

(Actos adoptados en aplicación del título VI del Tratado de la Unión Europea)

Informe explicativo del Convenio de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea

(Texto aprobado por el Consejo el 14 de octubre de 2002)

(2002/C 257/01)

I. INTRODUCCIÓN

En junio de 2000 Francia presentó un proyecto de instrumento relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. Esta iniciativa se presentó a la vista de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, en las que se llegó a la conclusión de que la delincuencia financiera grave es un sector de especial importancia y que el blanqueo de capitales está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca. La iniciativa toma en consideración asimismo los resultados de las evaluaciones mutuas en relación con la ejecución de los compromisos internacionales en el ámbito de la asistencia judicial en materia penal que se han llevado a cabo sobre la base de la Acción común de 1997 ⁽¹⁾.

En un principio esta iniciativa se concibió como un nuevo convenio destinado a completar, en particular, el Convenio del Consejo de Europa de 1959 sobre Asistencia Judicial en Materia Penal (en lo sucesivo denominado el «Convenio Europeo de Asistencia Judicial») así como el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, adoptado el 29 de mayo de 2000 ⁽²⁾ (en lo sucesivo denominado «el Convenio de 2000»). Durante las negociaciones se modificó este instrumento, que pasó a ser un Protocolo del Convenio de 2000 y se completó con algunas disposiciones que no estaban incluidas en el proyecto original (artículos 3 y 9). No se incluyó en el Protocolo una disposición que figuraba en el proyecto original relativa a la supresión del requisito de la doble tipicidad.

El Consejo celebró el Protocolo el 16 de octubre de 2001 ⁽³⁾ y fue firmado el mismo día por todos los Estados miembros. Noruega e Islandia comunicaron al Consejo que estaban de acuerdo con el contenido de la disposición que les era aplicable (artículo 8). Al adoptar el acto, se hizo constar en el acta del Consejo una declaración del Consejo relativa al requisito de la

doble tipicidad y a otras cuestiones relacionadas con la denegación de solicitudes ⁽⁴⁾.

II. OBSERVACIONES GENERALES

Tal como se recoge en el preámbulo del Protocolo, las disposiciones del Protocolo se anexan y forman parte integrante del Convenio de 2000. Lo que supone que las disposiciones del Convenio de 2000 se aplican a las del Protocolo, y viceversa, como lo harían si se hubieran incluido en el mismo instrumento. El Convenio de 2000 completa, a su vez, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, el Protocolo adicional de 1978 de dicho Convenio, así como el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Tratado Benelux (véase el artículo 1 del Convenio de 2000). Ello supone, entre otras cosas, que las disposiciones del artículo 24 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en relación con la definición de la «autoridad judicial», el artículo 3 del mismo Convenio, relativo a la forma de ejecutar una solicitud, el artículo 4 del Convenio de 2000 relativo a los trámites y procedimientos para la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial y el artículo 6 del Convenio de 2000 que autoriza las solicitudes por medio de fax o correo electrónico en condiciones que permitan al Estado miembro receptor establecer la autenticidad y que contempla la transmisión directa de solicitudes entre autoridades judiciales, se aplican también a las medidas previstas en el Protocolo. Como ocurre también en el caso del Convenio Europeo de Asistencia Judicial y el Convenio de 2000, las disposiciones del Protocolo son de aplicación general con una excepción importante: las disposiciones del artículo 1 se aplican únicamente a determinadas infracciones.

Las disposiciones del Protocolo pueden dividirse en tres apartados distintos: asistencia en relación con las cuentas bancarias (artículos 1 a 4), solicitudes complementarias (artículos 5 y 6) y motivos de denegación (artículos 7 a 10). Los artículos 11 a 16 incluyen disposiciones en relación con las reservas, la entrada en vigor, la adhesión de nuevos Estados miembros, la posición de Islandia y Noruega y la entrada en vigor para dichos Estados y el depositario.

⁽¹⁾ Acción común por la que se establece un mecanismo de evaluación de la aplicación y ejecución a escala nacional de los compromisos internacionales en materia de lucha contra la delincuencia organizada (DO L 344 de 15.12.1997, p. 7).

⁽²⁾ DO C 197 de 12.7.2000, p. 1. Véase también el informe explicativo del Convenio en el DO C 379 de 29.12.2000, p. 7.

⁽³⁾ DO C 326 de 21.11.2001, p. 1.

⁽⁴⁾ La declaración del Consejo está redactada en los términos siguientes: «El Consejo toma nota de que el debate sobre la supresión del requisito de la doble tipicidad no ha permitido a los Estados miembros alcanzar una posición definitiva sobre esta cuestión. El Consejo está de acuerdo en que el asunto de la denegación de solicitudes de asistencia judicial, incluyendo en particular las negativas basadas en el requisito de la doble tipicidad, debe ser objeto de un nuevo examen por el Consejo dos años después de la entrada en vigor del Protocolo, a la luz de las informaciones remitidas al Consejo y a Eurojust de conformidad con el artículo 10 del Protocolo».

III. OBSERVACIONES SOBRE CADA ARTÍCULO

A. Asistencia en relación con las cuentas bancarias

Los artículos 1 a 4 del Protocolo contienen disposiciones destinadas a mejorar la asistencia judicial respecto de la información en posesión de los bancos. El artículo 1 puede utilizarse para obtener información sobre cuentas bancarias en el caso de que el Estado miembro requirente considere que la información puede ser de valor sustancial para los fines de una investigación en curso. Puede recurrirse a las medidas contempladas en el artículo 1 con objeto de comprobar si existe alguna cuenta bancaria en otro Estado miembro que pueda ser pertinente para una investigación en curso. El artículo 2 establece disposiciones en materia de asistencia con el fin de obtener información sobre transacciones llevadas a cabo durante un cierto período en una cuenta bancaria especificada, mientras que el artículo 3 contiene disposiciones sobre la asistencia en relación con la supervisión de cualquier operación que pueda tener lugar en el futuro en una cuenta bancaria especificada. El artículo 4 incluye disposiciones para garantizar que no se revele al cliente del banco ni a terceras personas el hecho de que se ha transmitido información de conformidad con los artículos 1 a 3.

