

**DEPARTAMENTO DE DERECHO  
PENAL**

**DOCTORADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS**

**ESTUDIO MATERIAL Y FORMAL DEL  
BLANQUEO DE CAPITALS**

*Tesis doctoral presentada por Mirtha Cantiano,  
bajo la dirección del  
Prof. Dr. D. JAVIER VALLS PRIETO*

*Doctoranda: Mirtha Cantiano*

Editor: Editorial de la Universidad de Granada  
Autor: Mirtha Cantiano  
D.L.: GR 639-2014  
ISBN: 978-84-9028-865-8

# ESTUDIO MATERIAL Y FORMAL DEL BLANQUEO DE CAPITALS

## PRIMERA PARTE

|  |    |
|--|----|
| <i>INTRODUCCION</i>  | 11 |
| <b>Contenido:</b>  |    |
| - <b>Trascendencia de la materia:</b>  | 11 |
| - <b>Objetivo final del trabajo y Metodología</b>  | 12 |
| <br>   |    |
| <i>CAPITULO I – DIMENSION INTERNACIONAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS</i>   |    |
| <br>   |    |
| <b>I. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES (CONVENIOS Y ACUERDOS)</b>  | 13 |
| <b>I.1. Convenios internacionales en materia de corrupción y blanqueo de capitales</b>                                 | 13 |
| <i>I.1.1. Convención de Mérida contra la corrupción</i>  | 13 |
| <i>I.1.2. Convención de Palermo. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional</i> | 15 |
| <i>I.1.3. La Unión Europea y el blanqueo de capitales</i>  | 16 |
| I.1.3.1. Normas Internacionales y Comunitarias referentes al blanqueo de capitales                                     | 16 |
| I.1.3.1.1. Acuerdos de la Unión Europea con determinados países en relación con la Directiva 2003/48/CE                | 32 |
| <b>I.2. Organizaciones internacionales</b>   | 34 |
| <i>I.2.1. El Grupo de Acción Financiera (GAFI)</i>   | 34 |
| I.2.1.1. Las 40 Recomendaciones del GAFI del 20 de junio de 2003   | 37 |
| I.2.1.2. Recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo   | 49 |
| <i>I.2.2. Grupo Egmont y las Unidades de Inteligencia Financiera</i>   | 51 |
| <i>I.2.3. La Oficina Europea de Policía (EUROPOL) y el Blanqueo de capitales</i>                                       | 53 |
| <b>I.3. Conclusiones al capítulo I</b>   | 55 |

## *CAPITULO II- EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE BLANQUEO DE CAPITALS*

|   |    |
|---|----|
| <b>II. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO:</b>  | 56 |
| <b>II.1. El bien jurídico protegido: El carácter pluriofensivo</b>  | 57 |
| <i>II.1.1 El carácter pluriofensivo un análisis más profundo sobre el concepto</i>                                  | 58 |
| <i>II.1.2. El Orden Socioeconómico como bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales.</i>          | 63 |
| <b>II.2. La relación del delito de blanqueo de capitales con otros ilícitos</b>                                     | 65 |
| <i>II.2.1. Delitos contra el patrimonio versus delitos contra el orden socio-económico</i>                          | 65 |
| <i>II.2.2. El tráfico lícito de bienes como bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales.</i>                | 66 |
| <i>II.2.3. La Administración de Justicia como Bien Jurídico Protegido en las conductas de Blanqueo de Capitales</i> | 67 |

## SEGUNDA PARTE

## *CAPITULO III – DIMENSION SUSTANTIVA DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS*

|   |    |
|---|----|
| <b>III. REGULACIÓN LEGAL</b>  | 68 |
| <b>III.1. La regulación legal en España</b>   | 68 |
| <i>III.1.1. Especial consideración de la Ley española 19/1993 de 28 de diciembre</i>  | 69 |
| <i>III.1.2. Reglamento de la Ley 19/1993. Real Decreto 925/1995 (Texto actualizado por Real Decreto 54/2005, de 21 de enero) <sup>1</sup></i> | 74 |
| <b>III. 2. La normativa legal en Italia. La evolución de la normativa desde el D.L. 625/1979.</b>   | 78 |
| <i>III.2.1. Normativa promulgada en el año 2010</i>   | 82 |
| <b>III.4. Los elementos del tipo en el ordenamiento español</b>   | 83 |

---

<sup>1</sup> BOE de 20 de julio de 1995, Real decreto 925 /1995, de 9 de junio, rectificado por Corrección de errores.

|   |     |
|---|-----|
| <i>III.4.1. Elemento objetivo</i>   | 83  |
| <i>III.4.2. Particularidad del blanqueo: Delito previo</i>                                | 88  |
| <i>III.4.3. El Elemento subjetivo</i>   | 91  |
| <i>III.4.4. Sujeto activo</i>   | 93  |
| <i>III.4.5. Sujeto pasivo</i>   | 94  |
| <i>III.4.6. Tipos agravados</i>   | 95  |
| <b>III.5. Los elementos del tipo en el ordenamiento italiano</b>                          | 98  |
| <i>III.5.1. Il presupposto per l'esistenza del reato</i>                                  | 101 |
| <i>III.5.2. Il dolo e l'elemento soggettivo del reato di riciclaggio</i>                  | 102 |
| <i>III.5.3. Il concorso nel reato presupposto</i>   | 104 |
| <i>III.5.4. Il trattamento sanzionatorio</i>  | 105 |
| <b>III.6. Elementos comunes y específicos de las reglamentaciones española e italiana</b> | 106 |

### TERCERA PARTE

#### *CAPITULO IV – LA PERSECUCIÓN PENAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES. ESTUDIO COMPARADO ENTRE ESPAÑA E ITALIA*

|   |     |
|---|-----|
| <b>IV. ASPECTOS ORGÁNICOS. LA AUTORIDAD INVESTIGADORA</b>   | 107 |
| <b>IV.1. La autoridad investigadora</b>   | 107 |
| <i>IV.1.1. La autoridad investigadora en España</i>   | 111 |
| IV.1.1.1. La Policía. Introducción  | 113 |
| IV.1.1.1.1. Actividad de la policía judicial  | 116 |
| IV.1.1.1.2. Tipos de actuaciones de la policía judicial   | 119 |
| IV.1.1.1.3. Valoración de las diligencias policiales.   | 123 |
| IV.1.1.1.4. Conclusión  | 132 |
| IV.1.1.1.5. Especial consideración a la figura del agente encubierto para la detección del delito de blanqueo de capitales. | 133 |
| IV.1.1.1.6.1. La declaración del Agente encubierto en el Juicio oral  | 136 |
| IV.1.1.1.6.2. Responsabilidad del Agente Encubierto   | 136 |
| IV.1.1.1.6.3. Diferencia con el agente provocador, el confidente y el arrepentido   | 137 |
| IV.1.1.2. La Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad organizada  | 141 |

|  |            |
|--|------------|
| IV. 1.1.2.1. Organismos para la prevención del blanqueo de capitales en España                                   | 146        |
| IV. 1.1.2.2. Organismos de prevención y lucha contra el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales             | 147        |
| IV.1.1.3. Juez de Instrucción  | 149        |
| <b>IV.2. Aspectos orgánicos de la autoridad investigadora</b>  | <b>151</b> |
| <i>IV.2.1. La autoridad investigadora en Italia</i>  | 151        |
| IV. 2.1.1. Regulación constitucional   | 151        |
| <i>IV.2.2. Policía Judicial ( Le funzioni della polizia giudiziaria)</i>   | 155        |
| IV.2.2.1. L’investigazione tecnico – scientifica della polizia giudiziaria                                       | 159        |
| IV.2.2.2. Gli atti della polizia giudiziaria   | 161        |
| IV.2.2.3. La polizia giudiziaria e la Costituzione   | 163        |
| <i>IV. 2.3. Il Pubblico Ministero</i>  | 165        |
| IV.2.3.1. Il Pubblico Ministero funzioni   | 166        |
| <i>IV.2.4. Organismos de lucha contra el blanqueo de capitales (la lotta contra il riciclaggio)</i>              | 168        |
| IV.2.4.1. L’ Ufficio Italiano Cambi  | 168        |
| <i>IV.2.5. Gli organi investigativi</i>  | 170        |
| IV.2.5.1. Il Núcleo Speciale di Polizia Valutaria della Guardia di Finanza                                       | 170        |
| IV 2.5.2. La Direzione Investigativa Antimafia   | 171        |
| <i>IV. 2.6. Il giudice della indagatoria preliminare</i>   | 173        |
| <b>IV.3. Aspectos procesales. Medios de investigación y medios de prueba</b>                                     | <b>175</b> |
| <i>IV.3.1. Diferencia entre medios de investigación y medios de prueba</i>                                       | 175        |
| IV. 3.1.1. Medios de investigación   | 175        |
| IV.3.1.1.1. Regulación legal   | 175        |
| IV.3.1.2. Medios de investigación más comunes en la persecución del delito de blanqueo de capitales              | 175        |
| IV. 3.1.2.1. La valoración de los indicios y las escuchas telefónicas en el tipo penal del blanqueo de capitales | 175        |
| IV.3.1.2.2. Las diligencias de investigación en España. Las intervenciones telefónicas                           | 181        |
| IV.3.1.2.2.1. Introducción   | 181        |
| IV.3.1.2.2.2. Concepto de observación/intervención telefónica  | 182        |
| IV.3.1.2.2.3. El bien jurídico protegido: la irrelevancia del medio de comunicación                              |            |

|  |            |
|--|------------|
| IV.3.1.2.2.4. Régimen constitucional y legal de la intervención de las comunicaciones. Especial referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos | 185        |
| IV.3.1.2.2.5. El Convenio Europeo de Derechos Humanos  | 186        |
| IV.3.1.2.2.6. La titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones y la condición de imputado del sujeto intervenido                        | 188        |
| IV.3.1.2.2.7. Los requisitos procesales  | 189        |
| IV.3.1.2.2.7.1. La motivación por remisión   | 194        |
| IV.3.1.2.2.7.2. La motivación de las prórrogas   | 194        |
| IV.3.1.2.2.7.3. El control Judicial  | 195        |
| IV.3.1.2.2.8. Normativa internacional  | 198        |
| IV.3.1.2.3. Entrada y Registro domiciliario  | 200        |
| <b>IV. 4. Las diligencias de investigación en Italia. Mezzi di ricerca della prova</b>   | <b>204</b> |
| <i>IV.4. 1. Ispezioni</i>  | 208        |
| <i>IV.4..2. Perquisizione</i>  | 210        |
| <i>IV.4.3. Sequestri</i>   | 212        |
| <i>IV.4.4. Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni</i>  | 216        |
| <i>IV.4.5. Inquadramento dell'attività dell'agente segreto</i>   | 221        |

## *CAPITULO V- LOS MEDIOS DE PRUEBA EN ESPAÑA E ITALIA*

|   |            |
|---|------------|
| <b>V.1. Los medios de prueba en España</b>          | <b>223</b> |
| <i>V.1.1. Régimen legal</i>                         | 223        |
| V.1.1.1. Prueba documental                          | 223        |
| V.1.1.1.1.El documento privado. Valor probatorio    | 226        |
| V.1.1.1.2. El documento narrativo. Valor probatorio | 226        |
| V. 1.1.1.3. Impugnación de la prueba documental     | 227        |
| V.1.1.2. Prueba pericial                            | 228        |
| V.1.1.3. Prueba de testigos                         | 231        |
| V.1.1.4. Prueba indirecta o de indicios             | 239        |
| V.1. 1.4.1. Concepto y Requisitos de los indicios   | 240        |
| V.1.1.4.2. Diferencia entre indicios y presunciones | 243        |
| V.1.1.4.3. Naturaleza de los indicios               | 245        |
| V.1.1.4.4. Pluralidad de los hechos base            | 246        |

|  |     |
|--|-----|
| V.1.1.4.5. Hechos bases y su acreditación  | 248 |
| V.1.1.4.6. Clasificación de los indicios   | 253 |
| V.1.1.4.7. Eficacia probatoria de la Prueba indiciaria, casuística. Especial consideración del blanqueo de capitales | 255 |
| V.1.1.4.8. Casuística del blanqueo de capitales  | 257 |
| V.1.1.4.9. Valoración de los indicios  | 258 |
| <i>V. 1.2. Requisitos de la incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos durante la investigación</i>    | 259 |
| V. 1.2.1. Principios rectores  | 260 |
| V. 1.2.2. La práctica de la prueba en el juicio oral   | 264 |
| <b>V. 2. Los medios de prueba en Italia</b>  | 279 |
| <i>V.2.1. Mezzi di prova in particolare</i>  | 284 |
| V.2.1.1. Testimonianza   | 284 |
| V.2.1. 2. Prova documentale  | 289 |
| V.2..1.3. Perizia. La prova dattiloscopica   | 298 |
| V.2. 1.4. Prove e indizi   | 302 |
| V..2.1.5. La valutazione della prova   | 307 |
| V.2.1.6. La prueba atípica. <i>Mezzi atipici</i>   | 310 |
| V.2.1.6.1. Regolazione. L'ammissione della prova atípica   | 310 |
| V.2.1.6.2. Le video- riprese investigative   | 312 |
| V.2..1.6.3.La captazioni visive effettuate da soggetti diversi dagli inquirenti                                      | 314 |
| V.2..1.6.4. Le video registrazioni domiciliari   | 315 |
| V.2.1.6.5. La video- investigación e la prova atípica  | 317 |
| V.2. 1.6.6. L'efficacia delle prove atípiche   | 319 |
| V.2.1.6.7. Il pedinamento elettronico  | 321 |
| V.2.1.6.7.1. Inquadramento giurisprudenziale della localizzazione satellitare  | 323 |
| V.2. 1.6.7.2. Il rilevamento mediante global positioning system  | 327 |
| V.2..1.6.7.3. Limiti alle operazioni di pedinamento elettronico  | 329 |
| V.2.1.6.7.4. La compatibilità dello strumento con le previsioni costituzionali                                       | 331 |
| V.2.1.6.7.5. L'impiego procedimentale dei risultati  | 334 |
| V.2.1.6.7.6. Le surveillance technologies nell'esperienza nordamericana  | 337 |
| V.2.1.6.7.7. Monitoraggio tecnologico sugli spostamenti nello spazio   | 339 |



*CAPITULO VI – CONCLUSIONES* 349

*BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA* 361

# Abreviaturas

## *1. Abreviaturas correspondientes a la bibliografía y jurisprudencia de España*

|         |   |
|---------|---|
| AATC    | = Autos del Tribunal Constitucional                                       |
| AATS    | = Autos del Tribunal Supremo  |
| ATC     | = Auto del Tribunal Constitucional  |
| ATS     | = Auto del Tribunal Supremo   |
| BOE     | = Boletín Oficial del Estado  |
| CE      | = Constitución Española   |
| CEDH    | = Convenio Europeo de Derechos Humanos                                    |
| CEE     | = Comunidad Económica Europea   |
| CEPDHLF | = Convenio Europeo Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales |
| EOMF    | = Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal                                 |
| GAFI    | = Grupo de Acción Financiera Internacional                                |
| LECiv   | = Ley de Enjuiciamiento Civil   |
| LECrím  | = Ley de Enjuiciamiento Criminal  |
| LOGP    | = Ley Orgánica General Penitenciaria                                      |
| LOPJ    | = Ley Orgánica del Poder Judicial   |
| PIDCP   | = Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos                     |
| RCL     | = Repertorio Cronológico de Legislación (Aranzadi)                        |
| RJ      | = Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia                                   |
| RTC     | = Repertorio del Tribunal Constitucional Aranzadi                         |
| SSTC    | = Sentencias, del Tribunal Constitucional                                 |
| SSTS    | = Sentencias del Tribunal Supremo   |
| STC     | = Sentencia del Tribunal Constitucional                                   |
| STS     | = Sentencia del Tribunal Supremo  |
| TEDH    | = Tribunal Europeo de Derechos Humanos                                    |
| TJCE    | = Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas                        |

## *2. Abreviaturas correspondientes a la bibliografía y jurisprudencia de Italia*

|                     |   |
|---------------------|---|
| AC                  | = Archivio civile                       |
| AP                  | = Archivio penale                       |
| App.                | = Corte d' Appello                      |
| ARG                 | = Archivio dei ricerche giuridiche      |
| Arch. n. proc. pen. | = Archivio della nuova procedura penale |
| Arch. pen.          | = Archivio penale                       |
| Ass.                | = Corte d' Assise                       |
| Cass.               | = Corte di cassazione                   |
| Cass. Sez. Un.      | = Corte di cassazione – Sezione Unite   |
| Cass. pen.          | = Cassazione penale                     |
| c.c.                | = codice civile                         |
| Corr.giur           | = Corriere giuridico                    |
| C. cost             | = Corte costituzionale                  |
| C. eur              | = Corte europea dei diritti dell' uomo  |

|                          |  |
|--------------------------|--|
| C. pen. int.             | = Corte penale internazionale              |
| Cost.                    | = Costituzione                             |
| c.p.c.                   | = codice di procedura civile               |
| c.p.p.                   | = codice di procedura penale               |
| c.p.                     | = codice penale                            |
| Dig. It.                 | = Digesto Italiano                         |
| Dir. e giust             | = Diritto e giustizia                      |
| DPP                      | = Diritto penale e processo                |
| Enc. Dir.                | = Enciclopedia del diritto                 |
| Enc. Giur.               | = Enciclopedia giuridica Treccani          |
| Foro it .                | = Foro italiano                            |
| Foro pen.                | = Foro penale                              |
| Gazz. giur               | = Gaceta giuridica                         |
| Giur. Cost.              | = Giurisprudenza costituzionale            |
| Giur. It.                | = Giurisprudenza italiana                  |
| Giust.pen.               | = Giustizia penale                         |
| Ind. Pen.                | = Indice penale                            |
| Quad. Cost.              | = Quaderni costituzionali                  |
| Quale giust.             | = Quale giustizia                          |
| Rep. Foro it.            | = Repertorio del Foro Italiano             |
| Rep. Giur. It.           | = Repertorio della Giurisprudenza italiana |
| Riv. dir. proc.          | = Rivista di diritto processuale           |
| Riv. pol.                | = Rivista di polizia                       |
| Riv. It. Dir. Proc. Pen. | = Rivista di diritto e procedura penale    |
| Riv. pen                 | = Rivista penale                           |
| Riv. Trim. Dir. Pubbl.   | = Rivista trimestrale di diritto pubblico  |
| Trib.                    | = Tribunale                                |

# **ESTUDIO MATERIAL Y FORMAL DEL** **BLANQUEO DE CAPITALES**

## **PRIMERA PARTE**

### INTRODUCCION

#### **- Contenido:**

#### **- Trascendencia de la materia:**

En cuanto al contenido y la trascendencia de este tema lo podemos encuadrar en cuatro aspectos:

1- EL BLANQUEO DE CAPITALES Y EL ENCUBRIMIENTO DE  
ACTIVOS.

2-EL BLANQUEO DE CAPITALES Y EL ÁMBITO FINANCIERO.

3- EL BLANQUEO DE CAPITALES COMO DELITO TRANSNACIONAL.

4- EL BLANQUEO DE CAPITALES PREVENCIÓN E INVESTIGACIONES  
DE OPERACIONES SOSPECHOSAS.

1- El blanqueo de capitales y el encubrimiento de activos: El propósito de las organizaciones criminales es generar ganancias para el grupo o para un miembro del mismo. El blanqueo de capitales consiste en disimular los frutos de actividades delictivas con el fin de desvirtuar y ocultar sus orígenes ilegales. Uno de los problemas que se plantean en la formulación de leyes penales es establecer las similitudes y diferencias entre el blanqueo de capitales y el encubrimiento, aspectos que a veces están muy relacionados. El bien jurídico protegido son los activos. Los instrumentos más utilizados para disimular el origen del dinero son las letras bancarias, fideicomisos, autoprestamos, y swaps. Existiendo a su vez una gran demanda de los profesionales como abogados, profesionales contables, auditores, notarios. La importancia de este tema radica en que en cifras el Fondo Monetario Internacional ha calculado que blanqueo de capitales tiene un valor aproximado entre el dos y el cinco por ciento del producto bruto del mundo. En este trabajo se analizarán tanto parte doctrinaria como jurisprudencial y procesal.

2- El blanqueo de capitales y el ámbito financiero: ya sabemos la importancia que tiene el lavado de dinero en las economías desarrolladas y subdesarrolladas, ahora es el momento de analizar su influencia en el ámbito financiero. Los mecanismos

reguladores y de control, como asimismo la influencia que tiene en el pequeño inversor. Ya que su patrimonio quiera o no se ve afectado por las sospechas de cualquier operación de más de cierto monto que pueda ser considerada como de blanqueo de capitales. La verdadera importancia de este sector para la existencia de este delito, radica en los medios utilizados para la ejecución del mismo.

3- El blanqueo de capitales como delito transnacional: evidentemente este delito, es un delito transnacional. Existen organismos internacionales que no solo analizan y generan propuestas metodológicas de prevención sino que han desarrollado sistemas de evaluación y control de los compromisos que asumen los distintos países sobre el particular. No se puede hablar de blanqueo de capitales y no tener en cuenta los perjuicios que este delito genera. Cuando hablamos de perjuicios me refiero tanto al ciudadano común como a un país.

4- El blanqueo de capitales prevención e investigación de operaciones sospechosas: la verdadera problemática del blanqueo de capitales consiste en saber detectar y actuar como sujeto obligado a informar aquellas operaciones inusuales y sospechosas que tengan lugar en su actividad. Es importante el ámbito conceptual y doctrinario, pero actualmente la faz empírica y operativa en la materia adquieren más importancia. La necesidad de adoptar decisiones frente a situaciones sospechosas de este delito constituyen una de las cuestiones más delicadas de este tema.

No olvidemos que este delito no es un delito aislado sino que opera como satélite de otros delitos como el narcotráfico y el tráfico de armas.

