniones de coordinación que considere oportunas y asistirá a aquellas a las que resulte convocado. f) Recibir y remitir, por sí o a través del resto de los miembros, la información o documentos que precise la actuación del equipo conjunto de investigación. g) Formular, en caso de que se considere necesaria, solicitud de asistencia judicial mutua a un Estado miembro que no haya participado en la creación del equipo conjunto de investigación o a un tercer Estado. h) Comunicar al Ministerio de Justicia el fin de la vigencia del equipo conjunto de investigación. i) El resto que se le asignen en el acuerdo constitutivo o cualquiera de sus modificaciones.

152.- En cuanto a los miembros del ECI, en los apartados cuarto y quinto del artículo 12 el prelegislador distingue respectivamente, entre los miembros españoles del ECI y los miembros destinados en el ECI. Son miembros españoles del ECI, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, responsables de la investigación penal. También tendrán tal consideración aquellos funcionarios públicos designados como tales en el acuerdo de constitución, adhesión o modificación del ECI. Conforme al artículo 12.5 «Son miembros destinados los que, formando parte del equipo



conjunto de investigación, desempeñan sus funciones fuera del Estado del que son funcionarios. Los miembros destinados españoles que actúen en el extranjero deberán pertenecer a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.»

153.- Finalmente, el apartado sexto del artículo 12 del texto prevé la posibilidad de que distintos órganos, agencias europeas o internacionales puedan intervenir en el funcionamiento del ECI, siendo en este caso sus representantes designados como participantes. Los derechos que se atribuyen a los miembros del ECI o miembros destinados en el ECI, no se aplican a los participantes, salvo que se disponga otra cosa en el acuerdo de constitución.

154.- El artículo 13 del anteproyecto, tras establecer como criterio necesario que la modificación del acuerdo de constitución exige la concurrencia del consentimiento de todas las autoridades competentes para su constitución, prevé en el apartado segundo la necesidad de que el acuerdo se modifique cuando concorra una de las siguientes circunstancias: i) cambio en la identidad del director o directores españoles del ECI, ii) expiración del plazo inicialmente convenido para el ECI cuando resulte necesaria su prórroga, iii) para la incorporación al ECI de autoridades de otro estado o de representantes de cualquier institución, organismo o agencia internacional. En los dos últimos casos, si en el ECI participaran o fueran a participar autoridades de un Estado no miembro de la Unión Europea, será necesaria la autorización del Ministerio de Justicia.

155.- Comienza el apartado primero del artículo 14 del anteproyecto «La decisión sobre la práctica de diligencias de investigación o la adopción de medidas cautelares que se practiquen en España corresponderá al director o directores españoles del equipo conjunto de investigación». El párrafo segundo del mismo artículo 14.1 establece «El director o directores españoles del equipo conjunto de investigación decidirán sobre las diligencias de investigación o medidas cautelares, reales o personales, que se practiquen en España por los integrantes del equipo conjunto de investigación, haciéndolo en las mismas condiciones que si fueran solicitadas en el marco de una investigación nacional en la que no hubiera constituido un equipo conjunto de investigación.» Estas afirmaciones, referidas a los supuestos de dirección del Ministerio Fiscal o de codirección entre el juez o magistrado y un miembro del Ministerio Fiscal, no son compatibles con nuestro vigente modelo procesal. No solo porque la LECRIM atribuye la competencia en la fase de instrucción al juez o magistrado instructor, sino porque ni pueden ser adoptadas en nuestro sistema diligencias de investigación o medidas cautelares conjuntamente por el juez competente y un miembro del Ministerio Fiscal, en el caso de la codirección del ECI, ni el Ministerio Fiscal, cuando sea



la autoridad que haya constituido el equipo podrá decidir sobre un buen número de diligencias de investigación o de medidas cautelares. En nuestro sistema podrá el Ministerio Fiscal interesar la adopción de una medida de prisión o la intervención de comunicaciones en favor de la investigación, pero el único competente para adoptar dicha medida cautelar o la referida diligencia de investigación es el juez de instrucción, o en su caso el juez central de instrucción. De este modo resulta necesario que el prelegislador se replantee el contenido de este precepto, distinguiendo, por ejemplo, entre las facultades del director del ECI, cuando la autoridad que lo hubiera constituido fuera el Ministerio Fiscal, o las competencias de los diferentes directores del ECI, en los casos de codirección entre juez o magistrado y un miembro del Ministerio Fiscal.