Artículo 1: Solicitudes de información sobre cuentas bancarias

Este artículo obliga a los Estados miembros a localizar, en casos concretos y previa solicitud, cuentas bancarias abiertas en su territorio, y los obliga por ello indirectamente a crear un mecanismo que les permita facilitar la información requerida. El alcance de la obligación queda limitado por los apartados 2, 3 y 5. La intención del apartado 4 es restringir en lo posible la solicitud a determinadas entidades o cuentas bancarias y facilitar la ejecución de la solicitud.

Por lo que se refiere a las formalidades y al procedimiento, son de aplicación el artículo 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial y el artículo 4 del Convenio de 2000.

Apartado 1

La obligación que figura en el apartado 1 abarca la capacidad de localizar cuentas bancarias en todo el territorio del Estado miembro requerido. El apartado 1 no obliga a los Estados miembros a crear un registro centralizado de cuentas bancarias, sino que deja que cada Estado miembro decida de qué forma cumplir con las obligaciones. Si el Estado requerido logra localizar una cuenta bancaria abierta en su territorio, estará obligado a facilitar al Estado requirente el número de la cuenta y todos los pormenores correspondientes. El Estado miembro requirente, basándose en esta información, podrá desear dar curso a una solicitud al amparo de los artículos 2 o 3, en aplicación del procedimiento simplificado establecido en el artículo 6.

La obligación se limita a las cuentas *de que es titular, o que tiene bajo su control una persona física o jurídica* que sea objeto de *investigación penal*. También se incluyen, bajo determinadas con-

diciones, las cuentas para las cuales dicha persona tenga *poderes de representación* (segundo párrafo).

Durante las negociaciones se convino en que entre las cuentas *bajo control* de la persona objeto de la investigación se incluyen las cuentas de las que dicha persona sea el verdadero beneficiario económico, y ello se aplica con independencia de que tengan esas cuentas como titular a una persona física, jurídica o a una entidad que actúe bajo la forma o por cuenta de fideicomisos o de cualquier otro instrumento de gestión de un patrimonio de asignación de cuyos constituyentes o beneficiarios se desconozca la identidad. El concepto de beneficiario económico se interpretará con arreglo al apartado 7 del artículo 3 de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales ⁽¹⁾, modificada por la Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001 ⁽²⁾ (denominada en lo sucesivo «la Directiva sobre el blanqueo de capitales»).

Las cuentas para las cuales la persona que es el sujeto de las operaciones tenga *poderes de representación* están cubiertas, como tales por la noción «cuentas bajo control de» pero por lo que se refiere a tales cuentas se aplica una disposición especial (segundo párrafo). Estas cuentas no están automáticamente cubiertas. Ello implica que tal información ha sido específicamente solicitada por el Estado requirente. Además, presupone que la información pueda proporcionarse en un plazo razonable. Esa expresión no implica que el Estado requerido tenga la obligación de hacer un esfuerzo, sea cual sea su coste y el tiempo necesario para obtener la información, sino que tiene la obligación de hacer un esfuerzo, en términos de recursos, que sea proporcional a la importancia y urgencia del caso. El Estado requerido estará en condiciones de hacer tal valoración sobre la base de la información que el Estado requirente debe suministrar con arreglo al cuarto párrafo. Un motivo de estas restricciones es que, a menudo, es más difícil tener acceso a la información relativa a los poderes de representación, aunque obre «en poder del banco». Por ejemplo, pudiera ser que tal información no estuviera disponible a través del sistema informático de la oficina central del banco, sino que estuviera en las sucursales del banco. En determinados casos, la información buscada puede estar disponible solamente en expedientes distintos de los ficheros informáticos.

Apartado 2

Este apartado aclara que la obligación de suministrar la información se aplicará únicamente en la medida en que la información obre en poder del banco en que esté abierta la cuenta. Por consiguiente, el Protocolo no impone nuevas obligaciones a los Estados miembros o bancos en materia de retención de información relativa a cuentas bancarias. Las disposiciones en materia de retención de la información, que no hay que abordar en el marco de un instrumento del tercer pilar, figuran en especial en el artículo 4 de la Directiva relativa al blanqueo de capitales.

⁽¹⁾ DO L 166 de 28.6.1991, p. 77.

⁽²⁾ DO L 344 de 28.12.2001, p. 76.

Apartado 3

El apartado 3 estipula que las obligaciones contempladas en el artículo 1 solamente se aplican a determinadas infracciones. Se trata de una excepción a la regla normal por lo que se refiere a la asistencia judicial en materia penal; el Convenio Europeo de Asistencia Judicial y sus protocolos, así como el Convenio de 2000, tienen un ámbito de aplicación general. Las disposiciones que figuran en este apartado son el resultado de una transacción entre los Estados miembros que estaban a favor de un ámbito de aplicación general y los que preferían (diferentes) umbrales de pena, e incluso otros que preferían una lista de delitos. El texto final se acordó habida cuenta de la cantidad de trabajo que podría implicar la ejecución de solicitudes de información sobre cuentas bancarias, y de que se trata de una nueva medida, no prevista por ningún instrumento anterior en materia de asistencia judicial en materia penal y hasta ahora no disponible en algunos Estados miembros. También forma parte de la citada transmisión la disposición del apartado 6, que recuerda que el Consejo podrá decidir en el futuro la ampliación del ámbito de aplicación para incluir otras formas de delito.

