

Equipos Conjuntos de Investigación: cuestiones disputadas y sugerencias ante la necesidad de un nuevo marco legal en España*

Joint Investigation Teams: contested issues and suggestions on the need for a new legal framework in Spain

FRANCISCO JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ

Fiscal de Sala Coordinador de Cooperación Internacional de la FGE

francisco.jimenezvillarejo@fiscal.es

ORCID:

Recibido: 01/10/2024. Aceptado: 22/11/2024.

Cómo citar: Jiménez-Villarejo Fernández, “Equipos Conjuntos de Investigación: cuestiones disputadas y sugerencias ante la necesidad de un nuevo marco legal en España”, *Revista de Estudios Europeos* 85 (2025): 346-429.

Artículo de acceso abierto distribuida bajo una [Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional \(CC-BY 4.0\)](#)

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.85.2025.346-429>

Resumen: La Decisión marco 2002/465/JAI fue transpuesta en España en la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea. Al tiempo de su publicación fue una norma pionera para combatir la delincuencia transfronteriza, especialmente en la lucha contra el terrorismo. No obstante, su limitado ámbito de aplicación territorial, así como el insólito régimen dual, asimétrico y poco homogéneo de constitución de los equipos que establece, entre otras singularidades de nuestro sistema legal, están dificultando la deseable aplicación generalizada por parte de las autoridades españolas, en un contexto de crecientes desafíos en la lucha contra la criminalidad organizada, especialmente para un país como España geoestratégicamente situado en uno de los cinco ejes criminales del continente europeo. La presente contribución analiza las principales cuestiones controvertidas y disfunciones apreciadas en la práctica, realizando, al mismo tiempo, propuestas de mejora para un futuro marco legal en España.

Palabras clave: Equipo Conjunto de Investigación; Decisión marco 2002/465/JAI; Ley 11/2003; cooperación judicial en materia penal; Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación: *Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y Propuestas* (PID2020-116848GB-I00).

Abstract: Framework Decision 2002/465/JHA was transposed in Spain in Act 11/2003, of 21 May, regulating joint criminal investigation teams within the European Union. At the time of its adoption, it was a pioneering piece of legislation to combat cross-border crime, especially in the fight against terrorism. However, its limited territorial scope of application, as well as the unusual dual, asymmetrical and inhomogeneous system for setting up the teams it establishes, among other singularities of our legal system, are hindering the desirable widespread application by the Spanish authorities, in a context of growing challenges in the fight against organised crime, especially for a country like Spain, geostrategically located in one of the five criminal axes of the European continent. This contribution analyses the main controversial issues and dysfunctions observed in practice, while making proposals for improvement for a future legal framework in Spain.

Keywords: Joint Investigation Team; Framework Decision 2002/465/JAI; Act 11/2003; judicial cooperation in criminal matters; Area of Freedom, Security and Justice.

INTRODUCCIÓN

Este artículo surge como revisión del escrito inicialmente para el curso organizado por la Fiscalía General del Estado dedicado a los Equipos Conjuntos de Investigación (en adelante ECIs) dentro del Plan de Formación Continua de la Fiscalía General del Estado para el año 2024 y completado con ocasión de la ponencia impartida en la Jornada celebrada en el *Centro de Estudos Judiciários* de Lisboa, el 3 de mayo del mismo año, con el título “*Temas de Cooperaçao Judiciária/Direito Penal Europeu*”, donde tuvimos la ocasión de repasar y reflexionar sobre las cuestiones legales y prácticas más relevante referidas a este privilegiado mecanismo de cooperación internacional, con la visión que nos permite la experiencia de más de veinte años de su aplicación, tanto a nivel del Derecho de la Unión¹ como a nivel nacional en España. Sacando provecho de la misma y a la luz de las reflexiones emanadas de las cuestiones debatidas o *disputadas*² más relevantes, abordamos un estudio *de lege ferenda*, que mira al futuro aquellos aspectos que son susceptibles de mejora y necesitan ser reformados en relación con la todavía vigente Ley 11/2003.

¹ Riehle, Cordelia (2023), “20 years of Joint Investigations Teams (JITs) in the EU”: An overview of their development, actors and tools”, *ERA Forum*, 24, pp. 163-167. <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00758-5>.

² Utilizando la expresión consagrada por San Buenaventura en su obra “*Quaestiones disputatae de scientia Christi*”, publicada en 1254 desde su cátedra de la Universidad de París.

En ese sentido, podemos tomar de referencia el texto del anteproyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros del Gobierno de España el 22 de diciembre de 2022. Como es sabido, dicha iniciativa normativa tipo “ómnibus”, pretendía modificar la LOPJ, la LECrim, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (LRM), incluyendo asimismo un anteproyecto de ley reguladora de ECIs (en adelante el APLO 2022)³, en la que se proponía una regulación de nueva planta⁴ respecto de este instituto de Derecho Procesal Penal, con la consiguiente derogación de la vigente Ley 11/2003. El APLO 2022, no llegó a ser remitido finalmente al Parlamento español, a causa de la convocatoria de elecciones anticipadas y, la consecuente, disolución precipitada de la XIV Legislatura en el verano de 2023. En cualquier caso, como al tiempo de escribir este artículo desde el Ministerio de Justicia se ha anunciado que el mismo texto proyectado va a ser lanzado de nuevo en esta legislatura y teniendo en cuenta que dicho documento tuvo ya entrada en la Fiscalía General del Estado para informe, conforme a lo previsto en el artículo 14 (4), j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF), acompañado de su Memoria del Análisis de Impacto Normativo (en adelante MAIN)⁵, dando lugar la correspondiente redacción de un borrador de informe en la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado (en adelante UCIF), en el que se realizaba un extenso y detallado análisis de la ley proyectada, con el fin de facilitar al Consejo Fiscal el cumplimiento del preceptivo trámite de informe, la *tormenta de ideas* que dicha iniciativa normativa provocó, nos sirve ahora de hoja de ruta y nos permite compartir diversas reflexiones sobre algunas de la

³<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20org%C3%A1nica%20equipos%20conjuntos%20de%20investigaci%C3%B3n.pdf>

⁴ La consulta pública difundida en agosto de 2021 por el ministerio de justicia sobre la propuesta de elaboración de un proyecto de Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación Penal, en su apartado 4 sobre Posibles soluciones alternativas, regulatorias y no regulatorias, ya concluía que “La única posibilidad de afrontar las necesidades y objetivos previstos es mediante la modificación de la regulación en vigor: dado su alcance, se entiende necesaria la promulgación de una nueva Ley, que es objeto de consulta pública, y no la mera reforma de la normativa actualmente en vigor.” <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Documento%20consulta%20p%C3%BAblica%20Ley%20ECIs.pdf>

⁵[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Memoria%20del%20An%C3%A1lisis%20de%20Impacto%20Normativo%20\(1\).pdf](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Memoria%20del%20An%C3%A1lisis%20de%20Impacto%20Normativo%20(1).pdf)

mejoras legislativas que, desde la perspectiva de un miembro del Ministerio Fiscal español, considero necesarias -casi podríamos decir que ineludibles- en una eventual revisión actualizadora del marco legal nacional de este privilegiado y singular mecanismo de investigación transfronterizo.

1. PLANTEAMIENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Los ECIs constituyen el mecanismo de coordinación más dinámico y con mayor proyección en los últimos años en el campo de la cooperación judicial en materia penal, particularmente, en la cooperación multilateral con los terceros países, por lo que podemos decir que es la referencia más relevante del *multilateralismo judicial*, dentro de lo que podemos denominar el área de la obtención de prueba transfronteriza⁶.

Su promoción es una prioridad de la política criminal de la UE⁷. En ese sentido, la Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025, de 14 abril 2021, que recordemos es la primera estrategia centrada en la criminalidad organizada desde la entrada en vigor del TFUE, tras incluir la cooperación judicial internacional como una de las cuatro líneas de trabajo prioritarias, identifica expresamente a la regulación de plataforma de colaboración para dichos equipos, como una medida clave a medio plazo, dentro del marco de cooperación avanzada, destinada a facilitar una comunicación y un

⁶ Que se estudia en la rama del Derecho procesal que regula la dimensión transnacional de la obtención de prueba, tal y como la denominaba el Prof. de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad Tubinga, Joachim VOGEL en Vogel, Joachim R, (2006), “La prueba transnacional en el proceso penal: un marco para la teoría y praxis”, en *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 45-60.

⁷ Conclusión 43ª del Consejo Europeo reunido en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999 recogían el llamamiento a crear sin demora equipos conjuntos de investigación como se contemplaba en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Ámsterdam), con la finalidad de luchar contra el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y el terrorismo. Posteriormente, el art. 88 (2) b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, hace referencia a los equipos conjuntos de investigación en relación con Europol, añadiendo la participación de Eurojust.

Por otro lado, la estrategia de la UE contra el crimen organizado (documento COM 14 abril 2021), que es la primera estrategia centrada en la delincuencia organizada desde la entrada en vigor del TFUE, incluye la cooperación internacional como una de las líneas de trabajo prioritarias, estableciendo medidas concretas a medio y largo plazo que se desarrollarán respetando plenamente los derechos fundamentales.

intercambio de información y documentos seguros entre las autoridades nacionales, en primer lugar y, cuando proceda, con las agencias de justicia y asuntos de interior (agencias JAI), en línea con lo ya anunciado por la Comisión Europea en la Comunicación titulada «La digitalización de la justicia en la UE: Un abanico de oportunidades».⁸

Por lo tanto, Se trata de un instrumento singular de la cooperación internacional judicial para la obtención de prueba transfronteriza, que lejos de haber quedado fuera de la “caja de herramientas” de instrumentos disponibles para los operadores jurídicos en esta materia, tras la transposición de la Directiva de la OEI⁹, permanece a disposición de las autoridades judiciales, encontrándose en constante desarrollo y evolución. En efecto, pese al amplio ámbito horizontal de aplicación de la OEI, que como es bien sabido, abarca todas las medidas de investigación dirigidas a la obtención de pruebas, el Preámbulo de la Directiva 2014/41/CE declara expresamente que “Sin embargo, la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo, requieren normas específicas que se atienden mejor por separado. Sin perjuicio de la aplicación de la presente Directiva, los instrumentos existentes deben por tanto seguir aplicándose a este tipo de medida de investigación”¹⁰. Por consiguiente, el artículo 3 de dicha Directiva excluye la creación de un ECI y la obtención de pruebas en dicho equipo del ámbito de aplicación de la OEI¹¹, manteniendo el ECI su regulación separada, que cohabita pacíficamente con la OEI dentro de la UE.

Se trata de dos instrumentos diferentes que responden a principios y planteamientos completamente distintos dentro del mismo Espacio

⁸ Bruselas, 2.12.2020, documento de la Comisión COM (2020) 710 final.

⁹ Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE L 130/1).

¹⁰ Considerando 8 del Preámbulo de la Directiva 2014/41/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

¹¹ Como queda establecido en el artículo 13 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y en la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo, salvo a efectos de la aplicación, respectivamente, del artículo 13, apartado 8, del Convenio y del artículo 1, apartado 8, de la Decisión Marco, es decir cuando se precise obtención de prueba de “un Estado miembro que no haya participado en la creación del equipo o de un tercer Estado”. En ese caso, “las autoridades competentes del Estado en el que actúe el equipo podrán formular la petición de ayuda a las autoridades competentes del otro Estado afectado, de conformidad con los instrumentos o disposiciones aplicables.”

Judicial Europeo. En efecto, la OEI se basa en el principio reconocimiento mutuo y pretende la ejecución cuasiautomática de una decisión (orden) acordando una diligencia de investigación dictada y/o validada por la autoridad judicial de un Estado miembro por la autoridad judicial de ejecución de otro, con la pretensión de convertir en realidad la libre circulación de pruebas dentro de la UE. Mientras que el ECI se rige por un acuerdo entre partes que, en pie de igualdad, pactan en base al principio negociado, las medidas a utilizar conjuntamente en investigaciones que discurren paralelamente en cada uno de los Estados parte. Por lo tanto, pese a que ambas son figuras transfronterizas de Derecho Procesal Penal, presidido por el principio de legalidad, los ECIs tienen, de manera singular, una naturaleza eminentemente “contractual”. Por lo tanto, el ECI no es un instrumento basado en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo entre autoridades judiciales, como variante del principio de legalidad propia del Derecho de la Unión¹², sino que como señala HERNÁNDEZ LÓPEZ, A., se trata de un instrumento de cooperación policial¹³ y/o judicial extraordinariamente avanzado, pero en el que sigue primando el *principio asistencial* entre Estados, para la efectiva persecución de la criminalidad transfronteriza¹⁴.

En cualquier caso, tanto el ECI como la OEI, comparten el planteamiento de haber sido concebidos en el contexto de la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante ELSJ)¹⁵, con el

¹² El Artículo 82 (1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, declara que “La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales (...)” (DOUE C 83/80 de 30.3.2010).

¹³ Artículo 3 de la ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, establece como autoridad competente española, al Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad, en todos los supuestos en que no participen en el equipo conjunto de investigación miembros de las carreras judicial o fiscal. Por lo tanto, los Estados miembros han complementado y desarrollado sistemáticamente el acervo de Schengen en el marco de la cooperación policial, mediante acuerdos de cooperación bilaterales y multilaterales entre autoridades policiales.

¹⁴ Hernández López, Alejandro (2021), “El equipo conjunto de investigación como instrumento en la lucha contra el crimen organizado en la era de la digitalización”, en Garrido Carrillo, Francisco Javier (dir.) y Faggiani, Valentina (coord.), *Lucha contra la Criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.

¹⁵ Sus primeros antecedentes legales los encontramos en el artículo 24 (Equipos comunes de investigación especial) del Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del

fin de simplificar los formalismos que ralentizaban y hacían inoperante el régimen de la asistencia mutua basado en las comisiones rogatorias, que quedará para su uso residual únicamente con terceros países y Estados miembros que han hecho uso del denominado *opting-out*, quedando fuera del régimen de la OEI (como es el caso de Dinamarca e Irlanda), respecto de los cuales el recurso a la constitución de un ECI puede tener, por ello, un aliciente o valor añadido adicional. No obstante ello, el ECI se considera un instrumento especialmente adecuado no solo como cauce de cooperación o colaboración flexible y simplificado, también para establecer estructuras o marcos de coordinación estables entre autoridades judiciales y policiales de diferentes Estados implicadas en investigaciones penales conexas o paralelas en relación con la delincuencia organizada de carácter transnacional.¹⁶

Frente al enfoque tradicional, formal, cortés, limitado y discrecional de la cooperación jurídica internacional, representado, hasta ahora, por las comisiones rogatorias, los ECI surgieron como mecanismo de superación

Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras, hecho en Bruselas el 18 de diciembre de 1997. BOE de 20 de agosto de 2002. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1997/12/18/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1997/12/18/(2)).

¹⁶ Inspirados por las previsiones de convenios internacionales multilaterales (convenios de NNUU que distinguen entre equipos -acuerdo caso por caso- y los órganos mixtos de investigación) y dentro del marco del acervo comunitario/Schengen, en consonancia con la Comunicación de la Comisión Europea sobre la Estrategia de la Unión Europea para hacer frente a la delincuencia organizada en el periodo 2021-2025 de 14 de abril de 2021 [Doc. COM(2021) 170 final] y la Recomendación del Consejo (EU) 2022/915 de 9 de junio de 2022 sobre cooperación policial operativa que la implementa, el Ministerio del Interior (concretamente, la Secretaría de Estado de Seguridad) firmó en representación de España un Acuerdo con Portugal, Francia, Países Bajos, Alemania, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Islandia, Polonia, Bulgaria, Rumanía, Serbia, Eslovenia, Lituania, Estonia, Letonia, EEUU de América y las agencias JAI, FRONTEX y EUROPOL en el que teniendo en cuenta el desarrollo de actuaciones operativas EMPACT, se diseña un proyecto denominado **Equipo Europeo Operativo** (EOT por sus iniciales en inglés *European Operational Team*), que ha permitido la creación de un equipo operativo integrado por veinte países con el objetivo de mejorar la lucha contra el tráfico de drogas y crimen organizado asentado, principalmente, en la Costa del Sol. En el mismo sentido, los Grupos de Trabajo Operativo (OTF por sus siglas en inglés) creados en base al Reglamento (UE) 2016/794 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL), que igualmente proporciona formato y cobertura procedimental y legal al Equipo Operativo Europeo (EOT) ya que de acuerdo con la disposición adicional 2ª de la ley 11/2003, de 21 de mayo, se establece que la misma se aplicará a las los ECIs *que pudieran crearse (...) en el ámbito (...) de la Oficina Europea de Policía «EUROPOL»*.

de dicho paradigma de mera cooperación puntual; introduciendo una nueva dimensión de coordinación entre investigaciones y/o procedimientos penales paralelos o, al menos, conexos, en la que partiendo del compromiso inherente a un acuerdo contractual entre partes iguales, se sentaban las bases para una dinámica de trabajo en equipo, basada en intereses investigadores comunes y compartidos, mediante patrones de actuación investigadora actualizados, concertados y consensuados, pero siempre con una supervisión judicial, lo que resulta especialmente relevante en relación con diligencias de investigación de carácter intrusivo o que afecten a derechos fundamentales. Por lo tanto, los equipos conjuntos permiten planificar un intercambio de información y prueba, menos formal, más estable, previsible, ágil y eficaz, al evitar la necesidad de redactar múltiples solicitudes formales (ya sean comisiones rogatorias y/o OEIs), con finalidad de obtención de prueba en el marco de investigaciones en curso paralelas o conexas en diferentes países.

En relación con la coexistencia de ambos instrumentos, el propio artículo 3 de la Directiva 2014/41 permite interpretar que dicha exclusión no es total, ya que se podrá emitir una OEI entre los Estados miembros integrantes de un ECI y las autoridades de los Estados miembros que no participen en el ECI, por lo que la cohabitación de ambos instrumentos y filosofías de la cooperación en materia de obtención de pruebas en la UE resulta evidente desde un punto de vista operativo. Es por ello, que se echa en falta una previsión, a nivel del Derecho de la Unión, sobre las relaciones entre ambos instrumentos de cooperación judicial. Mientras tanto, sería conveniente que las legislaciones nacionales fueran dando cobertura normativa a estas situaciones, en aras de la necesaria seguridad jurídica. Lo mismo, se puede decir respecto de la relación de los ECIs y otros instrumentos de reconocimiento mutuo o solicitudes de auxilio judicial internacional ajenos a la mera finalidad probatoria, como son los certificados de embargo y las órdenes europeas de detención y entrega (OEDEs), a emitir siempre fuera del marco del equipo conjunto, en el procedimiento principal y no en la pieza separada y secreta del ECI, por ser instrumentos ajenos a la finalidad probatoria inherente al ECI y cuya ejecución, en el caso de las OEDEs, incluso correspondería a otra autoridad judicial nacional. Concretamente, a los juzgados centrales de instrucción.¹⁷

¹⁷ Artículo 35 (2) de la ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Por otro lado, el 28 de julio de 2023 se publicó el paquete normativo compuesto por el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales y la Directiva (UE) 2023/1544 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales. Con este paquete normativo el legislador europeo establece un nuevo marco legal que da respuesta a la necesidad de cooperación directa entre autoridades judiciales de los Estados miembros y proveedores de servicios radicados en países no pertenecientes a la UE, pero que prestan servicios en el territorio de la UE, para la obtención de prueba electrónica almacenada por los proveedores de servicios, que abarca tanto datos de contenido, como datos de tráfico y datos de abonados. Su ámbito de aplicación (arts. 1 y 2 del Reglamento), queda restringido a los procesos penales (investigaciones penales o a efectos de la ejecución de una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de al menos 4 meses, tras una resolución penal). Aunque específicamente, el artículo 2.4 del Reglamento excluye de su ámbito de aplicación los procesos iniciados a fin de prestar asistencia judicial mutua a otro Estado miembro o un tercer país, no parece que esta restricción afecte al ámbito de actuación propio de los ECIs, pudiendo así verse favorecidos los terceros países que sean miembros de un ECI.¹⁸ En ese sentido el considerando 23 del Preámbulo del Reglamento mencionado establece: “En la medida en que los procedimientos relativos a la asistencia judicial mutua puedan considerarse procesos penales con arreglo al Derecho nacional aplicable en los Estados miembros, debe aclararse que no ha de emitirse una orden europea de producción ni una orden europea de conservación para facilitar asistencia judicial mutua a otro Estado miembro o a un tercer país. En dichos casos la solicitud de asistencia

¹⁸ Sanchez Siscart, José Manuel (2024), “Equipos conjuntos de investigación y ciberdelincuencia. Retos y oportunidades”, ponencia presentada en el *curso del Plan de Formación Continua de la Fiscalía General del Estado para 2024: “Los retos de la delincuencia transfronteriza y su persecución mediante la constitución de equipos conjuntos de investigación (ECIs)”*, desarrollado los días 14 y 15 de febrero en la Sede de la Fiscalía General del Estado en Madrid.

judicial mutua debe dirigirse al Estado miembro o tercer país que pueda prestar asistencia judicial mutua con arreglo a su Derecho nacional.”

Teniendo presente que se trata de una cuestión no analizada por la jurisprudencia y casi inédita en la dogmática penal, nos parece interesante reflexionar sobre la naturaleza jurídica que debe atribuirse al acuerdo de constitución del ECI, a los efectos de valorar qué repercusión jurídica produce en el proceso penal. En efecto, el acuerdo de constitución del ECI no puede calificarse propiamente como una resolución judicial, ni siquiera en el ámbito de la UE, ya que en su válida constitución puede no participar una autoridad judicial (e.g. cuando su objetivo es el intercambio de información policial). Además, la creación de un ECI judicial con terceros Estados, no solo dependerá de la voluntad exclusiva de las autoridades judiciales nacionales que participarán en el mismo, sino que estará sometido a un régimen de autorización administrativa previa por las autoridades centrales gubernativas respectivas, lo que abre, además, un incierto escenario a la hora de impugnar dichas resoluciones por parte del Ministerio Fiscal. Por otro lado, el enfoque casuístico prevalece ya que, cada acuerdo de constitución de ECI es negociado caso por caso, adaptándose a las exigencias de investigaciones paralelas concretas, lo que supone tener en cuenta el ámbito y objetivo de la investigación nacional, también los intereses de las autoridades de los diferentes Estados que formarán parte del equipo. Por ello, el ECI tiene más similitudes con un “contrato”, en el que las partes contratantes serán los Estados miembros participantes, representados por los jefes del equipo y/o las autoridades nacionales que deben autorizar su constitución, respetando su autonomía contractual dentro del objetivo común de facilitar al máximo la obtención de pruebas en un propósito investigador compartido. Por ello, sin perjuicio de unos denominadores comunes, el enfoque y contenido específico del acuerdo dependerá mucho de cada caso y sus exigencias investigadoras, así como de los requisitos y peculiaridades de los sistemas legales de los Estados miembros, lo que obligará en muchos casos a incorporar tantas cláusulas en el acuerdo como anexos legales sean necesarios, a fin de plasmar no solo el régimen de su estructura, vigencia, organización operativa y reglas de funcionamiento de acuerdo con las legislaciones de cada uno de los Estados miembros que lo conforman.