156.- El apartado segundo del artículo 14, en buena lógica, determina que las diligencias de investigación o la adopción de medidas cautelares, reales o personales, que se realicen en España, se llevarán a cabo de acuerdo con la normativa española, sin perjuicio de observar trámites y procedimientos que resulten esenciales en la legislación de otros Estados que formen parte del ECI, siempre que concurren dos circunstancias: que no sean contrarios al ordenamiento jurídico español y que sea solicitado por las autoridades de los otros países miembros del ECI. Del mismo modo, se prevé que el director o los directores españoles del ECI o en su caso los miembros españoles del ECI, soliciten por escrito que las diligencias de investigación o las medidas cautelares que interese que se practiquen en el extranjero se lleven a cabo con los requisitos necesario para la validez de la misma en el procedimiento español. Estas previsiones merecen una valoración muy positiva.

157.- El artículo 15 determina que tanto los miembros españoles destinados en el extranjero, como los miembros extranjeros destinados en España, tendrán derecho a estar presentes durante la práctica de las medidas de investigación, salvo que disponga lo contrario el director o los directores del ECI. Llama la atención que nada se prevea respecto a la posibilidad de que sea el director (o directores del ECI), quienes puedan estar presentes en la práctica de diligencias realizadas en otro país miembro del equipo.

158.- Conforme al **apartado uno del artículo 16** el intercambio de información entre los miembros del ECI se llevará a efecto en las reuniones de coordinación o a través de «[c]ualquier medio que garantice la confidencialidad y certeza de su contenido y la autenticidad de su transmisión».

159.- El uso de la información obtenida por el ECI, queda circunscrito a los supuestos previstos en **el apartado segundo del artículo 16**. Dentro de



estos supuestos parece clara la utilización de la información para los fines para los que se haya constituido el equipo, o para otros, cuando así conste en el acuerdo de constitución, y en su caso de autorización (apartados a) y d) del artículo 16.2.

160.- Sin embargo, los supuestos de autorización de uso de la información contemplados en los apartados b) y c) en los términos que aparecen redactados plantean algunos problemas. El artículo 16.2 b) determina que la información obtenida por el ECI podrá ser utilizada «Para descubrir, investigar y enjuiciar otras infracciones penales, siempre que medie autorización previa del Estado en que se haya obtenido la información. Solo se podrá denegar esta autorización en los casos en que su utilización pueda poner en peligro las investigaciones penales españolas o cuando la normativa internacional vigente con el Estado solicitante lo permita.» La excepcionalidad de la denegación prevista en este precepto parece que deba estar dirigida a la autoridad del Estado español, es decir al director del ECI en España, ya que ninguna obligación puede imponer el prelegislador a autoridades de terceros Estados participantes del ECI en esos términos. Por tal motivo se valora que la redacción del precepto debería ser más depurada, no solo para concretar quien tiene la competencia para decidir sobre la denegación o no de la autorización del uso de la información obtenida, sino además para evidenciar que los supuestos de excepcionalidad de denegación previstos en el artículo van dirigidos al órgano competente español encargado de resolver sobre tal autorización o denegación. Por otro lado, el artículo 16.2. d) establece que la utilización de esa información será posible, para evitar una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública, caso en el que «[l]os integrantes del ECI lo notificarán al director o directores del mismo al resto de autoridades que integren el equipo conjunto de investigación a la mayor brevedad.». Parece difícil en determinados casos deslindar los supuestos descritos en este apartado, respecto a los descritos en el apartado anterior, a saber, descubrir, investigar o enjuiciar otras infracciones penales, en los que, como se ha visto, no basta con una mera comunicación a los directores del equipo, sino que será necesaria una previa autorización.

161.- La única mención que se contiene en el texto respecto al modo en el que se incorporará al procedimiento la información obtenida, se contiene en **el artículo 17**, que se limita a mencionar que tanto la información como cualquier otro elemento probatorio obtenido por cualquier integrante del ECI, se incorporará directamente a las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal o al procedimiento judicial.

162.- El artículo 18 exige que, con carácter previo a que la autoridad competente dicte el acuerdo de constitución del ECI, se decrete el secreto de las actuaciones. Esta previsión es excesivamente rigorista, ya que no parece



que sea necesario la declaración del secreto de las actuaciones en todo caso, resultando aconsejable que tal decisión pudiera ser adoptada en atención a las circunstancias de cada supuesto concreto. Se debe advertir que el precepto contiene una mención expresa al artículo 10.4 del anteproyecto, que claramente está equivocada (no existe el artículo 10.4), y que con total seguridad se estaría refiriendo al artículo 9.4.

163.- Cuando sea necesario dirigir solicitudes, comisiones rogatorias o instrumentos de reconocimiento a otros Estados, organismos o instituciones internacionales, **el artículo 19** atribuye la competencia al director o directores del ECI, que además deberán hacer mención de que actúan en tal condición e identificar a las autoridades del resto de los Estados que forman parte del ECI. La información así obtenida podrá ser compartida por todos los miembros del ECI, salvo que la autoridad requerida o ejecutante dispusiera expresamente lo contrario.