Se optó por la solución de que el delito de que se trate debe estar incluido en al menos uno de los tres casos contemplados. La primera opción constituye una combinación de umbrales de pena en los dos Estados: cuatro años en el Estado miembro requerente y dos años en el Estado miembro requerido (primer guión). La segunda y tercera opción son listas de delitos, en particular las infracciones mencionadas en el Convenio Europol (segundo guión) o las infracciones contempladas en los instrumentos relativos a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en la medida en que no estén contemplados en el Convenio Europol (tercer guión).

La referencia a los delitos contemplados en el Convenio Europol -tal como ha sido modificado- supone que queden cubiertos todos los delitos que figuran en el artículo 2 de ese Convenio y en el anexo del Convenio ⁽¹⁾. Cabe señalar que la referencia al Convenio Europol no incluye una referencia a las circunstancias contempladas en el artículo 2 en relación con la existencia de indicios concretos de una estructura delictiva organizada o con el hecho de que se requiera una actuación común.

Los delitos mencionados en el artículo 2 del Convenio Europol son en la fecha de publicación del presente informe los siguientes:

- el terrorismo,
- el tráfico ilícito de estupefacientes ⁽²⁾,

- el tráfico ilícito de material nuclear y radiactivo,
- las redes de inmigración clandestina,
- la trata de seres humanos,
- el tráfico de vehículos robados,
- los delitos cometidos o que puedan cometerse en el marco de actividades de terrorismo que atenten contra la vida, la integridad física y la libertad de las personas, así como contra sus bienes,
- el blanqueo de dinero ligado a esas formas de delincuencia o a sus aspectos específicos, y
- los delitos conexos ⁽³⁾.

Los delitos contemplados en el anexo del Convenio Europol ⁽⁴⁾ son los siguientes:

- homicidio voluntario, agresión con lesiones graves,
- tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos,
- secuestro, retención ilegal y toma de rehenes,
- racismo y xenofobia,
- robos organizados,
- tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte,
- fraude y estafa,
- chantaje y extorsión de fondos,
- violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías,
- falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos,
- falsificación de moneda, falsificación de medios de pago,
- delito informático,
- corrupción,
- tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos,
- tráfico ilícito de especies animales protegidas,

⁽¹⁾ La referencia al Convenio Europol cubre la Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998, completando la definición del delito «de trata de seres humanos» contenida en el anexo del Convenio Europol (DO C 26 de 30.1.1999, p. 21), y el Protocolo de 30 de noviembre de 2000 por el que se modifica el artículo 2 y el anexo del Convenio Europol (DO C 358 de 13.12.2000, p. 1).

⁽²⁾ A efectos de la aplicación del artículo 2 del Convenio Europol se entiende por «tráfico ilícito» los delitos contemplados en el apartado 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y las disposiciones que modifican o sustituyen disposiciones de dicha Convención.

⁽³⁾ Los delitos cometidos con objeto de procurarse los medios para perpetrar, facilitar o consumir la ejecución o conseguir la impunidad de los delitos enumerados (véase el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 2 del Convenio Europol).

⁽⁴⁾ En el anexo se recuerda que, con arreglo al apartado 2 del artículo 2, las competencias incluyen el blanqueo de dinero relacionado con la delincuencia y los delitos conexos.

- tráfico ilícito de especies y esencias vegetales protegidas,
- delitos contra el medio ambiente, y
- tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.

El Convenio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus protocolos incluyen delitos que ya están incluidos total o parcialmente en la lista de Europol. Incluyen:

- el fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas,
- la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos o que tengan el mismo efecto (si no son ya punibles bien como infracción principal, bien por complicidad, instigación o tentativa de fraude) ⁽¹⁾,
- la corrupción pasiva que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas,
- la corrupción activa que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, y
- el blanqueo de capitales relativo a los productos del fraude mencionados, al menos en los casos graves, y a la corrupción activa y pasiva mencionada.

Apartado 4

El texto que figura en el apartado 4 se incluyó ante el volumen de trabajo que puede suponer la ejecución de las solicitudes de información. Establece determinadas obligaciones para el Estado requirente. La intención es restringir en lo posible la solicitud a determinadas entidades o cuentas bancarias y facilitar la ejecución de la solicitud. Establece la obligación del Estado requirente de examinar detalladamente por qué «la información solicitada puede ser pertinente para la investigación de la infracción» y de indicarlo expresamente en su solicitud (primer guión), y también de estudiar detalladamente a qué Estado o Estados debe remitir la solicitud (segundo guión).

El apartado 4 supone que el Estado miembro requirente no puede utilizar esta medida como medio para sacar información de uno –o de todos– los Estados miembros, sino que debe dirigir la solicitud a un Estado miembro que pueda proporcionar la información solicitada. Esta disposición no contempla, sin embargo, que el Estado requerido pueda cuestionar si la información solicitada puede ser de valor sustantivo para los fines de la investigación de que se trate de conformidad con el primer guión del apartado.

La solicitud debe incluir también información en relación con los bancos en los que se considera que puedan estar abiertas las

cuentas pertinentes, en la medida en que se conozcan (segundo guión). Esto supone que el Estado requirente ha de procurar que las solicitudes se limiten sólo a determinados tipos de cuentas bancarias o a cuentas abiertas en determinados bancos, lo que permitirá al Estado requerido limitar en consecuencia la ejecución de la solicitud.

Con arreglo al tercer guión, el Estado requirente facilitará también al Estado requerido toda información disponible que pueda facilitar la ejecución de la solicitud. También en este caso, esta disposición se incluyó habida cuenta de la cantidad de trabajo que puede implicar la ejecución.

