

OBSERVACIONES DE LA DELEGACIÓN ESPAÑOLA

Modificaciones del nuevo texto del “core Group” y la “alternativa suiza”

La cuestión de la tipificación en el nuevo borrador y las desventajas de la “alternativa suiza”

El nuevo texto presentado por el “core Group” ofrece una respuesta muy atinada a lo que ha venido constituyendo el “nudo gordiano” del proyecto desde el pasado año: la cuestión de la tipificación. La versión revisada profundiza en los mecanismos de flexibilización introducidos en la redacción de noviembre de 2019 y lo hace a través de una serie de disposiciones que merecen un juicio francamente positivo.

Se trata de un lado, de un mecanismo automático pero facultativo (arts. 3.1 y 3.2), que permite ampliar el elenco de crímenes a los contemplados en los anexos, conforme a la voluntad expresada por los Estados al consentir en obligarse por el Convenio a través de las oportunas declaraciones al efecto.

De otro, el Convenio admite la posibilidad que *inter partes* los Estados convengan en aceptar con carácter general la aplicabilidad del Convenio a ciertos crímenes (genocidio, crimen contra la humanidad, crimen de guerra, y como novedad, también al delito de agresión, tortura o desaparición forzada) al margen de las previsiones contenidas en el convenio o sus anexos, conforme al Derecho internacional en vigor (art. 3.3). En este caso, a la hora de establecer su contenido es indudable que cobrarán importancia las reglas consuetudinarias sobre el particular recopiladas por el CICR y a las que hubo ocasión de aludir en la reunión de Noordwijck de marzo de 2019.

Finalmente, se admite una última posibilidad y es que, de nuevo *inter partes*, pero en casos específicos (*ad hoc*) Estado requirente y Estado requerido contemplen en sus respectivas legislaciones la posibilidad de entrega respecto de esos mismos delitos. En este caso, a diferencia del caso anterior no es el Derecho internacional general la referencia normativa sino sus respectivos ordenamientos internos.

Las soluciones apuntadas no sólo posibilitan una más amplia participación en el acuerdo -al establecer un amplio abanico de soluciones- sino que garantizan la unidad y coherencia del régimen establecido, sin perjuicio de la diversidad de opciones abiertas para los Estados.

Queda claro a la luz de lo expuesto -y de lo mantenido con anterioridad- que esta solución parece la más plausible, por lo que debe de descartarse la “alternativa suiza”, claramente desreguladora. Esta, en sustancia, aboga por remitir a la voluntad de los Estados a la hora de determinar los crímenes susceptibles de ser perseguidos al amparo del Convenio -que además son objeto de restricción dado que solo se contemplan los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra-. El resultado es evidente, habría de estarse al caso concreto para saber si los Estados concernidos aceptan -y en qué términos- tan vaga caracterización, sin que sirva de especial ayuda la referencia retórica al Derecho internacional, dado que como se ha podido observar tal calificación se presta a controversia.

Ampliación de la regulación en materia de asistencia judicial recíproca

Desde el Ministerio de Justicia se ofrece una valoración crítica de algunas de las innovaciones introducidas en materia de asistencia judicial. Dado el carácter altamente técnico

de las cuestiones suscitadas nos parece que este juicio debe de prevalecer a la hora de considerar sus propuestas. En tal sentido, se señala de un lado que:

- a) en cuanto al propósito de la solicitud (art. 17) la alusión a la protección de “víctimas y testigos” (apartado I) no resulta idónea por no interesar directamente a la asistencia judicial, debiendo abordarse en otra parte del texto.
- b) La ausencia de plazos establecidos para el cumplimiento de la solicitud de asistencia (art. 18.2), con la consiguiente merma de eficacia en punto a su implementación.
- c) La excesiva laxitud de la redacción en cuanto al posible cumplimiento de los plazos sugeridos por el Estado requirente para la implementación de la solicitud de asistencia (art. 22.2).
- d) La implicación de las Autoridades Centrales en las operaciones encubiertas (art. 31.1), al considerar más deseable la implicación de las autoridades operativas competentes, a través de los oportunos acuerdos.

Por otra parte, también le merecen críticas al Ministerio de Justicia:

- e) La imprevisión de la audiencia telefónica (art. 27).
- f) La redacción manifiestamente mejorable de la previsión en torno a los ECIs (art. 29.10).
- g) La omisión de los supuestos delitos a considerar en el supuesto de vigilancia transfronteriza (art. 30).

Si bien en estos casos, tal como se apunta, las mejoras a introducir en el texto se limitan a transcribir adecuadamente el contenido de las disposiciones (arts. 9, 20 y 17) del Protocolo II al Convenio Europeo de Extradición que les sirve de base.

Disposiciones en materia de derechos humanos y derechos de las víctimas

Una vez subsanadas en el precedente borrador algunas deficiencias en el tratamiento de los derechos fundamentales en las disposiciones en materia de asistencia judicial y extradición, el nuevo texto incorpora nuevas previsiones en la parte correspondiente a la protección de víctimas, testigos y expertos. Era esta una cuestión en la que las ONGs participantes se habían mostrado muy activas y el texto finalmente presentado acoge parcialmente algunas de estas cuestiones.