164.- La vigencia del ECI, queda establecida en **el artículo 20**, que fija una duración, con carácter general, de doce meses, salvo que se haya dispuesto un tiempo diferente. Se prevé, no obstante, la posibilidad de prorrogar la vigencia del ECI, por acuerdo entre las autoridades competentes, que deberá acomodarse al procedimiento descrito en el artículo 13 del anteproyecto, debiendo mencionarse expresamente el periodo de la prórroga.

165.- Una vez el director o directores del ECI consideren que no es necesaria la continuidad de su participación en el ECI o cuando la investigación haya concluido en España, dispondrá lo necesario para su finalización dictando para ello resolución motivada que se notificará al Ministerio de Justicia, y en su caso a Eurojust. (**artículo 21**)

e) Equipos conjuntos de investigación policiales

166.- Inicia el Capítulo II del anteproyecto (**artículo 22**), regulador de los ECIs policiales estableciendo que el régimen general de estos equipos es el fijado para los ECIs judiciales con algunas particularidades contenidas en los artículos 23 a 27.

167.- La normativa aplicable a estos equipos será la establecida en «[l]a Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y en la ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o por aquellas que las sustituyan en el futuro; por la presente Ley y por las demás disposiciones que resulten de aplicación.» (**artículo 23**)

168.- La autoridad competente para la constitución de un ECI policial o para la adhesión a uno constituido es el Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad. Será el titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, la persona encargada de designar al miembro o miembros de



las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que actuarán como director o directores del ECI. Así lo dispone el párrafo segundo del **artículo 24** del anteproyecto. La previsión contenida en el **artículo 25.1** que señala «El director del equipo será uno o varios representantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado designados por el Ministerio del Interior.», además de ser reiterativa, aporta confusión al referirse al Ministerio del Interior, cuando el artículo 24 ya ha concretado que es la persona titular de la Secretaría de Estado de Seguridad la encargada de designar al director o directores del ECI.

169.- El prelegislador podría haber aprovechado la redacción de esta nueva norma para incluir la participación en los ECIs de los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera, que están facultados para la constitución de equipos conjuntos de investigación conforme al art. 24 del Convenio de Cooperación Estrecha entre las Administraciones Aduaneras de la Unión Europea de 23 de junio de 2009 (el llamado Convenio Nápoles II).

170.- La composición del ECI policial, al igual que en el ECI judicial, está configurada, además de por el director o directores del equipo, por miembros y participantes. Los miembros serán los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado responsables de la investigación, aunque también podrán serlo los funcionarios públicos españoles, designados en el acuerdo de constitución, adhesión o modificación del ECI. Se precisa en el párrafo segundo del artículo 14.2 del anteproyecto que «Los integrantes de las policías autonómicas no podrán, por sí solos, dirigir o formar parte de un equipo conjunto de investigación policial.». A tenor del contenido del resto del texto del párrafo, se aconseja que se clarifique la redacción de este inciso, porque lo que parece que no podrán por sí solos los integrantes de las policías autonómicas es dirigir o formar solos un ECI, pero sí podrán formar parte de uno, en tanto continúa el artículo «A fin de que puedan integrarse en el equipo en calidad de miembros, deberán promover la constitución del equipo con representantes del Cuerpo Nacional de Policía o de la Guardia Civil. A tal efecto el director delimitará las competencias entre los distintos cuerpos policiales que conformen el equipo conjunto.» Se echa en falta que el prelegislador no haya hecho mención alguna a la posibilidad de que los integrantes de las policías autonómicas puedan formar parte de ECIs judiciales, en su caso, en calidad de miembros.

171.- Los *miembros destinados* se definen como aquellos que forman parte del ECI policial pero desempeñan sus funciones fuera del Estado del que son funcionarios. Estos miembros destinados que actúan en el extranjero deberán en todo caso pertenecer a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Ninguna referencia se contiene en este caso a los miembros de las



policías autonómicas, que por tanto parecen quedar excluidos de la posibilidad de que sean designados como miembros destinados del ECI.

172.- Acaba el artículo 25 describiendo en su apartado cuarto a los participantes como los representantes de órganos o agencias, europeas o internacionales, incluyendo en el concepto a las autoridades pertenecientes a cuerpos policiales autonómicos en el marco de sus competencias, que ayudan al funcionamiento del ECI. Como en el caso de los participantes de los ECI judiciales, los derechos conferidos a los miembros del ECI o miembros destinados en el ECI, no se aplicarán a los participantes, salvo que el acuerdo de constitución establezca otra cosa.

173.- Los requisitos para la modificación del ECI policial, así como los casos en los que la modificación será preceptiva, son los mismos que los examinados en el caso del ECI judicial, (aunque en este último caso plasmados en diferente orden). Eso sí, se exige que la modificación del acuerdo, en su caso, deba notificarse a Europol, (**artículo 26**).