### **- Objetivo final del trabajo y Metodología**

Actualmente el blanqueo de capitales es uno de los problemas que más preocupa a Europa. Ya que las organizaciones delictivas necesitan de este método para sobrevivir. Las organizaciones delictivas se han establecido en Europa, a las mismas se le han sumado las provenientes de los países que abandonaron el régimen comunista. La mano de obra desocupada de los distintos estamentos sociales y económicos han contribuido a la formación de pequeñas organizaciones que poco a poco fueron creciendo y transformándose en verdaderas organizaciones criminales con redes en todo el mundo. En el afán de demostrar una legalidad inexistente, construyen verdaderas pantallas para ocultar el dinero ilícito proveniente de sus actividades delictivas. El aspecto práctico en este tipo de delito es sumamente importante ya que si bien no es un delito nuevo, las formas que se utilizan para el blanqueo de dinero son cada vez más sofisticadas. Es necesario establecer la figura delictiva y su penalización, pero también es necesario saber como influye en las economías de los países que son utilizados para blanquear dinero y su situación frente a los órganos de control internacionales. Es necesario abordar el tema en cuanto al actuar de los órganos de control, como tribunales, órganos internacionales, mecanismos administrativos y otros. El aspecto procesal se torna aquí sumamente importante ya que la prueba es el medio esencial para poder llevar a cabo la futura sanción. Sin prueba no existe un proceso judicial y tampoco sanción. Debemos resaltar que la esencia de nuestra investigación será el aspecto procesal pero sin dejar de lado los aspectos generales de este delito.

El objetivo fundamental es hacer un aporte innovador sobre el conocimiento de este tema. Posibilitando un mayor entendimiento del mismo, pudiendo efectuar un análisis comparativo del derecho en los distintos países. Lo cual nos permitirá poder establecer los parámetros comunes entre los mismos. El aspecto procesal del lavado de dinero en muchos países está ligado a otros delitos como las defraudaciones y estafas. No

existiendo por lo tanto una prueba individualizada para este tipo de delito, los códigos procesales en sí mismos en ciertos países ni siquiera lo contemplan. Actualmente es un delito que mueve millones de euros de allí su importancia y su influencia en la economía.

La idea de este trabajo consiste en el análisis de la normativa procesal referente a este delito.

Mucho se habla sobre las Recomendaciones del Gafi o del Grupo Egmont pero nada se dice sobre las consecuencias de esto sobre los países en desarrollo y si estos siguen o no las propuestas de dichos organismos y el resultado sobre las economías. No olvidemos que los países en desarrollo se ven beneficiados por el lavado de dinero.

Siempre en cada uno de los tópicos de nuestro análisis resaltaremos el aspecto procesal que es el punto esencial de nuestro interés. Se analizará desde el aspecto más general de este delito al particular, haciendo hincapié en el aspecto procesal. El análisis del tema se hará a través de un trabajo en el cual se delinearán la figura delictiva del blanqueo de dinero su origen y la forma de ejecutarlo. La normativa internacional y nacional. Partiremos del delito de lavado de dinero bajo la mira de las distintas legislaciones y las formas para detectarlo y prevenirlo. Las fuentes utilizadas serán fundamentalmente los Convenios Internacionales y la normativa de los países en donde este delito está tipificado. Para la obtención de la información se recurrirá a Organismos Internacionales y órganos Judiciales de los distintos países a investigar.

Se investigará la influencia de este delito sobre las principales legislaciones y fundamentalmente el ámbito internacional.

## *CAPITULO I – DIMENSION INTERNACIONAL DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS*

### **I. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES (CONVENIOS Y ACUERDOS)**

#### **I.1. Convenios internacionales en materia de corrupción y blanqueo de capitales**

Son numerosos los Convenios o Acuerdos internacionales dirigidos directa o indirectamente a establecer las bases para alcanzar una efectiva, y muy necesaria, cooperación de los Estados en la persecución de esta clase de ilícitos. Destacaremos algunos de ellos:

##### *I.1.1. Convención de Mérida contra la corrupción*

Esta Convención fue aprobada por un Comité Especial establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre del año 2000<sup>2</sup>. El presente Comité contó con los servicios de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Viena.

La Asamblea General, aprobó esta Convención el 31 de octubre del año 2003. La misma fue abierta a la firma de los estados miembros en Mérida (México), del 9 al 11 de diciembre del año 2003. Solamente 95 países la firmaron y uno la ratificó. Hasta el 3

---

<sup>2</sup> Convención de Mérida contra la Corrupción, 31 de octubre de 2003 (Texto extraído de la página web de la ONU).

de diciembre del año 2004, la habían firmado 113, países y 12 la habían ratificado. Entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

La Convención debía entrar en vigor cuando la hubieran ratificado 30 países. En cuanto a la necesidad de la existencia de una Convención contra la corrupción son varios los factores que la hacen muy recomendable, entre ellos basta señalar sus efectos sobre la economía en términos de descapitalización por reducción de los índices de confianza en la gestión. Aunque a largo plazo las consecuencias pueden ser peores, al contaminar todos los sectores de la vida ciudadana.

La desviación de recursos escasos por sujetos corruptos afecta la capacidad de los gobiernos al prestar los servicios básicos a los ciudadanos. Pudiendo poner en peligro la salud y seguridad de los mismos, por la carencia por ejemplo de proyectos de infraestructura. No olvidemos que la corrupción tiene mayor impacto en las personas con menos recursos de un país.

La corrupción<sup>3</sup> desestabiliza los sistemas económicos, razón por la cual actividades como la delincuencia organizada, el terrorismo y otras actividades florecen, afectando la calidad de vida de los ciudadanos. En virtud de esto, la Convención contiene, medidas destinadas a la acción preventiva y a fortalecer la cooperación entre los países en la esfera de prevención. También contiene obligaciones que deberán asumir los Estados partes una vez que ratifiquen la misma, como por ejemplo la penalización de determinadas conductas tales como el soborno, la malversación o el blanqueo de capitales. La Convención también establece medidas para fomentar la cooperación internacional, como la extradición y la asistencia judicial recíproca (Capítulo IV, Cooperación Internacional artículos 46 y ss.). También podemos citar las siguientes disposiciones de gran importancia con nuestro tema de investigación:

- a) el fomento de la cooperación internacional, a través de la extradición y la asistencia judicial recíproca ( artículo 1).
- b) determinadas actuaciones relacionadas con la recuperación de activos (artículo 31).
- c) disposiciones sobre cooperación técnica, para facilitar a los países en desarrollo la aplicación de las mismas, (artículos: 37; 38; 39; 43).
- d) medidas contra el blanqueo del producto del delito, (artículo 23).

En relación al Blanqueo de capitales el artículo 14 se refiere a la prevención del mismo:

*“Cada Estado Parte: a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas; b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación del artículo 46 de la presente”.*

---

<sup>3</sup> B. GARZON REAL, *Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia de la Unión Europea*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Madrid, p. 441.

Asimismo incluye disposiciones sobre cooperación y asistencia técnica (artículos 60 y 62), para facilitar a los países en desarrollo la aplicación de las mismas. Pero es necesario recordar que las causas de la corrupción<sup>4</sup> son distintas en cada país, de tal modo que algunas leyes y métodos para combatirla no son de aplicación práctica en algunos países pero sí en otros. Es por ello que algunos países ante la falta de recursos deben solicitar ayuda a organismos internacionales. Las Naciones Unidas es un organismo que a nivel internacional ha contribuido a que muchos países puedan contar con instrumentos que les permitan luchar contra la corrupción<sup>5</sup>.

Podemos decir que la presente Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, es el primer instrumento global y jurídicamente vinculante. Ya que la misma no es de carácter regional ni está destinada a funcionar en un área limitada.

Una vez ratificada por los treinta países se establecerá una Conferencia de los Estados Parte que promoverá y examinará su aplicación, como la realización de las actividades requeridas por la Convención. Esta Convención entró en vigor el 14 de diciembre del año 2005.

### *1.1.2. Convención de Palermo. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*

Entre los días 12 y 15 de diciembre del año 2000 se firmó la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional<sup>6</sup>, no obstante que algunos de sus preceptos contradigan lo acordado en el seno de la Unión Europea en mayo de ese mismo año, en el Tratado de la Unión Europea sobre asistencia mutua en materia criminal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000. Recordemos que Italia y España firmaron el 28 de noviembre del año 2000, un Convenio Bilateral, para combatir eficazmente el crimen organizado, el terrorismo y otros fenómenos delictivos de igual gravedad.

Los aspectos más polémicos de este convenio fueron la aplicación de la ley del país requerido y no requiriente; y la subsistencia del principio de doble incriminación<sup>7</sup>, abiertamente contrarios al Convenio europeo. En cualquier caso pasemos a analizar su articulado. Este Convenio incluye normas relativas a la tipificación del concepto de *grupo delictivo organizado*, artículo 5, se refiere a la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, posteriormente penaliza en su artículo 6, el blanqueo del producto del delito.

Introduce medidas para combatir el blanqueo de dinero, entre las que se encuentran algunas de gran trascendencia como: la abolición del secreto bancario<sup>8</sup>; el intercambio de información nacional e internacional; o la posibilidad de establecer una dependencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero<sup>9</sup>. Dando asimismo un impulso a la cooperación internacional y una mayor correspondencia de información de

---

<sup>4</sup> B. GARZON REAL, *op. cit.*

<sup>5</sup> L. JORQUERA GARCIA, et.al., *Código sobre la prevención del blanqueo de capitales*, en *La Ley-Actualidad*, Madrid, 2006, p. 29. ss.

<sup>6</sup> G. SILVA – R. GLUYAS MILLAN, *La Convención de Palermo en lucha contra la delincuencia organizada*, en *Revista El Mundo del Abogado*, n. 105, enero 2008, p. 52 ss.

<sup>7</sup> B. GARZON REAL, *Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial 28- 2000, Madrid, p.440.

<sup>8</sup> Artículo 12 de la Convención de Palermo

<sup>9</sup> Artículo 28 de la Convención de Palermo



transferencias transfronterizas. En su artículo 1, aclara que el propósito de la Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

Medidas contra la corrupción son tenidas en cuenta en el texto de la misma (art. 91.), por ejemplo adoptando cada Estado medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de los funcionarios públicos<sup>10</sup>.

Establece la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en un delito grave en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, como asimismo la responsabilidad penal, si fuera posible de acuerdo a la normativa interna (artículo 10). Penalizando incluso la complicidad (art.8). Resolución del secreto bancario e inversión de la carga de la prueba (artículos 6, 7 y 12).

En cuanto a la de cooperación jurídica internacional (artículo 13) y la asistencia judicial recíproca (artículo 18), los Estados Partes prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca en relación a investigaciones, procesos o actuaciones judiciales relacionados con delitos comprendidos en esta Convención, por ejemplo facilitando información o elementos de prueba. Esto se pone de manifiesto en la recopilación<sup>11</sup> intercambio y análisis de la información sobre la delincuencia organizada (artículo 28)<sup>12</sup>.

Esta Convención también tuvo en cuenta los mecanismos de investigación conjunta (artículo 19). Ejemplo de ello son los acuerdos o arreglos bilaterales en relación con cuestiones objeto de investigaciones en uno o más Estados<sup>13</sup>. Técnicas especiales de investigación (artículo 20). Ejemplo de ello es la vigilancia electrónica. Medidas de protección de testigos (artículo 24), de asistencia y protección a las víctimas. Podemos citar como ejemplo la reubicación de testigos y la prohibición de revelar los datos sobre su identidad o paradero. Se prevén también medidas en materia de información, comunicación, búsqueda de personas, intercambio de sustancias, movimiento del producto del delito entre otros (art. 27)<sup>14</sup>.

Aunque sea más limitada en su contenido, el éxito de la Convención radicará en su mayor alcance global que el Convenio Europeo de 29 de mayo de 2000, dada su firma por más de 100 países<sup>15</sup>.

### *1.1.3. La Unión Europea y el blanqueo de capitales*

#### *1.1.3.1. Normas Internacionales y Comunitarias referentes al blanqueo de capitales*

A pesar de sus notables deficiencias y su habitual falta de concreción debemos valorar muy positivamente el esfuerzo internacional en esta materia, destacando los siguientes instrumentos internacionales:

---

<sup>10</sup> O. URIBE BENITEZ, *La Convención de Palermo*, MEXICO, 2010.

<sup>11</sup> L. De LA CORTE et.al., *Crimen Organizado, evolución y clanes*, Barcelona, 2010.

<sup>12</sup> A. STENKO, *Las Pautas Falsas del Crimen Organizado, finanzas paralelas y orden internacional*, Barcelona, 2010.

<sup>13</sup> G. FIHCKENHAUER, *Mafia y Crimen Organizado*, Barcelona, 2010.

<sup>14</sup> B. GARZON REAL, *op. cit.* p. 444.

<sup>15</sup> B. GARZON REAL *op. cit.* p. 440.

1) Convención de la ONU de 19 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilegal de narcóticos y sustancias psicotrópicas (convención de Viena de 1988).

En este Acuerdo Internacional la lucha contra el blanqueo de capitales se considera un instrumento más para combatir el tráfico de drogas (fue ratificado por España el 30 de junio de 1990, entró en vigor el 11 de noviembre de 1990). Hace referencia al blanqueo de dinero en forma incidental ya que la problemática general es el tráfico de drogas. Los delitos sobre drogas pueden ser considerados como hechos previos, que generan capitales que pueden ser blanqueados de allí la importancia de esta Convención en relación al blanqueo de dinero<sup>16</sup>.

Esta Convención demuestra el interés e importancia que tiene el tema en el ámbito internacional ya que se trata de un problema que escapa a las jurisdicciones nacionales, por ello es que se pone énfasis en la cooperación internacional<sup>17</sup>. La exigencia de la tipificación penal del blanqueo de capitales y de su valoración como un delito grave, permitirá en el futuro la cooperación en materia de decomiso, asistencia judicial recíproca y extradición. Concretamente el artículo 3, se refiere al blanqueo de capitales en su apartado b) i):

*“ b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados .....con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;*

*ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos relativos a tales bienes a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados....*

*c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:*

*i) La adquisición, la posesión, o la utilización de bienes a sabiendas en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados... ”*

Una de las Principales armas para luchar contra el Blanqueo de Capitales y el Narcotráfico, es la Convención de Viena del año 1988. Esta Convención trata sobre el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias, psicotrópicas. La particularidad de la misma, es que no tan sólo se refiere a las sustancias ilegales, sino al producto o ganancias obtenidas a través de las mismas.

El problema es analizado, actualmente más allá del producto de este comercio. Hoy en día a través de leyes, y de la cooperación internacional se intenta combatir este flagelo, lo cual desde ya no es nada fácil. Ya que la unificación de normas de carácter internacional no es tan fácil, tampoco lo es la participación y cooperación sin reservas de ciertos países<sup>18</sup>.

Los delitos sobre drogas pueden ser considerados como hechos previos, que generan capitales que pueden ser blanqueados de allí la importancia de esta Convención

---

<sup>16</sup> M. SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Santiago de Compostela, 2002, p. 77.

<sup>17</sup> E. BAUCHE, *Lavado de dinero*, Buenos Aires, 2006, p. 38.

<sup>18</sup> S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Milano, 2009.

en relación al blanqueo de dinero<sup>19</sup>, poniéndose énfasis en la cooperación internacional.<sup>20</sup> La exigencia de la tipificación penal del lavado de activos y de su valoración como un delito grave, permitirá en el futuro la cooperación en materia de decomiso, asistencia judicial recíproca y extradición. Los esfuerzos internacionales realizados para seguir los rastros del dinero ilícito provenientes del narcotráfico han generado un entramado de obligaciones jurídico-internacionales, sobretudo en cuanto a la criminalidad organizada y el comercio de narcóticos.

Es necesario separar los mercados ilícitos y paralelos de los legítimamente constituidos. Muchos han interpretado que los sistemas de control de lavado de dinero constituyen una forma de fijar nuevos criterios y valores en la economía y sobre todo en las actividades profesionales relacionadas con el manejo de dinero. Las medidas de retiro de ganancias de origen ilícito y los controles al lavado de dinero han provocado cambios en el derecho y en la práctica de la investigación policial. Las percepciones que aparecen ligadas al problema de la participación en los mercados ilícitos o en las asociaciones criminales modifican los principios del derecho penal de culpa y los de responsabilidad. Dando prioridad hacia principios de prevención y seguridad.

Las investigaciones criminológicas han llegado a la conclusión de que el comercio de estupefacientes y los mercados de drogas ilícitas pueden ser influidos muy marginalmente por las medidas de retiro de las utilidades de proveniencia ilícita o los controles de lavado de dinero. Es muy difícil evaluar las políticas de control de lavado de activos y del retiro de ganancias de procedencia ilícita. Las investigaciones indican que la práctica de confiscación de ganancias ilícitas lleva a complejos ordenamientos de embargos y retiros de valores patrimoniales. Los mismos equivalen a unas modestas recaudaciones del total de transacciones que se llevan a cabo en los mercados ilegales.<sup>21</sup>

Por todo lo expuesto las medidas de control de blanqueo de capitales también deben ir acompañadas de medidas que prevengan y persigan el crimen organizado y el desarrollo del narcotráfico.<sup>22</sup>

2) A iniciativa del G7 (cumbre de los siete países más industrializados del mundo) se creó en julio del año 1989, el GAFI (GRUPO DE ACCION FINANCIERA INTERNACIONAL), al cual se sumaron ocho países, entre ellos España.

---

<sup>19</sup> M. SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Santiago de Compostela, 2002, p. 77.

<sup>20</sup> E. BAUCHE, *Lavado de dinero*, Buenos Aires, 2006, p. 38.

<sup>21</sup> H. ALBRECHT, *Criminalidad transnacional y comercio de narcóticos y lavado de dinero*, Colombia, p. 81 ss.

<sup>22</sup> La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3.a) en el procedimiento abreviado 101/95 instruido por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5, en sentencia de fecha 23.11.95 condenó a los hermanos Manuel y Germán G.C. como autores de un delito de receptación (blanqueo) del art. 546 bis 1) del Código Penal anterior. Los hechos delictivos que el Tribunal de instancia consideró probados son en síntesis los siguientes: El acusado Manuel G.C. siguiendo instrucciones de terceras personas procedió a la apertura en España de cuentas bancarias operando con ellas para revertir a dichas terceras personas los beneficios obtenidos ilícitamente del tráfico de drogas. — Así, el 2.4.92 abrió una cuenta en una entidad bancaria de Sevilla y, hasta su cancelación el 3.12.92, realizó en la misma ingresos en efectivo y de forma fraccionada (en 90 ocasiones) por un importe total de 129.189.000 ptas. adquiriendo de modo inmediato cheques bancarios cifrados en moneda extranjera (dólares USA) por un importe de 1.509.997 dólares declarando para su obtención pretendidos pagos exteriores originados por la importación de diversos productos que no se efectuaron, aportando a este efecto facturas previamente confeccionadas como justificativas, o para pretendidas ayudas familiares. En la mayoría de los casos los cheques bancarios eran nominativos figurando como beneficiarios, personas físicas y jurídicas colombianas y presentados al cobro en entidades bancarias de ese país.

El GAFI fue creado en 1989 es un organismo intergubernamental. La finalidad era luchar contra el blanqueo de capitales, elaborando y promoviendo medidas para luchar contra este delito. Actualmente se ha extendido el ámbito para cubrir todos los delitos graves de blanqueo considerados por los países miembros. Está compuesto por países desarrollados y en desarrollo, 29 países lo integran (lista al mes de julio de 2010) y dos organismos internacionales<sup>23</sup>.

El GAFI, el 22 de junio del año 2000, publicó una lista de países que se consideran paraísos fiscales y que se niegan a cooperar con este organismo. Estos países más allá de atentar contra los regímenes fiscales de otros países<sup>24</sup>, contribuyen al lavado de dinero. Esta lista se amplía y publica periódicamente<sup>25</sup>.

La actividad del GAFI y su promoción de grupos regionales que a su imagen y semejanza promueven la mejora de los sistemas antiblanqueo han dado sus frutos. Actualmente podemos mencionar el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC); de América del Sur (GAFISUD). Asimismo otros grupos antiblanqueo que abarcan África del Sur y del Este; también el grupo de países de Asia- Pacífico. El compromiso es mejorar los sistemas nacionales antiblanqueo de sus miembros y cooperar entre sí para la puesta en común de sus esfuerzos.<sup>26</sup>

En el año 1990, emitieron varias recomendaciones para la represión del blanqueo de capitales. Eran cuarenta recomendaciones, que fueron revisadas en el año 1996 y de nuevo en el año 2003. En el mes de octubre del año 2001, se formularon ocho Recomendaciones Especiales sobre Financiamiento del Terrorismo que se complementan con las 40, anteriormente mencionadas y a las cuales se agrega una novena<sup>27</sup>.

El GAFI colabora con la ejecución de los trabajos que llevan a cabo las organizaciones regionales similares y coopera estrechamente con los organismos internacionales implicados en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, supervisando la aplicación de las Recomendaciones. Asimismo realiza reuniones a fin de analizar e intercambiar opiniones sobre tipologías y nuevas tendencias de blanqueo de capitales.

La forma de controlar la implantación y aplicación de las recomendaciones se lleva a cabo a través de un cuestionario de autoevaluación anual que permite conocer el alcance de la aplicación de las recomendaciones tanto por país como por el Grupo en su

---

<sup>23</sup> J. ROLDAN, *La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional : El Gafi \*Grupo de Acción Financiera*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, 28 / 2000, Madrid, p. 206 a 207.

<sup>24</sup> El G.A.F.I considera «paraísos fiscales» o países o territorios no cooperantes, incluidos en el Real Decreto 1080/1991 de 5 de julio. A los siguientes países son: Isla de Man, Isla de Guernesey y de Jersey, Principado de Andorra, Gibraltar, Gran Ducado de Luxemburgo, Principado de Lichtenstein, Principado de Mónaco, República de San Marino, República de Malta, República de Chipre, Anguilla, Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Bermudas, Islas Caimán, Antillas Holandesas, Aruba, República de Dominica, Granada, Jamaica, Montserrat, San Vicente y las granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de EEUU, República de Panamá, Islas Turks y Caicos, Islas Malvinas, República de Liberia, República de Seychelles, Islas Mauricio, República Libanesa, Reino Hachemí Jordano, Emirato de Bahrein, Emiratos Árabes Unidos, Sultanado de Omán, Macao, Hong-Kong, Singapur, Sultanado de Brunei, Islas Marianas, Naurú, Islas Salomón, República de Vanuatu, Islas Fiji e Islas Cook. Esta enumeración se completa con la Orden del Ministro de Economía de 24 de octubre de 2002. Actualmente este listado lamentablemente sigue siendo el mismo, su número no se ha reducido.

<sup>25</sup> E. BAUCHE, *Lavado de dinero*, cit. p. 114.