De un lado, se contempla el establecimiento de una *actio popularis* (art. 59) en relación con los crímenes objeto de la futura convención. Dada su gravedad no parece una opción desmesurada, máxime para España, un Estado que garantiza a nivel constitucional el ejercicio de este mecanismo procesal.

De otro, la regulación de los derechos de las víctimas (art. 60) suscita algunas cuestiones problemáticas que el Ministerio de Justicia atinadamente señala. En tal sentido, la propia noción de víctima cuya amplitud -toda persona natural que haya sufrido un daño (art. 60.1)- conviene sopesar. Por otra parte, el derecho a la reparación que les es conferido por el art. 60.2; en este orden, es cierto que el artículo se limita a transcribir las diferentes modalidades de reparación establecidas por el Derecho y la jurisprudencia internacionales -algunas como es conocido, con un valor poco más que simbólico-; no obstante, su relación con la vaguedad de la condición de víctima previamente enunciada puede hacer oportuno valorar la oportunidad de la disposición. En cambio, es evidente que la última de las previsiones dedicadas a las mismas (art. 60.3) y a través de la cual se trata de garantizar su “visibilidad” en los procedimientos entablados es en sí misma inocua cuando dispone que:

“Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa”.

Las disposiciones finales

Es esta una cuestión sobre la que la delegación española ha incidido insistentemente a lo largo de los trabajos desarrollados en las sucesivas reuniones, si bien hemos de reconocer que nuestros esfuerzos se han estrellado en buena medida contra la incompreensión del *core Group*. Ciertamente, el nuevo texto ha introducido una profunda revisión en las disposiciones relativas a la Conferencia de Estados partes (art. 62), que es ahora objeto de simplificación en línea con el aluvión de críticas que recibió la abigarrada regulación inicialmente establecida. En cambio, no han tenido eco alguno nuestras propuestas en relación con las disposiciones en materia de entrada en vigor (art. 67) y aplicación provisional (art. 68). En este punto nos sigue pareciendo que las generosas previsiones del texto no son conformes con la práctica internacional bien asentada en materia de tratados multilaterales generales y que sirven mal al propósito de obtener un texto que concite un respaldo generalizado. Como ya hemos sostenido, permitir la entrada en vigor -o, peor aún dados su efectos- una aplicación provisional- con una menguada participación de apenas 2 Estados contraría el propósito de una convención multilateral general digna de tal nombre. Es esta una cuestión, no obstante, sobre la que, al margen de tecnicismos, consideraciones de orden político pueden guiar otra solución.

Respecto a las reservas, conviene advertir que el borrador de convenio no permite la formulación sino de aquellas previstas en su texto (art. 69); lo que las limita en la práctica a las relativas a la exclusión del mecanismo de solución de controversias (art. 63.3) y a las correspondientes a la eventual irretroactividad del convenio (art. 67.5). La delegación española manifiesta su acuerdo con ambas previsiones.

Por último, destacar la ampliación de la cláusula de participación en el tratado (art. 66), ahora abierta no sólo a los Estados miembros de Naciones Unidas sino a los Estados observadores ante ella. Como es sabido, las ONGs habían venido abogando por esta solución que ahora se abre camino. En todo caso, en su actual redacción no plantea problemas en relación con la política de reconocimiento observada por España.

Otras cuestiones

Finalmente, el Ministerio de Justicia expresa su preocupación por la regulación establecida en materia de canales de comunicación y puntos de contacto -dado que puede mermar a su juicio el papel conferido a las Autoridades Centrales- respecto de otras entidades en la ejecución de la solicitud de asilo (art. 14.3). Lamenta la regulación trasnochada en materia de transmisión de solicitudes que contempla el texto, dado que la preferencia por los medios electrónicos resulta hoy en día obvia (art. 14.4); asimismo urge a introducir una referencia específica a los idiomas a emplear (art. 15) -p.e. a través de una declaración- en línea con otros convenios internacionales en la materia. Son todas ellas cuestiones sobre las que parece razonable insistir ante el “core Group”.

Valoración global y propuestas pro futuro

El texto de la futura Convención merece en términos generales una valoración positiva- Son escasas y puntuales -como se ha advertido- las cuestiones que deben ser objeto de crítica y a ellas conviene ceñirse en las futuras etapas y en la Conferencia de plenipotenciarios cuando tenga lugar. En cambio, debe descartarse el apoyo a la “alternativa suiza”, dado el afán desregulatorio que encubre. Como ya hemos sostenido en otro momento, al dejar a la postre en manos de los Estados la voluntad de cooperar o no, pese a su condición de partes en aquella, transforma un texto concebido como *self-executing* en uno *non self-executing*, yugulando su inmediata operatividad. Recientes episodios de nuestra práctica en relación con la aplicación de la euro-orden resultan expresivos de lo que puede deparar, a juicio de nuestra delegación, la propuesta suiza.

Resta la cuestión relativa a las disposiciones finales. Sabido es que las disposiciones relativas a la entrada en vigor y la aplicación provisional – pese a la naturaleza facultativa (y supuestamente inocua) de esta última- no resultan técnicamente aceptables para España. A pesar de la posición de los Estados promotores, reacios -como se ha advertido- a todo cambio en la materia.