Por lo tanto, se trata de un instrumento de cooperación judicial y/o policial que si bien está basado en la autonomía de la voluntad de los

Estados miembros implicados¹⁹, mantiene un ajustado equilibrio con las exigencias de su legislación procesal respectiva, al tiempo que aparece siempre inspirado por el principio asistencial entre Estados para la efectiva persecución de la criminalidad transfronteriza que rige la cooperación internacional.²⁰ Ello hace que se vea por los prácticos del Derecho como un instrumento extraordinariamente complejo. A fin de las negociaciones de las autoridades judiciales afectadas, simplificando la complejidad inherente a los acuerdos que se deben alcanzar entre ellas como marco de actuación contractual, existen modelos de acuerdo de constitución que han sido publicados por instituciones como el Consejo de la UE y adaptados por otras estructuras de cooperación internacional procedentes de entidades regionales²¹, que están a disposición de las autoridades judiciales a fin de ayudarles en la redacción final del acuerdo, con vistas al acto de su firma, momento que marcará el comienzo de la fase de funcionamiento. Teniendo en cuenta la rapidez con la que evoluciona el efervescente campo de la cooperación internacional, los modelos publicados por diferentes instituciones y organismos regionales se van actualizando y adaptando constantemente a las exigencias legales y prácticas que van surgiendo continuamente, por lo que podemos decir que se trata de *documentos vivos*. De ese modo, el modelo de acuerdo (incluyendo sus diferentes apéndices) desarrollado por la Red Europea de expertos en ECIs, dispone de una última actualización publicada por el Consejo de la UE en el año 2021, específicamente elaborada con el fin de facilitar la constitución de equipos conjuntos con terceros países.²² Como prueba de la vivacidad de este

¹⁹ Arangüena Fanego, Coral (2017), “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58, septiembre-diciembre, pp. 905-939.

²⁰ Hernández López, Alejandro (2021), “El equipo conjunto de investigación como instrumento en la lucha contra el crimen organizado en la era de la digitalización”, en Garrido Carrillo, Francisco Javier (dir.) y Faggiani, Valentina (coord.), *Lucha contra la Criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.

²¹ Modelo de acuerdo de constitución elaborado por la Red de Especialistas de Cooperación Internacional (RedCOOP) de la asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) está disponible en el siguiente vínculo <https://www.aiamp.info/index.php/grupos-de-trabajo-aiamp/cooperacion-juridica-internacional/documentos/acuerdo-creacion-equipos-conjuntos-investigacion>

²² El texto consolidado del modelo de acuerdo por el que se crea un equipo conjunto de investigación, tras su aprobación por la Resolución del Consejo, de 22 de diciembre de

formulario, comentar que, en el seno de un Grupo de Trabajo constituido en el seno de esta Red, se ha debatido la oportunidad de una nueva versión con una cláusula específica en materia de protección de datos. Asimismo, el modelo se deberá adaptar a la nueva plataforma de colaboración de los ECI y las normas de acceso a ésta.²³

Por consiguiente, siendo el marco de actuación de los ECI, eminentemente negociado y estando presidido por un acuerdo consensuado entre autoridades judiciales, como quiera que su finalidad es impulsar y llevar a cabo la investigación de delitos transfronterizos y, normalmente, complejos (intercambiando información, localizando activos y recabando material probatorio, etc.), el acuerdo que sirva de base a su constitución es crucial y deberá tener muy en cuenta el marco legal supranacional y las especificidades de cada Estado miembro del equipo, tanto las del Derecho del Estado en el que se hayan de ejecutar las diligencias de investigación, como la del Estado o Estados donde se vaya a desplegar la prueba recabada, desde el punto de vista de la primacía del principio de legalidad en el Derecho Procesal Penal, sobre todo en relación con las diligencias intrusivas que se pueden acordar utilizando este mecanismo en el territorio de cualquiera de los Estados parte.²⁴

2. VALOR AÑADIDO Y DIFICULTADES EXISTENTES

Partiendo de la conocida ventaja de los ECI, como instrumento transfronterizo que permite la obtención, intercambio directo y uso de

2021, sobre la revisión del apéndice I está disponible en español en el siguiente vínculo <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/celex-32022y0128-01-es-txt.pdf>.

²³ Tal y como establece el considerando 16 del Preámbulo del Reglamento (UE) 2023/969, de 10 de mayo de 2023 por el que se establece una plataforma de colaboración en apoyo del funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726. Que en todo caso, de acuerdo con el artículo 28 del Reglamento debería estar lista antes de la fecha límite prevista para su puesta en funcionamiento (el 7 de diciembre de 2025).

²⁴ Recordemos que la STC 145/2014, que declaró la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la nulidad de la prueba así obtenida por ausencia de regulación de la medida, lo que fue subsanado con la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que finalmente incorporó esta (y otras) diligencias de investigación tecnológica a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

prueba, sin necesidad de emitir múltiples OEI o comisiones rogatorias, podemos destacar como sus principales ventajas las siguientes:²⁵

- Mejora sustancialmente la confianza mutua entre autoridades judiciales y policiales de diferentes Estados miembros e, incluso, entre las autoridades judiciales y policiales españolas, al establecer un marco de trabajo estrecho en investigaciones paralelas,
- Refleja un enfoque investigador moderno y dinámico, basado en equipos multidisciplinares. Sin duda, se trata de una técnica útil para la investigación penal transfronteriza al integrar, en una única cédula investigadora, autoridades policiales y judiciales de distintos Estados que actúan de común acuerdo,
- Permite operar en otro/s Estado/s con apoyo y cobertura estable de las autoridades de dicho país,
- Genera sinergias que agilizan e impulsan las investigaciones nacionales, al propiciar un plan de actuación ajustado a un calendario de reuniones concertado con autoridades extranjeras y a compromisos adquiridos con las mismas que,
- Igualmente mejora la eficacia de las investigaciones, ya que la permeabilidad de los ECIs permite agregar a nuestras investigaciones criminales planteamientos y estrategias procedentes de autoridades europeas, lo que sin duda moderniza nuestro sistema judicial,
- las exigencias coordinadoras inherentes al interés investigador común que es presupuesto y piedra angular de los ECIs y, normalmente, evitan investigaciones paralelas inútiles y riesgos de vulneración del principio *ne bis in ídem*.

Todas estas ventajas, sumadas a su dinamismo, horizontalidad y flexibilidad, así como su carácter multidisciplinar y sus posibilidades de financiación externa, configuran a los ECIs como un mecanismo de cooperación internacional privilegiado y particularmente adecuado para ser utilizado en aquellas operaciones que, por su envergadura, permanencia en el tiempo y complejidad son difíciles de abordar, desde un punto de vista estrictamente nacional. Su funcionamiento permite respuestas legales y prácticas a las exigencias operativas más exigentes derivadas del intercambio simplificado y directo de información y prueba transfronterizas e incluso a las exigencias económicas que en ocasiones impiden la viabilidad de un proyecto investigador ambicioso.

²⁵<https://www.fiscal.es/-/memoria-de-actividades-durante-el-2019-del-miembro-nacional-de-espana-en-eurojust>

Asimismo, tras la implementación de la OEI, de planteamiento eminentemente bilateral, su compatibilidad con el nuevo régimen de circulación de prueba basado en el reconocimiento mutuo²⁶, dota a este instrumento de una complementariedad, especialmente adecuada en investigaciones multilaterales que incluyan a terceros países o Estados no miembros de la UE, dentro de la *caja de herramientas* disponible para nuestras autoridades judiciales en la lucha contra la delincuencia organizada, sobre todo en aquellas investigaciones que sean proactivas o que se refieran a hechos delictivos transfronterizos que precisan de una investigación en tiempo real.

Pero tal vez, desde un punto operativo, la principal ventaja que ofrece el recurso a los ECIs radica en las posibilidades de actuación de las denominadas “autoridades visitantes” en un país extranjero frente a las limitaciones de los miembros en comisión de servicio autorizados a estar presentes y colaborar en la ejecución de las comisiones rogatorias²⁷ e incluso en la ejecución de las OIEs²⁸. En principio, pues, tanto los ECIs

²⁶ La Directiva de la OEI que, en su amplio ámbito horizontal de aplicación, no incluye “la creación de un equipo conjunto de investigación y la obtención de pruebas en dicho equipo” tal y como declara el Considerando 8 del Preámbulo de la Directiva 2014/41/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, por lo que en la UE se mantiene su regulación separada, coexistiendo pacíficamente con la OEI.

²⁷ El art. 4 del Convenio de 1959 ya preveía que “Cuando la Parte requirente lo solicite expresamente, la Parte requerida informara de la fecha y el lugar de ejecución” y, con ello, implícitamente permitía la posibilidad de concurrir al acto de la ejecución de la comisión rogatoria a “las autoridades y las personas interesadas con el consentimiento de la Parte requerida”. Completando dicho precepto, la Recomendación nº R. (80) 8 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa mencionada, aprobada el 27 de junio de 1980, recordaba a los gobiernos de los Estados parte que en la cumplimentación de una comisión rogatoria, la autoridad competente del Estado requerido debería estar guiada por los principios contenidos en el art. 6 de la CEDH: “ al aplicar el Art. 4 del Convenio y sin perjuicio de las disposiciones de su ley interna, la autoridad competente del Estado requerido, debería hacer un amplio uso de la facultad de permitir a las autoridades del Estado requirente y a las personas de que se trate, que asistan a la ejecución de las comisiones rogatorias y que colaboren en estos procedimientos tan activamente como fuere posible”. Por último, dentro del Consejo de Europa, el 2º Protocolo Adicional de 2001 en su artículo 2, complementó el art. 4 del Convenio de 1959 con un nuevo apartado 2, en el que se establece la obligatoriedad de aceptar dicha presencia, cuando contribuya a la ejecución de la comisión rogatoria y evite otras complementarias y que extiende dicha posibilidad a los oficiales

²⁸ A fin de mejorar la ejecución de las diligencias contenidas en la OEI y recogiendo las previsiones de Convenios y Protocolos del Consejo de Europa, inéditas en los

como las OEIs permiten la participación de agentes extranjeros en la ejecución de medidas de investigación solicitadas fuera de sus jurisdicciones.

En efecto, el apartado cuarto del artículo 9 de la Directiva OIE prevé que las autoridades del Estado de emisión pueden solicitar que una o más de sus autoridades “ayuden en la ejecución de la OIE en apoyo de las autoridades competentes del Estado de ejecución”. El alcance de esta asistencia se limita a las condiciones que establecería la autoridad de ejecución y puede restringirse aún más si la diligencia incluida en la OEI pueda ser contraria a los principios fundamentales del derecho del Estado de ejecución o si perjudica su interés esencial de seguridad nacional, añadiendo así una capa adicional de precaución a los poderes operativos de las autoridades extranjeras. Además, de conformidad con el apartado quinto del artículo 9 de la Directiva 2014/41²⁹, estas autoridades, aún estando autorizadas para desplazarse y estar presentes, no tienen poderes de aplicación de la medida, salvo aquellas excepciones en que así lo acordase expresamente la autoridad judicial de ejecución y cuando los permitiese el derecho español como Estado de ejecución. Estos poderes tan limitados podrían ser la razón por la que a veces se hace referencia a estas autoridades como meras “autoridades visitantes” que, si bien auxilian a la mejor ejecución de la medida, son meros testigos autorizados de su ejecución. En realidad, parece que se les concede el modesto papel de observadores de la acción o acciones que se van a llevar a cabo. Al menos, las autoridades visitantes pueden emitir una OEI complementaria “in situ”

instrumentos existentes en el marco normativo de la UE, el art. 9 (4) de la Directiva 2014/41/UE establece una necesaria base legal para la presencia de la autoridad de emisión durante la ejecución de la OEI: *La autoridad de emisión podrá pedir que una o varias autoridades del Estado de emisión asistan en la ejecución de la OEI para apoyar a las autoridades competentes del Estado de ejecución en la medida en que las autoridades del Estado de emisión designadas estén facultadas para participar en la ejecución de las medidas de investigación requeridas en la OEI en un caso interno similar. La autoridad de ejecución accederá a dicha petición, siempre que esa asistencia no sea contraria a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución ni perjudique sus intereses de seguridad nacional esenciales.*

²⁹ Las autoridades del Estado de emisión presentes en el Estado de ejecución se someterán al Derecho del Estado de ejecución durante la ejecución de la OEI. No tendrán ninguna competencia coercitiva en el territorio del Estado de ejecución, a no ser que el ejercicio de dicha competencia en el territorio del Estado de ejecución sea conforme con el Derecho nacional del Estado de ejecución y en la medida acordada entre la autoridad de emisión y la de ejecución.

o sobre el terreno que presentarán inmediatamente a la autoridad que conoce de la ejecución.³⁰ El marco legal del art. 9 (4) y el art. 8 (2) de la Directiva 2014/41, no solo actualiza la base legal existente, además establece la obligación para el Estado de ejecución de aceptar por adelantado dicha presencia y colaboración de la autoridad de emisión en su jurisdicción, siempre que no sea contraria a los principios fundamentales del derecho del Estado de ejecución. Finalmente, debe ser destacado que la responsabilidad civil y penal por actos cometidos por las personas afectadas en el Estado de ejecución está contemplada en los arts. 17 y 18 de la DOEI.³¹

En ese sentido, España ha transpuesto la posibilidad de participación de autoridades de emisión en la ejecución de las diligencias incluidas en la OEI prevista en el apartado 4 del artículo 9 de la Directiva 2014/41, tanto desde un punto de vista activo como pasivo en dos preceptos espejo de la Ley 23/2014 (LRM). Desde el punto de vista pasivo, el artículo 210 de la ley 23/2014 que regula, como Estado de ejecución, la participación de las autoridades del Estado de emisión en la práctica de diligencias contenidas en la OEI en territorio español. Concretamente, el apartado primero prevé

³⁰ De ese modo se aprovecha al máximo dicha presencia facilitando la posibilidad de emisión de una OEI complementaria o adicional (completiva dice el texto del art. 8 (2) de la OEI) desde el mismo Estado de ejecución con ocasión de la ejecución de una medida de investigación inicialmente solicitada en la OEI, recogiendo los precedentes del Protocolo del Convenio de 2000, de 16 de octubre de 2001 respecto de las investigaciones financieras y del Segundo Protocolo Adicional del Convenio de 1959, de 8 de noviembre de 2001.

³¹ Responsabilidad civil en relación con los funcionarios

1. Cuando, en el marco de la aplicación de la presente Directiva, funcionarios de un Estado miembro se encuentren presentes en el territorio de otro Estado miembro, el primer Estado miembro será responsable de los daños y perjuicios causados por ellos en el transcurso de las operaciones, con arreglo al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio estén actuando.

2. El Estado miembro en cuyo territorio se causen 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 funcionarios.

3. El Estado miembro cuyos funcionarios hayan causado daños y perjuicios a cualquier persona en el territorio de otro Estado miembro restituirá íntegramente a este último Estado miembro los importes abonados a las víctimas o a sus derechohabientes.

4. Sin perjuicio del ejercicio de sus derechos respecto de terceros, y con la excepción establecida en el apartado 3, los Estados miembros 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.

que se autorice por la autoridad de ejecución española (Ministerio Fiscal o Juzgado de Instrucción/enjuiciamiento), la participación de una o varias autoridades de emisión en la ejecución de la OEI, *siempre que dichas autoridades estén facultadas para participar en la ejecución de las medidas de investigación requeridas en la orden en un caso interno similar de su Estado y que esa participación no sea contraria a los principios jurídicos fundamentales ni perjudique los intereses esenciales de la seguridad nacional*. Además, se les otorga a dichas autoridades la *consideración de funcionario público español a efectos penales mientras se encuentren en España participando en la ejecución de la orden europea de investigación*. Añadiendo una particularidad en el caso del agente encubierto, supuesto para el que se prevé la necesidad de alcanzar un acuerdo en un procedimiento de consulta con la autoridad de emisión sobre *la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate*, basado en los Derechos internos y procedimientos nacionales de los Estados de emisión y ejecución. Desde este enfoque pasivo es interesante destacar la ventaja de entrega de las pruebas obtenidas a la autoridad de ejecución desplazada que ha participado en la ejecución para llevárselas y trasladarlas consigo de vuelta a su país, prevista en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 211 de la LRM, *siempre que así se haya solicitado en la misma y si es posible con arreglo al Derecho español*, sin perjuicio de la suspensión que podrá acordarse por la autoridad de ejecución, *en los casos en que se haya interpuesto un recurso contra el reconocimiento y ejecución de la orden, salvo si en la orden se indican razones suficientes que justifiquen que es indispensable el traslado inmediato para el adecuado desarrollo de la investigación o para preservar derechos individuales salvo que el traslado pudiera causar un daño grave o irreversible a la persona interesada*. (art. 211 (2) o. *Cuando las pruebas obtenidas sean relevantes para otros procesos penales, en cuyo caso, la autoridad competente española, previa petición expresa y tras mantener consultas con la autoridad de emisión, podrá trasladar temporalmente las pruebas con la condición de que se devuelvan a las autoridades competentes españolas tan pronto como el Estado de emisión deje de necesitarlas o bien en cualquier otro momento u ocasión que se acordara entre las autoridades competentes*. (art. 211 (3) LRM)

Por otro lado, desde el punto de vista activo, el artículo 191 de la LRM permite a la autoridad española de emisión que justificando las razones por las que lo considera conveniente, solicite su participación en la ejecución

de la OEI *en la misma forma en que hubieran podido estar presentes en su ejecución en territorio nacional*, indicando a tal fin en el apartado 2 de la Sección I del formulario, los datos de contacto del/los funcionarios/s que se desplazarían a tal efecto. Una vez autorizada dicha participación por la autoridad de ejecución y siempre que se haya solicitado expresamente (en el apartado 3 de la sección E o en el mismo apartado 2 de la sección I de la OEI), la autoridad o funcionario español que participe en la ejecución *podrá recibir directamente las pruebas obtenidas por la autoridad del Estado de ejecución*, cuando fuere posible con arreglo al Derecho del Estado de ejecución.

En comparación con las OEIs, los ECI como herramienta de recopilación de pruebas ofrecen muchas más posibilidades de participación operativa activa en actividades concretas de ejecución de diligencias sobre el terreno a los “miembros destacados” o *destinados*, si utilizamos la denominación del art. 13 (4) del Convenio 2000 (“miembros del equipo conjunto de investigación procedentes de Estados miembros distintos del Estado miembro en que actúa el equipo”). En ese sentido el apartado 5 del artículo 13 del Convenio de Bruselas de 2000 establece que los miembros destacados/destinados *“tendrán derecho a estar presentes cuando se practiquen medidas de investigación en el Estado miembro de actuación”*. No obstante ello, *“por razones específicas y con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que actúe el equipo, el jefe del equipo podrá decidir lo contrario”*. La mayoría de los Estados miembros de la UE permiten su participación activa siempre que los miembros destacados actúen junto con representantes de las autoridades nacionales durante un período de tiempo limitado, que normalmente será más prolongado que la mera ejecución de una medida de investigación concreta incluida en una OEI. Debido a la naturaleza de la herramienta y al hecho de que un ECI implica un esfuerzo operativo conjunto que responde a intereses compartidos, el apartado 6 del artículo 13 del Convenio 2000 prevé que el jefe del equipo, previo consenso con las autoridades del Estado de ejecución y el que lo envía, puede encomendar a la persona destinada a la ejecución de determinadas medidas de investigación,³² pudiendo los

³² Por ejemplo, bajo la autorización previa del Fiscal General de Lituania, miembros destacados pueden estar autorizados para llevar a cabo diligencias de investigación en dicho país sin la presencia de los miembros del ECI lituanos. Recomendaciones sobre la constitución y funcionamiento de ECIs, aprobados por el Fiscal General de la República de Lituania por orden de 3 de julio de 2014, Art. 25.4 *“Seconded members shall be*

miembros destinados pedir que tomen tales medidas. Por último, el apartado 9 del artículo 13 prevé que para los fines de la investigación penal del ECI, cualquier miembro de éste podrá, de conformidad con el Derecho interno de su país y dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas, facilitar al equipo información de la que disponga de manera que esta, dependiendo de los requisitos legales internos específicos, pueda ser más tarde utilizada como prueba en el tribunal.³³ Por lo tanto, en determinadas condiciones se han dado casos en los que se ha autorizado y confiado a los miembros destacados llevar a cabo medidas de investigación por su cuenta, dando cuenta *a posteriori*.

Por último y no menos importante, debemos destacar la flexibilidad propia de la adaptabilidad de los acuerdos derivada de la aplicación del principio de yuxtaposición normativa, que permite un marco legal de referencia con una base jurídica múltiple y su naturaleza multilateral, con posibilidad de utilizarlo con terceros países. Este aspecto debería facilitar que las autoridades judiciales y policiales de los Estados miembros hagan un uso extensivo de este instrumento, teniendo en cuenta su idoneidad en la lucha contra la delincuencia de carácter organizado. No obstante lo expuesto, la investigación bajo la fórmula de equipos conjuntos no tiene por el momento la acogida y utilización generalizada que mereciera entre nuestras autoridades judiciales, con excepción hecha de los juzgados centrales y fiscalías de la Audiencia Nacional.

Teniendo en cuenta las ventajas señaladas, cabe preguntarnos por las razones de su infrutilización en España, teniendo en cuenta la relevancia de la cooperación judicial, por tratarse el nuestro de un país tradicionalmente muy demandado de asistencia, como refleja con acierto el Informe de la sexta ronda de evaluaciones mutuas del grupo GENVAL del Consejo de la UE sobre España. Dicho Informe analiza de manera

allowed to carry out certain investigative measures upon approval by the Prosecutor General [of Lithuania] and the consent of the seconding authority."

³³ Por ejemplo, bajo el Derecho búlgaro, la prueba en los procedimientos penales puede ser "datos fácticos relacionados con las circunstancias del caso y comprobados mediante el procedimiento previsto por el Código de Procedimiento Penal (CPC)" *[factual data related to the circumstances in the case and ascertained by the procedure provided for by the Code of Criminal Procedure (CPC)]*". Desde la ley de implementación del convenio de asistencia judicial en materia penal entre los estados miembros de la UE de 29 de mayo de 2000 en el Código Procesal Penal de este país, la información obtenida en el marco de un ECI puede ser utilizada como prueba independientemente del hecho de que tenga su origen en una autoridad extranjera.

completa, detallada y realista la situación existente en el momento de la evaluación, destacando la falta de un marco legal homologable con la mayoría de los Estados miembros de la UE, como consecuencia de la falta de una ley de Cooperación Internacional en materia penal, lo que dificultaba enormemente la facilitación de la cooperación judicial demandada a nuestras autoridades nacionales. Es por ello que llega afirmar que “El sistema procesal penal español es extremadamente complejo y fragmentario; la cooperación en materia penal se caracteriza por la multiplicidad de actores y la falta de coordinación general, y por la carencia de un instrumento general para seguir el curso de las solicitudes de asistencia judicial”, lo que lleva a recomendar expresamente (Recomendación 2) la necesidad de “Reflexionar sobre la función, atribuciones y obligaciones respectivas de todos los actores de la asistencia judicial en España (...) y sobre sus relaciones mutuas, y aclarar la situación al respecto a los demás Estados miembros con objeto de simplificar la cooperación judicial con España y reducir las lagunas y solapamientos (...)”.³⁴ Lo que se viene subrayando igualmente en las memorias de la FGE año tras año.³⁵ Es por ello, que la perspectiva de una nueva ley en España es ocasión propicia para que todas las instituciones implicadas hagan todo lo posible para que dicha norma de respuesta legal a las ventajas y potencialidades mencionadas, superando las limitaciones y defectos existentes.