174.- Las causas de finalización del ECI policial, se recogen en **el artículo 27**, que cierra el Capítulo II, cuando establece que el director del ECI dispondrá lo necesario para la finalización del mismo, dictando una resolución motivada i) cuando la causa deba presentarse ante la Fiscalía, ii) cuando la causa deba presentarse ante el órgano instructor, iii) cuando se tenga conocimiento de que los mismos hechos están siendo instruidos en un juzgado español. Esta finalización se notificará a la persona titular de la Secretaría de Estado de Seguridad y, en su caso, a Europol.

175.- Desde el punto de vista de técnica legislativa, los párrafos del proyectado artículo 4, artículo 6, y los diferentes párrafos 14.1 y 14.2, artículo 24, 25.2 de la ley habrían de numerarse con cardinales arábigos, en cifra, conforme a las directrices de técnica normativa.

f) Régimen de responsabilidad

176.- Bajo la rúbrica «Régimen de responsabilidad», el prelegislador regula en realidad el régimen de responsabilidad que afecta a los miembros destinados, esto es los que formando parte del ECI, ya sea judicial o policial, desempeñan sus funciones fuera del Estado del que son funcionarios, que como exige el texto, en todo caso pertenecerán a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (artículos 12.5 y 25.3), por lo que sería más correcto rubricar este capítulo «Régimen de responsabilidad de los miembros destinados»

177.- Se distingue en los artículos 28 y 29 entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.



178.- Por lo que respecta a la responsabilidad penal, omite el texto del anteproyecto toda referencia a la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España. Esta norma, nació para completar la regulación de los ECI contenida en la vigente Ley 11/2003, de 21 de mayo reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, siendo conferida con el rango legal adecuado en atención a la materia regulada. Se establecía en su Exposición de Motivos *«Al abordar la regulación legal de los equipos conjuntos de investigación, se ha detectado la necesidad, que tiene su origen en la Decisión Marco sobre dichos equipos, de establecer el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en aquéllos cuando desarrollen su actividad en nuestro país.»*. Si bien parece que el régimen de responsabilidad penal contenido en la citada LO 3/2003 y el previsto en el artículo 28 del anteproyecto vienen a coincidir, una lectura detenida lleva a considerar que el alcance previsto en la norma proyectada se expande a situaciones no previstas en la citada LO 3/2003, de 21 de mayo. En esta Ley orgánica, su artículo 1 (al igual que su mismo título) concreta la responsabilidad penal de los miembros destinados en ECIs que actúen en territorio español.

179.- El artículo 28 del anteproyecto no se limita a determinar la responsabilidad de los miembros destinados que actúen en territorio español, sino que pretende regularla en relación a todos los miembros destinados del equipo, independientemente de que actúen o no en España, cuando señala *«Durante el desarrollo de la investigación objeto del equipo conjunto de investigación, los miembros destinados se asimilarán a los miembros procedentes del Estado en el que opera el equipo en lo relativo a las infracciones que pudieran sufrir o cometer»*. Resulta evidente que el legislador español no puede imponer a terceros Estados esta decisión, por lo que la redacción de este precepto debería corregirse.

180.- Además, en la regulación de esta responsabilidad penal, no solo resulta más que aconsejable que se hagan las referencias necesarias relativas a la supervivencia de la LO 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España, sino que no parece posible que el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en un ECI, pueda ser regulado por una ley ordinaria (como es el caso del texto proyectado, tal y como se prevé en la Disposición Final Primera del anteproyecto). No cabe



olvidar cómo la citada Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo razonó el porqué de su existencia en su Exposición de Motivos, cuando en su parte final explicó, al referirse al régimen de responsabilidad penal *«Dicho régimen abarca tanto las infracciones penales que puedan cometerse contra los miembros destinados en los equipos conjuntos de investigación, como los delitos que pudieran cometerse por ellos mismos. En ambos casos se trata de regular materias que, de acuerdo con nuestro texto constitucional, constituyen legislación penal y han de abordarse en una norma con rango de ley orgánica.»*

181.- La responsabilidad civil de los miembros destinados se contiene en **el artículo 29**, cuya redacción resulta sumamente confusa. Comienza el apartado primero concretando *«Cuando los miembros destinados actúen en el territorio de otro Estado, el Estado del que procedan será responsable de los daños y perjuicios causados por estos en el desarrollo de sus cometidos, de acuerdo con el Derecho del Estado en cuyo territorio estén actuando»*. Continúa el apartado segundo *«El Estado en cuyo territorio se causaren los daños y perjuicios contemplados en el apartado 1 asumirá la reparación de los mismos en las condiciones aplicables a los daños y perjuicios causados por sus propios miembros.»*