<sup>26</sup> F. ROSADO DOMINGUEZ, *El blanqueo de dinero, deficiencias en zonas internacionales de riesgo*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, cit. p. 173

<sup>27</sup> M. COBO DEL ROSAL, *Blanqueo de capitales*, Madrid, 2005, p. 285.

conjunto. La cual es llevada a cabo por expertos que examinan el aspecto legal, financiero y jurídico.

En las reuniones del GAFI se analizan las tendencias, contramedidas, se supervisa la aplicación de medidas antiblanqueo y el proceso encaminado al establecimiento de una red mundial de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

3) Convenio del Consejo de Europa de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito.

Este Convenio fue abierto a la firma en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. España lo ratificó en 1998.

Este Convenio como la Convención de Viena sobre drogas, no es un instrumento internacional dedicado al blanqueo de dinero, pero sí se ocupa de los productos delictivos o del delito (blanqueo de capitales, narcotráfico, etc.), es decir de la actividad ilícita provenga del narcotráfico o bien de otra actividad delictiva. El capítulo tercero, a mi entender es el más importante, se refiere a la cooperación internacional en materia de identificación, embargo y decomiso. Es importante ya que logra cubrir lagunas que otros Convenios poseían, impidiendo la asistencia judicial recíproca. Sin duda es uno de los Convenios más notables.

Entre los aspectos a destacar, este Convenio contiene un núcleo fundamental de medidas antiblanqueo que coinciden con las contenidas en el Convenio de Viena de 1988. Resulta, no obstante, técnicamente más perfecto el desarrollo de estas medidas en el Convenio de Estrasburgo, predominando un contenido eminentemente procesal en la cooperación internacional. Por otra parte mientras la Convención de Viena consideraba el blanqueo de capitales a los procedentes del narcotráfico, el Convenio de Estrasburgo lo generaliza a los procedentes de cualquier actividad delictiva<sup>28</sup>.

El Convenio del Consejo de Europa, sobre el blanqueo de dinero, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos, es un paso adelante, ya que va más allá de la mera detección del ilícito, sino que fija medidas a adoptar con las ganancias ilícitas.

Este Convenio está estructurado de la siguiente manera:

Capítulo I USO DE LOS TERMINOS

Capítulo II MEDIDAS A ADOPTAR EN EL AMBITO NACIONAL

Capítulo III COOPERACION INTERNACIONAL

Capítulo IV DISPOSICIONES FINALES

Asimismo los artículos relevantes para nuestra investigación son los artículos 2; 6; 7.

El artículo 2.1, se refiere a la capacidad de las partes contratantes de confiscar un bien producto del delito, es importante resaltar que se refiere a una actividad ilícita en general y no a un delito en particular. Artículo 2.1.

*“Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para permitir la confiscación de los instrumentos y productos de un delito, o de las propiedades cuyo valor corresponda a dichos productos”.*

---

<sup>28</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit. p. 66.

El artículo 6 se refiere concretamente al delito de blanqueo de capitales<sup>29</sup> o blanqueo de dinero como lo denomina, concretamente el artículo 6.1. , habla de conversión, transformación de las propiedades teniendo conocimiento de que provienen de una actividad delictiva<sup>30</sup>. Asimismo en la segunda parte habla de ocultación de la naturaleza de la propiedad producto del delito. Recordemos que tanto la conversión, transformación y ocultación son conductas a las cuales tanto el Código Penal Español como el Código Penal Italiano<sup>31</sup> se refieren al tipificar el blanqueo de capitales. También al mencionar la posesión como la participación nos recuerdan a estos dos cuerpos legales<sup>32</sup>.

*“Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para considerar como delitos en virtud de su derecho interno, cuando sean cometidos de forma intencionada:*

*a. la conversión o transmisión de propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito, con el propósito de ocultar o disfrazar el origen ilícito de las mismas o de ayudar a cualquier persona que esté implicada en la comisión del delito base a evadir las consecuencias legales de sus acciones;*

*b. la ocultación o disfraz de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, propiedad o derechos en relación con propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito; y, sujeta a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su sistema jurídico:*

*c. la adquisición, posesión o uso de propiedades, con conocimiento de que, el momento de su recepción, dichas propiedades eran producto de un delito;*

*d. la participación en, asociación o conspiración para cometer, tentativa de cometer y ayudar, inducir, facilitar y aconsejar cometer cualquiera de los delitos que se establezcan de acuerdo con este artículo”.*

El artículo 7, señala en toda su extensión el deseo de la existencia de la cooperación internacional <sup>33</sup>a fin de poder llevar a cabo las medidas que este Convenio intenta adoptar para lograr su finalidad, es decir el embargo y decomiso de los bienes provenientes de actividades ilícitas. Artículo 7:

*“1. Las Partes cooperarán entre sí en la mayor medida posible a los fines de las investigaciones y procedimientos judiciales que tengan por objeto la confiscación de instrumentos y productos de un delito.*

*2. Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para permitirle cumplir, en las condiciones estipuladas en este capítulo, con las solicitudes:*

*a. de confiscación de bienes específicos que sean productos o instrumentos de un delito, así como de confiscación de productos de un delito que consistan en la obligación de pagar una suma de dinero que corresponda al valor de dichos productos;*

*b. de ayudar en la investigación y medidas provisionales que tengan por finalidad cualquiera de las formas de confiscación a que se refiere el apartado anterior”.*

---

<sup>29</sup> S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, cit.

<sup>30</sup> M. CARBONE - M. TOLLA, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, Cacucci, 2010.

<sup>31</sup> M. CARBONE – M. TOLLA, *Elementi normativi internzazionali e nazinali in materia di riciclaggio*, cit.

<sup>32</sup> A. SCIALOJA – M. LEMBO, *Antiriciclaggio*, Milano, 2009.

<sup>33</sup> R. RAZZANTE, *Il Riciclaggio nella giurisprudenza, normative e prassi applicative*, Milano, 2011.

Este Convenio sin lugar a dudas es uno de los instrumentos internacionales de mayor relevancia para luchar contra el delito.

4) Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 10 de junio de 1991, relativa a la prevención del sistema financiero para el blanqueo de capitales.<sup>34</sup>

Pero antes de hablar de las Directivas europeas es necesario aclarar el carácter de las mismas. Las Directivas tienen la finalidad de establecer aquellos objetivos que deben alcanzar los Estados miembros, pudiendo ir dirigida a uno o varios de ellos. Pero es el legislador nacional el cual seleccionará los medios para cumplir los objetivos de las mismas.

La transposición tiene que realizarse dentro de cierto límite de tiempo fijado en la misma, es un medio utilizado para armonizar las legislaciones nacionales sobre todo en materia de seguridad, libertad y justicia<sup>35</sup>.

La Directiva 91/308/CEE, tiene por finalidad establecer un marco único para la legislación antiblanqueo<sup>36</sup>. Esta Directiva, se basa fundamentalmente en la Convención de Viena de 19 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, como asimismo en el Convenio de Estrasburgo de 8 de noviembre de 1990, sobre embargo y comiso de los productos del delito.

La consecuencia más importante de esta Directiva ha sido inducir a la modificación de la legislación contra el blanqueo de dinero en los países de la Unión Europea, referente al aspecto preventivo y de penalización<sup>37</sup>. A través de esta Directiva se obligaba a los Estados miembros a tipificar como delito el blanqueo de capitales procedente de cualquier delito grave de los previstos en los Códigos Penales de los respectivos Estados miembros<sup>38</sup>. La Ley 19/1993, traspone casi literalmente la Directiva comunitaria.

Esta Directiva define el delito de blanqueo de capitales en su artículo 1.C.:

*“Blanqueo de capitales”: las siguientes acciones realizadas intencionadamente:*

*- la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos,*

*- la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad,*

*- la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad,*

<sup>34</sup> M. COBO DEL ROSAL, *Blanqueo de capitales*, cit. p. 21.

<sup>35</sup> C. ESCOBAR HERNANDEZ, *Instituciones del Derecho Comunitario*, BARCELONA, 2006.

<sup>36</sup> L.MORILLAS CUEVAS – J. VALLS PRIETO, *Hacia una nueva realidad de un Derecho Penal Europeo*, en *RFDUG*, VOL. 9, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Valencia, 2006, p. 165 y ss.

<sup>37</sup> R. RAZZANTE, *IL Riciclaggio nella giurisprudenza. Normativa e prassi applicative*, Milano, 2011.

<sup>38</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit. p. 82.

*- la participación en alguna de las acciones mencionadas en los guiones precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.*

*El conocimiento, la intención o el propósito que han de darse en las actividades antes mencionadas podrán establecerse basándose en elementos de hecho objetivos.*

*Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país”.*

El artículo 8 de la Directiva 91/308/CEE, sobre prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales, establece claramente que no debe comunicarse al cliente o a terceros las investigaciones sobre blanqueo de capitales, ni las comunicaciones realizadas a las autoridades. Esta prohibición para las entidades financieras y sus empleados se encuentra en el artículo 8 de la Directiva. No obstante ello la Directiva fue modificada de manera que las investigaciones relacionadas con el blanqueo de capitales no sean obstaculizadas por el conocimiento que tenga la persona investigada de las mismas<sup>39</sup>. La finalidad es evitar poner en conocimiento del cliente que está siendo investigado por maniobras sospechadas de lavado de dinero.

El origen de esta Directiva debe buscarse en un proyecto de Recomendación relativo a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo, formulado por la Comisión en octubre de 1989, que no fue aprobada; pero se convirtió en una propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo el 23 de marzo de 1990<sup>40</sup>.

La Directiva recoge la definición de los conceptos de entidad de crédito, institución financiera y blanqueo de capitales.

En relación al blanqueo de capitales esta Directiva nos recuerda la definición que la Convención de Viena de 1988, en su artículo 3 se refiere al blanqueo de capitales. Enuncia las diferentes conductas que caracterizan a este delito: la conversión o la transferencia de bienes de procedencia criminal con el fin de disimular o disfrazar el origen ilícito de dichos bienes o ayudar a toda persona implicada en esta actividad a evitar las consecuencias jurídicas de sus actos; el ocultamiento, la adquisición, posesión o uso de bienes de procedencia ilícita como así también la participación.

Establece una gran responsabilidad para las entidades financieras y de crédito, asimismo la identificación de sus clientes. Pero no tan sólo exige la identificación de ellos sino guardar dichos comprobantes por el plazo de cinco años. Asimismo solicita toda la colaboración de dichas entidades para la detección y persecución de este delito.

Nos recuerda esta normativa a las 40 Recomendaciones del GAFI en las cuales se hacía hincapié en la información suministrada por las entidades financieras y bancos, y la protección de dicha información a fin de evitar filtraciones que impidiesen la detección de la ejecución del delito y de las personas que lo llevan a cabo.

---

<sup>39</sup> DOCUMENTO COM (90) 593 final – SYN 254, Bruselas 30 de noviembre de 1990, respecto del art. 5 Exposición de motivos de la Modificación de la propuesta de directiva del Consejo relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales.

<sup>40</sup> Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales. Com (90) 106 final, presentada por la Comisión el 23 de marzo de 1990.



5) Directiva 2001/97/CE del Parlamento y del Consejo de 4 de diciembre del 2001, que modifica la Directiva 91 /308/CEE del Consejo, relativa a la prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales<sup>41</sup>.

Conforme el procedimiento dispuesto en el art. 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el Parlamento Europeo emitió un dictamen en primera lectura sobre una propuesta el 5 de julio del 2000. El Comité Económico y Social emitió su dictamen el 26 de enero del 2000, el Consejo adoptó su posición común de acuerdo con el art. 251 del Tratado el 30 de noviembre del 2000.

Esta Directiva amplía el delito de blanqueo de capitales, de manera que abarque no sólo el delito de tráfico de drogas, sino también otros delitos graves. También extiende las obligaciones a otras actividades y profesiones entre ellos, abogados, fiscales o auditores<sup>42</sup>.

La libre circulación de capitales es defendida por la Directiva, teniendo en cuenta no tan sólo los Estados miembros sino la libre circulación con respecto a terceros países<sup>43</sup>. Todo esto de conformidad con el art. 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Este mismo artículo es el que autoriza a los Estados miembros a instrumentar procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa; como asimismo medidas por razones de orden o seguridad pública.

Esta Directiva tiene por objeto garantizar la protección del sector financiero y otras actividades que pueden ser perjudicadas por las actividades delictivas (artículo 6 y 7). También extiende el ámbito de sujetos obligados a cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave, incluye como sujetos obligados a los auditores, contables externos y asesores fiscales, los notarios en cuanto a sus funciones también se encuentran obligados por esta directiva (artículo 2 bis).

Al referirse a la actividad delictiva considera cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave (artículo 1.E)

En cuanto al delito de Blanqueo de Capitales lo define en el artículo 1.C de una forma muy similar a la definición dada por la Directiva 91/308 a la cual modifica. Las modificaciones se centran en la ampliación de las conductas que son consideradas delictivas:

*"Blanqueo de capitales": las siguientes acciones realizadas intencionadamente:*

*- la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos,*

---

<sup>41</sup> La Directiva 2001/97 establece determinadas medidas, para que los Estados pertenecientes a la Comunidad Europea adecuen sus normas internas a la nueva situación europea, favoreciendo la libre circulación de capitales entre los Estados miembros y ampliando el campo de aplicación de la normativa «antiblanqueo», que hasta entonces, en la legislación española, tan sólo se aplicaba al dinero procedente del narcotráfico, bandas armadas y delincuencia organizada. La libre circulación de capitales no sólo es defendida por la Directiva respecto a los Estados miembros, sino que también lo hace con respecto a la libre circulación de capitales con terceros países según establece el artículo 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

<sup>42</sup> Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee n. L. 344 del 28 diciembre de 2001, p. 0076 a 0082.

<sup>43</sup> M. COBO DEL ROSAL, *Blanqueo de capitales*, cit. p. 33.

- la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad,

- la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad,

- la participación en alguna de las acciones mencionadas en los guiones precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.

*El conocimiento, la intención o el propósito que han de darse en las actividades antes mencionadas podrán establecerse basándose en elementos de hecho objetivos.*

*Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país”.*

6) Directiva 2005/60/CE, del 26 de octubre de 2005<sup>44</sup>, sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

La Directiva <sup>45</sup>incluye como delito grave al terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y criminalidad organizada fundamentalmente. Se tuvo en cuenta para la elaboración de esta Directiva las 40 Recomendaciones del GAFI del mes de junio de 2003<sup>46</sup>. A través de la misma también se solucionaron cuestiones como las relativas a la identidad de los clientes en el momento de entablar relaciones comerciales. Ya que existían problemas como la falta de normas frente a aquellas cuentas anónimas con años de antigüedad.

Con respecto a los profesionales (artículo 2.1.3.), estos tienen la obligación de notificar las operaciones sospechosas de las cuales tengan conocimiento<sup>47</sup>. Deja establecido que cualquier persona que negocie con bienes o preste servicios, cuando los pagos se efectúen al contado y por un monto superior o igual a 15.000€ (artículo 7), ya sea en la ejecución de una o ya de varias operaciones, será sujeto obligado por la Directiva en el ejercicio de su profesión. Sin duda esta Directiva cubre lagunas importantes con respecto a las anteriores.<sup>48</sup>Quedando obligadas las entidades de crédito y financieras (artículo 2.1.).

Establece la obligación de identificar al cliente (artículo 8 y 9), Asimismo establece la obligación de que cada estado miembro funde una Unidad de Inteligencia Financiera (artículo 21), la cual analizará, recabará y comunicará la información relativa a un posible blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Dejando a salvaguarda que las entidades y personas contempladas en esta Directiva no revelarán al cliente o a terceros la información transmitida a la Unidad de Inteligencia Financiera ni tampoco que se haya transmitido dicha información.

<sup>44</sup> DO L 309 de 25 de noviembre de 2005.

<sup>45</sup> P. CENCI, *La nuova normativa antiriciclaggio. Direttive comunitarie e normativa nazionale*, Milano, 2010.

<sup>46</sup> D. ALVARES PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, cit. p. 109.

<sup>47</sup> L. JORQUERA GARCIA et. al, *Código sobre la prevención del blanqueo de capitales*, en *La Ley – Actualidad*, Madrid, 2006, p. 151 ss.

<sup>48</sup> DOUEL de 25 de noviembre de 2005.

Esta Directiva fundamentalmente tiene por objeto evitar que el sistema financiero sea usado para blanquear dinero o financiar al terrorismo. Deroga la Directiva 91/308 CEE<sup>49</sup>.

Hace hincapié en que los Estados Miembros deberán adoptar todas las medidas necesarias para prohibir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Al referirse a la financiación del terrorismo considera todo hecho que tiende a facilitar o reunir fondos para cometer uno de los delitos contemplados en la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo<sup>50</sup> en la lucha contra el terrorismo. Entre esas conductas podemos citar, la toma de rehenes, la falsificación de documentos administrativos y dirección de un grupo terrorista<sup>51</sup>.

Define el Blanqueo de capitales en su artículo 1 de la siguiente manera:

*“1. Los Estados miembros velarán por que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo queden prohibidos. 2. A efectos de la presente Directiva, las siguientes actividades, realizadas intencionadamente, se considerarán blanqueo de capitales:*

*a) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto;*

*b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad,*

*c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad;*

*d) la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras precedentes, la asociación para cometer ese tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución.*

*3. Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país.*

En cuanto a la financiación al terrorismo el artículo 1.4 lo define de la siguiente manera:

*“4. A efectos de la presente Directiva, se entiende por «financiación del terrorismo» el suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo ).*

---

<sup>49</sup> A. CASTALDO – M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, cit.

<sup>50</sup> S. SCIALOJA - M. LEMBO, *Antiriciclaggio*, cit.

<sup>51</sup> S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, cit.

5. *El conocimiento, la intención o la motivación que han de darse en las actividades a que se refiere el presente artículo, apartados 2 y 4, podrán establecerse basándose en elementos de hechos objetivos”.*

Esta Directiva ha intentado actualizar la normativa existente en relación a la lucha contra el terrorismo y el blanqueo de capitales, basándose sobre todo en las 40 Recomendaciones del GAFI.

7) Directiva 2006/70/ CE de la Comisión de 1 de agosto de 2006<sup>52</sup>.

Esta Directiva establece disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada<sup>53</sup>.

Los procedimientos simplificados serán aplicados en casos como por ejemplo si el cliente posee una identidad públicamente conocida o sus actividades contables fuesen transparentes.

Esta Directiva establece las situaciones en las cuales se aplicará también los procedimientos simplificados<sup>54</sup> (artículo 3) de diligencia debida en el caso de que tanto autoridades como organismos públicos presenten un riesgo bajo de blanqueo. También considera excluir del ámbito de esta Directiva a aquellas entidades que desarrollen una actividad financiera de manera limitada en cuanto al número de operaciones o prácticamente nula (artículo 4).

Define las personas del medio político en el artículo 2:

*“A efectos del artículo 3, apartado 8, de la Directiva 2005/60/CE, se entenderá por «personas físicas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes»:*

*a) jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros, subsecretarios o secretarios de Estado;*

*b) parlamentarios;*

*c) miembros de tribunales supremos, tribunales constitucionales u otras altas instancias judiciales cuyas decisiones no admitan normalmente recurso, salvo en circunstancias excepcionales;*

*d) miembros de tribunales de cuentas o de los consejos de bancos centrales;*

*e) embajadores, encargados de negocios y altos funcionarios de las fuerzas armadas;*

*f) miembros de los órganos administrativos, de gestión o de supervisión de empresas de propiedad estatal.*

*Ninguna de las categorías establecidas en las letras a) a f) del párrafo primero comprenderá funcionarios de niveles intermedios o inferiores.*

*Las categorías establecidas en las letras a) a e) del párrafo primero comprenderán, en su caso, cargos desempeñados a escala comunitaria e internacional”.*

<sup>52</sup> DO L 214 de 4 de agosto de 2006.

<sup>53</sup> Bruselas 1 de agosto del año 2006.

<sup>54</sup> P. CENCI, *op.cit.*

Esta Directiva al igual que las anteriores tiene por finalidad la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

8) Código del Fondo Monetario Internacional del 26 de septiembre del año 1999, sobre buenas prácticas de transparencia en las políticas, monetarias y financieras.

El fondo Monetario Internacional tiene su sede en Washington, fue fundado en 1945, con el propósito de promover políticas cambiarias sostenibles internacionalmente y facilitar el comercio en todo el mundo y la reducción de la pobreza, estos fueron sus principales objetivos. También otorga temporalmente recursos financieros a los socios que se encuentran en problemas económicos.

Estableció también el patrón oro/dólar que subsistiría hasta 1973, dicho patrón equiparaba el valor de las divisas a una cierta cantidad de dólares, pero siempre a un tipo fijo.

Este organismo intergubernamental cuenta con 187 miembros, formando parte de la ONU como organismo especializado. A la fecha, mayo de 2012 su Directora Gerente es CHRISTINE LAGARDE.

Cada país tiene acceso al 25% de su cuota si tiene problemas en su balanza de pagos, en el caso de necesitar más fondos tiene que negociar un plan específico. Asimismo las decisiones se toman por mayoría calificada y el poder de voto de cada país depende del nivel de su economía, cuenta corriente, reservas a nivel internacional, PBI, y otras variables económicas

En el año 2009 su capacidad financiera ascendía a un billón de dólares, lo cual nos da una idea de su capacidad económica y fuerza en el mercado internacional.

En cuanto al Código de buenas prácticas de transparencia en las políticas monetarias y financieras<sup>55</sup> tiene por finalidad establecer una normativa aplicable a los bancos centrales y entidades financieras. Estas normas apuntan a que el público pueda conocer y entender la información relacionada con las políticas monetarias y financieras y los términos en que los organismos deben rendir cuentas. La idea fundamental es dar a conocer estas políticas facilitando y permitiendo el control de las mismas. Concretamente el artículo 2 y 3, se refieren a la finalidad de este Código y al concepto de transparencia, respectivamente.

#### Artículo 2:

*“En el Código de buenas prácticas de transparencia en las políticas monetarias y financieras se definen las prácticas de transparencia aconsejables para los bancos centrales en la aplicación de la política monetaria y para los bancos centrales y otros organismos financieros en la aplicación de la política financiera. El suplemento adjunto contiene las definiciones de “banco central”, “organismo financiero”, “política financiera” y “gobierno”, que se emplean en el código”.*

#### Artículo 3:

---

<sup>55</sup> Además del Banco de Pagos Internacionales, se realizaron consultas con los siguientes organismos internacionales y regionales y agrupaciones internacionales del sector financiero: la Asociación Internacional de Inspectores de Seguros (AIIS), el Banco Central Europeo (BCE), el Banco Mundial, el Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos (CEMLA), el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (CBSB), el Comité sobre los sistemas de pago y de liquidación (CSPL), la Corporación Financiera Internacional (CFI), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV).