3. NECESIDAD DE UN NUEVO MARCO LEGAL EN ESPAÑA

3. 1. Comentarios generales

Las razones de la reticencia indicada podríamos encontrarlas, en primer lugar, en las dificultades de encaje y adecuación de un mecanismo basado en la dinámica de trabajo en equipo con el modelo de investigación

³⁴ La sexta ronda de evaluaciones mutuas se centró en la aplicación práctica y funcionamiento de la versión consolidada de la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (actualizada con la Decisión 2009/426/JAI), así como de la Decisión 2008/976/JAI del Consejo sobre la Red Judicial Europea en materia penal. El Informe sobre España fue publicado el 9 Octubre 2014, tras ser desclasificado como restringido, con número de documento 11004/2/14. GENVAL 41. EUROJUST 116. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11004-2014-REV-2-DCL-1/en/pdf>

³⁵ https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/index.html

penal liderado por un Juez de Instrucción como órgano de investigación unipersonal y vinculado territorialmente a un partido judicial, ya que la dinámica de equipo en la dirección de la investigación penal es propia de sistemas judiciales en los que un equipo de fiscales dirige las investigaciones más complejas y no un órgano judicial unipersonal. La falta de dirección del Ministerio Fiscal en la investigación penal española dificulta igualmente que dentro de la Fiscalía pueda impulsarse e implementarse, de manera eficaz, una política criminal promotora de la utilización de este mecanismo en línea con las prioridades estratégicas de la UE en la lucha contra el crimen organizado.³⁶

Por otro lado, nos encontramos en el sistema legal español con una fase de investigación presidida desde el inicio por el principio de contradicción e igualdad de armas, cuando el equipo conjunto va a requerir, salvo excepciones más vinculadas a las ventajas derivadas de su financiación que a su eficacia investigadora, de la previa o coetánea declaración de secreto del sumario y, consecuentemente, que la prueba se recabe sin conocimiento ni intervención del investigado y su representación procesal durante el periodo de su vigencia, que suele oscilar, entre 6 a 12 meses, sin perjuicio de las prórrogas que pudieran acordarse.

A ello se suman razones derivadas de la falta de consistencia del marco legal existente en nuestro país, que establece, con carácter general, la necesidad de una autorización administrativa para la constitución de un ECI judicial dentro del ELSJ dominado por la judicialización plena de la cooperación internacional. Dicho planteamiento, además de no compadecerse con la mencionada judicialización propia y característica del Espacio Judicial Europeo, donde los ministerios de justicia han dejado de ejercer, al menos en la aplicación de instrumentos de cooperación judicial internacional, como autoridades centrales en la inmensa mayoría de los Estados miembros, mantiene, de manera absurda e incoherente, una asimétrica consideración del ministerio de justicia como “autoridad competente española” sólo respecto de los ECI judiciales en procedimientos ajenos a la Audiencia Nacional, distinguiendo entre procedimientos judiciales ante los órganos judiciales (jueces y fiscales) de la Audiencia Nacional y los tramitados en el resto de España, lo que no

³⁶ Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021-2025, Bruselas, 14.4.2021 COM(2021) 170 final.

tiene antecedentes, justificación, lógica ni razón de ser alguna en nuestro Derecho Procesal Penal español.

Respecto su ámbito de aplicación territorial con terceros países que no son Estados miembros de la UE, que como hemos comentado es uno de los ámbitos donde el ECI tiene un valor añadido evidente, las razones de la inverosímil aplicación de la ley 11/2003, se ha debido a su propio y limitado perímetro de aplicación limitado a la UE, a causa de una laguna o falta de previsión legal, derivada de una transposición pretendidamente literal de la Decisión marco 2002/465/JAI, que resulta tan estricta como carente de la mínima visión que se debe esperar del legislador nacional en un momento en el que la amenaza del crimen organizado y, sobre todo el terrorismo yihadista, tenía ya una evidente connotación globalizada que transcendía a las fronteras exteriores de la UE³⁷. Sorprendentemente, la vigente ley 11/2003 de 21 de mayo, sobre equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea limita, ya desde la literalidad de su título, su aplicación entre los Estados miembros de la UE.

Por ello, una de las prioridades que con urgencia debe abordar una nueva norma en esta materia es ampliar su ámbito territorial de aplicación, permitiendo y regulando claramente su aplicación a terceros países, de manera que profundice en el “multilateralismo judicial” que debiera caracterizar su regulación y constituir uno de sus valores añadidos más relevantes. Ello permitiría, además, regular adecuadamente las peculiaridades de la autorización administrativa a los acuerdos de constitución que, en estos supuestos, sí que estaría justificada por el papel que tiene el ministerio de justicia en España como autoridad central en la cooperación con terceros países. Dicha modificación, resulta más necesaria y evidente todavía desde el año 2014, con la aprobación de la Directiva 2014/41/UE sobre la OEI, a la vista del planteamiento

³⁷ La Exposición de Motivos de la ley 11/2003 de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, en su párrafo segundo se refiere a los atentados de septiembre de 2001 como factor desencadenante de la aprobación de la Decisión Marco precisamente al año siguiente de dicha masacre. Concretamente, declara: “A partir de los acontecimientos ocurridos en septiembre de 2001, tales premisas han adquirido una mayor relevancia, razón por la cual los Estados miembros han centrado sus esfuerzos en adoptar las medidas necesarias para potenciar la cooperación en las investigaciones criminales en la lucha contra la delincuencia organizada, contra el tráfico de drogas y la trata de seres humanos y, en especial, en la lucha contra el terrorismo”. Paradójicamente con el ámbito de aplicación de esta ley, dichos atentados terroristas tuvieron lugar fuera de la UE.

eminentemente bilateral de este instrumento que, recordemos, es el “buque insignia” de la cooperación judicial en materia de obtención de prueba entre los Estados miembros de la UE.

Por otro lado, dentro de las consideraciones de *lege ferenda* también hay margen de maniobra (y de autocrítica) para mejorar la intervención de la Fiscalía, como institución clave a nivel nacional en la promoción del uso de esta medida de investigación transfronteriza, potenciando el establecimiento de criterios y directrices unificadas para su constitución, funcionamiento y evaluación desde la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado (UCIF), como unidad centralizada de la fiscalía española para la coordinación y supervisión de los instrumentos de cooperación judicial en materia penal³⁸. En efecto, entendemos que uno de los puntos débiles de la adecuada promoción de los ECI radica en la defectuosa detección temprana de casos idóneos dentro de Fiscalía debido a la falta de información necesaria. Una vez detectados los casos potenciales idóneos para la constitución de un ECI dentro de Fiscalía y con la ayuda de Eurojust, procede hacer una valoración desde la fiscalía, de la oportunidad de su constitución promoviendo la misma en las diligencias de investigación extraprocerales³⁹ y en las diligencias previas ante los Juzgados de Instrucción, cuando se compruebe la concurrencia de los presupuestos necesarios y el verdadero interés investigador común con las autoridades de otro Estado en el que exista una procedimiento paralelo. En efecto, a fin de que este instrumento verdaderamente se emplee para luchar contra la criminalidad organizada y no se malgaste en casos menores o cuando exista una asimetría evidente entre las investigaciones paralelas (e.g. en su complejidad o estado de tramitación) de la que pueda preverse un resultado fallido, desigual o ineficiente, con la consiguiente frustración de las autoridades españolas intervinientes, es necesario que la Fiscalía participe activamente desde el primer momento y con el apoyo de Eurojust en esta misión. En ese sentido,

³⁸ Instrucciones de la FGE números 1/2011 sobre las funciones y facultades del Fiscal de Sala Coordinador de Cooperación Penal Internacional <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2011-00001> y 1/2015 sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2015-00001>

³⁹ Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocera del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-54

dentro de la Fiscalía debe potenciarse el papel de la UCIF en la detección de posibles ECIs, así como las decisiones de impulsar su firma, previo informe a la FGE, en el marco de una política criminal consistente, sin perjuicio de la asistencia a los fiscales que los integran por parte de los fiscales especialistas en cooperación internacional, dirigidos y coordinados por el Fiscal de Sala de Cooperación Penal internacional.

Sin duda la preparación de una nueva ley es una oportunidad única para abordar un enfoque holístico o, como señala la consulta difundida por el ministerio de justicia en agosto de 2021, una verdadera regulación integral del régimen jurídico del equipo conjunto de investigación, desde su acuerdo de constitución (y la modificación del mismo) hasta la prórroga y fin de la vigencia, pasando por las diligencias que pueden adoptarse, así como el adecuado régimen de intercambio y uso de información y evidencias probatorias obtenidas, aprovechando el retraso de esta reforma, al menos para que el texto proyectado incorpore y adapte nuestra legislación a todas las novedades de las últimas iniciativas normativas, en particular la plataforma digital de colaboración prevista en el Reglamento (EU) 2023/969 y las exigencias de la nueva LO 7/2021, de 26 de mayo, respecto de la transferencia de datos a terceros países. De hecho, Asimismo, una nueva regulación debería establecer claras definiciones sobre el concepto y las funciones de los jefes de equipos, oficinas de enlace, expertos nacionales, incluyendo el papel de Eurojust y otras agencias, oficinas u organismos relevantes, como participantes y su relación con las autoridades nacionales como directores.

Por último, dejar constancia de que la necesidad de revisar el marco legal existente existe también a nivel del Derecho de la Unión. De hecho, Peter CSONKA, Jefe de Unidad de la DG de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, en su intervención ante la 15ª Conferencia de la Red de Ministerios Públicos o instituciones equivalentes ante los Tribunales Supremos de los Estados miembros de la Unión Europea (conocida como Red NADAL), celebrada en Luxemburgo los días 26 a 28 de mayo de 2024, al repasar las nuevas iniciativas de la UE en materia de justicia, anunció dentro del apartado de cooperación internacional la posibilidad de “lisbonizar” la Decisión Marco 2002/465/JAI, de 13 de junio de 2002 reguladora de esta materia.

3.2. Principio de autonomía procesal nacional en la transposición de actos normativos del Derecho de la Unión

Conviene recordar que en el ámbito de la denominada “cooperación reforzada” propio del tercer pilar existente antes de la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la UE⁴⁰, las Decisiones Marco fueron introducidas por el Artículo 34.2.b) del Tratado de Ámsterdam, como un nuevo acto normativo asimilable a las ya conocidas Directivas comunitarias. Las mismas eran obligatorias para los Estados miembros “en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Por lo tanto, fue instrumento adecuado para la aproximación de normas sustantivas y el desarrollo normativo de la hoja de ruta diseñada en el programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal⁴¹, de naturaleza claramente procesal.

Ejemplo de la delimitación del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, lo encontramos en el artículo 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, adoptada también el 13 de junio de 2002 y relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, como instrumento emblemático de reconocimiento mutuo en el que el concepto de autoridad judicial de emisión se establece por remisión al Derecho nacional de cada uno de ellos. Debe señalarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar esta remisión, señala que la misma se limita a la designación de la autoridad judicial que tiene competencia para emitir la orden de detención europea. Por tanto, esta remisión no se refiere a la definición del concepto de «autoridad judicial» en sí mismo que como concepto autónomo del Derecho de la Unión corresponde al legislador europeo y, en su caso, su interpretación al Tribunal de Justicia de la UE, sino que conforme al principio de autonomía procesal, los Estados miembros pueden designar específicamente en su Derecho nacional a la «autoridad judicial» concreta competente para dictar órdenes de detención europea. Por ello, no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro el sentido y el alcance de este concepto autónomo del Derecho de la Unión⁴²,

⁴⁰ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea publicado en el DOUE el 30.3.2010, C 83/47 <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

⁴¹ Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal OJ C 12, 15.1.2001, p. 10–22.

⁴² Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, apartados 30 y 31, *Kovalkovas*, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861,

sin perjuicio de que sea cada Estado el que ponga “nombre y apellidos” a la autoridad judicial designada.

Si bien es cierto que esa libertad de elección a nivel nacional inherente al concepto y la naturaleza del principio de autonomía procesal, entendida como prioridad legislativa, se ha revelado en ocasiones como un obstáculo para la efectividad del Derecho de la Unión al incidir en un enfoque fragmentado, que ha dado lugar a una asimetría de los distintos sistemas legales y regulaciones de implementación domésticas. Por otro lado, se ha producido, en ocasiones y sobre todo en relación con instrumentos legales de reconocimiento mutuo de la cooperación penal internacional, una transposición demasiado literal -a modo de “corta y pega”- de los actos normativos del Derecho de la Unión, sin desplegar o explotar en su totalidad las posibilidades de desarrollo legislativo interno que la normativa-marco permitía o, al menos, no impedía, sobre todo en relación a la dimensión procesal o procedimental interna.

Entendemos que esta reflexión es plenamente aplicable a la Ley 11/2003 como marco legal nacional de transposición de la Decisión marco 2002/465/JAI, cuyo articulado deja inéditos aspectos de pudieron y debieron ser objeto de desarrollo normativo adaptando una medida de investigación avanzada a nuestro ordenamiento jurídico-procesal y sistema judicial nacional, cubriendo, en aras a la necesaria seguridad jurídica y a ser posible desde su primera transposición, vacíos legales que han dado lugar a innecesarias y estériles discusiones. Esta crítica respecto de la poco ambiciosa transposición realizada en la ley 11/2003, de 21 de mayo, de equipos conjuntos de investigación española, tiene especial relevancia si tenemos en cuenta la escasez normativa sobriedad del marco legislativo español en materia de cooperación internacional existente en el año 2002 estaba marcada por la ausencia de una ley de cooperación internacional en materia penal y se limitaba a puntuales y esporádicas referencias en la ley de enjuiciamiento criminal⁴³ y en la LOPJ⁴⁴. Este desolador panorama legislativo, ha sido parcialmente paliado años más

apartados 31 y 32 y la sentencia de 27 de mayo de 2019 en los asuntos acumulados *OG y PI*, C-508/18 *OG* y C-82/19 *PPU*, apartado 46.

⁴³ Artículos 177, 193 y 281 referidos al principio de reciprocidad, 824 a 833 sobre el procedimiento de extradición activa y el artículo 258 bis sobre celebración de actos procesales mediante presencia telemática (introducido Real Decreto-ley 6/2023), 263 bis sobre entregas vigiladas, 282 bis sobre agentes encubiertos y la disposición adicional sexta sobre la Oficina de Recuperación de activos introducida en la ley 41/2015.

⁴⁴ Artículos 23, 65 (2), 276 a 278 y 562.

tarde, con ocasión de la publicación de la ley de reconocimiento mutuo en 2014.⁴⁵

3.3. Marco legal: Urgente necesidad de una nueva ley nacional

A nivel europeo, la primera regulación de los equipos conjuntos de investigación la encontramos en el art. 13 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 29 de mayo de 2000 ("Convenio de Asistencia Judicial del 2000"). Posteriormente, por razones de emergencia derivadas de los atentados del 11-S y a fin de superar la inoperatividad característica de la previsible demora asociada a los procesos de ratificación de los Convenios internacionales, el 13 de junio de 2002, el Consejo de la UE adoptó la Decisión marco sobre equipos conjuntos de investigación, de aplicación a partir del 1 de enero de 2003 (DM 2002/465/JAI) tras su oportuna transposición en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En España la normativa europea fue implementada mediante la aprobación de la Ley 11/2003, de 21 de mayo, *reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea*. En su momento, la Ley 11/2003 fue recibida como un instrumento pionero para combatir la delincuencia transfronteriza, especialmente en la lucha contra con terrorismo. No obstante ello, como ya se indicado la transposición de la Decisión marco se hizo con premura dentro de la Presidencia Española del Consejo de la UE de turno, lo que sumado a la particularidad mencionada de nuestro proceso penal y la pervivencia del juez instructor, ha dado lugar en la práctica a problemas recurrentes, algunos de ellos oportunamente señalados por la Fiscalía General del Estado⁴⁶, que no han favorecido la generalización que de su uso se podría esperar en un país como España, tan demandado en el ámbito de la cooperación judicial

⁴⁵ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

⁴⁶ Informe del Consejo Fiscal en relación con la problemática relativa a los Equipos Conjuntos de Investigación (Madrid, 23 de julio de 2014), donde se llega afirmar que "El sistema procesal penal español es extremadamente complejo y fragmentario; la cooperación en materia penal se caracteriza por la multiplicidad de actores y la falta de coordinación general, y por la carencia de un instrumento general para seguir el curso de las solicitudes de asistencia judicial (...)".

internacional por razones geoestratégicas, entre otras.⁴⁷ Transcurrido más de veinte años desde su entrada en vigor, los defectos y lagunas de dicho texto legal se han ido revelando más notorios, de manera que es perentoria, no una mera reforma *cosmética* que mantenga bajo una apariencia de cambio vicios o defectos heredados, sino un nuevo marco legal que permita renovar por completo el actual y aprobar una regulación de los ECIs “de nueva planta” en nuestro país, haciendo de esta necesidad una ventana de oportunidades para mejorar nuestra normativa, incorporando todas las lecciones aprendidas de su aplicación a nivel europeo y global así como las novedades legales existentes.

Cualquier texto que se proyecte, tendrá como reto o ventaja - dependiendo de cómo se mire-, adaptar un mecanismo ya consolidado en el espacio judicial europeo a las peculiaridades de nuestra legislación procesal, de manera que el engranaje de nuestro proceso penal funcione con normalidad, sin que la utilización de los equipos de investigación haga “saltar las costuras” o genere discordancias o disfunciones con el procedimiento penal español. Además, como se ha mencionado, la renovación del marco legal nacional, al transponer de nuevo una Decisión marco 2002/465/UE como referencia normativa cuya genérica redacción permite un desarrollo legislativo flexible, es una oportunidad idónea para incorporar todas las novedades normativas de los más recientes convenios ratificados por nuestro país o normativa del Derecho de la Unión que se han ido transponiendo a nuestro ordenamiento jurídico en relación con los diferentes instrumentos de reconocimiento mutuo⁴⁸, o al régimen de transferencia de datos personales a terceros países⁴⁹. Asimismo, se debe aprovechar para adaptar a nuestro ordenamiento la próxima aplicación directa del Reglamento (UE) 2023/969 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, *por el que se establece una plataforma*

⁴⁷ Ver el Informe de la sexta ronda de evaluaciones mutuas del grupo GENVAL del Consejo de la UE sobre España, publicado el 9 de octubre de 2014 (Documento del consejo nº 11004/2/14. GENVAL 41) EUROJUST 116.

⁴⁸ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Publicada en el BOE» núm. 282, de 21.11.2014. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/20/23/con>

⁴⁹ En particular, las disposiciones del Capítulo V sobre “Transferencias de datos personales a terceros países que no sean miembros de la Unión Europea o a organizaciones internacionales” (artículos 43 a 47) de la Ley Orgánica 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.

de colaboración en apoyo del funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726, teniendo en cuenta que su puesta en funcionamiento no podrá demorarse más allá del 7 de diciembre de 2025.

En cualquier caso, el renovado ejercicio de transposición y adaptación normativa deberá respetar el estándar de garantías procesales que se han ido armonizando desde el Derecho de la Unión, tomado como referencia los derechos consagrados en los artículos 47 a 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre derechos procesales de los sospechosos y de los acusados, desde las dos Directivas sobre el derecho a interpretación y a traducción y sobre el derecho a la información, aplicables en todos los Estados miembros, excepto en Dinamarca,⁵⁰ completadas por las otras cuatro Directivas (asistencia de un letrado, presunción de inocencia, derecho a asistencia jurídica y garantías para los menores), que son aplicables en todos los Estados miembros, excepto en Irlanda, el Reino Unido y Dinamarca.⁵¹

Con carácter previo a cualquier análisis, conviene señalar que, pese a la existencia de múltiples documentos inspirados en la *Guía práctica sobre equipos conjuntos*, actualizada conjuntamente por Eurojust y Europol⁵² (que en junio de 2022 publicó una guía sobre ECIs con terceros países⁵³),

⁵⁰ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

⁵¹ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Directiva (UE) 2016/1919 relativa a la asistencia jurídica gratuita a sospechosos y acusados y a personas reclamadas en virtud de una orden europea de detención y entrega y Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y derecho a estar presente en el juicio y la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (DO L 132 de 21.5.2016, p. 1).

⁵² Última actualización de 15 diciembre de 2021

<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/st15064.en21.pdf?>

⁵³ Guidelines on Joint Investigation Teams Involving Third Countries <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/guidelines-on-jits-involving-third-countries.pdf>

emanadas de diferentes fiscalías nacionales⁵⁴, instituciones supranacionales⁵⁵ así como estructuras informales y proyectos de cooperación técnica⁵⁶, existe un llamativo déficit literatura jurídica y de jurisprudencia en esta materia, que facilite y proporcione a los prácticos del derecho criterios sólidos y la certidumbre jurídica necesaria para su aplicación generalizada, tanto a nivel nacional como internacional y de la UE, lo que nos impide disponer de referencias hermenéuticas más consistentes y detalladas.

En cualquier caso y como reiteradamente hemos mencionado, los equipos conjuntos judiciales, no son otra cosa que un mecanismo de investigación transfronterizo. Por este motivo, los ECIs tienen una naturaleza eminentemente procesal y se rigen, a nivel nacional, en primer lugar por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como Ley de Ritos de referencia, en relación con todas las diligencias y medidas de investigación que se practiquen o adopten en territorio español, de acuerdo con el criterio *lex loci* que predominantemente rige su aplicación⁵⁷, cuando España sea el Estado de ejecución, con la particularidad de que, al intervenir autoridades procedentes de distintos Estados y practicarse parte de las diligencias fuera del territorio nacional es preciso establecer un marco jurídico que regule la actuación y responsabilidades penales y civiles derivadas de los miembros extranjeros actuantes en España, así como la comunicación, intercambio y uso de la información y documentación obtenida en el curso de su actuación conjunta.

⁵⁴ E.g.: la Guía de equipos conjuntos de investigación de la Fiscalía argentina publicado en octubre de 2023 <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/actualizan-la-guia-equipos-conjuntos-de-investigacion-herramientas-de-cooperacion-internacional-frente-a-la-delincuencia-organizada-transnacional/>

⁵⁵ Nota Técnica sobre Equipos Conjuntos de Investigación para la ratificación del Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación. Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR (REMPM). [https://www.rempm.org/archivos/Biblioteca_Virtual/4_Equipos_conjuntos_de_investigacion%20\(ECI\)/NotaTecnica_ECI.pdf](https://www.rempm.org/archivos/Biblioteca_Virtual/4_Equipos_conjuntos_de_investigacion%20(ECI)/NotaTecnica_ECI.pdf)

⁵⁶ Como la guía práctica de equipos conjuntos de investigación elaborada en el marco del proyecto de cooperación al desarrollo de la UE con Bolivia “Apoyo a las fuerzas especiales de lucha contra la droga en la aplicación de la ley boliviana”.

⁵⁷ Artículo 1.3, b) de la Decisión marco 2002/465/JAI, reproduciendo el artículo 13.3, b) del Convenio de Asistencia Judicial de 2000, establece que “el equipo actuará de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que esté llevando a cabo sus investigaciones”.

Partiendo, por tanto, de su innegable naturaleza procesal y, desde un enfoque estrictamente sistemático, parecería aconsejable que de la regulación de equipos conjuntos judiciales se integrara en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), siguiendo la estela de otros Estados miembros como es el caso de Bulgaria (art. 476), Croacia (art. 201 y 202) Republica de Eslovenia, República Checa, Países Bajos o Estonia⁵⁸. Al menos, su ubicación sistemática en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podría consistir en un único precepto que se limite a describir este instituto en términos generales y reenviar a una Ley especial de Equipos Conjuntos que lo regule en detalle. Dicha disposición debiera encontrarse, preferiblemente, dentro del Título IV de la Ley de Ritos que lleva por rúbrica “De la instrucción”, dividido en el Capítulo 1º sobre *el sumario y de las autoridades competentes para instruirlo* y el Capítulo 2º sobre *la formación del sumario*.