182.- Es decir, es el Estado al que pertenecen los miembros destinados el responsable de los daños y perjuicios que puedan causar en el ejercicio de sus funciones, pero hará frente a su reparación el Estado en el que los daños se hubieran causado, como si sus autores fueran los miembros pertenecientes a su Estado. No obstante, el apartado tercero determina que el Estado al que pertenezcan los miembros que hubieran causado los daños en el territorio de otro Estado, restituirá íntegramente a este último *«[l]os importes que hubiere abonado a las víctimas o a sus derechohabientes.»*, de lo que se desprende que es una especie de obligación de repetición por los daños indemnizados por el otro Estado. Finaliza el apartado cuarto *«Sin perjuicio del ejercicio de sus derechos respecto de terceros, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, los Estados renunciarán, en el caso contemplado en el apartado 1, a pedir a otro Estado miembro el reembolso del importe de los daños y perjuicios que hubiere sufrido por su causa.»* La redacción de este precepto viene a coincidir casi íntegramente con la redacción del artículo 3 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación (2002/465/JAI), pero en su contenido resultan una serie de obligaciones y se reconocen una serie de derechos, no solo al Estado español o a Estados dentro del ámbito de la Unión Europea, sino a terceros Estados con los que se pueda haber constituido el ECI, lo que parece de muy complicada aplicación mediante esta norma de derecho interno.



183.- Por lo que respecta a la técnica normativa utilizada en la redacción de esta nueva Ley de equipos conjuntos de investigación, y más concretamente a la denominada técnica del desdoblamiento en aras a la contribución de un lenguaje inclusivo, se observa, pese al esfuerzo en el uso de términos genéricos, que en todo el texto de la futura norma solo sea utilizada para referirse al Letrado o Letrada de la Administración de Justicia, omitiendo el prelegislador esta técnica para referirse a las figuras de máxima responsabilidad dentro de los ECIs, esto es a los jueces (o juezas), magistrados (magistradas) o al director o directores (directora o directoras) del equipo.

184.- Finalizado el articulado de la Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación, el texto recoge, sin solución de continuidad, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, sin que el prelegislador deje claro si estas disposiciones afectan exclusivamente al contenido de la Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación o al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y por la que se regulan los equipos conjuntos de investigación. No obstante, conforme resulta del apartado tercero de la MAIN, referido al contenido de la norma proyectada, resulta que tanto la disposición adicional, la transitoria, la derogatoria como las tres disposiciones finales formarían parte del texto conjunto de la norma. Sin embargo, analizado el contenido de las disposiciones se concluye que la disposición adicional, la disposición transitoria y la disposición derogatoria afectan únicamente a la Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación, mientras que las tres disposiciones finales afectarían al conjunto del anteproyecto. Se sugiere así al prelegislador que incluya las disposiciones que afectan exclusivamente al proyecto de Ley de los Equipos Conjuntos de Investigación en el mismo artículo cuarto o bien que separe el contenido del artículo cuarto, con las disposiciones que le afectan, para tramitarle como un anteproyecto de ley independiente.

185.- Con base en lo ante dicho, la **disposición adicional** que acompaña a la Ley aparece bajo el título «Estadística», aunque como veremos este título no se corresponde con su contenido. Impone en su apartado primero una obligación de notificar al Ministerio de Justicia la constitución de todo ECI judicial, a no ser que con ello se perjudique el éxito de la investigación o la seguridad de alguna de las partes del equipo. No se concreta quién será la persona obligada a llevar a cabo tal notificación, aunque teniendo en cuenta el contenido del apartado tercero que declara «De la misma forma,



el director o directores del equipo conjunto de investigación judicial notificará al Ministerio de Justicia la finalización del mismo», parecería que esta obligación de notificar la constitución del ECI recaerá también sobre el director o directores del equipo. En todo caso se insta al prelegislador a que fije claramente quien es el destinatario del cumplimiento de tal obligación.

186.- La comunicación de constitución deberá contener la siguiente información: «1) Órgano judicial o Fiscalía en la que se constituye el equipo conjunto de investigación. 2) Número del procedimiento penal o de las diligencias de investigación de la Fiscalía. 3) Fecha de constitución. 4) Estados del que son autoridades las demás partes del equipo conjunto de investigación. 5) Participantes en el equipo conjunto de investigación, especialmente si lo fueren Eurojust y/o Europol. 6) Normativa internacional habilitante para la constitución del equipo conjunto de investigación. 7) Tipo delictivo investigado en el equipo conjunto de investigación.» Atendiendo a las obligaciones que se imponen en esta disposición adicional lo más correcto sería incluirlas dentro del articulado del texto de la ley y no imponerlas dentro del marco de una disposición adicional.