*“Para los fines del Código, la transparencia consiste en que se den a conocer al público en forma comprensible, accesible y oportuna los objetivos de la política, el marco jurídico, institucional y económico de la misma, las decisiones de política y sus fundamentos, los datos y la información relacionada con las políticas monetarias y financieras y los términos en que los organismos deben rendir cuentas. Por consiguiente, las prácticas de transparencia que se enumeran en el Código se centran en: 1) la claridad de las funciones, responsabilidades y objetivos de los bancos centrales y los organismos financieros; 2) los procesos mediante los cuales el banco central formula y publica las decisiones de política monetaria y, los organismos financieros, las políticas financieras; 3) el acceso del público a la información sobre las políticas monetarias y financieras, y 4) la rendición de cuentas y las garantías de integridad del banco central y los organismos financieros.*

Estas normas se orientan a que el público pueda conocer, como se toman las medidas económicas y financieras, la designación de las autoridades, la resolución de ciertas cuestiones todo en cabeza del Banco Central y de organismos financieros<sup>56</sup>.

El Código<sup>57</sup> establece normas de transparencia que deben observar los Bancos Centrales y los Organismos Financieros, pero no se dirige a las empresas a nivel individual. Pero sin lugar a dudas estas prácticas benefician al mercado financiero y económico en general.

9) Directiva 2007/64 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los servicios de pago en el mercado interior.

Tiene por finalidad instaurar un marco jurídico para la creación de un mercado de pagos integrado en el cual ya no existirán los impedimentos a la entrada de nuevos proveedores de servicios. De esta forma los usuarios tendrán un mayor número de opciones y un mayor nivel de protección<sup>58</sup>.

La Directiva dice concretamente en su apartado 1:

*“Es fundamental, para el establecimiento del mercado interior, que desaparezcan todas las fronteras internas de la Comunidad, a fin de permitir la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Para ello es vital el correcto funcionamiento del mercado único de los servicios de pago. Sin embargo, en la actualidad, la falta de armonización en este ámbito impide el funcionamiento de dicho mercado”.*

Garantizando el nivel de protección en virtud de los requisitos de información solicitada y a la definición de derechos y obligaciones establecidos para los usuarios y proveedores.

---

<sup>56</sup> A. CASTALDO – M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Milano, 2010.

<sup>57</sup> P. CENCI, *La nuova normativa antiriciclaggio. Direttive comunitarie e normativa nazionale*, Milano, 2010.

<sup>58</sup> FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Código de Buenas Prácticas de Transparencia en las políticas monetarias y financieras, declaración de principios*, adoptado por el Comité Provisional el 26 de septiembre del año 1999.

Esta Directiva<sup>59</sup> contempla a los prestadores de servicios de pago, al referirse a servicios de pago tiene en cuenta de que sean en euros u otras monedas nacionales de la Unión Europea. Pero deja de lado las operaciones efectuadas en efectivo o con cheques, regulando la concesión de créditos por entidades de pagos, en caso de tener relación con servicios de pago (Título I). Asimismo se fijan como requisitos el mantenimiento de la transparencia en las operaciones, información y el otorgamiento de la información solicitada tanto a proveedores como usuarios (Capítulo III). El acceso a la actividad de servicio de pago se podrá obtener si se cumplen ciertos requisitos. Los estados miembros designarán las autoridades competentes para su cumplimiento y control de las actividades de las entidades de servicios de pago (artículo 20 a 25). También se otorgan derechos y obligaciones a los usuarios, derechos a la reclamación, denuncia e indemnización (Título IV).

En síntesis esta Directiva intenta regular y pone orden en los servicios de pago y obtener así un mayor control de los mismos, permitiendo al usuario conocer y poder defender sus derechos a través de reclamaciones y denuncias.

#### 10) Directiva 2008/ 20/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo

Esta Directiva es del 11 de marzo de 2008<sup>60</sup>, modifica la Directiva 2005/60/CE relativa a la prevención del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión<sup>61</sup>.

Conforme esta Directiva se confiere competencias a la Comisión para la adopción de medidas necesarias para poder aplicar la Directiva 2005/60/CE, a fin de tener en cuenta los progresos técnicos en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, asimismo asegurar su aplicación. También se establecen criterios técnicos a fin de poder evaluar las distintas situaciones y determinar si implica un riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Por ello también realiza una evaluación de determinadas personas físicas o jurídicas que realicen actividades financieras con el único fin de determinar si encuadran o no dentro de los delitos anteriormente mencionados.

Por ello la Comisión debe evaluar el funcionamiento de las disposiciones relativas a las competencias de ejecución que le han sido atribuidas.

Se establece que las personas y entidades a las cuales se dirige la Directiva deberán aplicar medidas de vigilancia en relación a sus clientes fijando el importe de la operación realizada para la adopción de estas medidas 15.000 euros o más. También tienen la obligación de dar información si consideran que dicha operación es sospechosa.

Al referirse a medidas de vigilancia se aplica un concepto amplio es decir todas las medidas tendientes a la posible identificación del cliente y la identificación de la naturaleza de la operación.

Esta Directiva confiere competencias a la Comisión a fin de que se aplique la Directiva 2005/60 CE por consiguiente debe interpretarse teniendo en cuenta la anterior Directiva.

---

<sup>59</sup> DO L 319 de 5 de diciembre de 2007.

<sup>60</sup> DO L 76 DE 19 DE MARZO DE 2008.

<sup>61</sup> P. CENCI, *op. cit.*

## 11) Directiva 2009/110 CE del Parlamento Europeo y del Consejo

Esta Directiva<sup>62</sup> hace referencia al acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, también se refiere a la supervisión de las entidades en cuestión.

Establece normas sobre el ejercicio de la actividad de emisión de dinero electrónico, considerando como dinero electrónico (artículo 2.2.):

*“..dinero electrónico: todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, según se definen en el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor”.*

En virtud de su objetivo es necesario revisar normas a las cuales están sujetas las entidades de dinero electrónico<sup>63</sup>, a fin de garantizar las condiciones a todos los proveedores de servicios de pago (artículo 2.1).Definiendo como entidad de dinero electrónico a:

*“... toda persona jurídica a la cual se haya otorgado autorización, de conformidad con el título II, para emitir dinero electrónico”.*

Establece categorías de emisores de dinero electrónico (artículo 1), incluyendo a las entidades de crédito, las entidades de dinero electrónico, oficinas de cheques postales, bancos dentro de ellos al Banco Central Europeo y bancos centrales nacionales, estado miembros y sus autoridades regionales y locales cuando actúen en su condición de autoridades públicas. Establece las condiciones para la actividad, el ejercicio y la supervisión de las mismas<sup>64</sup> (artículo 3;4; 5). Define al emisor de dinero electrónico de la siguiente manera, artículo 2.3,

*“..emisor de dinero electrónico»: cualquiera de las entidades a las que hace referencia el artículo 1, apartado 1, las entidades que se benefician de una exención en virtud del artículo 1, apartado 3, y las personas jurídicas que se benefician de una exención en virtud del artículo 9”.*

Considerando la prohibición de emisión de dinero electrónico a toda persona física o jurídica que no sea emisora de dinero electrónico (artículo 10) ya que para ser emisor de dinero electrónico se precisa la autorización correspondiente. También establece la prohibición de la concesión de intereses o cualquier otro beneficio sobre el dinero electrónico en posesión de su titular (artículo 12).

Esta Directiva tiene la función de poner orden en cuanto al mercado del dinero electrónico y las entidades emisoras del mismo. Permitiendo también realizar algunas modificaciones a la normativa anterior a fin de poder lograr un mayor control y supervisión de las entidades emisoras de dinero electrónico y de sus clientes<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> DO L 267 de 10 de octubre de 2009.

<sup>63</sup> G. RODDI, *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 2009.

<sup>64</sup> P. CENCI, *La normativa antiriciclaggio. Direttive comunitarie e normativa nazionale*, cit.

<sup>65</sup> A. CASTALDO – M. NADDEO, *Il denaro sporco*, cit.



12) Informe de revisión de la tercera directiva sobre el blanqueo de capitales y la futura cuarta directiva

La Comisión Europea<sup>66</sup> ha anunciado el 11 de abril de 2012 la aprobación de un informe de revisión sobre la aplicación de la tercera directiva, es decir la directiva 2005/60 CE.

La Comisión asimismo ha también manifestado que se está elaborando la cuarta directiva sobre el blanqueo de capitales. Fundamentalmente se está teniendo en cuenta para su elaboración la realidad existente de este delito, la necesidad de actualizar la normativa y la imperiosa necesidad de luchar contra la financiación del terrorismo.

Sin lugar a dudas los riesgos asociados al blanqueo de capitales exigen un mayor esfuerzo en cuanto al desarrollo de una normativa adecuada, por ello incluso se ha tenido en cuenta la revisión del GAFI de los estándares internacionales realizado el 6 de febrero de 2012 y la evolución de la amenaza que constituye este delito sobre todo en virtud de las nuevas tecnologías.

MICHAEL BARNIER, Comisario de Mercado Interior y Servicios Financieros, dijo que:

*“El ingenio de los delincuentes para explotar las lagunas de la legislación no conoce fronteras. Nuestra intención es la de proponer reglas claras y proporcionadas que al mismo tiempo protejan el Mercado único y eviten sobrecargar a los participantes del mercado”.*

La Comisión ha anticipado que habrá una revisión del Reglamento 1781/2006 sobre la información que se debe acompañar a la transferencias de fondos, también está previsto la introducción de mayores acuerdos de cooperación entre las Unidades de Inteligencia Financieras previsto en la Decisión del Consejo de la UE 2000/642, implantación de la Directiva 2006/70 en la nueva Directiva sobre el blanqueo de capitales.

En síntesis generar una normativa de avanzada para luchar contra el blanqueo de capitales.

I.1.3.1.1. Acuerdos de la Unión Europea con determinados países en relación con la Directiva 2003/48/CE.

La prevención del blanqueo de capitales, incluye distintas materias. El intercambio de información en materia tributaria es sumamente importante a fin de poder detectar las alteraciones sustanciales en los patrimonios y la evasión fiscal, dichas conductas suelen ser usadas para encubrir el blanqueo de capitales. La Directiva 2003/48<sup>67</sup>, del Consejo del 3 de junio de 2003<sup>68</sup>, se refiere a la fiscalidad de los rendimientos de ahorro en forma de pago de intereses. En virtud de esta directiva la UE suscribió acuerdos con varios países de su entorno a fin de cumplir los objetivos de la misma<sup>69</sup>:

|         |                      |                        |
|---------|----------------------|------------------------|
| ANDORRA | Decisión del Consejo | Firma del Memorando de |
|---------|----------------------|------------------------|

<sup>66</sup> EUR – LEX , 15 de marzo de 2012.

<sup>67</sup> P. CENCI, *op.cit.*

<sup>68</sup> M. CARBONE - M. MARCO, *op. cit.*

<sup>69</sup> L. JORQUERA GARCIA et. al, *Código sobre prevención del blanqueo de capitales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2006, p. 19.

2 de noviembre de 2004 Acuerdo Adjunto(2004/828/CE)

LIECHTENSTEIN Decisión del Consejo Firma del Memorando de  
29 de noviembre de 2004 Acuerdo Adjunto(2004/897/CE)

SAN MARINO Decisión del Consejo Firma de Memorando de  
29 de noviembre de 2004 Acuerdo Adjunto(2004/903/CE)

SUIZA Decisión del Consejo Firma del Memorando de  
2 de junio de 2004 Acuerdo Adjunto(2004/911/CE)

MONACO Decisión del Consejo Firma de la Declaración de  
7 de diciembre de 2004 Intenciones Adjuntas  
(2005/35/CE)

Asimismo se realizaron Acuerdos de España con distintos territorios en relación con la Directiva 2003/48/CE:<sup>70</sup>

-Aplicación provisional del Canje de Notas, de 26 de noviembre de 2004 y 17 de febrero de 2005 constitutivo de Acuerdo relativo a la fiscalidad de los rendimientos del ahorro entre el Reino de España y la Isla de Guernesey.

-Aplicación provisional del Canje de Notas de 26 de noviembre de 2004 y 21 de enero de 2005 entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en nombre de Anguila y España relativo al intercambio automático de información en materia de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

-Aplicación provisional del Canje de Notas de 26 de noviembre de 2004 y 12 de abril de 2005, relativo a la fiscalidad de los rendimientos del ahorro entre el Reino de los Países bajos en nombre de las Antillas Holandesas y España.

-Aplicación provisional del Canje de Notas de 26 de noviembre de 2004 y 14 de febrero de 2005 constitutivo de Acuerdo relativo a la fiscalidad de los rendimientos del ahorro entre España y la isla de Jersey.

-Aplicación provisional del Canje de Notas de 26 de noviembre de 2004 y 11 de abril de 2005, entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en nombre de las Islas Vírgenes y España relativo al intercambio automático de información sobre los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

-Aplicación provisional del Canje de Notas de 26 de noviembre de 2004 y 18 de febrero de 2005, constitutivo de Acuerdo relativo a la fiscalidad de los rendimientos del ahorro entre la Isla de Man y España.

-Aplicación provisional del Canje de Notas de 26 de noviembre de 2004 y 4 de abril de 2005 entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en nombre de las Islas Turcas y Caicos y España, relativo al intercambio automático de información sobre los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

---

<sup>70</sup> J. JORQUERA GARCIA, *Código sobre prevención del blanqueo de capitales*, cit. p. 20 ss.

-Aplicación provisional del Canje de Notas de 26 de noviembre de 2004 y 26 de abril de 2005, entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en nombre de las Islas Caimán y España relativo al intercambio automático de información sobre los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

-Aplicación provisional del Canje de Notas de 26 de noviembre de 2004 y 11 de abril de 2005, relativo a la fiscalidad de los rendimientos del ahorro entre el Reino de los Países Bajos en nombre de Aruba y España.

-Aplicación provisional del Canje de Notas de 26 de noviembre de 2004 y 7 de abril de 2005 entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en nombre de Montserrat y España relativo al intercambio automático de información sobre los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

-Directiva 90/436/CEE, sobre la eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas.

-Directiva 90/435/CEE del Consejo de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes.

-Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados Miembros.

-Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, de determinados impuestos sobre consumos específicos y de los impuestos sobre primas de seguros.

## **I.2. Organizaciones internacionales**

### *I.2.1. El Grupo de Acción Financiera (GAFI)*

El GAFI<sup>71</sup> fue creado en 1989 en París por iniciativa del G 7, el grupo de países más desarrollados del mundo, es pues un organismo intergubernamental. Su finalidad declarada era la persecución del blanqueo de capitales, elaborando y promoviendo medidas en esa dirección.

Como hemos mencionado en párrafos anteriores lo integran 29 países y dos organismos internacionales<sup>72</sup>. (A mayo de 2012 son 31 países, siendo China país observador).

La libre movilidad de capitales en el mundo ha facilitado la comisión del blanqueo de capitales.<sup>73</sup> Los países receptores de dinero ilícito son por lo general paraísos fiscales. Este concepto hace referencia a aquellos territorios o Estados que se caracterizan por la escasa o nula tributación a que se someten a determinadas personas o entidades y por la opacidad financiera<sup>74</sup>. Entre estos paraísos fiscales poco receptivos a las

---

<sup>71</sup> D. ALVARES PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, cit. p. 109.

<sup>72</sup> Listado otorgado por el GAFI, con fecha julio 2010.

<sup>73</sup> J. ROLDAN, *La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: El Gafi Grupo de Acción Financiera*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, 28 / 2000, Madrid, p. 206 a 207.

<sup>74</sup> E. BAUCHE, *Lavado de dinero*, Buenos Aires, 2006, p. 107. Vid. también G. PEZZUTO, *Paradisi fiscali e finanziari*, en *Il sole 24 ore*, Milano, 2001; F. ROSADO DOMINGUEZ, *El blanqueo de dinero, deficiencias en zonas internacionales de riesgo*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 28- 2000, p. 168 ss. El informe del COMITÉ RUDING (1992)

recomendaciones internacionales destacan los siguientes: Chipre; Líbano; Las Islas Filipinas, Nauru, Islas Cook, Niue; o Indonesia, Myamar y Palau; las Islas Seychelles; o el propio Estado de Israel. El propio GAFI y otros organismos internacionales publican periódicamente listas de paraísos fiscales actualizadas.

El GAFI además de sus miembros los cuales a través de los años aumentan en virtud de la gran importancia de la función y reconocimiento internacional, cuenta con varios observadores. Formando parte de las delegaciones de los países existe personal procedente de diversos ámbitos profesionales: Ministerios de Economía y Finanzas, Justicia, Interior, Asuntos Exteriores, Autoridad Policial y Unidades de Inteligencia Financiera.

Países Miembros:

|           |                |               |             |
|-----------|----------------|---------------|-------------|
| Alemania  | España         | Islandia      | Reino Unido |
| Argentina | Estados Unidos | Italia        | Rusia       |
| Australia | Finlandia      | Japón         | Singapur    |
| Austria   | Francia        | Luxemburgo    | Sudáfrica   |
| Bélgica   | Grecia         | Méjico        | Suecia      |
| Brasil    | Holanda        | Noruega       | Suiza       |
| Canadá    | Hong Kong,     | Nueva Zelanda | Turquía     |
| Dinamarca | Irlanda        | Portugal      |             |

-Organismos internacionales:

Comisión Europea.

Consejo de Cooperación del Golfo.

- Observadores:

Grupos regionales estilo GAFI:

Grupo Asia/Pacífico (APG)

Grupo de Acción Financiera del Caribe (CFATF)

Comité de Expertos del Consejo de Europa (MONEYVAL)

Grupo Euroasiático (EAG)

---

elaborado por encargo de la Comisión de la Unión Europea distingue tres zonas de baja fiscalidad: Los paraísos fiscales “clásicos”, los territorios de elevada fiscalidad que ofrecen ventajas fiscales a personas o entidades que ejerzan sus actividades en el extranjero y territorios que disponen de centros de servicios muy desarrollados.

Grupo del Este y del Sur de África (ESAAMLG)  
 Grupo de Acción Financiera (GAFISUD)  
 Grupo de Acción Financiera del Medio Este y Norte de Africa (MENAFATF)  
 Otros organismos internacionales:  
 Banco Africano de Desarrollo  
 Banco Asiático de Desarrollo  
 Secretaría de Commonwealth  
 Grupo Egmont  
 Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (EBRD)  
 Banco Central Europeo (ECB)  
 Europol  
 Banco Interamericano de Desarrollo (IDB)  
 Fondo Monetario Internacional (IMF)  
 Interpol  
 Organización internacional de Comisión de Valores (IOSCO)  
 Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAD)  
 Grupo offshore de supervisores bancarios (OGBS)  
 Oficina de Naciones Unidas contra la droga (UNODC)  
 Comité de lucha contra el terrorismo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas  
 Banco mundial  
 Organización mundial de aduanas (WCO)  
 Grupo de Acción Intergubernamental contra el blanqueo en Africa (GIABA)  
 Asociación Internacional de Supervisores de seguros (IAIS)  
 Organización de Estados Americanos/Comité Interamericano contra el terrorismo (OAS/CICTE)  
 Organización de cooperación Económica y Desarrollo (OECD)  
 Países en situación de observadores:  
 China. En el Plenario celebrado e París en febrero de 2005 se acordó conferir a la República de China la categoría de país observador.

Como podemos observar el GAFI ha incorporado como miembros y observadores a importantes países y organismos internacionales, lo cual nos da una idea de la importancia del mismo.

Las 40 Recomendaciones del GAFI<sup>75</sup> son simplemente directivas de carácter no obligatorio, pero que constituyen un elemento de relevancia en la lucha contra el blanqueo de capitales. Asimismo en el año 2001, en virtud de los atentados del 11-S, el GAFI decidió la adopción de recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo, en principio se establecieron ocho recomendaciones. Finalmente en el Plenario celebrado en octubre del año 2004 se aprueban Nueve Recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo

#### I. 2.1.1. Las 40 Recomendaciones del GAFI del 20 de junio de 2003

Recordemos que las cuarenta Recomendaciones del GAFI fueron elaboradas en 1990, como una iniciativa para combatir el mal uso del sistema financiero por los blanqueadores de los beneficios derivados del tráfico de droga. En 1996 fueron revisadas por primera vez y se constituyeron en el estándar internacional antiblanqueo. En el año 2001, el GAFI, incorpora también la financiación del terrorismo, y formula las ocho recomendaciones especiales<sup>76</sup> a la cual se le agregaría más tarde la novena recomendación<sup>77</sup>.

A continuación se hará mención de las 40 Recomendaciones del GAFI, las cuales para una mejor interpretación serán agrupadas de la siguiente manera: A) Sistemas Jurídicos; B) Medidas que deben adoptar las Instituciones financieras, así como otros profesionales para impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; C) Otras medidas destinadas a combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; D) Cooperación Internacional. A la fecha de elaboración del presente trabajo de investigación se encuentra en proceso la cuarta revisión de las presentes Recomendaciones.

##### A- Sistemas Jurídicos

Alcance del delito del blanqueo de capitales.

1-Los países deberían tipificar como delito el blanqueo de capitales en base a la Convención de 1988 de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) y la Convención del año 2000 de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transaccional (Convención de Palermo).

Los países deberían aplicar el delito de blanqueo de capitales a todos los delitos graves a los efectos de incluir la gama más amplia de delitos subyacentes.

2- Los países deberían garantizar que:

a- la intención y el conocimiento requeridos para probar que el delito de blanqueo de capitales sea coherente con las normas establecidas en las Convenciones de Viena y de Palermo.

b- se debería aplicar a las personas jurídicas la responsabilidad penal, y en los casos de no ser posible, la responsabilidad civil o administrativa.

---

<sup>75</sup> D. ALVAREZ PASTOR, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, 1998, p.429.

<sup>76</sup> Para la realización del comentario de las 40 Recomendaciones del GAFI ( 20 de junio de 2003)se tuvo en cuenta el texto de las mismas, traducción realizada por GAFISUD- Grupo de Acción Financiera de América del Sur.