En ese sentido, tal vez, el hueco dejado por el artículo 300 de la LECrím española, que ha quedado sin contenido tras su derogación, podría utilizarse con el siguiente contenido:

“En los casos en que la investigación penal requiera actuaciones complejas que afecten a otros Estados, o cuando varios Estados realicen investigaciones sobre infracciones penales que requieran una actuación coordinada y concertada de los mismos, podrá constituirse un equipo conjunto de investigación que se regulará con arreglo a lo dispuesto en la Ley de equipos conjuntos de investigación”.

La incorporación a la LECrím de una referencia al régimen jurídico aplicable a los ECIs con reenvío a una ley especial se nos antoja un buen recurso de técnica legislativa que ofrecería una visión sistemáticamente consistente, mejorando su localización por los prácticos del derecho, en aras a una regulación coherente e integral de este mecanismo de investigación permitiendo su desarrollo normativo en cuanto a su objeto, finalidad y requisitos de constitución y funcionamiento en las distintas fases del proceso penal como instrumento de referencia dentro de la Ley de Ritos, sin perjuicio de su regulación detallada en una norma separada y sin que ello genere riesgo alguno de aislamiento como legislación especial consolidándole sistemáticamente dentro de la legislación procesal vigente. Además ello permitiría sucesivas actualizaciones sin tocar la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁸https://www.researchgate.net/publication/358520452_Formation_Of_Joint_Investigation_Teams_Between_States_And_Their_International_And_National_Legal_Basis

3.4. Cuestiones disputadas y sugerencias sobre el ámbito de aplicación

3.4.1. Cuestiones disputadas y sugerencias sobre el ámbito de aplicación

El APLO 2022 no contemplaba limitaciones de carácter penal sustantivo, en el sentido de concretar un *numerus clausus de* delitos o la fijación de un límite de carácter penológico como presupuesto para la constitución de los ECIs. Pese a ello, la gravedad del delito investigado como requisito para autorizar la constitución de un equipo conjunto no es una cuestión baladí. No olvidemos que en España su creación comportará la apertura de una pieza secreta en el procedimiento penal, con las restricciones que el secreto de sumario conlleva para las garantías y derechos fundamentales de los investigados en los términos previstos en el art. 302 y concordantes de la LECrim. En este sentido, el art. 302 condiciona la declaración de secreto de las actuaciones cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. En la misma línea, la LECrim al regular otras medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, sí que delimita el tipo de delito que puede dar lugar a su autorización. Pensemos en el Art. 579, que restringe la detención judicial de la correspondencia privada, postal y telegráfica a la investigación de delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo.

En cualquier caso, los tres elementos esenciales para constituir un ECI son la existencia de un acuerdo entre dos o más Estados; que el mismo se constituya para unos fines de obtención probatoria concretos y definidos y su duración por un periodo de tiempo predeterminado. Sobre esta premisa, adicionalmente se identifican dos presupuestos alternativos para su constitución, recurriéndose a fórmulas jurídicamente indeterminadas, cuyo nexo común es la presencia ineludible del elemento transfronterizo en la investigación subyacente. Es por ello que la Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación de 14 de febrero de 2017, elaborada por la Red de ECIs en cooperación con Eurojust, Europol y la OLAF⁵⁹, en línea con

⁵⁹ Resolución 6128/1/17 (REV 1).

la redacción inicial del artículo 24 del Convenio Nápoles II⁶⁰, reproducida en el art. 13 del Convenio de 2000 y la Decisión marco de 2002, identifica dos situaciones óptimas para la creación del ECI que se compadecen con delitos de cierta gravedad:

- “Investigaciones transfronterizas difíciles y costosas”: podrá crearse un ECI cuando “la investigación de infracciones penales en un Estado miembro requiera investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables y afecten también a otros Estados miembros”.

- Investigaciones conexas que requieren una actuación simultánea y concertada en los Estados miembros participantes. En decir que requieran coordinación: podrá crearse un ECI cuando “varios Estados miembros realicen investigaciones sobre infracciones penales que, debido a las circunstancias del caso, requieran una actuación coordinada y concertada de los Estados miembros afectados”.

En idéntico sentido, en el ámbito regional del Consejo de Europa, el art. 20 del Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001⁶¹, prevé la creación de ECIs cuando:

a. en el marco de un procedimiento de investigación llevado a cabo por una Parte para detectar infracciones, hayan de efectuarse investigaciones difíciles que impliquen la movilización de medios considerables, que afecten también a otras Partes;

b. cuando varias Partes realicen investigaciones relativas a infracciones que, debido a sus circunstancias, requieran una actuación coordinada y concertada de las Partes afectadas.

Estos presupuestos son de carácter alternativo y utilizan fórmulas jurídicamente indeterminadas, cuyo nexo común esencial es, la presencia ineludible del elemento transfronterizo en la investigación subyacente, que es, precisamente, lo que caracteriza a las investigaciones paralelas en curso, convirtiéndolas en especialmente complejas y demandantes de una vía de colaboración regular, flexible y coordinada entre las autoridades

⁶⁰ Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las Administraciones aduaneras, hecho en Bruselas el 18 de diciembre de 1997. Aplicación provisional. «BOE» núm. 199, de 20 de agosto de 2002, páginas 30814 a 30824 (11 págs.). Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/ai/1997/12/18/2> que regulaba los entonces denominados *equipos comunes de investigación especial*.

⁶¹ BOE núm. 133, de 1 de junio de 2018. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/08/1>

nacionales implicadas. Aspectos todos ellos que encajan a la perfección con el ámbito de aplicación propio de las investigaciones penales relacionadas con la delincuencia organizada de carácter transfronterizo.

Pese a que la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, en el considerando sexto (6º) de su Preámbulo⁶² mencionaba, a título de ejemplo, las investigaciones conjuntas relacionadas con el tráfico de droga, la trata de seres humanos y el terrorismo, no existe previsión legal que, con carácter general⁶³, delimite o concrete la gravedad o la categoría delictiva

⁶² De acuerdo con la Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos dentro de la Unión Europea, publicada en 2015, la finalidad de los considerandos del Preámbulo en un Reglamento es motivar, de modo conciso, las disposiciones esenciales de la parte dispositiva, sin reproducir o parafrasear su texto, ya que no deben contener disposiciones de carácter normativo no incluidas en el mismo, ni desideratas de carácter político. Por lo tanto, se trata de desarrollar la motivación de las normas contenidas en la parte dispositiva del Reglamento dando a conocer las circunstancias del acto en cuestión y el objetivo de éste. De hecho, los considerandos son citados en los argumentos de las sentencias del TJUE complementando su fundamentación jurídica conjuntamente con referencias a pronunciamientos anteriores y disposiciones normativas. En ese sentido, de acuerdo con la doctrina del TJUE sobre el valor jurídico de los considerandos de los actos normativos del Derecho de la Unión, si bien estos no tienen valor vinculante, ni pueden ser invocados para establecer excepciones a las disposiciones del acto al que prologan, sí que resultan esenciales para su interpretación. Entre las sentencias del TJUE se hace referencia a los considerandos conjuntamente con los artículos a interpretar en su labor hermenéutica podemos citar las SsTJUE de 11 de mayo de 2018, dictada en el asunto *Milev* (C-310/18 PPU), apartado 38 y en la famosa sentencia de 27 mayo de 2019 en el asunto *PF* (C-509/18), apartados 23 y 35).

⁶³ El documento del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional sobre “La utilización y la función de los órganos mixtos de investigación en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional”, fechado en Viena el 7-8 julio 2020, en su punto 14 sobre el ámbito de aplicación del art. 19 del CTOC señala lo siguiente: El artículo 19 no se refiere expresamente a los delitos comprendidos en su ámbito de aplicación, como es el caso de los artículos 16 (extradición), 18 (asistencia judicial recíproca), 21 (remisión de actuaciones penales) y 27 (cooperación en materia de cumplimiento de la ley). Sin embargo, por lo dispuesto en el artículo 3, sobre el ámbito de aplicación de la Convención, el artículo 19 se aplica por analogía a los delitos comprendidos en ella, como se prevé en el señalado artículo 3, esto es, a los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 que sean de carácter transnacional (definidos en el artículo 3, párrafo 2) y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (al que se define en el artículo 2 a)); a los delitos graves (definidos en el artículo 2 b)) que sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado; y a los delitos tipificados con arreglo a los tres Protocolos en que los Estados sean partes (artículo 1, párrafo 2, de cada Protocolo). Que en el artículo 19 no se señalen los delitos comprendidos en su ámbito de aplicación puede deberse simplemente a que los Estados que celebren un acuerdo general

que puede ser investigada utilizando este instrumento y que pudiera servir de referencia a la hora de constituir un ECI o, dicho de otra manera, no existe un listado de categorías delictivas, similar al de la ya consagrada lista de 32 categorías delictivas de los instrumentos de reconocimiento mutuo que excluidas de la doble incriminación. Tampoco existe ningún tipo de umbral punitivo vinculado a categoría delictiva alguna.

No obstante ello, la experiencia derivada de su aplicación en España, inicialmente relacionada con la Audiencia Nacional y generalmente con casos de terrorismo y su extensión a otras investigaciones de crimen organizado en la última década, nos demuestra que esta cuestión no es problemática, pues en la práctica totalidad de los casos solo se recurre a este instrumento para investigar las formas más graves de delincuencia con elementos transfronterizos tales como la trata de seres humanos, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales o el terrorismo, áreas además que son consideradas prioritarias para la Unión Europea conforme al art. 83 TFUE.

Aunque la Decisión marco no lo excluye expresamente y la lectura conjunta de los artículos 3 y 13 del Convenio 2000 parece admitir la posibilidad de utilizar ECIs en investigaciones que puedan derivar en sanciones administrativas de carácter punitivo⁶⁴, al tiempo que ambos textos reconocen la posibilidad de participación en los ECI de representantes de la Comisión a través de la OLAF, a diferencia de las

conforme a lo dispuesto en la primera oración de ese artículo normalmente no limitarán la aplicación de ese acuerdo a los delitos previstos en la Convención, sino que incluirán otros relacionados con ellos que deben investigarse como parte del caso penal en un sentido más general, a efectos de la debida administración de justicia.

⁶⁴ El informe explicativo del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión europea de 29 de mayo de 2000 (Texto aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000). Diario Oficial n° C 379 de 29/12/2000 p. 0007 – 0029) al comentar su artículo 3 que extendió su ámbito de aplicación, al igual que hizo la Directiva 2014/41/UE respecto de la OEI, no sólo para investigaciones y procedimientos judiciales en materia penal sino también en relación a infracciones sujetas a determinadas sanciones administrativas, pone de ejemplo de la potestad sancionadora administrativa en Alemania, donde las denominadas “contravenciones” han alcanzado una sustantividad propia en la denominada “Gesetz über Ordnungswidrigkeiten” (OWiG). La “Ordnungswidrigkeit” del Derecho alemán constituye una infracción que no tiene naturaleza penal y que puede ser objeto de multas impuestas por autoridades administrativas. En virtud de lo dispuesto en el Convenio 2000 y la Directiva de 2014, en relación con las mismas puede solicitarse la asistencia judicial mutua y emitirse una OEI, en el marco de procedimientos administrativos y judiciales derivados de tales infracciones, mientras que con arreglo al Convenio de asistencia judicial de 1959, ello sólo era posible en la fase judicial.

OEIs⁶⁵ y las comisiones rogatorias⁶⁶, en la realidad no se conocen casos de ECIs constituidos para investigar infracciones administrativas, aplicando las autoridades judiciales una interpretación estricta de la expresión “investigación penal” que no incluye en el anclaje procesal aquellos procedimientos administrativos que eventualmente puedan tener una revisión judicial ante la jurisdicción penal. Podemos concluir, por tanto, que queda fuera de toda duda que los equipos conjuntos, por su naturaleza y razón de ser, cuando surgen en investigaciones dirigidas por autoridades judiciales⁶⁷, se compadecen poco con cualquier interpretación que no sea la de circunscribir su aplicación a la persecución de hechos delictivos de cierta gravedad, siendo objeto de particular valoración en la decisión previa a su constitución el oportuno *test de proporcionalidad*, en aras a lograr el equilibrio entre el interés público que subyace en la persecución de conductas delictivas de cierta gravedad, por una parte, y la consecuente restricción de derechos fundamentales inherente al secreto de las actuaciones coetáneo con esta medida cuando se adopta en el procedimiento penal.

Es por ello que, el respeto a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, recomiendan la máxima precisión en la redacción del precepto correspondiente en la regulación nacional, que más allá de las disposiciones del Convenio del año 2000 y de la Decisión marco de 2002, fije como presupuesto exigible en la creación de los ECIs, no solo la complejidad de la investigación judicial penal y gravedad del delito -lo que automáticamente excluiría en España cualquier investigación de una

⁶⁵ Artículo 4 (b) de la Directiva 2014/41/CE de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE 1.5.2014 L 130/1) <https://www.boe.es/doue/2014/130/L00001-00036.pdf>

⁶⁶ Artículo 1 (3) del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2000/05/29/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2000/05/29/(1))

⁶⁷ Artículo 3 del Convenio Nápoles II de 1997 expresamente prevé respecto de la relación con la asistencia judicial entre las autoridades judiciales que dicho instrumento se aplica a la asistencia mutua y a la cooperación en investigaciones penales relativas a infracciones de las normativas aduaneras nacionales y comunitarias siempre que, en virtud de las disposiciones nacionales del Estado miembro de que se trate, tales investigaciones sean competencia de la autoridad requirente y que cuando una autoridad judicial practique o dirija una investigación penal, *dicha autoridad decidirá si la presentación de solicitudes de asistencia mutua o cooperación pertinentes se hará con arreglo a las disposiciones aplicables a la asistencia judicial en materia penal o con arreglo a las disposiciones del presente Convenio.*

infracción administrativa-, también que la misma comporte la movilización de medios considerables, elemento revelador de la entidad y gravedad de los hechos y de la utilidad o valor añadido de este poderoso mecanismo investigador. En este punto, entendemos que cualquier texto que se proyecte, debería hacer referencia a la gravedad de los delitos, más allá de los requisitos o exigencias relacionadas con un concepto tan indeterminado como la complejidad de una investigación. En ese sentido, la referencia a un umbral punitivo mínimo debería referirse a los delitos principales investigados, lo que permitiría que las autoridades españolas pudieran celebrar un acuerdo de constitución general, sin limitar su aplicación a otros delitos conexos relacionados con ellos que deben investigarse como parte del caso penal en un sentido más general, a efectos de la debida administración de justicia.

3.4.2. Cuestiones disputadas y sugerencias sobre el ámbito de aplicación

Cualquier versión de una nueva ley nacional sobre ECIs debería extender el ámbito de aplicación territorial existente de la Unión Europea a los terceros países, superando la incomprensible limitación existente, marcada desde el propio título de la Ley 11/2003, de 21 de mayo. Tal y como preveía el APL 2022 se debe colmar el vacío normativo nacional existente, que impide la adecuada constitución de ECIs con terceros Estados, proporcionado a los operadores jurídicos nacionales la seguridad jurídica necesaria que, en mi opinión, no se colma con la forzada aplicación analógica de la Ley 11/2003, teniendo en cuenta que estamos en presencia de una medida de investigación de clara naturaleza procesal penal, donde se afectan aspectos tan relevantes como su composición o el funcionamiento propio del equipo que en muchas ocasiones conllevará ejecución de diligencias intrusivas y la obtención y tratamiento de prueba consecuente.

Cuando la existencia de una investigación paralela en un tercer país ha hecho precisa la constitución del equipo, su incorporación, a falta de la necesaria cobertura legal doméstica, se ha venido salvando con la base legal correspondiente a la aplicación de instrumentos legales multilaterales y/o bilaterales, haciendo mención expresa en los acuerdos de constitución a diferentes convenciones y acuerdos internacionales ratificados por España. De ese modo, el recurso a las múltiples bases jurídicas relacionadas en el acuerdo de constitución, que permite la reconocida técnica de la yuxtaposición normativa en el campo en la cooperación

judicial internacional, ha hecho posible encontrar soluciones *ad hoc* a esta limitación del marco normativo nacional. No obstante ello, la deseable certidumbre y consistencia jurídica propia de una medida emanada del Derecho Procesal Penal, concretamente relacionada con la obtención de prueba transnacional, requiere y demanda urgentemente una ley doméstica que contemple y regule, adecuadamente, la constitución de ECIs con terceros países.

Por otro lado, dicha limitación de la normativa nacional, además de contradecir los antecedentes históricos inmediatos que impulsaron su adopción en el Derecho de la Unión⁶⁸ y la identidad propia del ECI, como *buque insignia* del denominado *multilateralismo judicial*, resulta llamativamente incoherente con decisiones que han sido adoptadas por España en los últimos tiempos, como es la ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación de 1959, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001⁶⁹, cuyo artículo 20 permite a las autoridades españolas la firma de acuerdos con Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado dicho Protocolo⁷⁰, reproduciendo de manera literal la detallada redacción del art. 13 del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del año 2000⁷¹. Lo mismo se podría decir del Segundo Protocolo Adicional

⁶⁸ Ver comentarios sobre la Exposición de Motivos de la ley 11/2003 de 21 de mayo en el pie de página 26.

⁶⁹ Instrumento de ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001. BOE núm. 133, viernes 1 de junio de 2018. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/08/1>

⁷⁰ Es decir no solo los 26 Estados miembros (todos salvo Grecia, que estaría cubierta por el Convenio de Asistencia Judicial 2000), también quince Estados no comunitarios integrados en el Consejo de Europa (ver la lista de ratificaciones a día 9.2.2024 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=182>), e incluso con los terceros países que se sumaron a este Segundo Protocolo Adicional fuera del ámbito del Consejo de Europa, como es el caso de Israel, Chile y la Federación Rusa, lo que permite ampliar aún más el ámbito territorial de aplicación de las ventajas de este mecanismos de cooperación.

⁷¹ Al tiempo de concluir la redacción de esta ponencia se publicó en el BOE Núm. 188 del Lunes 5 de agosto de 2024, la Nota Verbal de fecha 12 de julio de 2024, mediante la cual la Representación Permanente de España ante el Consejo de Europa, notificó a la Secretaría General diferentes declaraciones al Segundo Protocolo Adicional. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/ai/2024/07/12/1>

Concretamente, la declaración principal se refería a la notificación de la Fiscalía Europea como autoridad judicial competente en relación con el Convenio Europeo de asistencia

al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, relativo a la cooperación reforzada y la revelación de pruebas electrónicas, el 12 de mayo de 2022⁷², firmado por España y pendiente de ratificación al día de redactar este estudio, cuyo artículo 12 contiene igualmente una detallada regulación sobre equipos conjuntos de investigación e investigaciones conjuntas para facilitar investigaciones o procesos penales que entran dentro de su ámbito de aplicación relativos a delitos relacionados con datos y sistemas informáticos, y a la obtención de pruebas electrónicas de cualquier delito, siempre que se considere que la coordinación reforzada es de especial utilidad.

En cuanto a los Convenios suscritos por la Unión Europea como parte (y, por lo tanto, por España como Estado miembro de la misma), cabe mencionar en este marco legal con terceros países, el Acuerdo de Asistencia Judicial en materia penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos celebrado en Washington el 25 de junio de 2003⁷³, así como el Acuerdo entre la UE y la República de Islandia y el Reino de Noruega de 17 de diciembre de 2003, sobre la aplicación de determinadas provisiones del Convenio 2000 y el Protocolo 2001⁷⁴, que incluye expresamente el art. 13 de dicho Convenio dedicado a los equipos conjuntos de investigación. Por el contrario, el Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre cooperación judicial en materia penal (DOUE de 12.2.2010 L 39/20), no hace referencia a los equipos conjuntos de investigación como diligencia

judicial en materia penal, su Protocolo Adicional y su Segundo Protocolo Adicional. Consecuencia de ello, la declaraciones adicional 3 por la que: *«De conformidad con el artículo 33, apartado 2, del Segundo Protocolo Adicional, el Reino de España declara que la Fiscalía Europea podrá, cuando un equipo conjunto de investigación a que se refiere el artículo 20 de dicho Protocolo esté destinado a funcionar en el territorio del Reino de España, actuar en calidad de "autoridad competente" de conformidad con el artículo 20 de dicho Protocolo sólo con el consentimiento previo de las autoridades judiciales del Reino de España y de conformidad con el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo y la legislación nacional aplicable.»*

⁷² DOUE» núm. 63, de 28 de febrero de 2023. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80291>

⁷³ Véase el Artículo 16 ter sobre Equipos de investigación conjunta del 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 referéndum en Madrid el 17 de diciembre de 2004. «BOE» núm. 22, de 26 de enero de 2010. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2004/12/17/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2004/12/17/(1))

⁷⁴ <https://www.boe.es/doue/2004/026/L00001-00009.pdf>

de investigación comprendida en el ámbito de su aplicación, ni en su artículo 3 referido al alcance de la asistencia, ni el resto de sus disposiciones⁷⁵.

Mención aparte merece la participación de Reino Unido en un ECI constituido con España como Estado miembro de la UE en la era *post-Brexit*. El Real Decreto-ley 5/2019, de 1 de marzo, *por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea, sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea*⁷⁶, preveía que con la retirada del Reino Unido de la Unión Europea dejarán de ser de aplicación la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea⁷⁷. Durante el periodo transitorio las autoridades competentes del Reino Unido han podido seguir participando en los equipos conjuntos de investigación ya creados al amparo, tanto del artículo 13 del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000 como de la Decisión Marco 2002/465/JAI del Consejo, pudiendo utilizar por un período de un año después del final del período transitorio el canal SIENA (Aplicación de la Red de Intercambio Seguro de Información, «SIENA», por sus siglas en inglés), en la medida en que fuera estrictamente necesario, para el intercambio de información⁷⁸. A partir el 1 de enero de 2021, el artículo 642 del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el

⁷⁵

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A22010A0212%2801%29>

⁷⁶ Publicado en el «BOE» núm. 53, de 2 de marzo de 2019. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/03/01/5>

⁷⁷ Artículo 16 sobre el régimen transitorio aplicable a los equipos conjuntos de investigación en vigor: Los equipos conjuntos de investigación entre España y el Reino Unido que no estén finalizados a la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley mantendrán su vigencia al amparo de la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, hasta la fecha prevista en su acuerdo de constitución. No obstante, una vez finalizado el periodo de duración del equipo previsto inicialmente, el régimen jurídico aplicable a las eventuales prórrogas, a su ampliación y funcionamiento, será el que resulte de aplicación para la constitución y funcionamiento de equipos conjuntos de investigación entre España y terceros Estados.

⁷⁸ Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020 relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea. (DOUE» núm. 29, de 31 de enero de 2020).

Reino Unido (TACA/ACC)⁷⁹ prevé la vigencia del Derecho de la Unión únicamente para “la relación entre los Estados miembros dentro del equipo”, lo que unido a la abierta oposición del Reino Unido a la existencia de un marco legal múltiple que pudiera vincular al Reino Unido como miembro del equipo al Derecho de la Unión (y la correspondiente revisión judicial del TJUE), pese a lo indicado en la Nota Conjunta sobre el impacto del Brexit⁸⁰, permite deducir que el Reino Unido no queda vinculado por la normativa de la UE sobre ECIs, pasando a ser considerado un tercer país no comunitario en ese sentido.