Apartado 5

El apartado 5 establece que los Estados miembros podrán equiparar las solicitudes al amparo del artículo 1 a las solicitudes de registro y embargo y aplicar, por lo tanto, las mismas condiciones que las que aplican a estas últimas. Esto les permitirá exigir la doble tipicidad y la compatibilidad con su Derecho en la misma medida en que aplican estas condiciones a las solicitudes de registro y embargo. En el artículo 10 se establece un mecanismo de seguimiento con el fin de dejar constancia de las decisiones de rechazo basadas en el incumplimiento de estas condiciones.

El requisito de la doble tipicidad se cumplirá normalmente en relación con las infracciones contempladas en el apartado 3. No obstante, si la infracción investigada no constituye infracción en el Estado requerido, el requisito de la doble tipicidad puede invocarse como un motivo de rechazo.

El derecho de un Estado miembro a subordinar la ejecución a la condición de que la solicitud sea *compatible con su Derecho* debe interpretarse a la vista de las obligaciones establecidas en el artículo; el Estado requerido no deberá poner obstáculos al efecto práctico de los apartados 1 a 4 del artículo al aplicar esta condición. Por lo tanto, las posibilidades de un Estado miembro de negar la asistencia por razón de que la solicitud no es compatible con su Derecho son limitadas. Esto significa, por ejemplo, que un Estado miembro no puede rechazar una solicitud presentada al amparo del artículo 1 solamente por el hecho de que su Derecho nacional no establece la aportación de información sobre la existencia de cuentas bancarias en investigaciones penales, o porque sus posiciones nacionales sobre registro y embargo exigen normalmente un límite superior al fijado en el apartado 3. Por otra parte, esta disposición permite un control judicial en el Estado requerido. Al no existir normas comunes a este respecto, el tipo de control puede ser diferente en cada Estado miembro. De modo general, significa que el Estado requerido podrá presentar la solicitud ante una autoridad judicial para que ésta la estudie con respecto a las condiciones nacionales, requisitos constitucionales inclusive, que no están contempladas en el artículo 1. Tales condiciones podrían incluir, por ejemplo, la información privilegiada.

⁽¹⁾ Véase el apartado 3 del artículo 1 del Convenio de 1995.

Apartado 6

El apartado 6 incluye una disposición en el sentido de que el Consejo podrá decidir la ampliación del ámbito de aplicación del artículo 1. La ampliación del ámbito de aplicación puede adoptarla el Consejo bajo la forma de una decisión con arreglo al apartado 2 del artículo 34 del Tratado de la Unión Europea. Con arreglo a esta disposición, el Consejo actuará por unanimidad a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión y –tal como resulta del apartado 1 del artículo 39 del Tratado de la Unión Europea– tras consultar al Parlamento Europeo. Por consiguiente, el Protocolo puede modificarse en este sentido sin la necesidad de un Convenio modificador.

Artículo 2: Solicitudes de información sobre transacciones bancarias

El artículo 2 contiene disposiciones sobre la asistencia referida a los detalles de las cuentas bancarias especificadas, ya identificadas, y de las operaciones bancarias que se hayan realizado durante un período determinado. El artículo no introduce una nueva medida, sino que simplemente aclara y elabora una medida que ya se aplica con arreglo al Convenio Europeo de Asistencia Judicial.

Existe un vínculo entre el artículo 1 y el artículo 2 en el sentido de que el Estado requirente puede haber obtenido los detalles de la cuenta mediante la medida dispuesta en el artículo 1 y posteriormente –recurriendo al sistema de medidas complementarias que figura en el artículo 6– puede solicitar información sobre las operaciones bancarias que hayan tenido lugar en dicha cuenta. No obstante, la medida es autónoma y puede también requerirse respecto de una cuenta bancaria de la que las autoridades de investigación del Estado requirente hayan tenido conocimiento mediante cualesquiera otros medios o canales.

Apartado 1

El apartado 1 –a diferencia del artículo 1– no hace ninguna referencia a cuentas vinculadas a una persona que sea objeto de investigación penal. No es necesario hacer referencia a investigaciones penales dado que este instrumento se basa en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial y en el Convenio de 2000. El artículo, por tanto, se aplica con respecto a los mismos procedimientos que los mencionados en el artículo 1 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial y en el artículo 3 del Convenio de 2000. La falta de referencia a una persona objeto de investigación penal deja claro que los Estados miembros están obligados a prestar asistencia también respecto de cuentas a nombre de terceras personas que no son en sí mismas objeto de procedimientos penales, pero cuyas cuentas se encuentran, de una u otra manera, vinculadas a una investigación penal. El Estado requirente indicará en su solicitud los motivos de un vínculo de este tipo (véase el apartado 3). Un ejemplo práctico ofrecido durante las negociaciones es la situación en la que la cuenta de banco de una persona inocente y absolutamente desconocedora de tal utilización se utiliza como «medio de transporte» entre dos cuentas cuyo titular es el sospechoso, para confundir y ocultar la transacción. El artículo 2 permite al Estado requirente obtener información de cualesquiera transacciones de o hacia tal cuenta.

El apartado 1 no sólo establece disposiciones sobre la asistencia referida a los detalles de una cuenta bancaria especificada y de operaciones bancarias que se hayan realizado durante un período de tiempo determinado, sino que también dispone que el Estado requerido facilite asistencia relativa «a los detalles de las cuentas emisoras o receptoras». El propósito de esta disposición es dejar sentado que no es suficiente que el Estado requerido, en respuesta a una solicitud, proporcione información sobre el hecho de que una determinada cantidad de dinero se haya enviado de/a la cuenta o a/desde otra cuenta en una determinada fecha, sino que también proporcionar al Estado requirente información relativa a la cuenta emisora/receptora, es decir, el número de cuenta bancaria y otros detalles necesarios para permitir al Estado requirente proceder a una solicitud de asistencia respecto de dicha cuenta (haciendo uso del procedimiento simplificado establecido en el artículo 6 si la cuenta está abierta en el mismo Estado o formulando una nueva solicitud a otro Estado, según sea el caso). Esto permitirá al Estado requirente seguir los movimientos de dinero de cuenta a cuenta. Al facilitar los detalles de cualquier cuenta emisora o receptora mencionada, el Estado requerido tendrá en cuenta, si procede, sus obligaciones en virtud del Convenio Europeo de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Apartado 2

Esta disposición se corresponde con el apartado 2 del artículo 1. Véanse los comentarios precedentes sobre dicha disposición.