<sup>77</sup> H. HERNANDEZ QUINTERO, *El lavado de activos*, Bogotá, 1998.

Medidas provisionales y decomiso.

3) Los países deberían adoptar medidas similares a las previstas en la Convención de Viena y de Palermo<sup>78</sup>, incluyendo aquéllas que autoricen a sus autoridades competentes a decomisar los activos ilícitos, el producto del blanqueo de capitales o de delitos otros subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados a la comisión de estos delitos, o a embargar bienes por un valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

B- Medidas que deben adoptar las instituciones financieras, así como otros profesionales para impedir el blanqueo de capitales y la financiación del del terrorismo

4) Los países deben asegurarse de que las leyes de confidencialidad de las instituciones financieras no impidan la implementación de las Recomendaciones del GAFI.

5) Las instituciones financieras no deberían mantener cuentas anónimas o cuentas bajo nombres evidentemente ficticios<sup>79</sup>. Dichas instituciones deberían tomar medidas para cumplimentar Procedimientos de Debida Diligencia respecto del cliente entre la identificación y verificación de la identidad. Tales medidas son las siguientes:

- a. identificar al cliente y verificar su identidad empleando documentos, datos e información de una fuente independiente y confiable.
- b. identificar al beneficiario final y tomar las medidas razonables para corroborar su identidad.
- c. obtener información sobre el propósito y naturaleza de la relación comercial.
- d. llevar un control continuo sobre la relación comercial, así como un detallado examen de las operaciones realizadas.

La Recomendación número 5, se refiere a los Procedimientos de Debida Diligencia y registros actualizados de sus clientes<sup>80</sup>. Ante la menor sospecha de que una operación pueda ser considerada como blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, se debe identificar al cliente y al beneficiario final. Elevar asimismo un Informe de Operaciones sospechosas (ROS) a la unidad de inteligencia financiera (UIF), de acuerdo con la Recomendación número 13.

6) En relación con las personas expuestas políticamente, las instituciones financieras además de los procedimientos de debida diligencia, deberán:

- a. contar con un sistema de riesgos apropiados para determinar si el cliente es una persona políticamente expuesta.
- b. obtener la aprobación de los directivos de mayor jerarquía para establecer relaciones comerciales con esos clientes.
- c. tomar las medidas razonables para determinar cual es el origen de la riqueza y de los fondos.
- d. llevar a cabo una vigilancia permanente, y exhaustiva de la relación comercial.

---

<sup>78</sup> O. URIBE BENITEZ, *La Convención de Palermo*, cit.

<sup>79</sup> D. ALVAREZ PASTOR, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit.

<sup>80</sup> ASOCIACION BANCARIA Y DE ENTIDADES FINANCIERAS DE COLOMBIA, *Las acciones del sistema financiero colombiano contra el lavado de activos*, 1998.

7) En lo que se refiere a las relaciones de corresponsalía bancaria transnacional<sup>81</sup> y otras similares, las instituciones financieras además de implementar las medidas sobre Procedimientos de Debida Diligencia deberán:

- a. reunir información suficiente sobre un banco determinado que le permita conocer la naturaleza de sus negocios.
- b. evaluar los controles instalados para del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo de la institución representada.
- c. obtener la aprobación de los directivos de mayor jerarquía antes de establecer nuevas relaciones de corresponsalía.
- d. documentar las respectivas responsabilidades de cada institución.
- e. con respecto a las cuentas de transferencias de pagos en otras plazas, estar seguro de que el banco representado ha verificado la identidad, y ha adoptado los controles necesarios, a fin de poder informar sobre los datos a petición del banco corresponsal.

8) Las instituciones financieras deberían prestar atención a cualquier amenaza de blanqueo de capitales que surja a raíz de tecnologías nuevas, que favorezcan el anonimato y adoptar las medidas correspondientes para impedir el blanqueo de capitales.

En cuanto a este tema debemos tener en cuenta que el movimiento de capitales es considerado como la actividad más importante del ámbito bancario<sup>82</sup>. A través del sistema bancario se produce la parte más significativa de la delincuencia organizada. El sistema de desregulación bancaria ha favorecido la pérdida de control sobre ciertos aspectos del sistema financiero. Desregulación vinculada a avances tecnológicos y operaciones financieras que favorecen la falta de información sobre ciertas operaciones.<sup>83</sup>

En un informe del GAFI (informe anual 95-96) se decía que la aparición de nuevas tecnologías aumenta los riesgos potenciales del lavado de dinero.<sup>84</sup>

La actividad bancaria en sí misma constituye un factor de riesgo para la comisión de actos delictivos. Ejemplos de ello son : la *correspondent banking*, la banca privada, la banca *on line*, las cuentas internas del propio banco , las cuentas bancarias temporales , las denominadas cuentas escoba, las cuentas numeradas y las anónimas, las sociedades filiales de la entidad matriz en el extranjero y en particular jurisdicciones *offshore*<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> P. CENCI, *op.cit.*

<sup>82</sup> A. CASTALDO – M. NADDEO, *op.cit.*

<sup>83</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, 1998, p. 27 ss.

<sup>84</sup> Un estimación del Parlamento Europeo, cifra el volumen del blanqueo de capitales en Europa en 100.000 millones de dólares anuales . Dato publicado en *Expansión* n. 519, 22 de febrero – 6 de marzo de 1996, p. 57.

<sup>85</sup> En abril de 2002, publicó un documento sobre la cooperación internacional de las instituciones financieras contra el terrorismo, proponiendo una serie de medidas a tener en cuentas por autoridades nacionales, organismos internacionales y entidades financieras. El G-20 reúne al G-7, a la Unión Europea y a otros doce países emergentes, entre ellos Rusia y China. El 21 de noviembre de 2004, sus ministros de Hacienda y jefes de los bancos centrales reunidos en Berlín, acordaron aumentar las medidas contra el fraude fiscal, presionando a Suiza y a otros paraísos fiscales para aceptar las regulaciones de la OCDE. El Fondo Monetario Internacional lleva a cabo también revisiones periódicas sobre la situación legal, financiera y reguladora de los distintos paraísos fiscales. Existen iniciativas procedentes de las propias entidades bancarias. Una serie de bancos han suscrito el Convenio de Ginebra que compromete a un



En las Recomendaciones del GAFI, al referirse a los procesos de debida diligencia sobre las instituciones financieras propone que estas no deberían tener cuentas anónimas o cuentas bajo nombres ficticios (Regla 5).

No obstante ello en España la entidad bancaria HSBC, fue sancionada por el Ministerio de Economía el 19 de noviembre de 2002, por haber abierto cuentas en las cuales faltaba la acreditación de su titular. La sanción fue impuesta por mantener 138 cuentas numeradas en las que sólo figuraba el propio banco como titular. Se desconocían los clientes que operaban en ellas, las autoridades suizas se negaron a revelar amparándose en el secreto bancario la información sobre la titularidad. Las actuaciones realizadas apuntaban a investigar operaciones sospechadas de lavado de dinero.

El 4 de abril de 2001 el Consejo de la Unión Europea, emitió un informe que señalaba los obstáculos existentes para obtener información sobre los movimientos y titularidad de las cuentas bancarias.<sup>86</sup> Motivo por el cual surge el Protocolo del Convenio de asistencia judicial en materia penal del 21 de noviembre de 2001.

El fundamento del mismo es la necesidad de adoptar medidas adicionales para combatir la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la delincuencia financiera. Según informes en el año 2005, solamente Holanda ratificó el Protocolo.

Evidentemente esto pone de manifiesto que aún la Comunidad Europea no está totalmente de acuerdo en aplicar medidas para controlar la banca y asumir que ésta es la partícipe principal de la delincuencia económica.

Como podemos observar con todo lo expuesto el blanqueo de capitales encuentra en las nuevas tecnologías un elemento indispensable al cual recurrir para facilitar la comisión del mismo. Partimos de la base de que el titular de la tarjeta electrónica puede ser un testaferro o persona pantalla. En cuanto a las transferencias bancarias pueden realizarse de tal manera de que no pueden rastrearse fácilmente. También pueden comprarse por este medio bienes y servicios para blanquear dinero.<sup>87</sup>

La red de Internet, también es un medio muy utilizado para transferir fondos y adquirir servicios. Recordemos que Internet es una red de redes de ordenadores y periféricos que une a la mayoría de las redes del planeta. Esta red es un elemento importante en los negocios. Un estudio realizado por la firma KILLEN & ASOCIATES de California, considera que en el año 2000, se realizaron compras de bienes y servicios vía Internet por U\$S 600 billones; con respecto a los pagos en el año 2000 se realizaron pagos por U\$S 7 billones por internet y U\$S 17 billones en el 2005.

Este medio también permite transferencias de fondos y blanqueo de dinero con total anonimato o bien facilitándolo.<sup>88</sup>

9) Los países pueden permitir a las instituciones financieras que deleguen en intermediarios o en terceros la ejecución de los Procedimientos de Debida Diligencia, establecidos en la recomendación 7 apartado a),b),c).

---

grupo de entidades financieras en la lucha contra el blanqueo de fondos procedentes del narcotráfico y otras actividades ilegales. J. MARTINEZ SELVA, *Los paraísos fiscales*, Madrid, 2005, p. 256.

<sup>86</sup> La ONU en su informe *Refugios Financieros, Secreto Bancario y Blanqueo de Dinero*, aumenta esa cantidad y estima en cinco billones de dólares el dinero depositado en paraísos fiscales, lo que sería el 3 – 3.5% de la riqueza del planeta, 1999. El Fondo Monetario internacional estimaba el valor de los activos financieros offshore en 5.62 billones de euros, en *EL Periódico*, 22 de abril de 2002.

<sup>87</sup> En junio de 2001 existían 123 millones de internautas en Europa de los cuales más de siete millones residían en España. En diciembre de 2004 había 12 millones de usuarios de Internet en España. En los países desarrollados el uso de Internet ha crecido anualmente alrededor de un 50% desde finales de los 90.

<sup>88</sup> J. SAEZ CAPEL, *Informática y delito*, Proa XXI editores, 2.ª ed., Argentina, p. 91 ss.

La responsabilidad final por la identificación y verificación del cliente recae sobre la institución financiera que utiliza a terceros.

La Recomendación número 9, no se aplica a las relaciones de agencia o tercerización, tampoco a las relaciones, cuentas u operaciones entre instituciones financieras para sus clientes. Sin embargo, en la Recomendación número 5 y 7 se contemplan estos casos.

10) Las instituciones financieras deberán conservar, por cinco años los documentos necesarios sobre operaciones realizadas tanto nacionales como internacionales. Dichos datos deberán estar a disposición de las autoridades, cuando las mismas lo requieran.

11) Las instituciones financieras deberían prestar atención a aquellas operaciones complejas e inusualmente grandes. Así como a aquellas operaciones infrecuentes que no tengan un objeto económico aparente legítimo y visible. Dichas operaciones deben ser analizadas y registradas.

En cuanto a la Recomendación número 10 y 11, es necesario tener en cuenta que al referirse a operación dentro del negocio del seguro, esta abarca el producto del seguro, el pago de la prima y los beneficios.

12) Los requisitos del Procedimiento de Debida Diligencia respecto del cliente y de conservación de registros conforme las Recomendaciones, 5; 6, 8; 9; 10; 11, serán aplicadas a profesiones y operaciones no financieras.

En esta Recomendación, se hace referencia a ciertas situaciones en las cuales deberá aplicarse los requisitos antes mencionados. Es el caso de los casinos, cuando los clientes realicen operaciones financieras iguales o mayores al umbral designado aplicable<sup>89</sup>.

También hace referencia a ciertas situaciones en las que son partícipes agentes inmobiliarios; comerciantes; abogados; notarios; contadores; proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos. Las circunstancias a las cuales se refiere son susceptibles de ser consideradas blanqueo de capitales.

#### *Informe de Operaciones Sospechosas y Cumplimiento*

13) Se fijará legalmente la obligación de las instituciones financieras de poner en conocimiento de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) toda sospecha relativa al origen delictivo de fondos o a la dedicación de los mismos a la financiación del terrorismo.

La Recomendación número 13, hace referencia a la actividad delictiva. Es necesario tener en cuenta que esta abarca a todos los actos delictivos que puedan constituir un delito subyacente respecto del blanqueo de capitales en el país<sup>90</sup>. También deben incluirse a aquellos delitos que constituyan un delito subyacente de acuerdo a lo establecido por la Recomendación número 1.

14) Las instituciones financieras, así como sus directores y empleados:

---

<sup>89</sup> J. ROLDAN, *La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: El Gafi Grupo de Acción Financiera*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, 28 / 2000, Madrid, p. 206 a 207.

<sup>90</sup> F. ROSADO DOMINGUEZ, *El blanqueo de dinero, deficiencias en zonas internacionales de riesgo*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, cit.

a. Serán protegidos y, en su caso, eximidos en virtud de disposición legal de la responsabilidad penal y civil en que pudieran incurrir por la divulgación de informaciones en las circunstancias precitadas.

b. Estarán legalmente obligados a guardar secreto acerca de las informaciones sospechosas que pongan a disposición del UIF.

En cuanto a la Recomendación número 14, se prohíbe a las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados difundir un Informe de Operaciones Sospechosas (ROS) y toda información relacionada con él y que haya sido trasladado a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Es una medida de precaución, ya que si clientes afectados tuvieran conocimiento de esta actuación podrían frustrarse sus fines. Estos procedimientos se han de desarrollar con extrema cautela. Si no se pueden realizar en la forma debida se deberá desistir de los mismos y presentar un mero informe de operaciones sospechosas<sup>91</sup>. Lo importante es actuar con la debida diligencia e informar a las autoridades competentes.

15) Las instituciones financieras deberán desarrollar programas para combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Tales programas incluirán el desarrollo de políticas y procedimientos específicos, como asimismo de controles internos y mecanismos para su implementación.

Con ese objetivo se procederá a la capacitación de ciertos empleados y se llevarán a cabo auditorias para verificar el funcionamiento del sistema.

La Recomendación número 15, establece los requisitos que deberían incluir los programas para combatir el blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo<sup>92</sup>. En la elaboración de los mismos debe tenerse en cuenta el riesgo de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y el volumen del negocio. Asimismo los dispositivos respecto de la gestión del cumplimiento, deben contemplar la designación de un funcionario con nivel gerencial a cargo de los mismos.

16) Las instituciones financieras, sus directores y empleados deben estar protegidos por disposiciones legislativas de toda responsabilidad civil o penal, por violación de las normas de confidencialidad, cuando comuniquen de buena fe sus sospechas a las autoridades competentes, aun cuando no sepan precisamente cual es la actividad delictiva en cuestión. Asimismo están obligados a informar:

a. Los abogados, notarios, contadores, y otros profesionales jurídicos independientes deberán informar de las operaciones sospechosas de que tuvieran conocimiento, cuando por cuenta propia o en representación de un cliente participen en las actividades descritas en la Recomendación 12 d.

b. Asimismo los comerciantes dedicados a la compraventa de metales preciosos y piedras preciosas, sobre todo cuando realicen operaciones en efectivo iguales o mayores al umbral aplicable señalado.

c. La misma obligación recaerá sobre los proveedores de servicios y administradores de fideicomisos, cuando por cuenta o en nombre de un cliente participen en operaciones como las descritas en el apartado 12.e) de la Recomendación.

Las Recomendaciones número 12 y 16 hacen referencia a los Procedimientos de Debida Diligencia respecto del cliente y conservación de los registros aplicables a profesiones y actividades que se enuncian explícitamente. En estos casos considero que

---

<sup>91</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, 1998, p. 27 ss.

<sup>92</sup> G.RODDI, *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 2009.

la existencia de leyes y reglamentos generales que regulen estas actividades tornaría innecesaria el dictado de leyes específicas para esta. Basta mencionar que la Ley de Auditoria de Cuentas (legislación española) obliga al auditor la conservación de la documentación, incluidos los papeles de trabajo por un período de cinco años.

En cuanto a la Recomendación número 16, es necesario aclarar que corresponde a cada país determinar las cuestiones que deben considerarse como privilegio profesional legal o secreto profesional. Lo cual abarcaría a la información que reciben de sus clientes tanto abogados, notarios o profesionales jurídicos. También los contadores que deban cumplir con la obligación de secreto o privilegio, no están obligados a reportar operaciones sospechosas. Lo cual no implica que estos profesionales puedan emitir un reporte de operaciones sospechosas, si la legislación del país lo permite.

#### *Otras Medidas para Impedir el Blanqueo de capitales y el Financiamiento del Terrorismo*

17) Los Estados deberán proveer sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias en el orden penal, civil o administrativo, aplicables tanto a las personas físicas como a las jurídicas por incumplimiento de estas Recomendaciones. En este punto es necesario mencionar la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 21 de septiembre de 1989.

Constituía una demanda de incumplimiento en contra de la República Helénica<sup>93</sup> el objetivo era condenar a Grecia por su actuar fraudulento al no cumplir con la normativa europea en cuanto a la comercialización de trigo. Grecia había exportado partidas de trigo yugoslavo a otro país miembro de la comunidad aduciendo que era de origen griego, no liquidando ni pagando a la Comunidad Europea los recursos propios fraudulentamente sustraídos del presupuesto comunitario<sup>94</sup>.

18) Los Estados deberán impedir la instalación o la continuación de la actividad desarrollada por “bancos pantalla” y las instituciones financieras deberán negarse a entrar o mantener la relación existente con ellos. Este rechazo alcanzará a terceras entidades cuando mantengan relaciones con “bancos pantalla”.

19) Los Estados deberán considerar:

a. La implementación de medidas para controlar el transporte físico fronterizo de dinero e instrumentos negociables al portador, aunque sin impedir la libertad de movimientos de capital.

b. La viabilidad y utilidad de un sistema en el cual los bancos y las instituciones financieras e intermediarios informen acerca de todas las operaciones en divisas nacionales e internacionales, por encima de una cuantía determinada. La información transmitirse a una agencia central nacional dotada de una base de datos informatizada.

La Recomendación número 19, se refiere a las medidas viables para detectar o vigilar el transporte físico fronterizo de dinero e instrumentos negociables al portador. Una de las formas de llevarlas a cabo sería a través del sometimiento de las transferencias fronterizas cuyo monto supere cierto límite a requisitos de verificación,

---

<sup>93</sup>GRASSO, *Comunidad Europea y Derecho penal*, (traducción de García Rivas), Ediciones de la UCLM, Cuenca, 1993, p. 225 ss.

<sup>94</sup> STJCE de 21 de septiembre de 1989, REC. p. 2859 ss. 2 .

vigilancia administrativa, declaración o registro. Asimismo en el caso de que un país descubriera un embarque internacional inusual de moneda, metal precioso, u otro activo de gran valor debería notificarlo a la autoridad correspondiente. Como también cooperar para determinar la fuente, el destino y el propósito.

20) Asimismo los Estados deben considerar la aplicación de las recomendaciones del GAFI a otras actividades y profesiones, además de las no financieras ya designadas<sup>95</sup>. Siempre que su actividad presente riesgos de ser instrumentalizada para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Con respecto a las Recomendaciones número 5 a 16 y 20, requieren específicamente que las instituciones financieras y las demás actividades y profesiones no financieras designadas deban realizar las acciones especificadas. Esto implica que los países deban implementar medidas que obliguen a las instituciones financieras y demás actividades y profesiones no financieras, predeterminadas a cumplir con cada Recomendación<sup>96</sup>.

Por lo tanto las obligaciones básicas de las Recomendaciones número 5; 10 y 13 podrían incluirse en una ley o reglamentación. Como asimismo las obligaciones previstas en otras Recomendaciones, podrían exigirse a través de una ley, reglamentación u otro medio, siempre que implique cierto grado de coerción<sup>97</sup>.

*Medidas a adoptar con respecto a países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o se las aplica indebidamente.*

21) Las instituciones financieras deberán prestar especial atención a las relaciones comerciales y operaciones con personas, incluidas las empresas e instituciones financieras, de países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o las aplica indebidamente.

22) Las instituciones financieras deberán asegurarse de que los principios aplicables a las instituciones financieras mencionados anteriormente, también lo sean a las sucursales y filiales ubicadas en el exterior. Sobre todo en aquellos países donde las Recomendaciones del GAFI no se aplican o se aplican de forma incompleta, siempre que las leyes y reglamentos locales lo permitan. Si no fuera posible se informará a las autoridades competentes del país de la institución matriz.

#### *Regulación y Supervisión*

23) Los países deberán asegurarse de que las instituciones financieras estén sujetas a una regulación y supervisión adecuadas y de que se cumplen con las Recomendaciones del GAFI.

En cuanto a la Recomendación número 23, la intención ha sido poder determinar si los accionistas con el control de instituciones financieras ya sean bancarias o no bancarias en particular, responden a los lineamientos del GAFI. Es decir no realizan

---

<sup>95</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit.

<sup>96</sup> S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, cit.

<sup>97</sup> M. CARBONE – M. TOLLA, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, cit.

actividades de blanqueo de capitales o financiamiento de terrorismo a través de dichas instituciones<sup>98</sup>.

24) Las actividades y profesiones no financieras designadas deberían estar sujetas a medidas de regulación y de supervisión como se expresó en las Recomendaciones anteriores.

25) Las autoridades nacionales deberán establecer criterios y procedimientos que ayuden a las instituciones financieras y a los profesionales a aplicar medidas nacionales destinadas a combatir el blanqueo de capitales y la financiación del del terrorismo.

#### C- Otras medidas destinadas a combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

##### *Autoridades competentes, sus facultades y recursos*

26) Los Estados deberán crear una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), constituida como organismo central para la recepción, análisis y divulgación de los Informes de Operaciones Sospechosas (ROS) y cualquier otra información relacionada con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

La Recomendación número 26, tiene como objetivo inducir a los países a la creación de una UIF, es decir unidad de inteligencia financiera<sup>99</sup>. Los países deberían ser parte del GRUPO EGMONT o bien tener en cuenta la Declaración de Objetivos del mismo y sus principios, fundamentalmente para el intercambio de información entre las UIF en el caso de blanqueo de capitales.

27) Los Estados deberán asegurar la viabilidad de las investigaciones de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo, depositando esta actividad en las autoridades competentes.

Con respecto a la Recomendación número 27, es necesario de que los países adopten medidas legales, a nivel nacional, permitiendo así a las autoridades competentes que realizan investigaciones sobre lavado de activos poder actuar de forma particular. Es decir pudiendo postergar o renunciar al arresto de sospechosos y/ o el embargo del dinero con el fin de identificar a los involucrados en este delito o reunir pruebas<sup>100</sup>.