En relación con los denominados terceros países, entendiendo como tales los no pertenecientes a la Unión Europea, existe un marco legal múltiple y disperso que puede resultar confuso para las autoridades judiciales y por la parquedad de sus disposiciones, sobre todo fuera de la región europea, tal vez, demasiado vago y genérico. Así nos encontramos con disposiciones contenidas en convenios emanados del marco de Naciones Unidas, como el artículo 9 del Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, adoptada en Viena el 19 de diciembre de 1988⁸¹; el artículo 19 de la Convención contra la Criminalidad Organizada Transnacional, firmado en

⁷⁹ Artículo 642 sobre Equipos conjuntos de investigación: “Si las autoridades competentes de los Estados crean un equipo conjunto de investigación, la relación entre los Estados miembros dentro del equipo conjunto de investigación se regirá por el Derecho de la Unión, no obstante la base jurídica contemplada en el Acuerdo sobre la creación de un equipo conjunto de investigación” [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:2021A0430\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:2021A0430(01))

⁸⁰ Véase página 16 de la Nota Conjunta elaborada por la Dirección General de Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia, la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado y el CGPJ <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/MedidasBrexit/Documents/Nota%20Brexit%20final%2029.12.20.pdf>

⁸¹ Artículo 9, apartado 1, inciso c): Cuando sea oportuno, y siempre que no contravenga lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos, teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualquiera de las Partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes de la Parte en cuyo territorio se ha de llevar a cabo la operación. En todos esos casos las Partes de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la Parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación.

Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf.

Palermo el 15 de octubre de 2000⁸² y el artículo 49 de la Convención contra la Corrupción firmado en Mérida en 2003⁸³, que siguen siendo los instrumentos legales multilaterales y multipropósito de referencia a nivel global que sirve, en ocasiones, como verdadero “paraguas normativo”, si bien su redacción genérica y escasamente detallada no ayuda, precisamente, a la necesaria certidumbre jurídica que demandan las autoridades nacionales que pretenden constituir un ECI.

Por otro lado, resulta interesante la distinción introducida en las dos últimas convenciones de Naciones Unidas, concretamente en el convenio contra la delincuencia organizada transnacional (artículo 19) y contra la Corrupción (artículo 49), entre los *equipos conjuntos* (o comunes) y los denominados *órganos mixtos* de investigación. Estos últimos, aunque basados también en un acuerdo, se conciben como una estructura más

⁸² Artículo 19: “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 porque la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>.

La Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, al referirse al punto específico de los equipos conjuntos de investigación, establece que: “*El artículo 19 alienta a los Estados, aunque no los obliga, a celebrar acuerdos o arreglos para realizar investigaciones, procesos o actuaciones judiciales conjuntos en uno o más Estados, cuando varios Estados partes puedan tener jurisdicción sobre los delitos de que se trate. El artículo 19 concede además autoridad jurídica para realizar investigaciones conjuntas, caso por caso, aun a falta de acuerdos o arreglos específicos. Las leyes internas de la mayoría de los Estados permiten ya esas actividades conjuntas, y en el caso de los escasos Estados cuyas leyes no las permitan, esta disposición será fuente de autoridad jurídica suficiente para una cooperación caso por caso de esa índole*”

⁸³ Artículo 49: “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 tales acuerdos o arreglos, 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. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

estable que no coincide necesariamente con caso o investigación penal concreto y aislado, sino que sin perder su naturaleza eminentemente operativa tienen un enfoque más estratégico, al poder abarcar la investigación de una categoría o fenómeno criminal emergente (por ejemplo, la trata de personas), durante períodos prolongados en el tiempo (por ejemplo, cinco años o más).⁸⁴ A dicho enfoque responde la constitución de estructuras estables como el *European Operation Team* creado en la Costa del Sol en 2023 entre Estados de la UE y terceros países o los Grupos de Trabajo Operativos (OTF por sus iniciales en inglés) de marcado carácter policial.⁸⁵

Sentado lo anterior, con ocasión de la firma de actualizaciones de tratados bilaterales, como representa el protocolo adicional de 12 de Julio de 2005 al Convenio de cooperación Colombia de 20 de mayo de 1997⁸⁶ o nuevos convenios como el firmado 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 2007⁸⁷, se ha considerado oportuno recoger una regulación más adecuada a nivel bilateral de esta diligencia de investigación proporcionando una adecuada

⁸⁴ De acuerdo con el documento del *Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional* sobre “La utilización y la función de los órganos mixtos de investigación en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional”, fechado en Viena el 7-8 julio 2020, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional la Convención contra la Delincuencia Organizada (artículo 19) y la Convención contra la Corrupción (artículo 49) introdujeron el concepto de los órganos mixtos de investigación. Un *órgano mixto de investigación* se distingue de un *equipo conjunto de investigación* y de una investigación conjunta paralela en que se concibe como una estructura más permanente, basada en un acuerdo bilateral. Mientras que es más probable que los equipos conjuntos de investigación se creen para investigar un caso penal concreto en un plazo limitado (aunque prorrogable, por lo general de 6 a 18 meses), los órganos mixtos de investigación serían más apropiados para investigar determinados tipos de delitos (por ejemplo, la trata de personas), y no solo casos aislados, durante períodos más largos (por ejemplo, cinco años o más).

⁸⁵ Ver pie de página 15.

⁸⁶ Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio de Cooperación Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho en Madrid el 12 de julio de 2005 (BOE núm. 149, de 19 de junio de 2010). Permalink ELI: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9709

⁸⁷ 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. BOE núm. 224, de 16 de septiembre de 2009. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/03/20/2>

solución bilateral al déficit de seguridad jurídica indicado. Si bien dichos ejemplos de acuerdos bilaterales, nos sirven relativamente y con ciertas cautelas de referente, ya que fueron negociados sin tener en cuenta los nuevos estándares del Derecho de la Unión en materia de protección de datos y, por tanto, de manera unilateral y no coordinada con la Comisión Europea. Además, España tiene suscritos acuerdos bilaterales que contemplan la posibilidad de crear equipos conjuntos de investigación con Vietnam (2015) y la India (2006) a los que igualmente se podría hacer este reparo.

Por último, como ámbito regional donde la cobertura legal a los ECIs se ha convertido en una prioridad a nivel nacional y supranacional, deben ser destacadas las distintas iniciativas normativas tomadas en los últimos años por los países iberoamericanos. Concretamente, existen dos tratados específicos que permiten abordar la regulación de esta medida de manera más detallada en los países Iberoamericanos. El primero es el Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte de MERCOSUR y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación, de fecha 2 de agosto de 2010⁸⁸, vigente desde mayo de 2020 para Argentina, Brasil Paraguay y Uruguay, que contiene una regulación bastante completa en relación a los equipos conjuntos de investigación, constituyéndose en uno de los escasos instrumentos internacionales que se dedican a la reglamentación específica de esta materia en la región. De esta forma, el Acuerdo Marco provee un marco jurídico integral para que los Estados Parte y Asociados del MERCOSUR puedan utilizar como base normativa para la creación de equipos conjuntos, al tiempo que contempla la posibilidad de designar como Autoridad Central de los mismos a los propios Ministerios Públicos, agilizando enormemente su constitución, ya que estos casos coincidiría en dicha institución la condición de autoridad competente para suscribir y autorizar la constitución del equipo con su condición de autoridad competente para ejecutar o desarrollar el acuerdo desde un punto de vista operativo en los procedimientos penales afectados. La ventaja de este Acuerdo sobre otros instrumentos internacionales, radica en que fue diseñado específicamente para su aplicación a nivel regional entre los Estados parte de MERCOSUR entre los que no existía convenio multilateral que regulara este mecanismo de cooperación

88

MERCOSUR/CMC/DEC

n°

22/10

https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/28515_DEC_022-2010_ES_Acuerdo%20Equipos_Conjuntos_Investigaci%C3%B3n.pdf

internacional, con disposiciones más amplias y detalladas que los genéricos artículos (meras disposiciones facilitadoras) mencionados de los Convenios de Naciones Unidas, alcanzando normativamente a cuestiones no consideradas en estos.⁸⁹ Conforme la información disponible a la fecha de escribir este artículo, han suscrito el Acuerdo Marco los siguientes Estados Parte y Asociados a MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Ecuador y Colombia.⁹⁰ De ellos, sólo Argentina ha ratificado el Acuerdo Marco (con fecha 22 de enero de 2015, aprobado internamente en virtud de la ley n° 26.952) y depositado el instrumento de ratificación respectivo.⁹¹ En consecuencia, dicho instrumento internacional modelo no se encuentra vigente ni puede ser invocado para la formación de equipos conjuntos de investigación, sin perjuicio de ser un modelo y fuente de inspiración en los países pertenecientes a este espacio común regional.

Por otro lado, nos encontramos con el *Convenio Iberoamericano de Equipos Conjuntos de Investigación*, firmado en Viña del Mar, Chile, el 5 de abril de 2013 durante la XIX Asamblea Plenaria de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB)⁹² por Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Portugal y República Dominicana. En este instrumento multilateral se establecen los requisitos y el régimen jurídico aplicable a la creación y funcionamiento de los Equipos Conjuntos de Investigación (ECIs) entre dichos países, si bien hasta el momento no ha alcanzado el número de ratificaciones suficientes para entrar en vigor. Precisamente por ello, la consulta pública difundida en agosto de 2021 por el Ministerio de Justicia de España sobre la propuesta de elaboración de un proyecto de Ley reguladora de los Equipos

⁸⁹ Nota Técnica sobre Equipos Conjuntos de Investigación para la ratificación del Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del MERCOSUR y Estados Asociados para la Creación de Equipos Conjuntos de Investigación emitida en la Reunión Especializada de Ministerios Públicos del MERCOSUR (REMPM). [https://www.rempm.org/archivos/Biblioteca_Virtual/4_Equipos_conjuntos_de_investigaci%C3%B3n_\(ECI\)/NotaT%C3%A9cnica_ECI.pdf](https://www.rempm.org/archivos/Biblioteca_Virtual/4_Equipos_conjuntos_de_investigaci%C3%B3n_(ECI)/NotaT%C3%A9cnica_ECI.pdf)

⁹⁰ En relación con la situación de otros Estados Asociados que no aparecen expresamente mencionados en el Acuerdo, como es el caso de Chile y Perú -entre otros-, tienen la posibilidad de adherir al mismo conforme lo dispuesto en el artículo 8° de la Decisión n° 28/04

⁹¹

http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=fXOf1Unc4UqzT8KXO6tG6g==&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLlz0mcrZruYPcn8=

⁹² ES-Convenio-de-Cooperacion-de-Equipos-Conjuntos-de-Investigacion.pdf

Conjuntos de Investigación Penal⁹³, hacía referencia a la necesidad de la actualización de la ley vigente en España, tanto por razones operativas, como para facilitar la adhesión de España a determinados instrumentos convencionales, entre los que citaba expresamente este Convenio Iberoamericano sobre Equipos Conjuntos de Investigación de la COMJIB.

Por último, conviene destacar que en el supuesto de que España no hubiere ratificado cualquiera de los instrumentos legales supranacionales existentes a nivel bilateral o multilateral, hipotéticamente podrán constituirse equipos conjuntos de investigación con un tercer país en base al principio de reciprocidad, recogido en el art. 193 de la LECrim. En ese sentido, la Décima Reunión anual de Expertos de la Red Europea en Equipos Conjuntos de Investigación celebrada en La Haya en el año 2014 confirmó que, en ausencia de base legal nacional o supranacional aplicable, el principio de reciprocidad puede servir como base legal para constituir un ECI⁹⁴. En este supuesto, la valoración a realizar antes de la declaración de reciprocidad deberá abordar aspectos relacionados con los estándares normativos en materia de protección de datos, confidencialidad, admisión de prueba y cuestiones relacionadas con el respecto a los derechos humanos.

Es por ello que, regular por primera vez en España la constitución y el funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación con terceros países, debería ser uno de los objetivos primordiales de cualquier reforma que se reanude en esta materia.

3.4.3. ECI con terceros países y protección de datos

Entre uno de los tres objetivos que justificarían una nueva ley sobre equipos conjuntos de investigación, la Nota difundida en agosto de 2021 por el ministerio de justicia para la consulta pública sobre la propuesta de elaboración de un anteproyecto de ley reguladora de equipos conjuntos de investigación penal, ya identificaba la necesaria alineación con las normas

93

<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Documento%20consulta%20p%C3%BAblica%20Ley%20ECIs.pdf>

⁹⁴ Documento del Consejo de la UE de 19 diciembre 2014 (17115/14): Conclusions of the 10th Annual meeting of the National Experts on Joint Investigation Teams (25 - 26 June 2014, the Hague) <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/17115-2014-12-19-en.pdf>

de la UE sobre protección de datos personales como uno de los objetivos principales de la nueva ley.

Como esta relevante cuestión merece una ponencia aparte, me limitaré a subrayar las líneas maestras que deben ser tenidas en cuenta por el legislador nacional a la hora de regular los ECIs con terceros países en relación con la protección de datos personales que pueda contener la información y prueba intercambiada con aquellos.

Debemos partir de la premisa de que la información compartida de forma directa y sin necesidad de comisión rogatoria en el marco del ECI entre las autoridades que forman parte del mismo, no exime a las mismas de la obligación de respetar y cumplir las normas establecidas para compartir datos personales con Estados u organizaciones internacionales ajenas a la Unión Europea.

Concretamente, en relación con la transferencia de datos personales entre autoridades de un Estado de la UE, y de un tercer Estado u organización internacional, las autoridades españolas se rigen por lo dispuesto en los artículos 43 a 47 de la Ley Orgánica 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*, que transpuso nuestro país el Capítulo V de la Directiva (UE) 2016/680⁹⁵, enfocada al tratamiento de los datos por autoridades competentes para fines de investigación penal, dedicado a las “Transferencias internacionales de los datos personales”. Estas normas se aplicarán conjuntamente con las disposiciones recogidas en los convenios bilaterales o multilaterales, que constituyan la base legal del ECI. Además, el tratamiento de las categorías especiales de datos personales, que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física, sólo se permitirá cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las salvaguardias adecuadas para los derechos y libertades del interesado y únicamente cuando lo autorice el Derecho de la Unión o del Estado miembro; sea necesario para proteger los intereses vitales del interesado o de otra persona física, o dicho tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho

⁹⁵ BOE-A-2021-8806 Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/05/26/7/con>

manifiestamente públicos (art. 10 de la Directiva 2016/680, art. 13 de la LO 7/2021).

Por ello, desde el punto de vista operativo la transferencia de datos personales entre Estados miembros de la UE, como España, a las autoridades competentes de un tercer país, como consecuencia del intercambio de información o elementos de prueba estará supeditada a la concurrencia de unos requisitos mínimos comunes:

a) Que la transferencia sea necesaria a los fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y/o ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

b) Que los datos personales se transfieran a un responsable del tratamiento de un tercer país u organización internacional que sea una autoridad competente a los fines señalados y que garantice que los datos transferidos son tratados con la adecuada seguridad de datos personales y la confidencialidad propia de los mismos.

c) Si los datos procedieran de otro Estado miembro, dicho Estado miembro debe haber prestado autorización previa, de conformidad con su derecho nacional. Excepcionalmente, se podrá prescindir de dicha autorización cuando la transferencia es necesaria para prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública de un Estado miembro, o de un tercer país, o para los intereses fundamentales de un Estado miembro, ello sin perjuicio de informar sin dilación a la autoridad responsable de conceder la autorización previa (art. 35 de la Directiva 2016/680).

En el marco de actuación de los ECIs, dichos requisitos deben estar claramente establecidos en el marco legal nacional. Asimismo, desde un punto de vista procedimental, la Directiva establece que, a falta de un acuerdo internacional de cooperación judicial entre la UE y el tercer Estado concernido, tres mecanismos alternativos para permitir la transferencia de los datos personales:

1. Transferencia basadas en *decisiones de adecuación* de la COM emitida, de conformidad con el artículo 36 de la Directiva (UE) 2016/680, cuando exista un estándar o nivel de protección de datos personales, por el tercer país, un territorio o uno o más sectores específicos dentro de ese tercer país. Hasta ahora, la Comisión solo ha emitido una decisión de adecuación con Reino Unido. En dicha Decisión de adecuación se valora si la legislación nacional está en línea con la normativa de la UE y si cuenta

con sólidos mecanismos de cooperación con la Autoridad Española de Protección de Datos.

2. En defecto de una decisión de adecuación, entra en juego la posibilidad de transmisiones basadas en *garantías apropiadas* existentes y/o aportadas. Cuando no se disponga de un acuerdo de cooperación, ni de una decisión de adecuación, los datos personales operativos podrían transferirse con sujeción a las garantías que por los responsables del ECI se consideren pertinentes. Por ejemplo, cuando existen en vigor acuerdos bilaterales o multilaterales vinculantes⁹⁶ y los jefes del ECI puedan exigir su cumplimiento, garantizando de ese modo, la observancia de los requisitos de protección de datos y los derechos de los titulares, incluido el derecho a obtener una reparación administrativa o judicial efectiva.

Dicha transferencia de datos personales debe estar documentada y dicha documentación debe ponerse a disposición de la autoridad de protección de datos competente, con inclusión de la fecha y la hora de la transferencia, la información sobre la autoridad competente destinataria, la justificación de la transferencia y los datos personales transferidos.

Este mecanismo descansa sobre un proceso previo de autoevaluación a cargo de la autoridad responsable del tratamiento que al delegar la valoración de dichas garantías directamente en autoridades judiciales y con ello la compleja tarea de supervisar extremos que exigen un alto nivel de conocimientos en la materia, resulta un mecanismo difícil de poner en práctica eficazmente. Asimismo, el enfoque caso por caso es esencial, ponderando los riesgos de exposición de los datos, en atención a la categoría de sujetos afectados (datos de la víctima o del acusado, o cuando

⁹⁶ Como instrumentos multilaterales, en el marco del Consejo de Europa, destacan: El Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 (Convenio referencia n° 108 del Consejo de Europa). BOE 15 noviembre de 1985. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1981/01/28/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1981/01/28/(1))

El Protocolo Adicional al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las Autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001 (STE n° 181). Instrumento de ratificación por España publicado en el BOE núm. 228, de 20 de septiembre de 2010. Permalink ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/08/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/08/(2))

El Protocolo de modificación del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 10 de octubre de 2018 (Referencia Convenio del consejo de Europa n° 223), pendiente de entrar en vigor hasta que sea ratificado por 38 Estados parte. España lo ratificó el 28 de enero de 2021.

afecta a menores de edad); los fines concretos de la transferencia; tipo y número de autoridades destinatarias de la transferencia; la gravedad del delito investigado, etc. En cualquier caso, la transferencia de datos internacionales basadas en garantías apropiadas debe someterse en el acuerdo de constitución del ECI o en un anexo *ad hoc* adjunto, a la observancia de los principios de necesidad, confidencialidad y especialidad, a fin de evitar que los datos sean tratados para fines distintos de aquellos para los que se han transferido.

3. Transferencia basada en *excepciones para situaciones específicas*. A falta de los mecanismos anteriores los jefes del ECI puede transferir datos personales a un tercer país cuando el intercambio de información/prueba sea necesario:

- para proteger los intereses vitales del titular de los datos o de otra persona; o
- para la prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública de un Estado miembro o un tercer país; o
- en casos concretos para el desempeño de las funciones del ECI (salvo que los derechos y libertades fundamentales del titular deban prevalecer).

Debe destacarse que estas excepciones deben interpretarse de forma restrictiva y limitarse a los datos personales operativos que son estrictamente necesarios. Igualmente, las transferencias basadas en excepciones deben documentarse y la documentación debe ponerse a disposición de la autoridad de protección de datos competente, cuando ésta lo solicite para controlar la legalidad de la transferencia.

En conclusión, las opciones 1 y 2 (acuerdos internacionales y decisiones de adecuación) son las opciones que permitirían al ECI intercambiar sistemáticamente datos personales operativos con terceros países. En ausencia de dicho marco, hay margen de maniobra para encontrar soluciones *ad hoc*, dentro de las posibilidades permitidas en la opción 3 (garantías apropiadas) y en la opción 4, (excepciones en casos específicos).

Dentro del ámbito de actuación de los ECIs, la evaluación sobre la existencia de garantías apropiadas o situaciones específicas para transferir los datos personales a un tercer país recae sobre la Fiscalía cuando el equipo se constituya en el curso de unas diligencias de investigación extraprocerales o en un expediente de la jurisdicción de menores. En los procedimientos judiciales, cuando el juez instructor sea el único jefe del

equipo, corresponde a esta dicha supervisión. Cuando en el equipo se haya optado por el coliderazgo, esta responsabilidad podría ser compartida y coordinada entre el juez y el fiscal, a criterio del primero.

A fin de redactar una cláusula específica sobre el tratamiento de la transferencia de los datos personales en el marco de funcionamiento de los ECIs, se ha constituido un Grupo de Trabajo en el seno de la Red Europea de Expertos Nacionales, que se ha reunido en julio y diciembre de 2023. En particular, aunque está claro que el intercambio de información entre Estados miembros y terceros países está sujeto a la aplicación de las normas de la UE consagradas en la Directiva 2016/680, de manera equivalente a como se aplica la misma en las legislaciones nacionales, los expertos nacionales de los ECI sugirieron realizar una tormenta de ideas con otros colegas y con la Oficial de Protección de Datos de Eurojust sobre los requisitos específicos relacionados con la evaluación de estas normas cuando se coopera con terceros países. Además, a petición del Subgrupo de ECI del Equipo de Instrumentos de Cooperación Judicial de Eurojust y de la Secretaría de la Red de ECI, la Oficial de Protección de Datos de Eurojust preparó un borrador de documento de trabajo introduciendo la idea de insertar nuevas cláusulas específicas sobre garantías en materia de protección de datos (de acuerdo con las previsiones de un Anexo adjunto al acuerdo que formará parte del mismo) y sobre confidencialidad y uso de la información ya existente y/o recabada durante el funcionamiento del ECI a incluir en el modelo de acuerdo de ECI publicado en 2022 por el Consejo de la UE en relación con terceros países.⁹⁷

3.4.4. La fase de ejecución como ámbito a dinamizar en las investigaciones patrimoniales

De acuerdo con la interesante propuesta de la corresponsalía nacional belga de la Red Judicial Europea en relación con la cooperación internacional en la aplicación de medidas de investigación financiero-patrimonial durante la fase de ejecución con la finalidad de localizar el producto del delito, se plantea la posibilidad de extender la utilización de

⁹⁷ Texto consolidado del modelo de acuerdo por el que se crea un equipo conjunto de investigación, tras su aprobación por la Resolución del Consejo, de 22 de diciembre de 2021, sobre la revisión del apéndice I (1) (2022/C 44/02) DOUE 28.1.2022 C 44/6 <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/celex-32022y0128-01-es-txt.pdf>

instrumentos de cooperación internacional que tradicionalmente se han utilizado en la fase de investigación y la fase de enjuiciamiento, a la fase de ejecución de sentencia, donde igualmente es necesario un intercambio de información adecuado y rápido que facilite la ejecución de las decisiones de decomiso adoptadas en el procedimiento penal, cuando los bienes y activos embargados no fueren suficientes para ejecutar el decomiso decretado por completo. Desgraciadamente, la realidad nos muestra con frecuencia que una vez dictada la sentencia, averiguar el patrimonio del condenado resulta más difícil, ya que las posibilidades de investigación son más limitadas y resulta excepcional que se utilicen instrumentos eficaces de cooperación internacional en la fase de ejecución.

La ausencia o limitación de una base legal clara a nivel nacional y supranacional para la ejecución de medidas eficaces de investigación patrimonial cuando la sentencia es firme o definitiva, constituye un vacío legal que beneficia a la persona condenada y perjudica la eficacia de la recuperación de activos.