Apartado 3

Esta disposición se corresponde con el primer guión del apartado 4 del artículo 1, pero tiene una redacción menos taxativa, debido al hecho de que las solicitudes con arreglo al artículo 2 representan un ámbito bien establecido de asistencia mutua y por naturaleza son más específicas que las solicitudes con arreglo al artículo 1.

Apartado 4

Esta disposición se corresponde con el apartado 5 del artículo 1. Véase más arriba los comentarios relativos a esa disposición.

Artículo 3: Solicitudes de control de las transacciones bancarias

Este artículo dispone una nueva medida que no figuraba en ninguno de los otros instrumentos anteriores relativos a la asistencia judicial en materia penal. Por ser este el caso, el artículo se ha redactado de una manera distinta de la de los artículos 1 y 2: el artículo 3 sólo obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo –los Estados miembros deberán poder proporcionar la asistencia ante una solicitud– pero deja a cada Estado miembro la decisión de si y en qué circunstancias puede otorgarse asistencia en un caso específico. El resultado es un artículo con muy pocos detalles. El artículo se ha redactado tomando como base la disposición que reglamenta las entregas vigiladas, que figura en el artículo 12 del Convenio de 2000.

Apartado 1

Este apartado obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo mediante el cual puedan, a instancias de otros Estados miembros, controlar las operaciones bancarias que se realicen en el futuro a través de una cuenta bancaria especificada durante un período determinado.

Apartado 2

Esta disposición se corresponde con el apartado 3 del artículo 2.

Apartado 3

Esta disposición es una copia del apartado 2 del artículo 12 del Convenio de 2000, relativo a las entregas vigiladas. Esto significa, entre otras cosas, que el Estado miembro requerido podrá aplicar condiciones, incluidos los límites de la pena y la doble tipicidad, que tendrían que haberse observado en un caso nacional similar.

Apartado 4

El apartado 4 establece que las autoridades competentes de los Estados miembros requirente y requerido acordarán los pormenores prácticos del control. Esto da al Estado requerido pleno control de las condiciones en las cuales tendrá lugar el control y permite a los Estados requirente y requerido acordar, por ejemplo, el control diario o que el control semanal es suficiente habida cuenta de las circunstancias del caso. Se deja al criterio del Estado requerido decidir si puede proporcionarse control en tiempo real.

Artículo 4: Confidencialidad

Este artículo tiene por objeto garantizar que no se informe en modo alguno al cliente bancario o a un tercero de que se están tomando o han sido tomadas las medidas dispuestas en los artículos 1 a 3. La redacción empleada sigue de cerca la redacción del artículo 8 de la Directiva sobre blanqueo de capitales. Corresponde a cada Estado miembro decidir la manera de aplicar el artículo 4. La disposición podrá aplicarse, por ejemplo, disponiendo una prohibición específica de la revelación, pero puede aplicarse también mediante medidas más generales para sancionar las conductas que puedan poner en peligro una investigación en curso.

B. Medidas complementarias y solicitudes

Los artículos 5 y 6 están destinados a acelerar y simplificar los procedimientos cuando, durante la ejecución de una solicitud de asistencia judicial, se considera conveniente una medida complementaria. Los artículos, por supuesto, se utilizarán con frecuencia respecto de la asistencia relativa a las cuentas bancarias —en las que a menudo la rapidez tiene la mayor importancia— pero su aplicación no queda restringida a dicha asistencia. Las disposiciones se aplican a cualquier solicitud de asistencia judicial.

Artículo 5: Obligación de información

El artículo 5 establece la obligación de que la autoridad competente del Estado requerido informe sin demora a la autoridad

requirente si, durante la ejecución de una solicitud, considerara conveniente realizar investigaciones no previstas inicialmente o que la autoridad requirente no hubiera podido especificar en el momento de la solicitud inicial. Esto podría suponer facilitar información antes de que pueda darse la respuesta formal a la solicitud.

Las disposiciones de este artículo se aplican, por ejemplo, si, durante la ejecución de una solicitud con arreglo al artículo 1, el Estado requerido identifica una cuenta y considera que el Estado requirente podría estar interesado en obtener lo más pronto posible información sobre lo que ha ocurrido con esa cuenta durante el pasado inmediato o lo que ocurrirá en la cuenta en el futuro próximo. La obligación de informar, no obstante, no está limitada a solicitudes cubiertas por el presente Protocolo, sino que tiene aplicación general y se aplica, por ejemplo, si la necesidad de medidas complementarias se demuestra durante la ejecución de la solicitud de registro de una casa. En tal caso, el Estado requirente puede, tras haber sido alertado, formular una solicitud complementaria utilizando el procedimiento simplificado establecido en el artículo 6. El artículo 5 (pero no el artículo 6) se aplica también si la medida complementaria debe tomarla otro Estado, por ejemplo cuando, durante la ejecución de una solicitud con arreglo al artículo 2, se descubre que se ha pagado dinero a una cuenta bancaria abierta en otro Estado miembro o en un tercer país.

Artículo 6: Solicitudes complementarias de asistencia judicial

Este artículo incluye dos apartados concebidos para facilitar y acelerar el procedimiento cuando se requieren medidas complementarias.