28) Las autoridades competentes deberán establecer directrices para ayudar a las instituciones financieras a detectar las modalidades de comportamientos sospechosos de sus clientes. Estas directrices se utilizarán para formar al personal de las instituciones financieras.

29) Las autoridades supervisoras deberán contar con facultades para vigilar y asegurar el cumplimiento por las instituciones financieras de las obligaciones para combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Deberán tener la

---

<sup>98</sup> J. ROLDAN, *La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: El Gafi Grupo de Acción Financiera*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, cit.

<sup>99</sup> F. ROSADO DOMINGUEZ, *El blanqueo de dinero, deficiencias en zonas internacionales de riesgo*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, cit.

<sup>100</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit.

facultad de realizar inspecciones, poder exigir información a las instituciones financieras e imponer sanciones administrativas ante el incumplimiento.

30) Los Estados deberán suministrar a sus organismos competentes dedicados a la lucha del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo los recursos financieros, humanos y técnicos necesarios.

31) Los Estados deberán garantizar que tanto los responsables políticos, como el resto de las autoridades competentes cuenten con los recursos y mecanismos necesarios. Dichos mecanismos deben permitir, cooperar, coordinar e implementar políticas para combatir los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo<sup>101</sup>.

32) Los Estados deberán asegurarse de que las autoridades competentes sean capaces de reevaluar la eficacia de sus sistemas para combatir los delitos ya enunciados, comprendiendo la elaboración de estudios estadísticos sobre cuestiones relevantes para la efectividad y eficiencia de esos sistemas.

#### Transparencia de las personas jurídicas y de otras instituciones jurídicas

33) Los Estados deberán tomar medidas para impedir el uso ilícito de personas jurídicas por parte de los blanqueadores de capitales. Los países deben contar con información adecuada sobre los beneficiarios finales y el control de dichas personas jurídicas que las autoridades puedan tener.

34) Los Estados deberían tomar medidas para impedir el uso ilícito de otras instituciones jurídicas por parte de quienes lavan activos. Para ello deberán contar con información adecuada, precisa, oportuna, sobre los fideicomitentes, fiduciarios, y beneficiarios. Los países deberían permitir a las instituciones financieras acceder a información sobre el beneficiario final y el control a fin de que puedan cumplir con los requisitos de la Recomendación 5.

#### D- Cooperación internacional

35) Los Estados deberán incorporarse y aplicar sin restricciones la Convención de Viena, la de Palermo y la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la supresión de la financiación del terrorismo de 1999.

También se alienta a ratificar otras convenciones como: la Convención del Consejo de Europa sobre blanqueo de capitales, investigación, incautación y decomiso de los productos del delito y la Convención Interamericana contra el Terrorismo del año 2002<sup>102</sup>.

36) Los Estados deberían prestarse asistencia mutua en los procesos judiciales, investigaciones, y procedimientos relacionados con el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Asimismo de disponer de los procedimientos adecuados. Para ello no deberán:

---

<sup>101</sup> M. CARBONE – M. TOLLA, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, cit.

<sup>102</sup> J. ROLDAN, *La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: El Gafi Grupo de Acción Financiera*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, 28 / 2000, cit.

- a. prohibir o imponer condiciones no razonables o indebidamente restrictivas sobre la prestación de asistencia legal mutua.
- b. negarse a cumplir las solicitudes de asistencia legal mutua fundándose exclusivamente en que se considera que el delito también involucra una cuestión fiscal.
- c. negarse a cumplir las solicitudes de asistencia legal mutua, alegando la confidencialidad que conforme las leyes deben mantener las entidades financieras.

Los Estados deberán regular la competencia de sus Autoridades con arreglo a la Recomendación 28 para cumplimentar las solicitudes de asistencia mutua, siempre que fuesen compatibles con sus sistemas nacionales<sup>103</sup>.

Deberán implementarse mecanismos para evitar conflictos de jurisdicción entre Estados.

37) Los Estados deberán prestar asistencia mutua sin requerir la satisfacción del principio de doble incriminación penal. Cuando se requiera su cumplimiento de este último deberá tenerse por tal sin tener en cuenta si ambos países ubican al delito dentro de una misma categoría o si la denominan con la misma terminología, siempre que ambos países tipifiquen la conducta subyacente del delito.

38) Deberán regularse procedimientos urgentes para responder a las solicitudes de cooperación en materias como: identificación de sujetos, retención, embargo, y decomiso de capitales, así como de los instrumentos utilizados o destinados a su uso en la comisión de estos delitos o de bienes por un valor equivalente.

Asimismo, se deberán suscribir acuerdos de coordinación de los embargos y el decomiso de bienes, que podrán incluir compartir los activos decomisado

En cuanto a la Recomendación número 38, es necesario de que los países consideren constituir un fondo de decomiso de activos. En el mismo se depositarían la totalidad o parte de bienes decomisados, que serían utilizados para fines como salud, cumplimiento de la ley o educación entre otros. Pero siempre adoptando las medidas necesarias para poder compartir los bienes decomisados con aquellos países con los cuales se llevo a cabo el decomiso<sup>104</sup>.

39) Los Estados deberán incluir el blanqueo de capitales en el catálogo de delitos que pueden dar lugar a la extradición de los sujetos implicados. Si, de acuerdo con las normas internas, no fuera posible la extradición de nacionales, se proveerán mecanismos de procedimiento propios para canalizar la acción penal.

Los países involucrados deberían colaborar entre sí, sobre todo en materia de procedimientos y pruebas, para asegurar la eficacia de las acciones judiciales.

De acuerdo a sus sistemas legales, los Estados podrán considerar la simplificación de la extradición permitiendo la transmisión directa de las solicitudes de extradición, bien permitiendo la extradición sobre la sola base de una orden de detención o sentencia y/o introduciendo un procedimiento de extradición simplificado<sup>105</sup>.

## Otras Formas de Cooperación

---

<sup>103</sup> M. COBO DEL ROSAL, *Blanqueo de capitales*, cit. p. 21.

<sup>104</sup> J. ROLDAN, *La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: El Gafi Grupo de Acción Financiera*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, cit.

<sup>105</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit.



40) Los Estados deberán asegurarse de que sus autoridades competentes presten la cooperación internacional correspondientes a sus homologas extranjeras. El intercambio debería ser efectivo, ya sea automático, ya previa solicitud. El intercambio no deberá tener condiciones restrictivas. En particular:

a- Las autoridades no deberían rechazar las solicitudes de asistencia, alegando que la solicitud también involucra cuestiones fiscales.

b- Tampoco deberán negarse a cooperar amparándose en reglamentaciones que obliguen a las entidades financieras a mantener el secreto o la confidencialidad de las informaciones.

c- Las autoridades competentes deberán estar en condiciones de realizar investigaciones en representación de sus homólogos.

Los Estados deberán disponer controles y garantías a fin de asegurar que la información intercambiada entre las autoridades competentes se utilice sólo en la forma autorizada, respetándose las obligaciones relacionadas con la privacidad y la protección de datos.

La Recomendación número 40, hace referencia a autoridades homólogas y competentes. Es necesario aclarar que homólogas, son aquellas autoridades con responsabilidades y funciones similares. Autoridad competente, se refiere a las autoridades administrativas y garantes del cumplimiento de la ley que luchan contra el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo. Podemos incluir dentro de esta a las UIF y a los supervisores<sup>106</sup>.

Los métodos y técnicas del lavado de activos cambian constantemente en virtud de las medidas que se adoptan para impedirlo. En los últimos años se ha implementado el aumento del uso de personas jurídicas para encubrir la titularidad real y la procedencia ilegal de activos<sup>107</sup>. Factores como estos, así como varias iniciativas nacionales e internacionales, llevaron al GAFI a revisar las cuarenta recomendaciones.

También las Recomendaciones del GAFI, constituyen una forma de impedir y detener el blanqueo de capitales, producto del narcotráfico.

Si bien estas Recomendaciones, no son obligatorias, ya que incluso su propia redacción así lo indican, constituyen un basamento importante para aquellos países, que seriamente intentan combatir este delito.

La idea de la normativa en general, ya sea derecho positivo o internacional se dirige sobre todo a desalentar, el ingreso del dinero proveniente de actividades ilícitas. La mejor manera para ello es a través de fuertes controles, seguimientos de las operaciones sospechosas y sobre todo eliminar la existencia de los paraísos fiscales.

En la medida que se dificulte cada vez más la reinsertión del producto de un ilícito en el mercado de dinero, esto también redundara en un gran beneficio para evitar el mismo. Pero no nos engañemos, la criminalidad organizada siempre encontrará, un vacío legal, un territorio sin leyes lo suficientemente rígidas, un cómplice en los estamentos más altos para cumplir su cometido.

#### I.2.1.2. Recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo

Estas recomendaciones, junto con las cuarenta que el GAFI ha elaborado, constituyen un elemento esencial para prevenir y suprimir la financiación del terrorismo<sup>108</sup>. Recordemos que las cuarenta recomendaciones de este organismo tienden

---

<sup>106</sup> S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, cit.

<sup>107</sup> P. CENCI, *La nuova normativa antiriciclaggio. Direttive comunitarie e normativa nazionali*, cit.

<sup>108</sup> M. CARBONE, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, Cacucci, 2010.

a prevenir y evitar el blanqueo de capitales, es por ello que aquellas se complementan con estas ocho recomendaciones sobre el terrorismo<sup>109</sup>.

A partir del ataque terrorista en Nueva York, en septiembre de 2001, el GAFI se ocupó del estudio de las medidas que sirvieran para la lucha contra la financiación del terrorismo. En octubre de 2001 agregó ocho Recomendaciones Especiales contra la financiación del terrorismo, en octubre del 2004 adoptó una novena la cual es común tanto para la lucha contra el blanqueo de capitales como contra la lucha contra la financiación del terrorismo.<sup>110</sup>

#### 1) Ratificación y ejecución de los instrumentos de las Naciones Unidas

Sugiere que cada país debe implementar las medidas necesarias a efecto de ratificar la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la supresión de la financiación del terrorismo del año 1999. Asimismo, los Estados deben aplicar las Resoluciones de las Naciones Unidas sobre prevención y supresión de la financiación de los actos terroristas, sobre todo la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

#### 2) Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado

Cada Estado debe tipificar como delito la financiación del terrorismo, los actos terroristas y la pertenencia estas organizaciones. Tales delitos deben establecerse como delitos previos al blanqueo de capitales.

#### 3) Retención y decomiso de activos terroristas

Cada país debe implementar medidas que permitan congelar los fondos u otros activos de los sujetos implicados en actividades terroristas, como asimismo quienes las financien y de las propias organizaciones terroristas, todo ello de conformidad con las resoluciones de las Naciones Unidas al respecto.

#### 4) Informe de transacciones sospechosas relacionadas con actividades terroristas

Las instituciones financieras u otras entidades sometidas a obligaciones de control del blanqueo de capitales deben estar obligadas a informar a las autoridades competentes de sus sospechas al respecto<sup>111</sup>.

#### 5) Cooperación internacional

Los Estados deben desarrollar mecanismos de cooperación estrecha y efectiva. Deben acordarse las medidas pertinentes a fin de evitar el amparo de elementos terroristas<sup>112</sup> y de sujetos acusados de financiar estas actividades, estableciéndose procedimientos para su extradición.

---

<sup>109</sup> GRUPO DE ACCION FINANCIERA, SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITALES, *Recomendaciones especiales sobre el financiamiento del terrorismo*, 31 de octubre de 2001.

<sup>110</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, cit. p. 82.

<sup>111</sup> M. KILCHLING, *Financial Counterterrorism Initiatives in Europe*, New York, 2003.

<sup>112</sup> L. FIACCOLA, *Antiriciclaggio e professionisti*, Collana Professionale, 2008.

## 6) Sistemas alternativos de envío de fondos

Cada Estado debe asegurarse de que las personas físicas y jurídicas que operan en la transferencia de dinero y títulos valores estén autorizadas y registradas. También se incluye dentro de las operaciones a las transferencias a través de redes o sistemas informales. Las Recomendaciones del GAFI, se deben aplicar todas ellas incluyendo los bancos e instituciones financieras no bancarias<sup>113</sup>. Deben sancionarse a aquellas personas físicas y jurídicas que presten dichos servicios ilegalmente, las sanciones podrán ser de carácter administrativas, civiles o penales.

## 7) Transferencias por cable

Los Estados deben adoptar las medidas conducentes para exigir a las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican a operaciones de giro de efectivo o títulos valores, que requieran toda la información necesaria sobre el ordenante, esto es: nombre, domicilio, número de cuenta. Esta información debe guardarse con la transferencia o mensaje relativo a la misma.

Asimismo cada Estado debe adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que las instituciones financieras, o aquellas que se dedican al giro de efectivo y título valores, examinen detalladamente y vigilen las transferencias de fondos y actividades sospechosas, en las cuales se carezca de información sobre el ordenante<sup>114</sup>.

## 8) Organizaciones sin ánimo de lucro

Las medidas legislativas de los Estados se proyectarán sobre todo tipo de entidades, incluidas aquellas organizaciones sin ánimo de lucro, consideradas más proclives a estar comprometidas en tales actividades.

## 9) Transporte de dinero en efectivo

Todos los Estados deben tomar medidas en cuanto al transporte a través de sus fronteras de dinero en efectivo e instrumentos monetarios e implementar leyes que permitan la confiscación de estos valores.

Podemos concluir diciendo que partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, E.E.U.U. reforzó su control sobre la población. Es necesario hacer mención de la *PATRIOT ACT* o también conocida como “Ley de 2001 para la Supresión Internacional del Lavado de Dinero y de la Financiación de Actividades Terroristas”, promulgada el 26 de octubre de 2001. Su normativa fue y es muy cuestionada en virtud que muchos consideran que se lesiona la intimidad o privacidad (esta Ley no será tratada porque excede la finalidad de esta investigación). Permite a las agencias y departamentos de seguridad el tener acceso a información de una persona sin ninguna orden judicial, sólo con una declaración que indique que esa información es para una investigación anti-terrorista. Incluye medidas oportunamente dispuestas durante el

---

<sup>113</sup> A. CASTALDO – M. NADDEO, *Il denaro sporco: Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, cit.

<sup>114</sup> L. FORGET, *Combating the Financing of Terrorism*, in *Seminar on Current Development in Monetary and Financial Law*, Departamento Jurídico e Instituto del FMI, 10 de mayo de 2002,

mandato demócrata del Presidente Clinton pero que fueron rechazadas por ser consideradas como un atentado contra la privacidad.<sup>115</sup>

Los Estados Unidos van muy lejos en la aplicación internacional de las normas antiblanqueo, extendiéndose al control sobre las cuentas de corresponsales de bancos extranjeros en este país. Todos estos bancos deben aplicar las normativas norteamericanas y reforzadas en el caso de ser un banco offshore. Las Recomendaciones del GAFI, a fin de combatir el terrorismo y su financiamiento son en definitiva la consecuencia de que EE.UU por primera vez se sintió verdaderamente vulnerable frente a este flagelo internacional.

### *1.2.2. Grupo Egmont y las Unidades de Inteligencia Financiera*

El GRUPO EGMONT<sup>116</sup> se constituyó en Bruselas, en junio de 1995. Toma su nombre precisamente de que su primera reunión se celebró en el Palacio EGMONT-ARENBURG de esa ciudad. Es un organismo internacional que agrupa los organismos gubernamentales de distintos Estados que cumplen la función de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF).

Se divide en tres áreas de trabajo, representada por tres grupos:

- Grupo de Trabajo Legal.
- Grupo de Trabajo de Tecnología.
- Grupo de Trabajo de Capacitación y Formación.

Sus presidencias recaen, en los representantes de Bélgica; Estados Unidos de Norteamérica y el Reino Unido, respectivamente.

Se reúnen dos o tres veces por año y a ellos les corresponde la proposición e implementación de las decisiones adoptadas por la Asamblea Plenaria.

El Grupo de Trabajo Legal, es el encargado de elaborar el marco reglamentario que sirve de base para la actuación del Grupo Egmont. Además, tiene tareas consultivas, pues este Grupo informará los dictámenes preliminares relativos al cumplimiento por los organismos miembros de los requisitos para constituirse como Unidad de

---

<sup>115</sup> J. MARTINEZ SELVA, *Los paraísos fiscales*, cit. p. 245.

<sup>116</sup> Otros organismos internacionales activos en la lucha contra el blanqueo de dinero son además del Egmont Group, que coordina las Unidades de Inteligencia Financiera nacionales y fomenta la colaboración entre ellas; el Wolfsberg Group que agrupa a 11 bancos comerciales internacionales que firmaron en octubre de 2000, en Suiza la declaración "Wolfsberg Anti Money Laundering Principies" que establece las normas básicas para evitar el blanqueo de capitales en la banca; el Moneyval o comité de expertos sobre las medidas contra el blanqueo de dinero que busca la armonización de las medidas y la evaluación de las mismas. El grupo Egmont, constituido en 1995, ha desarrollado un protocolo de intercambio de información, denominado MOU ("memorándum of understanding"), que no vincula a los gobiernos. Las Unidades de información, recibiendo y analizando informaciones sobre transacciones sospechosas, al tiempo que mantienen estrechos contactos con las fuerzas del orden. El Banco Internacional de Pagos de Basilea también desempeña labores en este ámbito. En abril de 2002, publicó un documento sobre la cooperación internacional de las instituciones financieras contra el terrorismo, proponiendo una serie de medidas a tener en cuentas por autoridades nacionales, organismos internacionales y entidades financieras. El G-20 reúne al G-7, a la Unión Europea y a otros doce países emergentes, entre ellos Rusia y China. El 21 de noviembre de 2004, sus ministros de Hacienda y jefes de los bancos centrales reunidos en Berlín, acordaron aumentar las medidas contra el fraude fiscal, presionando a Suiza y a otros paraísos fiscales para aceptar las regulaciones de la OCDE. El Fondo Monetario Internacional lleva a cabo también revisiones periódicas sobre la situación legal, financiera y reguladora de los distintos paraísos fiscales. Existen iniciativas procedentes de las propias entidades bancarias. Una serie de bancos han suscrito el Convenio de Ginebra que compromete a un grupo de entidades financieras en la lucha contra el blanqueo de fondos procedentes del narcotráfico y otras actividades ilegales.

Inteligencia Financiera. Y, finalmente, tiene a su cargo la preparación de modelos de memorando para el intercambio de información entre los organismos representados.

El Grupo de Trabajo de Tecnología se encarga del desarrollo de aplicaciones informáticas para el intercambio de comunicaciones e información entre las UIF. También asume el estudio e investigación de las nuevas técnicas info-telemáticas aplicadas a actividades de blanqueo de capitales.

Finalmente, el Grupo de Trabajo de Capacitación y Formación, diseña programas de capacitación de acuerdo a las necesidades y posibilidades y de cada país miembro.

El Grupo Egmont a través de los años ha alcanzado una gran relevancia, logrando que organismos como las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, adopten muchas de las medidas acordadas sobre Unidades de Inteligencia Financiera. Actualmente, la labor del Grupo Egmont no es tan sólo reconocido por instituciones internacionales sino que cuenta con el apoyo de numerosos gobiernos<sup>117</sup>.

Es necesario dedicar unos párrafos a las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), estas son mecanismos específicamente diseñados para combatir el blanqueo de capitales. Surgen a principios de los años noventa y el objetivo de su creación no era otro sino centralizar la recepción, análisis y divulgación de la información financiera tendiente a combatir ese crimen.

Las Unidades de Inteligencia Financiera, tienen como principales funciones, generar, analizar y consolidar información fiscal, financiera y patrimonial relacionada con conductas que pudieran considerarse vinculadas a delitos en materia de delincuencia organizada. Proponen el desarrollo de sistemas de información necesarios para llevar a cabo sus funciones, participan en foros internacionales y eventos relacionados, coordinan con las autoridades competentes actos de fiscalización necesarios para ejecutar sus funciones, presentan a las autoridades competentes la información que obra en su poder a fin de poder combatir el crimen organizado, etc. Es decir constituyen un elemento de gran importancia para luchar contra el crimen organizado.

Asimismo la Decisión del Consejo de la UE de 17 de octubre de 2000<sup>118</sup> instituyó un principio de cooperación entre las Unidades y otras autoridades competentes dentro del ámbito de los Estados miembros.

### *1.2.3. La Oficina Europea de Policía (EUROPOL) y el blanqueo de capitales*

Previo al desarrollo de la Oficina Europea de Policía (EUROPOL) debemos hablar de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). En el marco del blanqueo de capitales, esta organización, que tiene su sede en Francia (Lyon), brinda asistencia técnica y formación a todos los Estados que lo requieran.

La Organización Internacional de Policía Criminal - INTERPOL<sup>119</sup> es la mayor organización de policía internacional, son miembros 190, transformándose en la segunda organización internacional más grande del mundo, tan sólo por detrás de las Naciones Unidas. Fue fundada en 1923, su finalidad es apoyar y brindar colaboración a

---

<sup>117</sup> GRUPO EGMONT, *Actas de constitución y desarrollo*, 1995.

<sup>116</sup> DIARIO OFICIAL CE 24 de octubre de 2000

<sup>119</sup> N. GONZALEZ, et. al., *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006, p. 390 ss.

todas las organizaciones, autoridades y servicios cuya misión es prevenir y combatir la delincuencia internacional.

Los crímenes competencia de la INTERPOL<sup>120</sup> son aquellos que atacan la seguridad pública es decir: el terrorismo, el crimen organizado, tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de personas, blanqueo de dinero, pornografía infantil, crímenes económicos y la corrupción. Quedando excluidos aquellos crímenes que no afecten a varios países miembros, incluyendo crímenes de naturaleza política, militar, religiosa o racial. Cada uno de los países miembros de INTERPOL mantiene una Oficina Central Nacional (OCN), integrada por funcionarios encargados de hacer cumplir la legislación nacional.

La INTERPOL, está estructurada de la siguiente manera: Asamblea General, Comité Ejecutivo y Secretaría General.

La Asamblea General es el supremo órgano de Gobierno, se reúne una vez al año, toma decisiones por mayoría simple en forma de resoluciones, a excepción que el Estatuto lo requiera expresamente la mayoría puede ser de dos tercios. Cada miembro tiene derecho a un voto.