En términos generales, nuestra LECrim. establece en su artículo 985 (en el Libro VII sobre Ejecución de Sentencias), que la ejecución de sentencias es competencia del tribunal de primera instancia en el que se haya dictado la sentencia firme. Además, cuando el tribunal responsable de la ejecución de la sentencia no pueda llevar a cabo por sí mismo todas las medidas necesarias, el artículo 987 prevé la asistencia del Juzgado de Instrucción competente.

Por lo que se refiere a las decisiones sobre responsabilidad civil o indemnización derivadas de los delitos, se ejecutarán provisionalmente antes de convertirse en definitivas de conformidad con el artículo 989 (1) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, además de las disposiciones pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la Ley de Ritos permite -con carácter ordinario- a los Fiscales el ejercicio conjunto de la acción civil en el marco del mismo proceso penal (salvo que la víctima decida ejercitar una acción civil separada) a diferencia de otros sistemas legales de nuestro entorno. En estos casos, cuando una sentencia condenatoria conlleva un pronunciamiento indemnizatorio, el Letrado de la Administración de Justicia puede ordenar una investigación financiera a las autoridades fiscales pertinentes hasta que se satisfaga plenamente la indemnización. No obstante, cuando se plantee alguna cuestión de derechos fundamentales en relación con esta investigación financiera, el Letrado de la Administración de Justicia informará al tribunal para que decida sobre el

camino a seguir. Es decir, se establece una clara limitación de cualquier investigación financiera en ejecución de sentencia cuando la misma implique una medida intrusiva de derechos fundamentales.

Además, el apartado 4 del artículo 990 de la LECrim establece, también en términos generales y en relación con los delitos fiscales, el contrabando y los delitos contra la Seguridad Social, que las autoridades fiscales, bajo la supervisión del tribunal correspondiente, podrán iniciar una investigación financiera sobre los activos disponibles de la persona condenada que puedan destinarse al pago de cualquier responsabilidad civil derivada del delito. En estos casos, la Administración Tributaria española podría hacer uso de las facultades previstas en la legislación tributaria y/o de Seguridad Social, remitiéndole informes al Juzgado de Instrucción sobre la situación patrimonial y de bienes del condenado a fin de poner en su conocimiento posibles actualizaciones y/o cambios económicos que pudieran ser relevantes para la ejecución de la pena impuesta, su suspensión o revocación.

Además, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, estableció un nuevo procedimiento de decomiso autónomo (artículos 803 ter e) y siguientes), que es un procedimiento, de naturaleza civil, a iniciar por el Ministerio Fiscal, que tiene por objeto el decomiso de bienes, efectos o ganancias, o de su valor equivalente. En concreto, este procedimiento autónomo de decomiso puede ser de aplicación cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación. En este caso, cuando el Ministerio Fiscal se reserva la interposición de la acción de decomiso, una vez el procedimiento que resuelve sobre la responsabilidad penal del acusado haya concluido con sentencia firme. En estos procedimientos de decomiso por separado, el artículo 803 ter q) establece que el Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) o por medio de otras autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso. El apartado 2 de la citada disposición establece que “Cuando el fiscal considere necesario llevar a cabo alguna diligencia de investigación que deba ser autorizada judicialmente, presentará la solicitud al juez o tribunal que hubiera conocido el procedimiento de decomiso.” Así pues,

esta disposición legal parece contemplar la posibilidad de autorizar posibles medidas intrusivas, ya que sólo las medidas intrusivas deben ser autorizadas por el tribunal competente/juez instructor.

En principio, tanto el tribunal (en la fase de ejecución del procedimiento penal ordinario) como el fiscal (en el procedimiento de decomiso separado) son autoridades judiciales españolas facultadas para aplicar medidas de investigación durante la fase de ejecución destinadas a localizar, identificar e incautar bienes y productos del delito con el fin de ejecutar una resolución firme de decomiso o una sanción pecuniaria o una sentencia de indemnización, así como para cubrir las costas judiciales. Sin embargo, la aplicación de medidas de investigación intrusivas para los fines mencionados durante la fase de ejecución (una vez que la sentencia es firme y ejecutable) es un supuesto excepcional sin precedentes en España, ya que todas las técnicas de investigación intrusivas o especiales (como registros domiciliarios, intervenciones telefónicas o seguimiento de cuentas bancarias en tiempo real,...) están específicamente previstas para ser adoptadas durante la fase de investigación en la LECrim, normalmente requieren de la previa declaración de secreto para asegurar su eficacia y en la fase de ejecución la finalidad probatoria que las justifica está claramente precluida.

Por consiguiente, las medidas de investigación intrusivas sólo pueden ser autorizadas por un Juez de Instrucción, normalmente en una pieza separada secreta en la que no tiene cabida el principio de contradicción que predomina y rige en la fase de ejecución en España. Además, cabe destacar que el marco procesal del denominado nuevo procedimiento autónomo de decomiso, establecido en los artículos 803 ter e) y siguientes de la LECrim también garantiza el principio de contradicción. Con estas condiciones y requisitos procesales es difícil que las autoridades judiciales españolas puedan constituir un ECI para la investigación financiera en el marco de la fase de ejecución, si bien no está expresamente excluida esta posibilidad en la normativa procesal española, ni en términos generales, en la ley 11/2003, ya que esta última ni de refiere a los Juzgados de Instrucción ni especifica la fase procesal en la que puede constituirse el ECI, utilizando solo la expresión “investigaciones penales” en el artículo 2 de la misma.

4. CUESTIONES DISPUTADAS Y SUGERENCIAS SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS ECIS EN LOS QUE PARTICIPA ESPAÑA

Aunque resulte insólito fuera de nuestras fronteras, la indefinición de la condición y función del Ministerio Fiscal en el modelo de investigación penal del sistema procesal penal español, hace que, en ocasiones, esta institución, pese a ser crucial de la justicia penal, no se le acabe de reconocer el sitio que merecería de acuerdo con su protagonismo. Esta situación se hace más evidente en relación con un mecanismo de cooperación transfronteriza como son los ECIs, concebidos y diseñados fuera de nuestras fronteras contando con el protagonismo del Ministerio Fiscal, pero que, paradójicamente que al ser importados a nuestro país, como consecuencia de la *colonización normativa* experimentada en las última décadas por nuestro ordenamiento jurídico penal, no se sabe muy bien dónde colocársele, como si fuera un jarrón chino en el concurrido salón de la fase de investigación del proceso penal.

4.1. Cuestiones disputadas y sugerencias sobre el ámbito de aplicación

4.1.1. Cuestiones disputadas y sugerencias sobre el ámbito de aplicación

En primer lugar, de acuerdo con el principio comentado de autonomía procesal nacional y en línea con los instrumentos normativos⁹⁸ y la jurisprudencia del TJUE en relación con la definición de autoridad judicial como concepto autónomo del Derecho de la Unión⁹⁹, una nueva

⁹⁸ Sin ir más lejos, el propio Reglamento (UE) 2023/969 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por el que se establece una plataforma de colaboración en apoyo del funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726, se refiere en el considerando 2 de su Preámbulo a los equipos conjuntos de investigación como uno de los instrumentos más eficaces para este tipo de cooperación transfronteriza (...) *que permiten la cooperación y la comunicación directas entre las autoridades judiciales, policiales y aduaneras de dos o más Estados miembros*, incluyendo al Ministerio Fiscal en el concepto de autoridades judiciales. Consecuentemente, en los considerandos 8, 19, 23, se utiliza la expresión “las autoridades judiciales, policiales y aduaneras”, incluyendo la primera al Ministerio Fiscal. Del mismo modo, el artículo 11 (3) se refiere genéricamente a las autoridades judiciales (nacionales), incluyendo a los fiscales.

⁹⁹ Véase Jiménez-Villarejo Fernández, Francisco (2020), “El Ministerio Público como autoridad judicial de emisión de una orden Europea de Detención y Entrega en la reciente

transposición de la Decisión marco 2002/465/JAI, debería ser más precisa al utilizar la expresión autoridad judicial, considerando al Ministerio Fiscal español como autoridad judicial de los equipos judiciales, teniendo en cuenta que los ECIs son un instrumento destacado dentro de la caja de herramientas del Derecho de la Unión para la cooperación judicial internacional.

En ese sentido, frente a la referencia diferenciada a las autoridades judiciales y fiscales, que es predominante en la redacción de textos legislativos nacionales¹⁰⁰, si bien en el apartado 3 del artículo 2 del APL de 2022¹⁰¹, el legislador español debería mejorar la nomenclatura normalmente utilizada con la expresión “las autoridades judiciales o fiscales”, sustituyéndola por la expresión de “autoridades judiciales” indistintamente para jueces y fiscales o empleando, al menos, la más adecuada conjunción coordinante disyuntiva “o”, en vez de la conjunción coordinante copulativa “y”, teniendo en cuenta que se trata de un instrumento de cooperación judicial internacional.

Como he señalado, este concepto amplio de autoridad judicial se compadece con el concepto autónomo del Derecho de la Unión forjado por

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, 1, pp. 33 a 88.

<https://apdpue.es/wp-content/uploads/2020/10/Revista-APDPUE-N%C2%BA-1-con-ISSN-y-DepositoLegal.pdf>

¹⁰⁰ Prueba reciente de esta deficiente técnica legislativa subyacente en esta diferenciación la encontramos en la Disposición Final 5ª de la LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, donde se introduce una Disposición Adicional 7ª en la Ley 23/2014 con el siguiente tenor:

“1. Las referencias de esta Ley a las autoridades judiciales y al Ministerio Fiscal se entenderán realizadas a los Fiscales europeos delegados respecto de aquellas funciones que les atribuyen el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, y la Ley Orgánica de aplicación de dicho Reglamento.

2. A los efectos del apartado 1 del artículo 35, los Fiscales europeos delegados serán autoridad competente en el ámbito de los procedimientos en los que ostenten las competencias atribuidas por el citado Reglamento”.

¹⁰¹ “En el caso de los equipos de investigación judiciales, se entenderán como autoridades competentes para la constitución del equipo conjunto de investigación las autoridades judiciales o fiscales; bien de manera directa en el ámbito de la Unión Europea, o bien previa autorización del Ministerio de Justicia para los equipos conjuntos de investigación suscritos con terceros Estados, de la forma y en los términos previstos en el capítulo I de esta Ley”.

la jurisprudencia del TJUE en los últimos años en relación con la interpretación de instrumentos de reconocimiento mutuo¹⁰², que considero perfectamente extrapolable a la futura ley de equipos conjuntos.

4.1.2. El Ministerio Fiscal como autoridad judicial en la cooperación judicial de la UE

Como destacaba el Informe del Consejo Fiscal, de 20 de septiembre de 2017, al APL por la que se modificaba la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, a fin de transponer la Directiva 2014/41/EU sobre la orden europea de investigación (OEI) en nuestro ordenamiento jurídico, fue esta Directiva el primer acto normativo europeo que abordó la definición del concepto de autoridad judicial en un instrumento de cooperación judicial en materia penal dentro de la UE. Tras prolongadas discusiones sobre este concepto, debido a las diferencias de sistemas procesales y judiciales existentes en los distintos Estados miembros de la UE, la Directiva 2014/41/UE abandonó la recurrente y elusiva remisión en bloque a la legislaciones domésticas de instrumentos anteriores, para establecer en su art. 2, letra c), subapartado i), a nivel de la UE un concepto amplio de autoridad judicial de emisión que fuera inclusivo del *Juez, órgano jurisdiccional, juez de instrucción competente o fiscal competente en el asunto de que se trate*. Incluso se crea en el subapartado siguiente (Art. 2, letra c), subapartado ii) de la Directiva), el novedoso concepto de *autoridad judicial de validación*, de manera que cualquier otra autoridad no judicial que pueda, a nivel nacional, emitir una OEI, requerirá contar con la supervisión de una autoridad judicial a tal fin, siendo en la inmensa mayoría de los Estados miembros el Ministerio Público la autoridad judicial de validación por excelencia.

Que fuera la Directiva de la OEI el primer acto normativo (doce años más tarde que la DM 2002/465/JAI), en el que el legislador europeo aquilatara y determinara por vez primera el concepto de “autoridad judicial” en el campo de la cooperación judicial internacional de la UE y, concretamente, en relación con la obtención de prueba transfronteriza,

¹⁰² Ver entre otras, STJUE asunto C-453/16 PPU (*Özçelik*), STJUE (Sala 2ª) 9/10/2019 asunto C-489/19 PPU (N.J.), STJUE Asuntos C-566/19 PPU y C-629/19 PPU (J.R. y Y.C.)_sentencia de 12 de diciembre de 2019, STJUE Asunto C-625/19 PPU (X.D.)_de 12/12/2019, STJUE Asunto C-627/19 PPU (Z.B.)_de 12/12/2019 o, en relación con la autoridad de emisión de una OEI, en la sentencia de 8.12./2020. Asunto C-584/19 (*Staatsanwaltschaft Wien vs. A y otros*).

como ámbito material de aplicación compartido con los ECIs, no debería resultar irrelevante para abordar la actualización de una denominación y definición del concepto de autoridad judicial en cualquier texto normativo que proyecte la regulación en materia de equipos conjuntos.

En efecto, ambos instrumentos, OEIs y ECIs son los instrumentos de referencia en el Derecho la Unión en materia de obtención de prueba transfronteriza, que como hemos mencionado, no solo compatibles, como reconoce el artículo 3 de la Directiva 2014/41/UE, en relación con el ámbito de aplicación de la OEI, sino que se pueden utilizar indistintamente por las mismas autoridades judiciales. Una de las principales ventajas que presenta la creación de un ECI para el desarrollo de una investigación penal transfronteriza estriba en el hecho de que, una vez constituido, sus miembros pueden solicitar y/o ejecutar medidas de investigación de naturaleza transfronterizas de manera ágil y simplificada, presenciar dichas actuaciones, intercambiar libremente la información recabada e incluso utilizarla válidamente como prueba en los procesos penales desarrollados en los Estados que forman parte del mismo. Es más, una de las principales consecuencias de la constitución del ECI y de la simplificación inherente a su funcionamiento, es que sustituye la necesidad de emitir OEIs en su marco de funcionamiento, entre las partes que pertenezcan a Estados miembros.

Por consiguiente, el concepto de *autoridad judicial* forjado en el Derecho de la Unión en materia de obtención de prueba transfronteriza, no es una cuestión que dependa del sistema legal nacional y, mucho, menos, de opiniones o corrientes doctrinales o de la decisión de una autoridad judicial concreta (en una atomización indeseable de su aplicación). Es por ello que la cuestión del concepto de autoridad judicial competente para la constitución de los ECIs no debería ser indiferente al legislador nacional, debiendo comprender la expresión *autoridad judicial*, tanto a jueces como a fiscales, en un sentido amplio, sin que sea necesario distinguir de manera diferenciada en el texto proyectado entre “autoridad judicial y/o ministerio fiscal”, por resultar dicha distinción discordante con el concepto autónomo del Derecho de la Unión (ya definido en la Directiva 2014/41) y la jurisprudencia del TJUE.

Con arreglo a lo anterior y teniendo en cuenta las funciones de investigación en procedimientos de naturaleza jurisdiccional-penal que se confieren a la Fiscalía Europea (la propia LOPJ reconoce en el art. 541 bis que “La Fiscalía Europea será responsable de investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y

vía de recurso contra los autores y demás partícipes en los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea en los que, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, ejerza de forma efectiva su competencia”), resulta igualmente procedente incluir a la Fiscalía Europea como autoridad judicial competente para la constitución de los ECIs.

Por todo ello, un futuro texto legislativo que regule los equipos conjuntos como instrumento de cooperación judicial internacional, debería emplear la expresión de *autoridad judicial* para referirse indistintamente a jueces, fiscales e, incluso, a la Fiscalía Europea, sustituyendo la expresión normalmente utilizada de “autoridad/es judicial/es o fiscal/es” por “*autoridad/es judicial/es*”, comprensiva de jueces, fiscales y la Fiscalía Europea en el marco de sus competencias.

4.2. Cuestiones disputadas y sugerencias relacionadas con la constitución de un ECI

4.2.1. Constitución de un ECI judicial entre Estados miembros de la UE: Necesidad de un régimen de autorización homogéneo

Quizás la cuestión más debatida de la legislación vigente se refiera al régimen de autorización heterogéneo previsto para la válida constitución de un ECI en el artículo 3 de la Ley 11/2003, donde innecesariamente se diferencia en los ECIs judiciales constituidos en procedimientos ante la Audiencia Nacional y el resto de los órganos judiciales de nuestro país. En el primer caso, es la propia Audiencia quien autoriza la constitución, mientras que en el segundo, esta competencia corresponde al Ministerio de Justicia.

Desde el punto de vista del esquema de la organización de la jurisdicción española, claramente esta diferenciación no se sustenta en norma procesal existente alguna. La jurisdicción penal española es única y es ejercida por los diferentes órganos jurisdiccionales españoles en función de las normas de competencia objetiva, territorial y funcional establecidas a nivel interno. En este esquema, ni la Audiencia Nacional ni ningún otro órgano jurisdiccional ostentan una suerte de jurisdicción penal privilegiada que pueda motivar una distinción como la que realiza la Ley 11/2003.

Esta regulación es tan absurda que, en el no tan improbable caso de que el Tribunal Supremo o un TSJ se plantease participar en un ECI – pensemos en una investigación contra un aforado–, paradójicamente, el

magistrado instructor designado tendría que solicitar permiso al Ministerio de Justicia para poder constituir válidamente el equipo, siendo así que la hipotética investigación podría estar, precisamente, dirigida contra aforados directa o indirectamente relacionados con el poder ejecutivo que debe autorizarlo. Sobran más comentarios.

Tampoco acierta el legislador español a la hora de determinar qué órgano específico de la Audiencia Nacional debe autorizar la constitución de un ECI cuando la investigación subyacente corresponde efectivamente a su ámbito competencial. El art. 3 de la Ley 11/2003 designa a la Audiencia Nacional, pero no identifica qué órgano adscrito a la Audiencia Nacional debe autorizar.

Esta indefinición causó la elevación de una consulta al FGE en 2010 en relación con la interpretación del término *Audiencia Nacional* en la ley y el régimen de autorización. En su respuesta, la Secretaría Técnica del FGE consideró órgano competente al Presidente de la Audiencia Nacional y en casos de denominado “coliderazgo”, los fiscales jefes de las Fiscalías de la Audiencia Nacional y de las Fiscalías Especiales antidroga y Anticorrupción. En la práctica, los ECIs se han venido autorizando por los propios juzgados centrales de instrucción y el fiscal jefe correspondiente, en el ámbito de sus respectivas competencias, como solución más ágil y desde luego oportuna desde el punto de vista de la efectividad del instrumento.

Indudablemente, la constitución diferenciada en los casos en los que interviene la Audiencia Nacional frente al resto de supuestos existente en la ley 11/2003 genera disfunciones, como reconoce la propia consulta pública lanzada en agosto de 2021 por el ministerio de justicia sobre la propuesta de elaboración de un proyecto de Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación Penal y su supresión es una reforma ineludible.

4.2.2. Referencia al Auto del Tribunal Constitucional n.º 122/2016

En relación con la consideración del Ministerio de Justicia como “autoridad competente española” de los ECIs judiciales, en investigaciones ajenas a la Audiencia Nacional, es interesante recordar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Secc. 9ª de la Audiencia Provincial de Málaga a instancias de la Fiscalía. Los antecedentes de la cuestión son muy ilustrativos de la anomalía que la regulación de la ley 11/2003 representa en un Espacio Judicial Europeo regido por la regla de la transmisión y comunicación directa propio del cambio de paradigma que

supone una cooperación judicial basada en el principio de reconocimiento mutuo donde las autoridades judiciales (jueces y fiscales) deberían ser los actores protagonistas, -como autoridades de emisión (en su caso de validación) y ejecución-, lo que modifica en buena medida la lógica aplicada hasta el momento en nuestro ordenamiento jurídico en relación al modelo de constitución de equipos conjuntos de investigación.¹⁰³ El ECI en dicha cuestión, había sido inicialmente constituido entre dos fiscalías de España y Dinamarca. Una vez judicializadas las diligencias de investigación extraprocesales de fiscalía ante el Juzgado de Instrucción de Marbella y cuando el Director General de Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia recibió del Juez de Instrucción la adenda para autorizar su incorporación como colíder junto con el fiscal que ya era jefe del equipo existente, el Director General dictó “ex officio” una resolución administrativa en la que, considerando que hacía falta un nuevo acuerdo de constitución y no la mera ampliación del existente, acordó *inaudita parte* disolver el equipo conjunto de investigación existente, planteando al juez la necesidad de constituir uno nuevo. La resolución argumentaba que la modificación propuesta iba más allá de las posibilidades de ampliación o modificación que permite la Ley 11/2003, por cuanto no se trataba de una extensión a nuevos hechos ni de una prórroga de su vigencia temporal, sino que estábamos ante un nuevo procedimiento penal que, a juicio del citado órgano administrativo, precisaba de la adopción de un nuevo acuerdo de constitución, con arreglo al art. 9.2 de la ley 11/2003.

El Auto del Tribunal Constitucional nº 122/2016 que decidió la cuestión de inconstitucionalidad planteada, tras ceñirla al art. 3 (2) de la Ley 11/2003, partiendo de que la constitución de los ECIs incluye un elemento jurídico-internacional (si bien no tuvo en cuenta la judicialidad que caracteriza el contexto del Espacio Judicial Europeo, al que se limita el ámbito territorial de la ley 11/2003), consideró *a limine litis* que la cuestión planteada era “notoriamente infundada”. Abundando en su razonamiento, el TC consideró, desde la perspectiva estricta del control de constitucionalidad y sin perjuicio de las críticas político-legislativas que la norma pudiera merecer, que la decisión del legislador español de atribuir

¹⁰³ Aunque en la consulta pública difundida por el ministerio de justicia en agosto de 2021 se justifique la regulación en vigor, por aprobarse “antes de que se generalizara la aplicación del principio de reconocimiento mutuo”, el cambio de paradigma en la cooperación judicial europea (no jurídica como indica dicha consulta), en lo que se refiere a la judicialización de los instrumentos de reconocimiento mutuo estaba ya consagrada en el Derecho de la Unión.

a un órgano administrativo la facultad de autorizar y formalizar la constitución de un ECI, resultaba irrelevante desde dicho enfoque, al no implicar dicha constitución ejercicio de una potestad jurisdiccional *strictu sensu*, que hubiera podido estar reservada constitucionalmente a jueces y magistrados, por lo que no resultaba incompatible con los apartados 1 y 3 del art. 117 de la Constitución española. Por otro lado, las facultades de autorizar acuerdos de constitución y de ampliación o prórroga de dichos acuerdos, no constituyen funciones de decisión o dirección de las investigaciones judiciales, que se realizan “*bajo la dirección de un fiscal o de un juez, o bajo el liderazgo de ambos*”. Añadiendo que, “*una vez constituido el equipo, este funciona con total independencia y autonomía (del ejecutivo, se entiende), con sujeción a las normas procesales que resulten aplicables.*”

No obstante ello, resulta evidentemente, que el sistema vigente de autorización administrativa en los ECIs judiciales debe superarse y simplificarse estableciendo un único y homogéneo régimen de autorización. Lejos de la generalización de la autorización previa del Ministerio de Justicia debe establecerse un sistema de autorización autónoma para todos los órganos judiciales, como el más adecuado con la cooperación judicial en un Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia de la UE plenamente judicializado y basado en la transmisión y comunicación directa entre autoridades judiciales. La pervivencia de sistemas de autorización basados en autoridades centrales en relación con instrumentos de cooperación judicial constituye un inaceptable “injerto gubernativo” en el procedimiento penal español y debe considerarse una reminiscencia a extinguir, máxime cuando el posible apoyo material y financiero al ECI, que pudiera esperarse del Ministerio de Justicia como autoridad central, se encuentra plenamente cubierto por el papel de agencias de la UE como Eurojust y Europol, que permiten operar a los ECIs sin depender de la financiación alguna por parte de los Estados miembros.