Apartado 1

Esta disposición establece un procedimiento que es de gran importancia práctica, en concreto que el Estado requirente no tiene que hacer una solicitud completamente nueva cuando formule una solicitud de asistencia judicial complementaria respecto de la misma investigación o procedimientos. Será suficiente con que haga referencia a la solicitud inicial al solicitar la medida adicional y añada la información complementaria necesaria.

Apartado 2

El fundamento que subyace en la disposición del apartado 2 es el de que la experiencia ha demostrado que no todas las autoridades de los Estados miembros están preparadas para aceptar que se formule una solicitud complementaria directamente por parte de, por ejemplo, un fiscal extranjero o de un juez de instrucción que se halla presente en el Estado requerido cuando se ejecuta su solicitud. La disposición del apartado 2 garantizará que tal tipo de solicitud adicional pueda formularse *in situ* y que la solicitud adicional no deba enviarse desde el territorio del Estado requirente. La aplicación de la disposición en el caso concreto mencionado presupone que la persona que se encuentra presente en el Estado requerido es competente, con arreglo al artículo 24 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial o el artículo 24 del Convenio de 2000, para realizar una solicitud de asistencia judicial.

El apartado 3 del artículo 6 del Convenio de 2000, al que se refiere esta disposición, incluye disposiciones especiales aplicables al Reino Unido y a Irlanda relativas a la comunicación directa; dado que estos Estados pueden formular una reserva provisional que preserve la comunicación con sus respectivas autoridades centrales, cualquier solicitud adicional deberá dirigirse a dichas autoridades durante el tiempo en que la reserva se mantenga.

C. Motivos de denegación

Los artículos 7 a 10 incluyen disposiciones que tienen por objeto limitar o controlar la aplicación de los motivos de denegación. Estas disposiciones se aplican a las solicitudes de asistencia judicial en materia penal en general, y no sólo a los casos cubiertos por los artículos 1 a 4 del Protocolo.

Artículo 7: Secreto bancario

Las disposiciones de este artículo que prohíben a los Estados miembros invocar el secreto bancario como motivo de denegación, se basan en la primera frase del apartado 7 del artículo 18 del Convenio de 1990 sobre blanqueo de capitales. Durante las negociaciones se acordó que la expresión «secreto bancario» debería interpretarse de manera amplia, teniendo presente el Derecho comunitario y nacional aplicable al sector financiero.

Dado que el artículo 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial es de aplicación, se permite que los Estados miembros apliquen trámites y procedimientos establecidos en su Derecho nacional ⁽¹⁾.

Artículo 8: Infracciones fiscales

Los apartados 1 y 2 del artículo 8 reproducen el contenido de los artículos 1 y 2 del Protocolo adicional de 1978 al Convenio Europeo de Asistencia Judicial. En contraste con ese instrumento, el presente Protocolo no permite ningún tipo de reserva a esta disposición (artículo 11). Los apartados 1 y 2 del artículo 8 sustituyen y desarrollan el artículo 50 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Esta última disposición queda por consiguiente derogada por el apartado 3 del artículo 8 del Protocolo.

Artículo 9: Delitos políticos

La formulación de este artículo está basada en su totalidad en el artículo 5 del Convenio de 1996 relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea. Las disposiciones no se incluían en el proyecto original, pero se introdujeron por el interés de abarcar todos los motivos de denegación establecidos en la letra a) del artículo 2 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial; la letra b) del artículo 2 de dicho Convenio se incluye en el ámbito del artículo 10 (véase más abajo).

El apartado 1 establece el principio de que a efectos de la asistencia judicial de los Estados miembros no se concederá a ningún delito la consideración de delito político. El apartado 2 permite a los Estados miembros establecer una excepción a dicho principio mediante una declaración. Sin embargo, no

se permite ninguna excepción respecto de los delitos de terrorismo definidos en dicho apartado. Este tipo de delitos son los siguientes:

- a) Los delitos contemplados en los artículos 1 y 2 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977.

Esto cubre los delitos más graves, tales como la toma de rehenes, el uso de armas de fuego y explosivos, los actos de violencia contra la vida y la libertad de las personas o que son causas de un peligro colectivo para las personas.

- b) Delitos de conspiración o asociación que corresponden a la descripción de conducta contemplada en el apartado 4 del artículo 3 del Convenio, de 27 de septiembre de 1996, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea ⁽²⁾, que consiste en cometer uno o más delitos contemplados en los artículos 1 y 2 del Convenio de 1977.

Esto tiene un alcance mayor que el de la letra f) del artículo 1 del Convenio de 1977, que está limitada a la tentativa de cometer cualquiera de los delitos del artículo 1 del Convenio de 1977 o la participación como cómplice de una persona que comete o intenta cometer este tipo de delito.

El apartado 4 del artículo 3 del Convenio de 1996 define la conducta mencionada del modo siguiente: «la conducta de cualquier persona que contribuya a la comisión, por parte de un grupo de personas que actúen con un objetivo común, de uno o más delitos en el ámbito del terrorismo, tal como se define en los artículos 1 y 2 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, del tráfico de estupefacientes y otras formas de delincuencia organizada u otros actos de violencia contra la vida, la integridad física o la libertad de una persona, o que representen un peligro colectivo para las personas, castigadas con una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de doce meses por lo menos, incluso si dicha persona no ha tomado parte en la ejecución material del delito o delitos de que se trate; dicha contribución deberá haber sido intencional y con pleno conocimiento, bien del objetivo y de la actividad delictiva general del grupo, bien de la intención del grupo de cometer el delito o delitos de que se trate».