El Comité Ejecutivo se reúne tres veces al año, supervisa y prepara la agenda de la Asamblea General. Supervisa la administración y labor del Secretario General y prepara los proyectos de trabajo a fin de ser presentados a la Asamblea General.

El Secretario General es elegido por la Asamblea General por un período de cinco años, ejecuta los acuerdos de la Asamblea General y el Comité Ejecutivo, actúa como centro internacional de lucha contra la delincuencia, es un centro técnico de información de las oficinas nacionales y organiza y ejecuta los trabajos de secretaría en las reuniones de la Asamblea y del Comité Ejecutivo.

En el año 1983 se creó, dentro del seno de la INTERPOL<sup>121</sup>, el FOPAC (Fondos procedentes de actividades delictivas), se dedica fundamentalmente a la investigación de los activos del crimen organizado, blanqueo de capitales, técnicas de investigación financiera, confiscación de bienes de origen delictivo y otras cuestiones relacionadas con los bienes vinculados al crimen organizado. En 1985, la Asamblea General de esta organización adoptó una legislación modelo sobre el blanqueo de capitales y embargo de bienes. Finalmente, en 1995, la Secretaría de la Asamblea General de la INTERPOL, presentó una definición del blanqueo de capitales:

*“Cualquier acto o tentativa tendiente a ocultar o encubrir la naturaleza de las ganancias ilegalmente obtenidas de manera que parezca que proceden de fuentes lícitas”.*

Las instituciones europeas de seguridad y justicia crecen progresivamente y sus actividades de colaboración tienden a aumentar. Al sistema INTERPOL se une EUROPOL, unidad de cooperación policial europea, y organismos como la Red de Justicia Europea o EUROJUST. Hasta estas últimas actuaciones, la cooperación europea eminentemente judicial daba como resultado acuerdos claramente insuficientes, como es el caso del Convenio de Asistencia Judicial, del 20 de abril de 1959, y su Protocolo.

EUROPOL<sup>122</sup> es el organismo policial europeo, establecido en 1999, que centraliza y gestiona la información criminal en la Unión Europea y coordina la actuación de las

---

<sup>120</sup> F. CARRERA HERNANDEZ, *La cooperación policial en la Unión Europea: Acervo Schengen y Europol*, Madrid, 2003, p. 97.

<sup>121</sup> S. FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, cit.

<sup>122</sup> A. CASTALDO – M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, cit.

fuerzas nacionales de seguridad en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo. Hoy en día, EUROPOL ha ampliado su cometido a la persecución del blanqueo de capitales, incluso cuando éste se realiza a través de Internet. Busca mejorar la eficacia de los servicios policiales de los países miembros. Además de la persecución del blanqueo de capitales, otros delitos graves como el terrorismo, el tráfico de drogas, las redes de inmigración ilegal, el tráfico de vehículos, la trata de seres humanos incluyendo la pornografía infantil, la falsificación de moneda y otros medios de pago; y el tráfico de sustancias radiactivas y nucleares, centran su actividad.

La creación de EUROPOL responde a las crecientes necesidades de cooperación internacional en orden a una persecución efectiva de la criminalidad. Ya, en los Convenios SHENGEN se hacía referencia a las técnicas de vigilancia transfronteriza y otros mecanismos, como las policías de enlace o la creación del Sistema de Información SCHENGEN. El Convenio de Bruselas del 29 de mayo de 2000 completaba los anteriores textos, refiriéndose a la investigación penal, junto a otros aspectos que ahora resultan irrelevantes<sup>123</sup>. Finalmente con el Tratado de Ámsterdam y la inclusión en el TUE del Capítulo VI se instituye este organismo europeo para la lucha contra la delincuencia destinada esencialmente a facilitar intercambios de información entre los Estados miembros. En el desarrollo de su tarea recoge, intercambia, trasmite y analiza datos e informaciones relevantes; sirviendo de apoyo a las actividades policiales nacionales. En el año 2000 intervino en 1922 casos que dieron lugar a 9.402 solicitudes de asistencia, en especial en la lucha contra el tráfico de drogas<sup>124</sup>.

EUROPOL gestiona todo un sistema informático dirigido al ordenamiento, tratamiento o uso de datos para facilitar la investigación criminal, que consta de tres componentes: el sistema de información, los ficheros de trabajo y un sistema índice. El sistema de información permite una rápida consulta de datos<sup>125</sup>; mientras los ficheros de trabajo almacenan la información adicional en los delitos de competencia de este organismo; y el sistema índice. El sistema índice se refiere a los datos de carácter personal. Todo fichero automatizado de carácter personal deberá estar sujeto a la aprobación del Consejo de Administración para su creación. El sistema de información de EUROPOL coexiste con el SISTEMA DE INFORMACIÓN SHENGEN (SIS) y el SISTEMA DE INFORMACIÓN ADUANERA (SIA).

La Red de Justicia Europea es un organismo comunitario dirigido a proporcionar información jurídica y práctica a las autoridades judiciales de cada país en materia penal. Se apoya en el llamado Sistema de Información de SCHENGEN, al que está conectada la correspondiente oficina española que recibe por medios informáticos los requerimientos de los países adheridos. Esta red busca el reconocimiento mutuo y general de las resoluciones judiciales y de las sentencias dictadas en otros países para facilitar la detención de delincuentes que escapan de la justicia de su país, especialmente por delitos graves. El convenio SCHENGEN regula diferentes aspectos de colaboración policial y judicial entre diferentes países de la Unión Europea<sup>126</sup>.

También debemos tener en cuenta que al margen de la Red Judicial Europea y del intercambio de magistrados de enlace, la cooperación judicial penal en la UE se ha dotado de una estructura central, EUROJUST<sup>127</sup>. Para la Comisión Europea,

---

<sup>123</sup> N. GONZALEZ, et. al., *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006, p. 390 ss.

<sup>124</sup> F. CARRERA HERNANDEZ, *La cooperación policial en la Unión Europea: Acervo Schengen y Europol*, Madrid, 2003, p. 97.

<sup>125</sup> Artículo 6.1 Convenio de Europol.

<sup>126</sup> J. MARTINEZ SELVA, *Los paraísos fiscales*, cit. p. 257.

<sup>127</sup> Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002, DO L 63 del 6 de marzo de 2002.

EUROJUST es la contrapartida judicial de EUROPOL<sup>128</sup>. Este es un instrumento al servicio de la cooperación judicial penal, cuyo objeto es fomentar y mejorar la coordinación entre las autoridades judiciales nacionales<sup>129</sup>, primeramente, y policiales<sup>130</sup> después.

### I.3. Conclusiones

La necesidad de articular mecanismos efectivos de cooperación internacional radica en que nos encontramos en una era en la que el Estado, de base eminentemente territorial, está siendo eclipsado por actores no territoriales, tales como corporaciones multinacionales, movimientos sociales transnacionales y organizaciones intergubernamentales. Ello sin despreciar la creciente influencia de las organizaciones criminales sobre algunos Estados, al punto de suplantar su autoridad<sup>131</sup>. Reconociendo esas circunstancias, la lucha contra la criminalidad se ha erigido como una prioridad en la política internacional.

Si la naturaleza internacional de las redes criminales limita las posibilidades nacionales de éxito en su represión no queda otra que articular mecanismos de esa misma naturaleza para combatir el crimen<sup>132</sup>. Pero la dinámica de las relaciones internacionales también ha cambiado. Y, en los últimos años, asistimos a la transición desde mecanismos de cooperación internacional “*hard power*”, caracterizados por la imposición de la voluntad de unos Estados sobre otros; hacia otras dinámicas “*soft power*”, basadas en la persuasión, más baratas, atractivas e igualmente vigorosas, especialmente allí donde interactúan y cooperan diversos grupos internacionales, aglutinando esfuerzos tendentes a mitigar las amenazas consustanciales al crimen organizado<sup>133</sup>.

La doctrina internacionalista destaca el surgimiento de un “régimen internacional” cuyo objetivo es la lucha contra el blanqueo de capitales. El concepto de “régimen internacional” procede de la teoría de la organización internacional surgida a principios de los años setenta. En general, el objetivo de los regímenes internacionales es regular y controlar ciertas relaciones y actividades internacionales mediante el establecimiento de procedimientos, normas e instituciones. La diferencia con las organizaciones intergubernamentales tales como Naciones Unidas reside en que, si bien los “regímenes internacionales” frecuentemente disfrutaban del respaldo de aquéllas, las materias que se abordan son mucho más específicas. Ciertamente es que el carácter dinámico del mercado financiero y del orden mundial supone un problema para los “regímenes internacionales”, que deben dotarse de suficiente flexibilidad, amén de estabilidad y capacidad de decisión<sup>134</sup>. Es por ello que debemos tener en cuenta que “*El Derecho Penal no es independiente de la normativa internacional*”<sup>135</sup>.

---

<sup>128</sup> Comunicación de la Comisión del 22 de noviembre del 2000, sobre la creación de Eurojust, COM (2000) 746 final.

<sup>129</sup> Artículo 3 de la Decisión por la que se crea Eurojust.

<sup>130</sup> Art. 2.1. de la Decisión relativa a la creación de Eurojust.

<sup>131</sup> B. ZAGARIS – CASTILLA, *International Financial Enforcement Subregime*, en *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. XIX, núm.3, 1993, p. 880; NEUMAN, *La legalización de las drogas*, Buenos Aires, 1991, p. 56 y ss.

<sup>132</sup> S. CARLSON – B. ZACARIS, *International Cooperation*, en 15 *Nova L. Rev.* 551, 1991, p. 553.

<sup>133</sup> J. CHOCLAN MONTALVO, *La organización criminal*, Madrid, 2000.

<sup>134</sup> B. ZACARIS – S. CASTILLA, *International Financial Enforcement Subregime*, cit., p. 881 y 882.

<sup>135</sup> L. MORILLAS CUEVA, *Derecho Penal. Parte General*, vol.I, Madrid, 2010, p. 56 y 57.



Podemos decir que en la práctica las medidas que se intentan aplicar a través de acuerdos y convenios internacionales no son lo suficientemente efectivas para combatir este delito, principalmente por su falta de correcta aplicación y la gran corrupción existente en numerosos países.

## CAPITULO II – EVOLUCION DEL CONCEPTO DE BLANQUEO DE CAPITALS

### II. Evolución del concepto:

El delito de blanqueo de capitales tiene un marcado carácter internacional, esto es, sus efectos trascienden las fronteras nacionales de los Estados. De ahí que con razón se hable de su inscripción en el fenómeno de la “globalización” predicable de la economía en el mundo actual<sup>136</sup>.

La dimensión internacional del delito de blanqueo de capitales y la ineficiente regulación de la cooperación entre Estados proporciona marcadas ventajas a los delincuentes, entre las que se destaca la posibilidad de eludir la aplicación de las normativas estatales más estrictas.

En efecto, los delincuentes se ven beneficiados por los habituales problemas que suscita la cooperación judicial internacional, en particular, respecto al intercambio de información entre países que tienen normativas diversas, sistemas penales diferentes y también distintas culturas administrativas<sup>137</sup>. Ello permite que los infractores desvíen los bienes objeto de blanqueo a aquellos países con sistemas más débiles de control y persecución de este delito<sup>138</sup>.

La constante evolución en las técnicas de blanqueo de capitales es causa y consecuencia de una mayor profesionalización de las personas que se implican en estas actividades, ya sea lo que respecta a los propios miembros de la organización criminal, como en cuanto a la utilización de expertos ajenos a esa organización. Evidentemente con ello se pretende minimizar los riesgos de padecer persecución penal, al mismo tiempo que se optimizan las oportunidades de obtener beneficios. Por consiguiente, el delito de blanqueo de capitales implica grandes y crecientes inversiones: para el análisis de riesgos y su gestión; para la creación de una base tecnológica; y, por último, en orden a la profesionalización el ciclo del blanqueo- inversión<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> SAVONA - DKFKO: *International Money Laundering*, United Kingdom, 1997, p. 92. Indican cómo interacción entre tecnología y finanzas posibilita las transacciones internacionales en cosa de segundos. Las tendencias hacia la liberación económica y los avances tecnológicos son de gran trascendencia pero también acarrear un importante riesgo. El surgimiento de economías abiertas, y la absoluta instantaneidad de las transacciones comerciales pueden ser, y están siendo, objeto de abuso por aquellos que, intencionadamente, pretenden encubrir la fuente de sus bienes.

<sup>137</sup> FORTHALSKR, *Geldwascherei -de lege lata et jurenda*, München, 1992, p. 11.

<sup>138</sup> SAYONA - DK.FF.O, *International Money Laundering*, cit., pg. 92. Uno de los objetivos de los blanqueadores, teniendo en cuenta el fenómeno de globalización, sería encontrar y sacar ventaja de los débiles vínculos existentes entre la regulación internacional y el sistema de aplicación, mediante el desvío de las transacciones y bienes a países cuyas autoridades policiales o de persecución penal sean más débiles o más corruptas, tengan el secreto bancario o profesional más restrictivo, o los sistemas más ineficaces de extradición, de aplicación del embargo y de supervisión bancaria.

<sup>139</sup> E. SAVONA – M. DEFEO, *International Money Laundering*, cit., p. 17, ponen de manifiesto que se utilizan abogados defensores como consejeros, «*consigliere*» en la jerga del crimen organizado, o «analistas de riesgo» en términos administrativos. Para minimizar riesgos, los criminales necesitan conocer los requisitos procesales para el ejercicio de la persecución penal. La utilización por las autoridades de persecución penal de tecnología electrónica para la vigilancia es contrarrestada por los

Los Estados han adoptado cada vez mayores medidas para controlar este delito y para combatirlo. Lo cual ha obligado a las organizaciones criminales a desarrollar nuevas técnicas para tratar de eludirlas<sup>140</sup>. Característica fundamental de los blanqueadores es su facilidad de adaptación a las nuevas situaciones y la rapidez en el desarrollo de nuevos métodos, alcanzando en ocasiones un grado de sofisticación en sus operaciones de blanqueo justificadamente calificada de sorprendente. Asimismo no podemos dejar de señalar que esta mayor complejidad está íntimamente relacionada con la internacionalización del fenómeno, que permite mover los bienes de unos países a otros y diseñar complicados mecanismos de encubrimiento de su origen el cual es de muy difícil detección por parte de las autoridades.

En la actualidad se combinan los métodos tradicionales, como el transporte físico de los bienes, con otros muchos más evolucionados y complicados. La evolución hacia mecanismos más sofisticados se aprecia fundamentalmente allí donde existe una regulación para controlar el blanqueo de capitales como por ejemplo, los casos donde el control de las entidades bancarias es muy rígido, en los que los blanqueadores han derivado sus actividades hacia otro tipo de entidades no reguladas, fundamentalmente negocios de carácter no financiero<sup>141</sup>.

## II.1. El bien jurídico protegido: El carácter de pluriofensivo

Es necesario hacer una breve referencia a la ubicación de este delito en los dos ordenamientos jurídicos objeto de nuestra investigación:

El Código Penal Español ubica al blanqueo de capitales en el Título XIII del Libro II, bajo la rúbrica “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*” (arts. 301 y siguientes del Capítulo XIV –“*De la receptación y el blanqueo de capitales*”-). Es el primer texto español que regula el delito de blanqueo de capitales desvinculándolo de los delitos de tráfico de drogas, bien que ligándolos al hecho de que los bienes objeto del blanqueo tengan su origen en un delito grave<sup>142</sup>.

El delito de blanqueo de capitales o *riciclaggio* aparece tipificado en el art. 648 bis del Código Penal italiano (CP). Resultó incorporado al ordenamiento italiano en el año 1978 en virtud del art. 3 del D.L. de 21 de marzo 1978, n. 59, reformado luego por la Ley de 18 de mayo de 1978, n. 191. La norma originaria sufrió otras modificaciones, como la operada por la Ley de 19 de marzo de 1990, n. 55 (art. 23) o por la Ley de 9 de agosto de 1993, n. 328 (art. 4), donde se recoge la actual formulación. ( Libro II “*De los delitos en Particular*”, Título XIII “*De los delitos contra el Patrimonio*”, Capítulo II “*De los delitos contra el patrimonio mediante fraude*”<sup>143</sup>.

---

traficantes colombianos contratando firmas americanas de abogados para obtener materiales de los tribunales, datos que están en informes públicos y en archivos criminales... De esta manera, ellos pueden estudiar todo ese material para ver, por ejemplo, cuánto tiempo tardan la DEA o el FBI en aplicar la tecnología electrónica... Las empresas de abogados y los abogados defensores están haciendo análisis de riesgo y gestión de riesgo. Las organizaciones criminales recurren frecuentemente al asesoramiento de expertos para blanquear e invertir dinero.

<sup>140</sup> D. GRIFFITHS, *International Efforts to Combat Money Laundering: Developments and Prospects* Commonwealth Law Bulletin, 1993, p. 1824.

<sup>141</sup> D. GRIFFITHS, *op.cit.* p. 1825.

<sup>142</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit. p. 268.

<sup>143</sup> M. CARBONE – M. TOLLA, *Elementi normativi internazionale e nazionale in materia di riciclaggio*, Cacucci, 2010.

El Orden Socioeconómico como bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales es un tema sobre el cual se han desarrollado diversas opiniones, las cuales serán expuestas a lo largo de este trabajo.

### *II.1.1. El carácter pluriofensivo un análisis más profundo sobre el concepto*

Podemos decir que el delito de blanqueo de capitales posee un carácter pluriofensivo, las conductas tipificadas y descriptas en el art. 301 de nuestro Código penal, tienden a asegurar el correcto funcionamiento tanto de la Administración de Justicia como del tráfico económico y financiero legal, entendiéndose éste como la concreción del orden socioeconómico<sup>144</sup>.

Señalar el carácter pluriofensivo del blanqueo<sup>145</sup> se haya muy extendido entre la doctrina. La difusión no obedece, como algunos sostienen, a las dificultades que ofrece el encuadramiento de los delitos de blanqueo de capitales dentro de los clásicos bienes jurídicos, ni la falta de claridad en la determinación del objeto tutelado sino que sencillamente se quiere hacer incapié a que son varios los bienes jurídicos protegidos mediante estos comportamientos y por consiguiente responder a los mismos.

Para ZARAGOZA AGUADO el blanqueo es una indudable infracción pluriofensiva por la multiplicidad de bienes jurídicos, mediata e inmediatamente, protegidos, ya que pone en cuestión el orden socioeconómico y hasta la esencia de la democracia<sup>146</sup>. Mientras que PALOMO DEL ARCO<sup>147</sup> si bien acepta que el art. 301 tutela primordialmente el orden socioeconómico, defiende la pluriofensividad del blanqueo, ya que en “segundo grado también protege intereses de la Administración de Justicia y eventualmente el bien tutelado por el delito previo<sup>148</sup>.”

Pero a fin de acotar el carácter pluriofensivo de un tipo penal es irrelevante el bien jurídico mediato, ya que únicamente debe atenderse a los bienes jurídicos directa o inmediatamente protegidos<sup>149</sup>. De ahí que podemos considerar que el art. 301 tutela directamente tanto la Administración de Justicia, en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos, como el orden socioeconómico, concretado éste en la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal. En una línea similar MUÑOZ CONDE sostiene que el blanqueo pone en tela de juicio la Administración de Justicia, la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado, la libre competencia, la hacienda pública, el funcionamiento de la economía de mercado y su control<sup>150</sup>; bienes jurídicos que, salvo el primero, son reconducibles al ámbito socioeconómico.

Se ha intentado dar fundamento a esta concepción pluriofensiva en la ubicación sistemática del art. 301<sup>151</sup>. Pero consideramos que el emplazamiento del blanqueo bajo

---

<sup>144</sup> I. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, 2002.

<sup>145</sup> J. ZARAGOZA AGUADO, *El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación*, en A. MARTINEZ ARRIETA, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, 1994, p. 107

<sup>146</sup> J. ZARAGOZA AGUADO, *Receptación y blanqueo de capitales*, en SERRANO BUTRAGUEÑO, et.al., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas profesionales*, Manual Teórico III, Vol.4, Madrid, 1996.

<sup>147</sup> A. PALOMO DEL ARCO, *Receptación y figuras afines*, Madrid, 1996.

<sup>148</sup> A. PALOMO DEL ARCO, *op. cit.* p. 10 ss.

<sup>149</sup> M. COBO DEL ROSAL, et.al. *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, p. 433, 434.

<sup>150</sup> M. COBO DEL ROSAL, *op. cit.* p. 433 ss.

<sup>151</sup> C. VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 93.

la rúbrica “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” del Código penal español ofrece una base para entender que son varios los bienes jurídicos protegidos, el título o rótulo apunta a una figura que tiene en cuenta lo patrimonial y lo socioeconómico, como es considerado por algunos autores en Italia<sup>152</sup>, pero no a un delito que tutele la administración de la Justicia y el referido orden.

En contra de concebir el blanqueo como un delito pluriofensivo, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ<sup>153</sup> identifica un único interés que justifique la intervención penal, y por ello cita la posición de BOTTKE<sup>154</sup>, cuando señala la inseguridad jurídica que implica la mezcla de heterogéneos objetos de protección. Desde esta perspectiva, el art. 301 no tutela un solo valor. De hecho, el mismo BOTTKE confirma, desde una óptica *de lege lata*, que el art. 261 del Código penal alemán entrelaza tres aspectos de protección: un mercado útil a la libertad, el patrimonio individual y la puesta en peligro de una condición de funcionamiento de la recriminación penal por parte del Estado<sup>155</sup>.

En particular, es necesario mencionar a quien se opone a este carácter o configuración pluriofensiva basándose en que la Administración de Justicia y el orden socioeconómico ya se encuentran protegidos. El Prof. SUÁREZ GONZÁLEZ expresa en su libro que lo que de lesivo puede haber contra los intereses de la Administración de Justicia se encuentra suficientemente tutelado cuando el Código se refiere a los delitos que protegen dichos intereses<sup>156</sup>. Sin embargo, se constatar la insuficiencia de la tutela que el art. 451 brinda frente al proceso que nos ocupa.

En relación a los trastornos que el blanqueo genera en el orden social y económico, dice el citado autor que no sólo no se determina ningún resultado lesivo *concreto*, sino tampoco los principios económicos a los que afecta<sup>157</sup>. Pero la licitud de los bienes que son objeto del tráfico mercantil deviene esencial para el funcionamiento de la economía de mercado y del orden socioeconómico.