El proyectado artículo 5 APLO 2022, resolvía con solvencia uno de los aspectos más espinosos de la regulación actual consistente en la intervención del ministerio de justicia en la constitución de los ECIs, quedando restringida su intervención a los equipos con participación de terceros países, en coherencia con su condición de autoridad central en materia de cooperación internacional respecto de los Estados no pertenecientes a la UE. Por lo tanto, en el ámbito de los ECIs entre Estados

de la UE, no obstante las consideraciones del Auto del Tribunal Constitucional núm. 122/2016, vertidas desde la perspectiva estricta del control de constitucionalidad, la regulación que más se compadece con el protagonismo de las autoridades judiciales en la cooperación internacional del Espacio Judicial Europeo es aquella que prevea que las autoridades judiciales competentes españolas puedan (como recuerda dicho Auto, la creación de un ECI es una facultad no un deber) constituir directamente un ECI judicial con las autoridades competentes de otro Estado miembro, así como adherirse de la misma forma a equipos ya constituidos.

4.2.3. Acuerdo de constitución de un ECI entre autoridades judiciales europeas

Más allá de disquisiciones doctrinales sobre su naturaleza contractual, lo más relevante para determinar su eficacia en el procedimiento penal, es que el acuerdo de constitución, al carecer de la naturaleza propia de una resolución jurisdiccional, -sólo predicable de providencias, autos y sentencias (art. 245 de la LOPJ)-, no es susceptible de impugnación por las partes personadas en el procedimiento penal. Pese a lo anterior, el acuerdo de constitución tendrá un impacto inmediato en la investigación penal por cuanto es el marco consensuado que establece, por poner un ejemplo, el uso que se dará a la información obtenida en el curso de la investigación o que contiene el objetivo de investigación financiera y su coordinación con la estrategia general de recuperación de activos. En base a lo expuesto, razones de seguridad jurídica y muy especialmente el respeto al derecho fundamental a un proceso justo y a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE), demandan que el acuerdo de constitución esté siempre acompañado de una resolución en forma de Auto -en el caso de los jueces - o de un Decreto - en el caso de los fiscales -, en la que se justifique la necesidad de constituir el equipo conjunto, así como cualquier información relevante que afecte a las decisiones adoptadas.

4.2.4. ECIs Judiciales con terceros países

En relación con la constitución y firma de una ECI con uno o varios terceros países, así como la adhesión de un tercer país ECI ya constituido, teniendo en cuenta elemento jurídico-internacional y la condición de autoridad central del Ministerio de Justicia en relación con la cooperación internacional con terceros países, la misma deberá ser previamente

autorizada por el Ministerio de Justicia conforme al procedimiento existente. A tal efecto, se entenderá por tercer país, cualquier Estado no miembro de la Unión Europea con el que España tenga suscrito algún Tratado de carácter bilateral o multilateral que prevea la constitución de ECIs. No obstante ello, el informe de Eurojust (*Eurojust Casework on Corruption: 2016-2021 Insights*, de mayo de 2022), contempla un régimen más flexible, al aceptar la constitución de equipos conjuntos con terceros países sobre la base del principio de reciprocidad. La posibilidad de acudir al principio de reciprocidad dentro de este régimen general para la constitución de un ECI con terceros países, permitiría dar una salida a necesidades concretas en casos justificados, cuando no se cuente con un convenio bilateral o multilateral, siempre y cuando una nueva regulación extienda el ámbito de aplicación territorial vigente a terceros países, proporcionándonos un marco legal actualizado y suficiente a nivel nacional para cubrir este valor añadido de los ECIs.

En cuanto al procedimiento para la autorización de un ECI con terceros países, conviene tener en cuenta que los ministerios de justicia no firman el acuerdo de constitución del ECI, sino que se limitan a dictar la resolución previa autorizando dicha constitución, respetando el ámbito de actuación operativo de las autoridades judiciales. En aras a la necesaria claridad jurídica, cualquier texto normativo que se proyecte debería hacer referencia a la información que las autoridades judiciales trasladan a la gubernativa a fin de obtener dicha autorización. Concretamente, teniendo en cuenta la confidencialidad propia de los procedimientos en los que el acuerdo de constitución previo al ECI va a ser autorizado por el ministerio de justicia y, dada su condición de autoridad gubernativa, el contenido de la solicitud debería limitarse a lo siguiente:

- la base legal o normativa, tanto nacional como internacional,
- una mera referencia al delito investigado, sin que proceda más allá del *nomen iuris* facilitar información operativa alguna sobre los hechos objeto de la investigación,
- la dimensión internacional de la investigación se desprende claramente de la información ya facilitada en relación al tercer país llamado a ser parte del ECI. A veces la publicidad de los Estados afectados por sí misma puede comprometer o poner en riesgo la eficacia de la investigación por lo que se tendrá que valorar la oportunidad de la misma.
- El mismo criterio restrictivo debe operar respecto de la información sobre los fines u objetivos que se persiguen con la firma del ECI, que

consideramos improcedente sean indicados en un documento de formalización a firmar por una autoridad gubernativa, teniendo en cuenta su claro componente o naturaleza operativa y que la difusión de dicha información en unas actuaciones secretas pueden comprometer el éxito de la investigación.

- En el mismo sentido, la identificación del director o directores del ECI es innecesaria. Mucho menos en relación con los miembros policiales, ya que resulta contrario a su seguridad, sin que haya nada que objetar a facilitar información de la agencia de la UE que puedan participar en el mismo.
- Por último, no se entiende que el ministerio de justicia justifique o realice indicación alguna sobre la motivación de la necesidad (eminentemente operativa) del ECI, ni que se pronuncie sobre el objeto y fines de una investigación secreta.

En el caso de ECIs con terceros países, al acuerdo de constitución debe unirse, una copia de la resolución de autorización dictada por el Ministerio de Justicia. En efecto, cuando las autoridades judiciales competentes consideren oportuna la constitución de un ECI con un tercer país, acordarán mediante resolución motivada remitir una solicitud de autorización al Ministerio de Justicia. Dicha comunicación indicará la identificación de la autoridad judicial solicitante; el delito y número de procedimiento en el que se constituye el equipo, así como del Estado o Estados con los que se deba firmar y, a ser posible, la autoridad judicial que dirija la investigación en dicho país. Igualmente habrá que hacer referencia a la base legal internacional aplicable para la constitución del equipo, su plazo de vigencia inicial y la identificación de los organismos de la UE que participarán en el mismo.

Recibida la solicitud de autorización el ministerio de justicia recabará la conformidad de las autoridades competentes de los Estados llamados a ser parte del ECI y emitirá resolución autorizando su constitución con indicación de los Estados que lo componen y su plazo de vigencia, remitiendo dicha autorización a la autoridad solicitante, al objeto de que pueda constituir el ECI.

Una vez recabada la autorización de la autoridad central, el acuerdo de constitución de un ECI o de adhesión a uno ya constituido, a negociar y firmar por las autoridades judiciales respectivas, deberá contener, como mínimo, las especificaciones siguientes:

- a) Voluntad explícita de constitución de un ECI.

b) Sucinta exposición de los hechos investigados, las razones que aconsejan la creación de un ECI y su duración, que en el caso español no podrá exceder de doce meses, sin perjuicio de ulteriores prórrogas¹⁰⁴.

c) Identificación del director o directores español y extranjero del ECI, con expresión de sus competencias respectivas,

d) Identificación del resto de integrantes del ECI. Los efectivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que intervengan en el mismo serán identificados con su número profesional.

e) Referencia explícita a la legislación aplicable a la actuación del ECI, incluyendo, mediante anexo, 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.

f) Especificación, en su caso, de las medidas organizativas que sean necesarias para que el equipo pueda actuar.

g) Régimen jurídico sobre la utilización, por los miembros del ECI, de las informaciones obtenidas en el curso de la investigación.

h) Autorización o condiciones que han de concurrir para que personas no constituyentes del ECI puedan participar en sus actividades. En este caso, deberá hacerse una referencia explícita a los derechos conferidos a éstos¹⁰⁵.

i) En su caso, previsiones sobre la recuperación y gestión de los activos del grupo u organización criminal o de las personas investigadas.

j) En caso de constitución de un ECI con terceros Estados, deberá recogerse las garantías que serán de aplicación para la transferencia de los

¹⁰⁴ El periodo máximo de establecimiento de un ECI no está determinado en ninguna de las normas aplicables, por lo que, en principio, puede entenderse sujeto al arbitrio de las partes a la hora de negociar el acuerdo. No obstante, siendo obligatorio que el texto del acuerdo estipule claramente el periodo de vigencia del ECI, el plazo consensuado puede además prorrogarse o reducirse de común acuerdo, siempre que las circunstancias de la investigación lo aconsejen, debiéndose plasmar estas posibilidades en el propio texto. En la práctica, lo habitual es que los ECI tengan una duración que oscila entre 12-24 meses, por lo que en España frecuentemente se tomará en consideración la necesidad de prorrogar la instrucción conforme al actual art. 324 LECrim. En ese sentido, el límite de doce meses, sin perjuicio de ulteriores prórrogas.

¹⁰⁵ La autorización o condiciones de los organismos participantes en el ECI, además de la referencia explícita a los derechos conferidos a éstos, debería también indicarse el estatus o condición en la que participan, es decir si en representación de la agencia o institución de la que proceden o como autoridad nacional, en el caso de que permanezcan en servicios activos en sus carreras de origen.

datos personales a terceros Estados en los términos previstos en los art. 43 a 47 de la LO 7/2021

k) Si fuera posible, se determinará la jurisdicción o las jurisdicciones competentes para el enjuiciamiento de los distintos delitos investigados.

4.3. Cuestiones disputadas relacionadas con la composición del ECI

4.3.1. De vueltas con el coliderazgo del Ministerio Fiscal

Uno de los aspectos más controvertidos de una futura Ley es la distinción de las distintas categorías de integrantes que conformarán el ECI, y el papel que desempeñará cada una de ellas. Cabe distinguir cuatro categorías de integrantes del equipo:

- 1) director o directores españoles y el director o directores extranjeros;
- 2) los miembros españoles y extranjeros;
- 3) los miembros destinados y
- 4) los participantes.

El art. 12 del APLO 2022 contenía¹⁰⁶ una muy desafortunada redacción por omisión, en tanto que no soluciona uno de los principales problemas que viene planteándose en la práctica a causa de la indefinición actual de la Ley 11/2003 y, que no es otro, que el papel o posición que corresponde al Ministerio Fiscal en los ECIs de ámbito judicial o la posibilidad de coliderazgo con el Juez de Instrucción. En el texto proyectado, el prelegislador otorgaba la facultad para designar al director o directores del equipo conjunto a la autoridad competente que - salvo en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal/expedientes de reforma de menores -, sería el juez de instrucción al cargo de la investigación en el procedimiento penal respectivo, atomizando dicha decisión, que quedaba al criterio exclusivo de cada juez de instrucción, sin perjuicio de los recursos que pudieran interponerse contra su decisión por el Ministerio Fiscal.

Sorprendentemente, y pese al intenso debate jurídico que ha planeado durante los últimos años sobre esta cuestión, se opta por la tibieza e

106

<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Antepryecto%20de%20Ley%20org%C3%A1nica%20equipos%20conjuntos%20de%20investigaci%C3%B3n.pdf>

indefinición como inapropiada pauta normativa, desaprovechando la oportunidad de arrojar claridad y seguridad jurídica en esta materia, al tiempo que se reconociera el papel que el Ministerio Fiscal viene asumiendo de manera pacífica, consolidada y exitosa en el plano de la cooperación jurídica internacional y la ya comentada condición de autoridad judicial que le es reconocida en el Derecho de la Unión. De hecho, son coliderados todos los ECIs que se han constituido en la Audiencia Nacional, donde se tramitan los procedimientos más relevantes contra el crimen organizado de nuestro país y, salvo contadas y pendulares excepciones, también lo eran en el resto del territorio nacional. Dejar al criterio de cada juez de instrucción la decisión del coliderazgo, mantendría la indefinición y atomización existente con la dualidad de criterios existentes sobre la constitución de los ECIs, para el desconcierto de los operadores nacionales y extranjeros. Con ello, se malograría, precisamente, uno de los fines que justifican la reforma legal pendiente.

En ese sentido, no dejaba de ser preocupante que el ministerio de justicia hubiera desechado entre las diferentes versiones del borrador de APLO 2022, precisamente, aquella en la que se abordaba esta cuestión y se regulaba expresamente el coliderazgo entre el juez y fiscal, dando una solución legal a este problema creado, de manera ciertamente artificial, y que sitúa a España como el único país del mundo en el que el Ministerio Fiscal, pese a estar llamado a proponer y utilizar la prueba recabada en el ECI en el plenario, no puede codirigir este mecanismo de cooperación judicial utilizado para obtenerla en la fase de investigación.

Esta situación se produce sin que haya habido cuestionamiento alguno legal o constitucional de dicha situación procesal. De hecho, el ATC nº 122/2016, tras declarar que las facultades de autorizar acuerdos de constitución y de ampliación o prórroga de dichos acuerdos, no constituyen funciones de decisión o dirección de las investigaciones judiciales, añadía con naturalidad que las mismas se realizan en España “bajo la dirección de un fiscal o de un juez, o bajo el liderazgo de ambos”. Lo que supone un reconocimiento intrínseco o tácito, de la realidad predominante del coliderazgo en la práctica forense española, en la principal resolución dictada en nuestro país sobre este instrumento de cooperación internacional por este Alto Tribunal. Para terminar afirmando que “una vez constituido el equipo, este funciona con total independencia y autonomía, con sujeción a las normas procesales que resulten aplicables.”

El reconocimiento de un régimen homogéneo de autorización autónoma a las autoridades judiciales frente a la autorización de las autoridades centrales, como sistema que más se compadece con el espacio judicial europeo basado en la comunicación directa y el reconocimiento mutuo, no debe permitir la posible negación del coliderazgo del Ministerio Fiscal español, ya que ello conllevaría, inexorablemente, al efecto indeseable de dejarle fuera de este importante mecanismo de cooperación judicial. Estos comentarios son relevantes dado que el texto del APLO 2022 dejaba a cada juez de instrucción la decisión sobre la jefatura del equipo y, por lo tanto, si el ministerio fiscal colidera o no el mismo. Con ello se mantenía la inseguridad jurídica reinante en una cuestión clave para el futuro de este mecanismo de cooperación en España,¹⁰⁷ comprometiendo de manera incomprensible el resto de las modificaciones proyectadas para su mejor funcionamiento.

No debe olvidarse que, tanto el Convenio 2000 como la Decisión marco 2002, son normas de cooperación reforzada adoptadas conforme a las limitaciones del antiguo tercer pilar, por lo que si bien responden al objetivo de mayor seguridad que imperaba en el momento de su creación, no tienen presente aspectos tan importantes como aquellos relativos a los derechos y garantías procesales de los investigados, lo que se refleja en la ley de transposición, lo que refuerza la oportunidad y la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal, como aspecto clave del funcionamiento del ECI, ya que permite el adecuado control de legalidad del Fiscal en el funcionamiento de un potente mecanismo de investigación transfronterizo, constituido en el marco de actuaciones secretas, sin que

¹⁰⁷ En 2023 la Audiencia Provincial de Barcelona dictó dos resoluciones contradictorias resolviendo sendos recursos de apelación interpuestos por la fiscalía contra autos que decidían sobre la composición de sendos equipos conjuntos con Francia excluyendo al ministerio fiscal. En una la Sección Octava en Auto nº 156/2023 de 9 de febrero de 2023, en el Rollo 732/22 estimaba el recurso de apelación del ministerio fiscal contra el Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Badalona de 12 de septiembre de 2022 por el que se proponía la constitución de un equipo conjunto de investigación en las Diligencias Previas 266/2022 relegando a la posición de participante al ministerio fiscal junto a Eurojust y Europol, revocando íntegramente dicha resolución en todos sus pronunciamientos. Sin embargo, en el mismo año diferente suerte corrió el recurso interpuesto por el fiscal, con idénticos argumentos, contra el Auto dictado el 5 de diciembre de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº. 7 de Vilanova i la Geltrú, proponiendo al ministerio de justicia otro equipo conjunto con Francia bajo el modelo de liderazgo del juez instructor “de forma exclusiva y excluyente”, que fue desestimado por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto nº 472/2023 de 17 de abril de 2023.

dicho control suponga cuestionamiento alguno a la dirección de la instrucción por el Juez.

Por lo tanto, una regulación expresa que permita el coliderazgo y la mención de dicha posibilidad en relación al contenido mínimo del acuerdo de constitución, en lo relativo a la identificación del director o directores españoles, despejaría cualquier duda sobre su legalidad. Además, la necesidad de concretar sus competencias respectivas evitará equívocos sobre cualquier solapamiento de las funciones complementarias del juez y el fiscal en caso de coliderazgo, ya que ambos siempre actuarán, como indica el Art. 1 (3) letra a) de la DM, *dentro de los límites de las competencias que tengan atribuidas con arreglo a la legislación nacional*. En la misma línea, se debería hacer referencia al director extranjero en plural (directores) ya que el coliderazgo no es una rareza del sistema legal español, sino que se trata de un aspecto normalizado en los ECIs de otros Estados miembros, como refleja la Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación, publicada por el Consejo el 14 de febrero de 2017 como documento nº 11501/16: “En la práctica, en los Estados miembros en los que un juez de instrucción y un fiscal participan en el mismo asunto, es posible designar dos jefes del ECI.”

Consideremos las consecuencias, ¿Qué ocurrirá cuando la autoridad competente (juez instructor) se designe a sí mismo como único director del ECI, con la excusa de evitar “interferencias” en su liderazgo? ¿Dónde colocamos al Ministerio Fiscal en el acuerdo de constitución? ¿Quedaría el fiscal fuera del equipo o pasará a integrar alguna de las categorías restantes con arreglo al apartado 1º del art. 12 del APLO?

Por todos es sabido que una interpretación coherente y sistemática de la Ley impide que el fiscal, por su encaje y función constitucional, pueda integrarse en la categoría de *miembros* (reservada para los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los funcionarios públicos españoles que se designen en el acuerdo de constitución) o *participantes* (representantes de órganos o agencias, europeas o internacionales, que coadyuvan al funcionamiento del equipo conjunto de investigación para la consecución de sus fines). Recordemos que tanto los miembros como los participantes están subordinados y quedan sometidos a las decisiones adoptadas por el director del equipo, circunstancia ésta que es incompatible con la naturaleza y función constitucional del Ministerio Fiscal (Art. 12, apartado 4, c) y d). El Ministerio Fiscal queda en la más absoluta indefinición desde el momento que, de forma totalmente

aleatoria, podrá limitarse su intervención en una parte de la investigación penal, situación que es incompatible con la legislación procesal.

Sobre esta cuestión, el Consejo Fiscal emitió informe el 23 de julio de 2014 en el que abordaba la problemática relativa a los equipos de investigación penal, apuntando que: “El respeto a la autonomía funcional del Ministerio Fiscal y su posición procesal impide que el Fiscal sea un miembro en el ECI ya que la ley española contempla estos miembros como los investigadores a los que el jefe del equipo pueda encomendar la ejecución de medidas de investigación. Resulta por tanto obvio que el Fiscal no puede participar en un mecanismo de obtención de pruebas en una posición de subordinación al jefe del equipo, puesto que ello resulta incompatible de todo punto con la posición autónoma que le corresponde y que se deriva de la Constitución y las leyes”. Alcanzando la conclusión siguiente: “La exclusión del Fiscal del ECI podría dar lugar a que el mismo Ministerio Público, las defensas o las acusaciones planteen una nulidad puesto que su ausencia priva a los afectados por la investigación de una garantía imprescindible en el procedimiento español, cual es la intervención de un defensor de la legalidad y de los derechos fundamentales”.

Insistimos en que la ley procesal penal en España, huyendo de ya superados sistemas inquisitivos, no permite la tramitación de un procedimiento penal – ni siquiera una pieza separada del mismo - en la que el fiscal no esté autorizado a constituirse como parte con las funciones de inspección que le otorga el art. 306 de la LECrim, o tenga limitada su facultad de intervención en la misma. Con mayor motivo incluso cuando la pieza de investigación es declarada secreta – como sucede en el caso de los ECIs –, con las restricciones que ello supone para las garantías procesales consagradas en el art. 24 de la CE.

Recordemos en este punto que la STC núm. 83/2019, de 17 de junio, citando la anterior Sentencia núm. [18/1999](#), de 22 de febrero, afirmaba que el secreto de actuaciones, como instrumento preordenado a asegurar el éxito de la investigación penal, ha de emplearse con cautela evitando todo exceso, tanto temporal como material, alejado de lo imprescindible (SSTC [100/2002](#), de 6 de mayo, FJ 4, y [18/1999](#), de 22 de febrero, FJ 4). La declaración de secreto ha de utilizarse de forma restrictiva en tanto que comporta el sacrificio de otros intereses y derechos igualmente dignos de protección. Asimismo, debe evitar el instructor que el secreto constriña en tal modo los derechos fundamentales de los afectados por la medida que implique la omisión de las garantías legítimamente reconocidas

(STC [18/1999](#), de 22 de febrero, FJ 4). Coincidiremos pues en que la citada doctrina constitucional se compadece bien poco con la posibilidad, contemplada en el Anteproyecto, de constituir un ECI dirigido por el juez instructor y la autoridad extranjera competente, integrado por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con participación de representantes de distintas agencias, en las que se relega la intervención del Ministerio Fiscal a lo que buenamente decida el instructor, como puede ser su exclusión de las reuniones de coordinación, o la decisión de darle entrada únicamente a los efectos de notificación de resoluciones judiciales o adopción de medidas cautelares, privándole de la posibilidad de participar de forma activa en todas las fases de la investigación como dispone el art. 306 y 773 de la LECrim.

El legislador español no puede desconocer que, si hay un instrumento de investigación en el que debería garantizarse la participación activa del fiscal - desde el inicio del proceso de decisión y no *ex post facto*, mediante simples notificaciones – este es el equipo conjunto de investigación, teniendo en cuenta su funcionamiento prolongado en el tiempo (hasta doce meses), la horizontalidad de su ámbito material de aplicación en relación a las diligencias de investigación transnacionales que abarca, máxime cuando en su marco se coordinan diligencias intrusivas de derechos fundamentales, así como la complejidad y gravedad de las causas en las que se constituye. Por ello, debemos rechazar cualquier tipo de regulación que permita margen de maniobra alguno a decisiones e interpretaciones que permitan excluir al Fiscal de su funcionamiento, por redundar en una merma de la salvaguarda de las garantías procesales reconocidas por nuestra Constitución en relación al proceso penal.

Pensemos en aquellas medidas o diligencias que precisan de previo informe del fiscal o de la participación del fiscal en su toma de decisión, como las medidas intrusivas o que comprometen derechos fundamentales, como por ejemplo la aprobación de operaciones encubiertas, intervenciones de telecomunicaciones, entradas y registros, entregas controladas, vigilancias transfronterizas con utilización de dispositivos técnicos... cuya adopción se plantearán y valorarán en el seno de la actuación del ECI. De hecho, los ECIs se rigen por las normas procedimentales del Estado en que se practiquen y, por lo tanto, los roles procesales del juez instructor y el fiscal no sufrirán alteración alguna como consecuencia de la constitución del ECI y de la atribución conjunta de la dirección de este.