187.- El apartado segundo de la disposición impone también la obligación de notificar la constitución del ECI al Miembro Nacional de España en Eurojust, si el ECI se hubiera constituido a instancia de esta agencia europea de cooperación judicial. En cuanto a esta obligación, en la que tampoco se identifica quien es la persona obligada, se reitera la necesidad de que el prelegislador concrete si se refiere al director o directores del ECI judicial o a otra persona. En los casos en los que el Letrado o Letrada de la Administración de Justicia forme parte del ECI, parece que esta misión de remitir la información podría serles encomendada. Por otro lado la norma debería cuando menos hacer algún tipo de mención a las funciones encomendadas al coordinador nacional de la Red de ECIs, en la creación y funcionamiento de equipos con Estados miembros de la Unión Europea, conforme a lo dispuesto en la Ley 29/2022, de 21 de diciembre, por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre Eurojust, y se regulan los conflictos de jurisdicción, las redes de cooperación jurídica internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior.

188.- Se cierra la disposición adicional con un apartado cuarto en el que se impone al Ministerio de Justicia y al Ministerio del Interior, dependiendo de que se trate de ECIs judiciales o policiales respectivamente, la obligación de facilitar los datos estadísticos que les sean requeridos.



189.- La disposición transitoria determina la legislación aplicable para los ECIs constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, pero solo en relación a los ECIs que se hubieran constituido con países de la Unión Europea. Así, la disposición transitoria dispone «Los equipos conjuntos de investigación constituidos por la autoridad competente española con la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea, cuyo acuerdo constitutivo se haya firmado con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley orgánica, se regirán hasta el momento de su finalización por lo dispuesto en la ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea».

190.- Nada determina el prelegislador respecto a aquellos ECIs constituidos entre España y no uno, sino varios países miembros de la Unión Europea, o respecto a ECIs constituidos con otros países que no integran la Unión Europea que se encuentren en funcionamiento una vez que entre en vigor la ley, sin que se ofrezca razonamiento que justifique esta decisión

191.- Contiene la ley proyectada una **disposición derogatoria** que afecta directamente a Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, así como «[a] cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta ley orgánica.» Resulta llamativo, como ya se avanzó que nada refiere expresamente esta disposición derogatoria respecto de la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea. Más llamativo aún resulta que finalice la disposición con la cláusula genérica derogatoria que afecta a todas las disposiciones que se opongán a lo previsto “en esta ley orgánica” (sic), cuando conforme a lo dispuesto en la disposición final primera de este Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, y por la que se regulan los equipos conjuntos de investigación, atribuye carácter de ley ordinaria a su artículo tercero y cuarto, siendo el artículo cuarto el que contiene la Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación examinada.

192.- Culmina la reforma con tres disposiciones finales. **La disposición final primera** confiere carácter ordinario a los artículos Tercero y Cuarto dentro de la ley orgánica, es decir tanto la modificación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, como a la nueva Ley de equipos conjuntos de investigación. Al respecto de esta decisión del prelegislador hemos de remitirnos a las valoraciones expuestas en las Consideraciones Generales de este informe. **La disposición final segunda** se remite a lo dispuesto en el artículo 179.1.



3.º, 5.º y 6.º que justifica la competencia exclusiva del Estado en las materias abordadas en la reforma. **La disposición final tercera** determina la entrada en vigor de la ley a los 20 días de su publicación en el BOE.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Anteproyecto objeto del presente informe afecta a cuatro normas jurídicas diferentes, a saber, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y a la ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, que es derogada en su integridad, y sustituida por el artículo cuarto del anteproyecto que desarrolla la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación. Esta heterogeneidad de normas, y sobre todo la creación íntegra de una nueva ley prevista en el artículo cuarto, merecería, cuando menos en este último caso, que se abordara en un anteproyecto independiente. Máxime teniendo en cuenta la confusión que provoca el prelegislador con la inclusión, sin solución de continuidad, tras la redacción de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación de una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales, relativas al conjunto del anteproyecto, cuando, en realidad solo las disposiciones finales pueden referirse a tal conjunto.

SEGUNDA.- El articulado del texto merece una serie de observaciones, respecto de las cuales hemos de remitirnos al cuerpo del presente informe, advirtiendo que, a fin de facilitar su localización, se han agrupado siguiendo los títulos del Anteproyecto, resaltando los artículos y las rúbricas o el contenido de los mismos.

TERCERA.- Por lo que respecta a la **modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial** centrada en devolver el reconocimiento expreso del principio de reciprocidad a la cooperación judicial, que había sido eliminado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, merece una valoración positiva. Aunque la amplia normativa originada en el ámbito de la Unión Europea y la existencia de múltiples tratados bilaterales o plurilaterales con otros Estados hacen que se reduzca la posibilidad de que existan vacíos en las relaciones internacionales, es conveniente contar con este criterio de reciprocidad reconocido de modo expreso, sin perjuicio de su naturaleza como principio general del Derecho.



CUARTA.- Por lo que respecta a la **reforma proyectada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, que afectan a las figuras del agente encubierto y de las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación, merece igualmente una valoración muy positiva. No obstante, resulta llamativo que la regulación que ahora se propone difiera de la incluida en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTA.- Por otro lado, la separación de la regulación de ambas figuras puede ser problemática, si consideramos que el prelegislador establece regímenes distintos para aspectos tales como la responsabilidad por la comisión de conductas delictivas en la ejecución de estas medidas o la duración de la medida.