Por último, el apartado 3 del artículo 9 dispone que las reservas formuladas con arreglo al artículo 13 del Convenio de 1977 no se aplicarán a la asistencia judicial entre los Estados miembros. Esto es válido tanto para los Estados miembros que aplican plenamente el principio especificado en el apartado 1 del artículo 9, como para los Estados miembros que formulan una declaración con arreglo al apartado 2 del artículo 9.

⁽¹⁾ Véase la segunda frase del apartado 7 del artículo 18, del Convenio de 1990 sobre blanqueo de dinero, que dice: «En caso de que la legislación nacional así lo establezca, una Parte podrá exigir que toda solicitud de cooperación que implique la suspensión del secreto bancario sea autorizada por un juez o por otra autoridad judicial, incluidos los fiscales, actuando cualquiera de estas autoridades en relación con delitos penales».

⁽²⁾ DO C 313 de 23.10.1996, p. 11.

Artículo 10: Remisión de denegaciones al Consejo y participación de Eurojust ⁽¹⁾

Apartado 1

El apartado 1 del artículo 10 obliga, en determinadas situaciones, a un Estado miembro que rechace una solicitud de asistencia judicial a remitir la decisión motivada de rechazo al Consejo para su oportuna consideración y ulterior evaluación. La obligación sólo se aplica cuando el Estado miembro requerido haya tomado una decisión formal de rechazo de la solicitud y, en contraposición con las disposiciones del apartado 2, no se aplica en casos pendientes. Por lo tanto, el procedimiento no interferirá con la independencia del poder judicial. Además, la obligación sólo se aplica cuando el Estado miembro requirente mantiene su solicitud y no se puede hallar una solución.

La finalidad del apartado 1 es dar al Consejo la posibilidad de evaluar el funcionamiento de la cooperación judicial entre los Estados miembros y de hacer un seguimiento del mismo. La información al Consejo debería, por supuesto, limitarse a hechos pertinentes al objeto de evaluar el funcionamiento de la cooperación judicial entre los Estados miembros. Consecuentemente, la obligación de informar al Consejo no incluye ninguna información confidencial o sensible de cualquier otro tipo que pueda encontrarse en el expediente.

Este procedimiento no prejuzga el apartado 7 del artículo 35 del Tratado de la Unión Europea. Según esta disposición, el Tribunal de Justicia tiene jurisdicción, entre otras cosas, sobre algunos litigios entre Estados miembros, siempre que el Consejo no pueda resolver ese litigio dentro del plazo de seis meses a partir del momento en que uno de sus miembros se lo presentare. Los procedimientos establecidos en el apartado 7 del artículo 35 del Tratado de la Unión Europea y en el apartado 1 del artículo 10 del Protocolo, respectivamente, son independientes el uno del otro.

El *primer guión* se refiere a las denegaciones relacionadas con la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses fundamentales.

El *segundo guión* se refiere a las denegaciones relacionadas con el incumplimiento del requisito de doble tipicidad y la incompatibilidad con la legislación nacional.

El *tercer y último guión* del apartado 1 se introdujo, aunque ya estaba cubierto por el segundo guión, fundamentalmente con el fin de subrayar la necesidad de un seguimiento de la aplicación del apartado 5 del artículo 1 y, más en concreto, de la aplicación de la condición sobre la incompatibilidad con el Derecho nacional. La inclusión de esta disposición se debió a que varios Estados miembros habían manifestado su preocupación por que la posibilidad de aplicar el Derecho nacional de otro modo pudiera atenuar la obligación establecida en el artículo 1.

Apartado 2

El apartado 2 del artículo 10 recuerda que, una vez creado Eurojust, las autoridades competentes de un Estado miembro podrán recurrir a él para solucionar cualquier dificultad concerniente a la ejecución de una solicitud en relación con las

disposiciones contenidas en el apartado 1. El Consejo adoptó, el 28 de febrero de 2002, la Decisión 2002/187/JAI del Consejo por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia ⁽²⁾. El apartado 2 del artículo 10 no dispone ninguna competencia para Eurojust –competencias que se establecen en la mencionada Decisión del Consejo–. El apartado 2 del artículo 10 podrá utilizarse en caso de que el Estado requerido no sea capaz de prestar la asistencia que desea el Estado requirente. Una condición para tal remisión es, naturalmente, que Eurojust puede ocuparse del caso en la medida en que la infracción entre dentro de las competencias de Eurojust. En tal caso, puede informarse a los dos representantes nacionales en Eurojust –el representante del Estado requirente y el del Estado requerido– del conflicto, y estos pueden ayudar a encontrar una solución que sea aceptable por ambos Estados. Eurojust puede prestar su ayuda en los casos pendientes, en contraposición con lo dispuesto en el apartado 1.

D. Disposiciones finales

Artículo 11: Reservas

El presente artículo impide que los Estados miembros presenten reservas al Protocolo salvo las que se establecen expresamente en el apartado 2 del artículo 9.

Artículo 12: Aplicación territorial

El artículo 26 del Convenio de 2000 establece que la aplicación del Convenio a Gibraltar surtirá efecto en el momento de la ampliación a Gibraltar del Convenio Europeo de Asistencia Judicial. Por consiguiente, el artículo 12 del Protocolo establece que la aplicación del Protocolo a Gibraltar surtirá efecto cuando el Convenio de 2000 surta efectos en Gibraltar con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26 de dicho Convenio.

Artículo 13: Entrada en vigor

El presente artículo regula en principio la entrada en vigor del Protocolo de la misma manera que el artículo 27 en el Convenio de 2000, teniendo en cuenta que el Protocolo no entra en vigor ni se aplica antes de que haya entrado en vigor o sea aplicable el Convenio de 2000.