Consideramos por tanto una prioridad que se acomode el papel del juez instructor y el fiscal, en el marco de la actuación de los ECIs, al

concepto de “autoridad judicial” que se reconoce al Ministerio Fiscal en el ámbito de la cooperación judicial internacional, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE ya mencionada en este informe.

A mayor abundamiento, y descendiendo a un plano más práctico, la Guía práctica de los equipos conjuntos de investigación de 2017 elaborada por la Red de ECI en cooperación con Eurojust, Europol y la OLAF (6128/1/17 REV 1), confirma que, en la práctica, en los Estados miembros en los que un juez de instrucción y un fiscal participan en el mismo asunto, es posible designar dos jefes del ECI. El mismo criterio estaba recogido en el manual para la constitución de ECIs aprobado por Eurojust en su versión de 2011 (documento del Consejo 15790/1/11 Rev1), que no solo admitía sino que recomendaba el coliderazgo, señalando que: “Se permite una cierta flexibilidad en la estructura de la jefatura (...) siempre que esté clara la estructura de la jefatura”, así como que “Las experiencias que han tenido lugar hasta ahora han puesto de manifiesto que los Estados miembros prefieren disponer de más de un jefe de equipo, en lugar de disponer de un solo jefe que cargue con toda la responsabilidad”. También otros manuales como el *Handbook* publicado en marzo de 2014 sobre la lucha contra el crimen organizado y la corrupción entre los Estados de los Balcanes, se posiciona en favor de otorgar el liderazgo a la fiscalía, alegando que la investigación debe conducirse con miras al ejercicio de la acción penal y posterior enjuiciamiento de los hechos delictivos. Este manual confirma que algunas legislaciones de terceros países han adoptado esta tesis como es el caso de la Ley de asistencia mutua en materia penal del Bosnia Herzegovina (art. 24.6).

En definitiva, la futura ley reguladora de los ECIs, debe alinearse con la propia Ley 23/2014 (artículo 187.2) y la jurisprudencia del TJUE, otorgando al Ministerio Fiscal la condición de director del equipo conjuntamente con el juez de instrucción, como autoridad judicial en materia de obtención de prueba transfronteriza, desoyendo las voces críticas que cuestionan dicho papel desde planteamientos básicamente corporativistas. Procede reiterar en este punto las conclusiones del Informe del Consejo Fiscal sobre la problemática de los ECIs cuando señala que: *“En el fondo de este debate late la cuestión, largamente discutida, de cuál deba ser el papel del Fiscal en la instrucción en España, ya que sin duda no es simplemente una parte y, como defensor de la legalidad e impulsor de medidas cautelares y de investigación, su posición no encaja en modo alguno en la de miembro destinado en el ECI. La posición de coliderazgo, siempre acordada por el Juez y el Fiscal, no modifica en modo alguno sus*

respectivas competencias en la investigación interna, ni altera la posición que a cada uno corresponde en el procedimiento español, pero permite mantener y visualizar al Fiscal como corresponsable de la investigación, y encargado de llevar el resultado de esta al juicio oral, que es la posición que realmente ocupa en nuestro procedimiento penal (...)”.

En virtud de lo expuesto, la futura ley de ECI debería contener una previsión más respetuosa con la condición del Ministerio Fiscal como autoridad judicial en el marco de la cooperación judicial internacional, que pasaría por añadir una precisión referida a las competencias atribuidas a cada uno en la legislación española, en los términos previstos en el art. 1 (3) b) de la Decisión marco que implementa.

En ese sentido desde la UCIF se propuso añadir al artículo 12 proyectado, un párrafo del siguiente tenor que puede orientar un futuro texto normativo:

“(...). Los directores españoles del equipo conjunto de investigación serán el juez de instrucción competente y el miembro del Ministerio Fiscal designado por la persona titular de la Fiscalía General del Estado para la investigación objeto del equipo conjunto de investigación, que ejercerán conjuntamente la codirección del equipo conjunto de investigación, cada uno dentro de los límites de las competencias que tenga atribuidas con arreglo al ordenamiento jurídico español.

En el caso de diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, ejercerá la dirección el miembro del Ministerio Fiscal designado por la persona titular de la Fiscalía General del Estado para la investigación objeto del equipo conjunto de investigación.

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”.

Nos compensa ser reiterativos en este punto: el papel no solo garante de la legalidad del Ministerio Fiscal español, de manera coadyuvante con el Juez de Instrucción en la organización y funcionamiento de este poderoso mecanismo investigador, es la mejor fórmula para garantizar su mejor resultado de manera respetuosa con los derechos fundamentales y garantías procesales. Además, en la práctica, el Ministerio Fiscal asume, desde su posición de colíder, la función de velar por la admisibilidad del material probatorio recabado en el marco del ECI y el cumplimiento de las formalidades y requisitos procesales necesarios para que pueda ser oportunamente utilizado en el juicio oral, siendo la autoridad que está mejor posicionada, por intervenir durante el procedimiento penal español

tanto en la fase de investigación como en el plenario, para ejercer dicha función. De ese modo, nos parece particularmente acertado que la versión del APL pendiente de nuevo lanzamiento, considerara la función supervisora del Ministerio Fiscal como co-director del equipo, facilitando su papel de velar por la admisibilidad de la prueba que se obtenga de otro/s Estado/s y, con ello, la labor del juez de instrucción en esta ardua tarea de selección de la prueba necesaria, evitando pruebas prescindibles o cuya admisibilidad pueda ser cuestionada de acuerdo con el ordenamiento español, lo que desde mi punto de vista es probablemente el principal reto de los ECIs, si tenemos en cuenta la necesidad de abordar la obtención de la cada vez más predominante prueba electrónica con criterios de una mínima racionalidad.

4.3.2. Mención a la ORGA como miembro del ECI en investigaciones financieras

En relación a los integrantes del ECI, nos parece oportuno hacer una reflexión adicional sobre el concepto de *miembros* españoles del equipo concediendo tal condición tanto a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como a aquellos funcionarios que se designen en el acuerdo de constitución, modificación o adhesión. Dentro de la segunda categoría encontrarían encaje los funcionarios de la oficina de gestión y recuperación de activos (ORGA), concebida como un órgano de la Administración General del Estado y auxiliar de la Administración de Justicia, al que corresponden las competencias de localización, recuperación, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal y de cualesquiera otras que se le atribuyan, en los términos previstos en la legislación penal y procesal (art. 1 del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, *por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*).

La ORGA desempeña un rol fundamental en la investigación financiera inherente a la localización de activos transfronteriza relacionada con delitos de blanqueo de capitales, gracias a su dimensión internacional que le faculta para proyectar su actuación fuera del territorio nacional en auxilio de las autoridades judiciales españolas, intercambiando información con otras AROs de la Unión Europea y de terceros Estados que tengan entre sus competencias la recuperación de activos, cuando resulte conveniente, en el ejercicio de sus funciones (art. 12 del Real

Decreto 948/2015). En ese sentido, la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos, que se encuentra pendiente de publicación en el DOUE tras su revisión lingüística, destaca que es preciso reforzar la capacidad de las autoridades competentes de privar a los delincuentes de los ingresos procedentes de actividades delictivas. A tal fin, deben establecerse normas para mejorar la identificación, el seguimiento y la gestión efectivos de los bienes que sean propiedad o estén bajo el control de personas y entidades sujetas a tales medidas restrictivas y para favorecer una mayor cooperación internacional de los organismos de recuperación de activos (AROs) con sus homólogos de terceros países, inherentes a la investigación financiera que puede ser objeto de los ECIs.

En definitiva, parece recomendable introducir una referencia expresa a los funcionarios de la ORGA como miembros españoles del equipo conjunto de investigación, cuando los fines de la investigación requieran actuaciones específicas para la recuperación y gestión de activos.

5. ECI EN LA ERA DIGITAL: BREVE REFERENCIA A LA PLATAFORMA DE COLABORACIÓN

Sin duda la digitalización, entendida como la generalización de los sistemas automáticos o telemáticos de tramitación de expedientes digitales en la administración de justicia, que progresivamente van sustituyendo a los tradicionales legajos o causas en papel por documentos escaneados y/o en soporte electrónico en la tramitación del procedimiento penal, las notificaciones, comunicaciones y auxilios o la propia celebración online de juicios, está transformando también el entorno de trabajo en la cooperación judicial internacional. Si como operadores jurídicos nos preguntamos sobre el cambio más relevante que hemos experimentado en nuestra vida laboral durante las últimas décadas, probablemente, la respuesta predominante, por encima de la efervescencia normativa derivado de la construcción del espacio de libertad seguridad y justicia con sus continuas modificaciones en la legislación nacional, se refiera al impacto causado por la progresiva digitalización de la justicia en nuestra manera de trabajar. Sin perjuicio de que la digitalización no sea un fin, sino una herramienta para facilitar nuestro trabajo, se trata de una herramienta irrenunciable que ha llegado para quedarse y evolucionar más rápidamente de lo que podamos imaginar, como demuestra la irrupción en los últimos años de la inteligencia artificial. El reto de la digitalización, más que una

opción es una obligación para todas las autoridades judiciales y, por extensión, para todos los operadores jurídicos.

Como refleja el informe ejecutivo de la compilación sobre el impacto de la Covid-19 sobre la cooperación judicial en materia penal¹⁰⁸, cuyas actualizaciones tuvo el honor de coordinar desde Eurojust durante el año 2020, tal vez el único efecto positivo de la pandemia de la COVID-19, haya sido el hacernos caer en la cuenta de manera brusca, de bruces podemos decir, con la urgente necesidad de actualizar nuestros sistemas judiciales a las exigencias de la era digital. Esta situación excepcional ha puesto de manifiesto las vulnerabilidades de los sistemas judiciales europeos pero, también, la resiliencia y adaptabilidad de los mismos para promover soluciones digitalizadas, forzando un cambio de mentalidad que ha propiciado, finalmente, el uso generalizado de las comunicaciones por correo electrónico¹⁰⁹, superando las reticencias existentes en relación al uso de la videoconferencia, permitiendo con ello dar una respuesta rápida y eficiente a las exigencias de cooperación internacional.

En cualquier caso, la digitalización nos ofrece, principalmente, oportunidades para un mejor control y un uso más eficiente de los recursos en la justicia penal, haciendo posible la trazabilidad de las pruebas que se utilizarán finalmente por los fiscales en los juicios a través de todo el sistema de justicia penal (garantizando la cadena de custodia) incluso en su dimensión transfronteriza. El formato electrónico, a su vez, facilita la revisión analítica y el cruce de datos, tan útil en las investigaciones financieras, acelerando el tiempo de obtención y disponibilidad de pruebas. El sistema e-CODEX fue creado en diciembre de 2020 y abarca un conjunto de programas informáticos que permiten la conectividad entre los sistemas nacionales. Facilita que autoridades judiciales, profesionales de la Justicia y ciudadanos intercambien documentos, formularios y pruebas por vía telemática de manera rápida y segura.

Por otro lado, el 28 de julio de 2023 se publicó el paquete normativo compuesto por el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de procesos penales y la Directiva (UE) 2023/1544 del

¹⁰⁸ <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/st05563.en22.pdf>

¹⁰⁹ Tanto dentro de la UE y a nivel europeo como en países Iberoamericanos, salvo en contadas excepciones (e.g. Costa Rica).

Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales. Con este paquete normativo el legislador europeo establece un nuevo marco legal ante la necesidad de cooperación directa entre autoridades judiciales de los Estados miembros y proveedores de servicios radicados en países no pertenecientes a la UE, pero que prestan servicios en el ámbito de la Unión Europea, para la obtención de prueba electrónica almacenada por los proveedores de servicios, que abarca datos de contenido, datos de tráfico y datos de abonados. Su ámbito de aplicación (arts. 1 y 2 del Reglamento), queda restringido a los procesos penales (investigaciones penales o a efectos de la ejecución de una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de al menos 4 meses tras una resolución penal). Aunque específicamente, indica el Reglamento (art. 2.4) que no se aplicará con el fin de prestar asistencia judicial mutua a otro Estado miembro o un tercer país, no parece que esta restricción pueda llegar a resultar problemática en el ámbito de actuación propio de los ECIs, pudiendo así verse favorecidos los terceros Estados participantes en el ECI.¹¹⁰

Asimismo, hay todo un mundo de las posibilidades presentes y futuras que nos ofrecen los sistemas Inteligencia Artificial (AI) en el uso de algoritmos de ayuda a la valoración de la prueba y de los denominados “algoritmos predictivos” que pueden auxiliar a las autoridades judiciales y policiales en la prevención del delito y que deberá ser siempre respetuoso con los derechos y libertades fundamentales del ciudadano en relación con el debido proceso, en línea con el Libro Blanco sobre esta materia aprobado por la Comisión Europea. En cualquier caso, el uso de algoritmos por las autoridades judiciales en la UE exige un enfoque antropocéntrico en la aproximación normativa que evite cualquier planteamiento asimétrico dentro de la UE. Ese enfoque previo permitirá que la posterior cooperación judicial basada en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, goce del nivel de confianza mutua necesario para que las autoridades judiciales de la UE puedan cooperar sin recelos.

¹¹⁰ Sanchez Siscart, José Manuel (2024), “Equipos conjuntos de investigación y ciberdelincuencia. Retos y oportunidades”, ponencia presentada en el *curso del Plan de Formación Continua de la Fiscalía General del Estado para 2024: “Los retos de la delincuencia transfronteriza y su persecución mediante la constitución de equipos conjuntos de investigación (ECIs)”*, desarrollado los días 14 y 15 de febrero en la Sede de la Fiscalía General del Estado en Madrid.

Son muchas las cuestiones abiertas y retos mantenidos para los profesionales de la justicia se extienden, más allá de la mera transmisión de formularios estandarizados inherente al régimen de reconocimiento mutuo, a la problemática de la transmisión y acceso a información confidencial; la integridad de los datos y la autenticación de los documentos electrónicos vinculada con la admisibilidad de la prueba; la gestión de archivos de gran tamaño; o el uso y reconocimiento de la firma electrónica a nivel transfronterizo. Para todas estas cuestiones, la necesidad de una plataforma-portal de comunicación segura, aparece como la solución más recomendable, al menos dentro de la Unión Europea. La solución requiere no solo de inversiones para su renovación tecnológica, también de reformas legales que proporcionen una base clara y revestida de seguridad jurídica.

La pregunta clave que cabe hacerse es cómo podemos intercambiar y analizar de manera automatizada datos y material probatorio a nivel europeo entre autoridades judiciales. Hay dos proyectos que pretenden dar respuesta a esa pregunta, tanto el Evidence2 como parte técnica de e-CODEX a fin de vincular grandes paquetes de prueba electrónica al portal e-CODEX a fin de permitir su transmisión segura, de manera que el paquete de prueba sea enviado como simple adjunto bajo el paraguas de transmisión de las OEIs entre los Estados miembros. Los esfuerzos realizados para acelerar la digitalización en la UE se reflejan en la Comunicación de la Comisión publicada en diciembre de 2020 con el título «La digitalización de la justicia en la UE: Un abanico de oportunidades». En ese sentido, los jueces y fiscales de la UE participamos en una fase piloto del sistema digital de intercambio de pruebas electrónicas (eEDES), finalmente basado en un portal que es una página web en superación del inicial proyecto e-Codex, con vistas a mejorar y acelerar el intercambio de prueba transfronterizo entre autoridades judiciales de diferentes Estados miembros. En este sistema e-EDES ya se están intercambiando OEIs (y comisiones rogatorias con IE y DK) entre las fiscalías y juzgados que participan en el proyecto piloto en esta plataforma digitalizada, si bien su conexión con los sistemas de gestión de casos nacionales todavía está pendiente de una solución técnica que pasaría por la robotización. En ese sentido, a fin de adaptar la realidad judicial española al marco tecnológico y digital actual, en diciembre de 2023 se aprobaron en España medidas como la generalización de la celebración de vistas y actos procesales por

vía telemática o la creación de la Carpeta Justicia y se impulsó el expediente judicial electrónico¹¹¹.

Como se destaca en la última Evaluación de la amenaza de la delincuencia grave y organizada de la Unión Europea (SOCTA 2021), y se hace eco la Comunicación de la Comisión Europea de 14 de abril sobre estrategia de la UE contra la Delincuencia Organizada 2021.2025¹¹², la complejidad del modelo de negocio de los grupos de delincuencia organizada, con utilización de nuevas tecnologías y un *modus operandi* cada vez más sofisticado, quedaron evidenciados en los ECIs que desmantelaron EncroChat y Sky ECC, plataformas y redes de telefonía cifrada utilizadas por redes delictivas. En ese sentido la Comisión ha propuesto el camino a seguir para abordar la cuestión del acceso legal y focalizado a información cifrada en el marco de investigaciones y acciones penales y con la necesaria supervisión jurisdiccional, partiendo del hecho de que el cifrado puede ser relevante para el mundo digital al asegurar la reserva de los sistemas y las transacciones digitales y, con ello, la protección de una serie de derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, la privacidad y la protección de datos, si bien existe un riesgo de utilización extensiva con fines delictivos, ocultando la identidad de los delincuentes y el contenido de sus comunicaciones que debe ser objeto de limitación y supervisión con control judicial.

Hasta ahora el intercambio de información y prueba recabada dentro del ECI se viene realizando, fundamentalmente, a través de comunicaciones de email; el canal policial de SIENA o el ecosistema cerrado ofrecido por Eurojust. Estos canales son sin duda un método de transmisión rápido y directo, pero la información es susceptible de ser interceptada o verse comprometida, sin que se compadezcan con los estándares de protección de datos personales que impera hoy en Europa. Por ello, aprendiendo la lección derivada de la pandemia, al ser los ECIs uno de los mecanismos de cooperación que más sufrieron sus efectos y haciéndose eco de la demanda de un "entorno operativo de colaboración en línea" que permitiera el intercambio electrónico de información y pruebas y la comunicación electrónica segura entre los miembros y

¹¹¹ Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. BOE núm. 303, de 20.12.2023. Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/12/19/6/con>

¹¹² SWD -2021- 74 final.

participantes de los ECIs, reflejada en los últimos informes de evaluación coordinados por la Red de ECIs¹¹³ y las conclusiones de la 16ª reunión anual de dicha Red celebrada el 10 de noviembre de 2020¹¹⁴, la Comisión, presentó el 1 de diciembre de 2021, como parte de su agenda de digitalización de la cooperación judicial, un paquete de iniciativas legislativas sobre seguridad y justicia en el mundo digital¹¹⁵. En dicho paquete normativo, se incluía una propuesta para establecer una plataforma digital de colaboración para apoyar el funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación. Esta propuesta ha dado lugar a la mayor novedad legislativa encaminada a garantizar que el intercambio de información y prueba se lleve a cabo de manera segura en el seno de los ECI: el Reglamento (UE) 2023/969 por el que se establece una plataforma de colaboración en apoyo del funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación, de 10 de mayo de 2023.¹¹⁶

Esta plataforma digital, diseñada, desarrollada y gestionada por la Agencia Europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (eu-LISA) - como ya hace con el sistema SIS de nueva generación-, se pone a disposición de los Estados miembros, ofreciendo a sus autoridades, como usuarios, , desde la constitución del ECI hasta que todos los usuarios del ECI los descargan; momento en que se borran automáticamente y permanentemente. En relación con los datos no operativos, los mismos se almacenan durante un máximo de cinco años, si está prevista la evaluación

¹¹³ Véase el cuarto Informe de Evaluaciones de febrero de 2023 <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/fourth-jits-evaluation-report.pdf>

¹¹⁴ Celebrada bajo el título “Solutions for Challenging JITs – JITs in the Digital Era”. <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/conclusions-of-the-16th-annual-meeting-of-the-national-experts-on-jits.pdf>

¹¹⁵ Reglamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial. DOUE» núm. 2844, de 27 de diciembre de 2023 <https://www.boe.es/doue/2023/2844/L00001-00029.pdf>

¹¹⁶ Reglamento (UE) 2023/969 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por el que se establece una plataforma de colaboración en apoyo del funcionamiento de los equipos conjuntos de investigación y se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726. DOUE» núm. 132, de 17 de mayo de 2023, DOUE-L-2023-80667. <https://www.boe.es/doue/2023/132/L00001-00020.pdf>

de una ECI. Asimismo la plataforma ofrece programas informáticos para una comunicación segura y conexiones que permite el intercambio de forma segura y trazable entre los miembros del equipo y herramientas informáticas pertinentes para apoyar al ECI que corresponda, dentro del espacio de colaboración habilitado para el mismo dentro de la plataforma que facilitará la celebración de encuentros digitales mediante videoconferencia encriptada. En relación con la protección de datos, las autoridades nacionales y europeas que utilizan la plataforma se consideran responsables del tratamiento de datos de conformidad con las normas de la UE; un administrador del ECI desempeña este papel para autoridades judiciales de fuera de la UE e internacionales. Los datos de la plataforma solo pueden utilizarse para el ECI correspondiente. El acceso a la plataforma está limitado a los funcionarios autorizados

En este sentido, se establecen las bases para el funcionamiento de una plataforma de colaboración informática específica, pensada como un entorno seguro de comunicación que permita una mayor eficiencia en la constitución y en el desarrollo de los trabajos de los ECI. La plataforma permitirá facilitar el intercambio de información entre las autoridades que formen parte del ECI y entre los sistemas de gestión de casos de Europol y Eurojust, cumpliendo plenamente con las normas de protección de datos de la UE sobre la legalidad del intercambio de información y pruebas, en especial la Directiva (UE) 2016/68055, transpuesta por España en la Ley Orgánica 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. La comisión establecerá cuando comienza a funcionar la plataforma (antes del 7 de diciembre de 2025).

Sin duda, la digitalización del área de la obtención de prueba transfronteriza, es la mejor manera de impulsar la mejora de la comunicación y transmisión directa entre autoridades judiciales, como *regla de oro* que propició la judicialización de la cooperación judicial en el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia que se ha ido construyendo en la UE y que constituye modelo y referencia en este campo en el resto del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

- Arangüena Fanego, Coral (2017), “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 58, septiembre-diciembre, pp. 905-939.
- Hernández López, Alejandro (2021), “El equipo conjunto de investigación como instrumento en la lucha contra el crimen organizado en la era de la digitalización”, en Garrido Carrillo, Francisco Javier (dir.) y Faggiani, Valentina (coord.), *Lucha contra la Criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- Jiménez-Villarejo Fernández, Francisco (2020), “El Ministerio Público como autoridad judicial de emisión de una orden Europea de Detención y Entrega en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, 1, pp. 33 a 88.
- Riehle, Cordelia (2023), “20 years of Joint Investigations Teams (JITs) in the EU”: An overview of their development, actors and tools”, *ERA Forum*, 24, pp. 163-167. <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00758-5>.
- Sanchez Siscart, José Manuel (2024), “Equipos conjuntos de investigación y ciberdelincuencia. Retos y oportunidades”, ponencia presentada en el curso del Plan de Formación Continua de la Fiscalía General del Estado para 2024: “Los retos de la delincuencia transfronteriza y su persecución mediante la constitución de equipos conjuntos de investigación (ECIs)”, desarrollado los días 14 y 15 de febrero en la Sede de la Fiscalía General del Estado en Madrid.
- Vogel, Joachim R. (2006), “La prueba transnacional en el proceso penal: un marco para la teoría y praxis”, en *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 45-60.