SEXTA.- En cuanto al agente encubierto, se debería prever expresamente que la extensión de la medida a una nueva infracción se limite a alguno de los delitos a los que es aplicable esta medida y que, en caso de que el delito del que hubiera obtenido información sea objeto de otro procedimiento, se remita al órgano judicial competente. Se sugiere que se reformule el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 282 quinquies, a fin de que se establezca la excepcionalidad de la revelación de la identidad del agente encubierto y que se incluyan en el artículo 282 sexies una referencia a la necesaria solicitud y autorización judicial cuando se trate de captación de imágenes o grabación de conversaciones entre el agente encubierto y las personas investigadas. Asimismo, debería aclararse en el artículo 282 octies qué órgano judicial deberá autorizar la intervención ante los órganos judiciales del agente encubierto con la identidad supuesta. Finalmente, puede resultar conveniente regular un uso más amplio de la información obtenida por el agente encubierto en otros procesos.

SÉPTIMA.- Respecto de las investigaciones encubiertas en canales cerrados de comunicación, no se exige en la reforma proyectada que la identidad supuesta que se autorice deba recaer imperativamente en un funcionario policial. Esta decisión se valora muy positivamente no solo porque responde adecuadamente a la mecánica y ejecución práctica de esta diligencia, sino, además, porque esta decisión es coincidente con la regulación proyectada en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otra parte, si durante la investigación llegara a producirse la relación física resultaría más que conveniente que se advirtiera que se podrá continuar la investigación conforme a las normas del agente encubierto, siempre que, en atención a la naturaleza del delito investigado, ello sea posible. Convendría también prever qué ocurrirá si la información obtenida forma parte de otro proceso. Llama la atención que el plazo máximo de esta medida, 18 meses, sea superior al de



la intervención de las comunicaciones, que es de 12 meses. Además, sería adecuado regular la necesidad de que los archivos ilícitos se encuentren identificados digitalmente o que las solicitudes, en caso de ser necesario el aseguramiento de la prueba, puedan proceder de la Policía Judicial. La obligación de informar al juez de instrucción sobre el desarrollo y resultados de la medida debería recaer, no sobre el agente encubierto informático, sino sobre la unidad de la Policía Judicial que se haga cargo de la investigación. Por último, se debería reflexionar sobre la conveniencia de que la resolución judicial que autorice la medida deba especificar el software mediante el que se ejecutará el control de la información, ante los graves perjuicios que de ello necesariamente se derivarán, sin que de la revelación de tal información se derive garantía adicional alguna en la protección de los derechos fundamentales que entran en juego.

OCTAVA.- La modificación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea proyectada tiene como objetivo en gran parte recoger las modificaciones que en esta materia han sido introducidas por el Reglamento 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso que busca una optimización de la cooperación judicial transfronteriza y la unificación de los criterios de reconocimiento de resoluciones judiciales, y que entró en vigor en nuestro país el 19 de diciembre de 2020.

NOVENA.- La reforma anteproyectada al regular los motivos en virtud de los que se deberá denegar la ejecución de la Orden Europea de Detención y Entrega, en adelante OEDE y aquellos otros en los que se podrá acordar dicha denegación desaprovecha la ocasión de incorporar los argumentos que fueron expuestos por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de enero de 2019, (ECLI:ES:TC:2019:3) respecto de la eventual afectación que en el derecho a la tutela judicial efectiva puede tener que se acceda a la extradición o a la ejecución de una OEDE de una persona para su procesamiento por unos hechos que ya hayan sido objeto de algún tipo de procedimiento ante los órganos judiciales españoles y que hayan sido sobreseídos provisionalmente respecto de esa persona por falta de indicios suficientes de su participación en los hechos delictivos. Tampoco recoge dentro de las causas que recogen los motivos por los que se podrá denegar o no una OEDE los argumentos contenidos en la reciente sentencia del TJUE de 31 de enero de 2023, asunto c-158/21, Puig, Gordi y otros (ECLI:EU:C:2023:57), que resuelve la decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por nuestro Tribunal Supremo, sala penal, mediante auto de 9 de marzo de 2021, cuyo objeto era tiene la interpretación de 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 (en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009). De acuerdo con dicha sentencia una autoridad judicial de ejecución no puede negarse, en principio, a ejecutar una orden de detención europea basándose en la falta de competencia del órgano jurisdiccional que habrá de enjuiciar a la persona buscada en el Estado miembro emisor. Dicha autoridad deberá no obstante negarse a ejecutar dicha orden si comprueba que en ese Estado miembro hay deficiencias sistémicas o generalizadas que afectan a su sistema judicial y que el órgano jurisdiccional que habrá de enjuiciar a la persona buscada en dicho Estado miembro es manifiestamente incompetente para ello.