El Protocolo entrará en vigor a los noventa días de la fecha en que finalice el procedimiento necesario para adoptar el Protocolo el octavo Estado que fuera miembro de la Unión Europea a 16 de octubre de 2001, fecha en la que el Consejo adoptó el acto que establecía el Protocolo. No obstante, si el Convenio de 2000 no estuviera en vigor en esa fecha, el Protocolo entraría en vigor cuando el Convenio de 2000 así lo hiciera. El Protocolo empezará a ser operativo entre los ocho Estados miembros en cuestión o, si procede, entre los ocho Estados miembros o más, que lo hayan adoptado, cuando entre en vigor el Convenio de 2000. Entrará en vigor para cada uno de los demás Estados miembros a los noventa días de la fecha en que se haya completado su procedimiento de adopción. La entrada en vigor del Protocolo conlleva la aplicación del artículo 35 del Tratado de la Unión Europea sobre la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁽¹⁾ Véase la Declaración del Consejo relativa a la doble tipicidad y a otras cuestiones relacionadas con la denegación de solicitudes, en la nota a pie de página en la sección I.

⁽²⁾ DO L 63 de 6.3.2002, p. 1.

El apartado 5 prevé la posibilidad de que cada Estado miembro pueda, en el momento de adoptar el Protocolo o en cualquier momento posterior, formular una declaración por la que considera aplicable el Protocolo por anticipado respecto de cualquier otro Estado miembro que haya formulado una declaración similar. Ello permitirá que el Protocolo se aplique lo antes posible entre los Estados miembros interesados. Cualquier declaración realizada en virtud de este apartado entrará en vigor a los noventa días de haber sido depositada. No obstante, si el Convenio de 2000, de conformidad con el apartado 5 de su artículo 27, se aplicase entre los Estados miembros en cuestión con efecto de una fecha posterior, el Protocolo se empezará a aplicar también entre esos Estados miembros en esa misma fecha.

El apartado 7 trata la cuestión de la entrada en vigor y limita la aplicación del Protocolo a los procedimientos de asistencia judicial iniciados con posterioridad a la fecha en que el Protocolo haya entrado en vigor para el Estado miembro interesado.

Artículo 14: Adhesión de nuevos Estados

Las disposiciones relativas a la adhesión de nuevos Estados siguen el modelo de las disposiciones correspondientes del artículo 28 del Convenio de 2000.

Este artículo deja abierto el Convenio a la adhesión de cualquier Estado que acceda a la condición de miembro de la Unión Europea y establece las modalidades de dicha adhesión.

El apartado 4 establece que, en caso de que el Convenio esté ya vigente al adherirse un nuevo Estado miembro, entrará en vigor con respecto a dicho Estado miembro noventa días después de la fecha del depósito de su instrumento de adhesión. No obstante, si el Convenio todavía no está en vigor noventa días después de la adhesión de dicho Estado, entrará en vigor con respecto a ese Estado en la fecha de entrada en vigor que se indica en el artículo 13.

Todo Estado que se adhiera podrá también realizar una declaración de aplicación anticipada, según se contempla en el apartado 5 del artículo 13.

Siguiendo el principio del apartado 6 del artículo 13, el apartado 6 del artículo 14 establece que el Protocolo no puede entrar en vigor ni aplicarse, en lo que se refiere a la adhesión a él de un Estado, antes de la entrada en vigor o aplicación del Convenio de 2000 respecto a ese Estado.

Artículo 15: Posición de Islandia y de Noruega

Esta disposición se corresponde con el artículo 2 del Convenio de 2000. Especifica que el artículo 8 sobre delitos fiscales debe considerarse como una medida que modifica o se basa en las

disposiciones mencionadas en el anexo A del Acuerdo celebrado por el Consejo con Islandia y Noruega el 18 de mayo de 1999 sobre la asociación de estos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen («Acuerdo de asociación»). El apartado 3 del artículo 2 del Acuerdo de asociación establece los actos y medidas adoptados por la Unión Europea en este contexto que serán aceptados, ejecutados y aplicados por Islandia y Noruega.

Artículo 16: Entrada en vigor para Islandia y Noruega

Este artículo se corresponde con el artículo 29 del Convenio de 2000. Contiene los procedimientos para la entrada en vigor del artículo 8 del Protocolo para Islandia y Noruega. Dichos procedimientos se rigen por el Acuerdo de asociación (véanse los comentarios en el artículo 15).

Fundamentalmente, como se establece en el apartado 1 del artículo 16, la situación consiste en que las disposiciones pertinentes del Protocolo entrarán en vigor para Islandia y Noruega noventa días después de que cada uno de esos dos países presente la notificación del cumplimiento de la totalidad de sus requisitos constitucionales. Cuando esto suceda, las disposiciones se aplicarán en sus relaciones mutuas de asistencia judicial con cualquier Estado miembro para el que el Convenio ya haya entrado en vigor. No obstante, debe indicarse que no se ha contemplado una aplicación anticipada por parte de Islandia y Noruega.

El apartado 2 hace referencia al supuesto de que el Protocolo entre en vigor para un Estado miembro tras la entrada en vigor de las disposiciones de su artículo 8 respecto de Islandia y Noruega. El apartado 3 prevé que el artículo 8 no vinculará a Islandia y Noruega antes de la entrada en vigor de las disposiciones del apartado 1 del artículo 2 del Convenio de 2000 en relación con esos países. El apartado 4 garantiza que las disposiciones del artículo 8 entrarán en vigor respecto de Islandia y Noruega a más tardar en la fecha en que ya hayan entrado en vigor para los quince Estados miembros que eran miembros de la Unión en el momento de la adopción del Convenio.

Artículo 17: Depositario

El artículo dispone que el depositario del Protocolo será el Secretario General del Consejo. El Secretario General informará a los Estados miembros de toda notificación recibida de los Estados miembros relativa al Convenio. Dichas notificaciones deberán publicarse en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, así como cualquier información pertinente sobre el estado de las adopciones y de las adhesiones, las declaraciones y las reservas.