DÉCIMA.- La decisión del prelegislador de calificar como potestativas ciertas causas de denegación del reconocimiento de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, que hasta ahora tenía naturaleza imperativa no está exenta de problemas. Entre otros porque no se explica la razón de esta modificación, ni se alcanza a comprender bajo qué parámetros se puede llegar a autorizar el reconocimiento o ejecución de la resolución que impone una pena o medida privativa de libertad en algunos de los supuestos previstos. Iguales problemas se observan en la regulación de la denegación del reconocimiento y la ejecución de la resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, al alterarse la naturaleza imperativa y convertir también en potestativa algunas de las causas de denegación.

UNDÉCIMA.- Por lo que respecta a **la nueva Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación** prevista en la reforma, una de sus principales novedades, con respecto a la vigente Ley 11/2003, de 21 de mayo reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, cuya derogación se prevé en el anteproyecto, es la ampliación de su objeto, que no queda limitado a la constitución de ECIs en el ámbito de la Unión Europea sino que pretende regular la constitución y funcionamiento de los ECIs entre las autoridades competentes de España y las de otro u otros Estados, opción que se valora muy positivamente, pues supone incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una base legal para la constitución de ECIS, independientemente de que se pretendan constituir con un Estado miembro de la Unión Europea o ajeno a la misma.

DUODÉCIMA.- La norma proyectada diferencia entre ECIs judiciales y policiales, y dentro de los primeros entre ECIs judiciales en el marco de la unión europea y ECIs con terceros Estados. En el primer caso la autoridad competente para la constitución directa del ECI serán las autoridades judiciales o fiscales, eliminando la actual e injustificada distinción de la vigente norma entre asuntos cuya competencia corresponde a la Audiencia



Nacional, en cuyo caso se podrán constituir por la autoridad judicial o fiscal directamente el ECI, y el resto de asuntos, para los que se exige una previa autorización del Ministerio de Justicia. En el caso de los ECIs judiciales constituidos con terceros Estados, la autoridad competente, juez o miembro del Ministerio Fiscal, deberá requerir una previa autorización del Ministerio de Justicia.

DECIMOTERCERA.- La posibilidad de que un miembro del Ministerio Fiscal pueda por sí constituir un ECI judicial, y por tanto ser designado director del mismo solo resulta posible cuando la investigación no se haya judicializado, porque si estuviera interviniendo el juez de instrucción (o el juez central de instrucción), ésta sería la única autoridad legitimada para la constitución del ECI. Por este, entre otros motivos, se sugiere al prelegislador que distinga entre ECI judicial y ECI constituido por el Ministerio Fiscal.

DECIMOCUARTA.- La norma proyectada recoge la posibilidad de que sean varias autoridades las que puedan configurarse como codirectores de un ECI, cuando ni la actual Ley reguladora de los ECIs, ni la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación, lo prevén. Esta opción de coliderazgo entre juez y miembro del Ministerio Fiscal, examinadas las facultades y competencias que se otorgan al director del ECI, resulta inconciliable con nuestro actual modelo procesal. Se debe insistir en que si la investigación se hubiera judicializado, y por tanto estuviera interviniendo el juez de instrucción (o el juez central de instrucción), ésta sería la única autoridad legitimada para la constitución del ECI de lo que se deriva que las situaciones de codirección solo podrán ser decididas por el juez de instrucción (o el juez central de instrucción) competente. El prelegislador, consciente de las discrepancias que pueden surgir durante la vida del ECI en los supuestos de codirección del equipo, entre juez y fiscal, determina (en aplicación del artículo 12.2) la prevalencia del criterio del juez o del juez central de instrucción, única autoridad competente para su constitución en estos casos como se ha visto, y a quien la vigente normativa procesal atribuye la fase de instrucción del procedimiento penal. Pero lo más relevante es que gran parte de las funciones encomendadas al director del ECI, no podrán ser asumidas por el Ministerio Fiscal, ni como director único del ECI ni como codirector del mismo. Entre otras funciones el director del ECI decidirá sobre las diligencias de investigación o medidas cautelares, reales o personales, que se practiquen en España por los integrantes del ECI, siendo que la mayor parte de esas medidas solo podrán ser acordadas por el juez de instrucción (o el juez central de instrucción) competente. Por todo ello se debe reiterar la necesidad de que el prelegislador distinga entre ECI judicial y ECI fiscal,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

concretando las facultades que uno u otro pueda tener como director del equipo, y que abandone la idea de configurar ECIs judiciales bajo situaciones de codirección que resultan irrealizables, mientras se encuentre vigente nuestro actual modelo procesal.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid, 27 de abril de 2023.

José Luis de Benito y Benítez de Lugo
Secretario General
(firmado electrónicamente)