Asimismo y a efecto de profundizar un poco más nuestra exposición haremos mención de ciertos autores que se enrolan dentro de esta posición y que en virtud de su trayectoria como doctrinarios es necesario mencionar.

Dentro de estos autores encontramos a los que afirman el carácter pluriofensivo de este delito pero se decantan por el orden socioeconómico como bien jurídico tutelado. Dentro de esta posición encontramos a ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU PALACIOS<sup>158</sup>, FABIAN CAPARROS<sup>159</sup>, MORENO CANOVES y RUIZ DE MARCO<sup>160</sup>. Estos últimos autores consideran que el blanqueo de capitales también repercute en forma indirecta sobre el patrimonio, la libertad sexual y la salud pública.

También es necesario mencionar a LAMPE, este autor fue el primero en Alemania en sostener que con la incriminación del blanqueo de capitales se protegía tanto la circulación financiera y económica legal, la Administración de Justicia estatal en su tarea de reparación y salvaguarda a la comunidad frente al delito<sup>161</sup>.

---

<sup>152</sup> C. PEDRAZZI, *El bien jurídico en los delitos económicos*, en M. BARBERO SANTOS, *La reforma penal. Delitos socioeconómicos*, Madrid, 1985.

<sup>153</sup> C. ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Barcelona, 2000, p. 101.

<sup>154</sup> W. BOTTKE, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*, RP, 1998.

<sup>155</sup> W. BOTTKE, *op. cit.* p. 13 ss.

<sup>156</sup> C. SUAREZ GONZALEZ, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p.862.

<sup>157</sup> C. SUAREZ GONZALEZ, *op. cit.* p. 862 ss.

<sup>158</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, 1998, p.270 ss.

<sup>159</sup> F. CAPARROS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, p. 238.

<sup>160</sup> MORENO CANOVES – RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, Madrid, 1996, p.384.

<sup>161</sup> E. LAMPE, *El Nuevo tipo penal de blanqueo de capitales*, .Universidad Bielefeld, 1994, p.119 ss.

Dentro de la doctrina italiana podemos citar a CORNETTA, el cual resalta la naturaleza pluriofensiva del blanqueo de capitales y su capacidad de perturbar el orden socioeconómico y obstaculizar la Administración de Justicia<sup>162</sup>. Es menester mencionar a SEMINARA, el cual considera que el mencionado delito causa perjuicio tanto a la Administración de Justicia como al correcto funcionamiento del sistema económico<sup>163</sup>.

Si intentamos referirnos a las relaciones del blanqueo de capitales con otros delitos el tema nos remite automáticamente al bien jurídico protegido. Ya que sin lugar a dudas este es el elemento clave para el análisis de su relación con otros ilícitos como veremos en los párrafos sucesivos.

El Código Penal de 1995 es el primer texto español que regula el delito de blanqueo de capitales desvinculándolo del tráfico de drogas, aunque ligándolo al hecho de que los bienes objeto del blanqueo tuvieran su origen en un delito grave<sup>164</sup>. Tras la reforma operada en 2010, se ven incrementadas las conductas típicas, amén que desaparece la mención a ese origen, que se transforma por una genérica referencia a una “actividad delictiva” anterior.

La determinación del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales ha centrado tradicionalmente un importante debate doctrinal. Muchos relevantes doctrinarios se han referido a este tema como HERNANDEZ QUINTERO<sup>165</sup>, DEL CARPIO DELGADO<sup>166</sup>, RUIZ VADILLO<sup>167</sup>, VIDALEZ RODRIGUEZ<sup>168</sup>, ROXIN<sup>169</sup>, JESCHECK<sup>170</sup>, JACKOBS<sup>171</sup> y otros que iremos mencionando a lo largo de esta investigación. Adviértase, por cuanto afectará a todo lo que se expondrá a continuación, que para hablar de bien jurídico será necesario que el legislador haya valorado positiva y concretamente ese bien como objeto de protección. Ello pasa, como sostiene MAYER porque el bien jurídico sea “digno”, “susceptible” y “necesitado de protección”<sup>172</sup>. El bien o valor jurídico será digno de protección cuando así venga avalado por su trascendencia social. Comprobada esta premisa, sólo será considerado susceptible de protección si puede ser hipotéticamente atacado. Y, por último, decimos que por el principio de *última ratio* del Derecho Penal, está necesitado de protección cuando no existe otra rama del ordenamiento jurídico capaz de hacerlo o porque, existiendo una salvaguardia de naturaleza extrapenal, ésta no es suficiente<sup>173</sup>.

Según ROXIN<sup>174</sup> los bienes jurídicos son como circunstancias dadas y finalidades útiles al individuo y a su libre desarrollo dentro de un sistema social global estructurado

---

<sup>162</sup> M. CORNETTA, *Introduzione. Lo statu e le prospettive del sistema antiriciclaggio*, Milano, 1996.

<sup>163</sup> S. SEMINARA, *La evolución del Derecho Penal del mercado financiero desde una perspectiva europea*, en AA.VV. *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004.

<sup>164</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit. p. 268.

<sup>165</sup> H. HERNANDEZ QUINTERO, *Delitos económicos en la actividad financiera*, Bogotá, 1998.

<sup>166</sup> J. DEL CARPIO DELGADO, *El delito del blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1997.

<sup>167</sup> E. RUIZ VADILLO, *El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español, Perspectiva actual y futura*, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 1992, n.1641, p. 4276.

<sup>168</sup> C. VIDALES RODRIGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el código penal de 1995*, Valencia, 1997.

<sup>169</sup> C. ROXIN, *Derecho Penal Parte General T.I Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*. Madrid, 1997.

<sup>170</sup> H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal, parte general*, BARCELONA, 1981, p.350.

<sup>171</sup> G. JACKOBS, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, en Libro homenaje al profesor Günther Jackobs. *El funcionalismo en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 41 y 42.

<sup>172</sup> J. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, p. 280.

<sup>173</sup> J. PALMA HERRERA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>174</sup> C. ROXIN, *op. cit.*

fundándose en esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Las circunstancias o finalidades están ya dadas por la valoración social, los deberes de cumplimiento de las normas son creadas por el mismo Derecho.

JESCHECK<sup>175</sup>, considera que el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Según este autor son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el derecho penal.

Para JACKOBS<sup>176</sup>, “ *El Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección del bien jurídico* ”.

La teoría de bien jurídico responde a la siguiente pregunta: *Qué se protege?*. A lo cual podemos agregar que en todo tipo penal se protege uno o más bienes jurídicos. Pero suscita perplejidad los tipos penales en los que es difícil determinar qué se protege. Recordemos que el Derecho Penal se ocupa de hechos relevantes, es decir hechos en los que cualquiera debería poder identificar rápidamente el interés protegido. Sin lugar a dudas esto debería ser más evidente en un ordenamiento jurídico de un Estado democrático de Derecho<sup>177</sup>.

Presentes las anteriores reflexiones, en el camino se han quedado teorías que casi no cuentan en la actualidad con respaldo alguno y que parten de una identificación entre la actividad delictiva de la cual se derivan los fondos ilícitos y la propia actuación del “blanqueador”. Entre ellas, la denominada “teoría del mantenimiento”, según la cual el blanqueo de capitales perpetuaría la lesión causada por el delito anterior y, en consecuencia, resultarían coincidentes los bienes jurídicos afectados<sup>178</sup>. Por más que los beneficios económicos que se dedujeran del blanqueo pudieran estimular la actuación delictiva precedente, no compartimos esta opinión, y basta aludir en apoyo de nuestra postura el ejemplo que proporciona el eventual blanqueo de fondos obtenidos mediante el tráfico de drogas: aunque tales réditos puedan instigar la reincidencia, no puede sostenerse que el blanqueo de esos beneficios ponga en peligro la salud pública, precisamente bien jurídico protegido por el delito originario.

Confirmada la autonomía del delito de blanqueo el debate doctrinal deriva del encuadramiento de este ilícito en el Título XIII, “Delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico”, y de la dificultad de diferenciar ambos campos. En cualquier caso hemos de valorar muy positivamente la tipificación de este ilícito como instrumento para reprimir la criminalidad organizada, al punto de convertirse en una medida de política criminal muy apreciable<sup>179</sup>.

Aunque con ello nos estaríamos adelantando a las conclusiones de este apartado, podemos sostener que el blanqueo de capitales es un delito pluriofensivo, ya que es inconcebible un delito de blanqueo que no vaya acompañado de falsedad documental, maquinación para alterar el precio de las cosas, delito contra la Hacienda Pública o delito societario juntos o por separado<sup>180</sup>.

El blanqueo de capitales es un delito complejo, podemos afirmar que tiene dos objetos de protección: es a la vez un delito de encubrimiento, que atenta contra la administración de la Justicia penal, y impidiendo la satisfacción del sentimiento de justicia y erosiona la prevención de nuevos delitos, y un delito de participación en

---

<sup>175</sup> H. JESCHECK, *op.cit.*

<sup>176</sup> G. JACKOBS. *op.cit.*

<sup>177</sup> F. MOLINA FERNANDEZ, *Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?*, Madrid, 2009.

<sup>178</sup> P. BERNASCONI, *Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di Diritto penale bancario*, en N. Assini, *Convegni giuridiche e ricerche – Atti e documenti*, n. 10, *Nuove prospettive di Diritto penale bancario*, Padova, 1988, p. 98 a 99.

<sup>179</sup> L. LOMBARDO EXPOSITO, *Blanqueo de capitales*, Barcelona, 2009.

<sup>180</sup> J. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, 1997.

sentido amplio que, como todo acto de participación, atenta contra los bienes jurídicos que se encuentran detrás de los delitos en los que se participa, que pueden ser tanto aquéllos de donde procede el dinero blanqueado como los que se financian a su costa. Es decir como delito independiente reside en este carácter complejo: no sólo encubre delitos, sino que a la vez los promociona *de* manera genérica<sup>181</sup>.

El blanqueo no surgió para proteger el orden socioeconómico, ni la importancia que ha adquirido puede justificarse desde esa perspectiva, gozando. En circunstancias normales, prevalecen los efectos negativos, no permiten justificar la existencia de una figura típica de esta gravedad, que sólo puede explicarse por su carácter promotor de delitos graves cometidos por organizaciones criminales, en la triple modalidad de encubrir sus actos, crear un mercado que garantiza las ganancias que provienen del delito, y financiar otros nuevos<sup>182</sup>.

Podemos citar algunos autores extranjeros que han desarrollado una consideración particular en relación a este tema a fin de que se pueda captar la disparidad de opiniones y de posiciones doctrinarias. Ejemplo de ello es PEDRAZZI, el cual considera que la introducción de enormes sumas de fondos delictivos en el sistema financiero perjudica a los particulares. Transformando los factores que permiten prever el comportamiento del mercado, produciendo la desconfianza de los ahorradores, es por ello que eleva la categoría de bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales a la “*exigencia de tutela del ahorro*”<sup>183</sup>. También podemos citar a FLICK, el cual considera que el blanqueo de capitales es peligroso y constituye un factor contaminante y desestabilizador del mercado y de sus operadores<sup>184</sup>. Asimismo podemos destacar la posición de ZIRPINS y TERSTEGEN, para los cuales la credibilidad en el sistema financiero es imprescindible, el blanqueo de capitales destruye esta credibilidad, estos autores consideran que esta credibilidad es “*imprescindible para el tráfico económico*”<sup>185</sup>.

Lo anteriormente expuesto nos conduce a otro tema que no desarrollaremos pero que sí amerita ser mencionado, la relación en cuanto a la expansión del derecho penal. SILVA SÁNCHEZ, distingue al derecho penal como un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes justificando que la expansión del derecho penal obedece a la aparición de nuevos bienes jurídicos, de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes<sup>186</sup>. Asimismo, considera probables causas de existencia de estos nuevos intereses para el derecho penal. Este autor se inspiró en FERRAIOLI<sup>187</sup>, es cual sostenía que, “*el Derecho Penal mínimo debe asomar como la tutela de derechos fundamentales y la ley penal como la ley del más débil*”.

La escuela de Frankfurt, en cabeza de HASSEMER<sup>188</sup>, defensor del Estado liberal, propicia las críticas más agudas a la corriente modernizadora en Alemania, considera ineludibles los principios propios del estado de derecho, que se ven conculcados tanto por la excesiva intervención punitiva, como por el adelantamiento en las barreras de

---

<sup>181</sup> MAROTO – VILLAREJO, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2009, p. 122

<sup>182</sup> MAROTO – VILLAREJO, *op. Cit.* p. 122 ss.

<sup>183</sup> C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e l'economia*, Palermo, 1991.

<sup>184</sup> G. FLICK, *La repressione del riciclaggio*, Milano, 1992.

<sup>185</sup> W. ZIRPINS – O TERSTEGEN, *Wirtschaftskriminalität, Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung*, Lübeck, 1963.

<sup>186</sup> J. SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades*, Madrid, 2001.

<sup>187</sup> L. FERRAIOLI, *Derecho y razón*, Madrid, 1977.

<sup>188</sup> HASSEMER - WINFRIED – MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995, p.16.

punición para la protección de bienes jurídicos. Se plantea así el debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo a la modernización del derecho penal, sustentadas por el profesor norteamericano SUTHERLAND<sup>189</sup> sobre el delito de cuello blanco, lo define como: “...es el crimen cometido por una persona de respetabilidad y de clase social alta, en el curso de sus ocupaciones”. De esta forma, SUTHERLAND develaba la criminalidad más peligrosa para la sociedad, y sin lugar a dudas esbozaba un sendero que iba a ser reconocido por diversos estudiosos del Derecho penal. La intervención en contra de esta criminalidad, se traduciría en la expansión del derecho Penal,

### II.1.2. El orden socioeconómico como bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales

Al referirnos al Título XIII del Libro II del Código Penal debemos tener en cuenta que este no se refiere al orden económico sino al orden socioeconómico<sup>190</sup>, pero esto no altera su contenido. La expresión fue utilizada en la elaboración del Código Penal que comenzó en 1980 y concluyó en 1995. Debemos centrarse en el concepto de orden socioeconómico. Este orden no puede ser considerado bien jurídico, ni del blanqueo, ni de ningún otro delito, este es en realidad un subsistema, que permite el desenvolvimiento social<sup>191</sup>. Existen intereses de naturaleza económica constitucional que son lo que realmente protege el Derecho Penal es decir su objeto de protección.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup> E.SUTHERLAND, *White collar crime*, London, 1983,p.7.

<sup>190</sup> Las interpretaciones ofrecidas por la doctrina a la utilización del prefijo «socio» por parte del legislador han sido múltiples. Así, para TIEDERMANN, K.: *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario, español, alemán), Barcelona 1993, págs. 34-35, se está haciendo referencia al carácter supraindividual de los bienes jurídicos objeto de tutela a través de las figuras penales recogidas en ese Título. Y en términos similares se pronuncian VILADAS JENÉ, C: *Propuesta de Anteproyecto de Código penal y delincuencia económica*, en Documentación Jurídica, vol. 2, enero-diciembre 1983, pág. 729, y MOLINA BLÁZQUEZ, C: *Los delitos socioeconómicos en el Proyecto de Código penal de 1992*, cit., pág. 254, para quienes dicho prefijo sólo quiere hacer referencia a la doble dimensión, social y económica, de los delitos incriminados bajo dicho Título. Finalmente, para HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español*, en Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor QAUS TIEDERMANN, Madrid, 1995, pág. 194, significaba que en el proceso de selección de las conductas disvalorativas en el devenir económico no puede prescindirse de las condiciones concretas de la estructura social y de la forma concreta en que se dan las relaciones económicas en dicha estructura. En contra, opiniones como las de BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos*, Madrid, 1983, pág. 142, para el que las dificultades de limitación conceptual que tiene dicha expresión no añade sino ambigüedad a la de «orden económico, o MUÑOZ CONDE, F.: *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, en Cuadernos de Política criminal, 1982, pág. 112, para quien tal denominación constituye un «dudoso acierto». La cuestión se planteó ya durante la tramitación del Proyecto de 1980, pues en un principio la rúbrica del Título en cuestión rezaba sólo delitos contra el orden económico. La Ponencia Especial redactora del Anteproyecto reconoció que dicha rúbrica no cubría todo el contenido del Título, por lo que, de acuerdo con lo sugerido en el debate en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación, sustituyó ese epígrafe de delitos contra el orden económico por el de delitos contra el orden socioeconómico. En efecto, la dimensión social de estos delitos sugería que quizás la rúbrica «delitos económicos» se quedase corta en su función aglutinadora de tipos penales. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el artículo 1 de la Constitución dice que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, y que ese carácter se manifiesta en sectores específicos como el económico.

<sup>191</sup> D. MASCIANDARO, *Banche e riciclaggio. Analisi economice e regolamentazione*, Milano,1994, p. 37.

<sup>192</sup> I. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 199 ss.



La intervención de esas entidades en el mercado resulta profundamente perniciosa. Al provenir el dinero de actividades ilícitas, la buena marcha de las empresas no depende de una gestión acertada y de las reglas de mercado, existe una despreocupación en cuanto a la mejora de su eficiencia o productividad y, en último término, se ve afectado el principio de libre competencia. La dedicación de buena parte de estas sociedades a actividades de préstamo usurario del que habitualmente son receptoras otras empresas, casi siempre en situaciones económicas críticas, reforzará su posición en el mercado. La empresa infectada puede llegar a controlar el mercado y, en ocasiones, tener una posición de monopolio, convirtiéndose en un interlocutor poderoso y necesario, al punto de favorecer las alianzas con otras sociedades legales, que deseen instalarse en el territorio controlado por la organización<sup>193</sup>. Lo cierto es que no es ésta la única vía para el blanqueo de capitales de origen ilícito.

Otro aspecto importante es la afectación del propio mercado financiero. Ya que no es extraño que las organizaciones criminales utilicen entidades crediticias para blanquear capitales<sup>194</sup>, o introduzcan capitales ilícitos en el mercado a través de adquisición de valores mobiliarios. En tales circunstancias la propia estabilidad y solidez del sistema financiero podría identificarse como bien jurídico protegido. BLANCO CORDERO considera en parte esta posición, aunque la protección del mercado financiero tendría un carácter subsidiario, porque, en definitiva serían alteraciones que sufre la libre competencia las que debilitarían la estabilidad y solidez del sistema financiero<sup>195</sup>.

Entre las alteraciones que el blanqueo de capitales comporta para todo el sistema económico-financiero, DÍEZ RIPOLLÉS destaca la masiva incidencia sobre determinados sectores económicos especialmente favorables a la canalización de recursos, junto a la progresiva e interesada connivencia de agentes económicos profesionales e incluso administrativos<sup>196</sup>, de este modo, se ven también contaminados y con ellos el normal funcionamiento del mercado de capitales.

## II.2. La relación del delito de blanqueo de capitales con otros ilícitos

### II.2.1. Delitos contra el patrimonio versus delitos contra el orden socio-económico

Para HERRERO<sup>197</sup>, no existe una clara diferencia entre delito patrimonial y delito socioeconómico, por lo cual es necesario marcar esa diferencia. La misma exposición de Motivos del Código Penal parece inclinarse por esa falta de identidad al

---

<sup>193</sup> BALLONI, *Criminología e criminalità organizzata : analisi, ipotesi esplicative*, en *La criminalità organizzata. Moderne metodologie di ricerca e nuove ipotesi esplicative*, a cura di Bandini- Lagazzi-Marugo, Milano, 1993, p. 41. También A. GRILLI, *Società e cultura de la prevenzione*, in *La criminalità organizzata negli anni 90. Strumenti di lotta e nuove strategie*, a cura di Neuburger- Tinebra, Pdova, 1993, p. 60.

<sup>194</sup> Sujeto activo de este tipo penal puede ser cualquiera, no requiriéndose una especial cualidad personal (sin perjuicio de las agravaciones previstas en el Código Penal, art. 303, respecto a la ejecución de la conducta típica por determinadas personas, pertenecientes a específicos colectivos profesionales, siempre que el delito se haya realizado en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, en cuyo caso se les impondrá una pena añadida).

<sup>195</sup> J. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, cit. p. 197 a 199.

<sup>196</sup> J. DÍEZ RIPOLLÉS, *El blanqueo de capitales*, cit. p. 608.

<sup>197</sup> C. HERRERO, *Los delitos económicos, perspectiva jurídica y criminológica*, Madrid, 1992.

destacar expresamente “...la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico”. La cuestión se planteó ya durante la tramitación del Proyecto de 1980, en un principio, la rúbrica del Título rezaba sólo delitos contra el orden económico. La Ponencia Especial redactora del Anteproyecto reconoció que dicha rúbrica no cubría todo el contenido del Título, por consiguiente de acuerdo con lo sugerido en el debate en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación, sustituyó ese epígrafe de delitos contra el orden económico por el de delitos contra el orden socioeconómico<sup>198</sup>. La dimensión social de estos delitos sugería que quizás la rúbrica “delitos económicos” fuese poco efectiva en su función aglutinadora de tipos penales. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el art. 1 de la Constitución dice que España es un Estado social y democrático de Derecho, y que ese carácter se manifiesta en sectores específicos como el económico, por lo que entiendo que esa dimensión social va ya implícita de por sí en el término económico. Por otra parte, la dimensión social no es patrimonio exclusivo de estos delitos, apreciándose también en otros, como los delitos contra la salud pública, contra la seguridad del tráfico, omisión del deber de socorro, delitos relativos a la ordenación del territorio, a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, e incluso en algunos delitos contra el patrimonio como ocurre en cierto tipo de daños. La dimensión social no ha justificado, sin embargo, un tratamiento similar del legislador materializado en la utilización del prefijo «socio».

No puede considerarse de manera categórica que los delitos contra el patrimonio lesionen intereses individuales y los delitos económicos intereses supraindividuales o generales<sup>199</sup>. BUSTOS RAMÍREZ sostiene que aunque los bienes jurídicos colectivos se mueven en el ámbito macrosocial de funcionamiento del sistema, su articulación es sumamente importante para la protección de los bienes jurídicos microsociales, que constituyen, precisamente, la base del sistema<sup>200</sup>.

### *II.2.2. El tráfico lícito de bienes como bien jurídico protegido en el blanqueo de capitales.*

El art. 301 c.p. protege el interés de la sociedad en la cual los bienes que tienen su origen ilícito son excluidos del circuito de bienes y servicios<sup>201</sup>, en la creencia de que la sociedad necesita aislar tales bienes e impedir que se incorporen al tráfico comercial<sup>202</sup>. El interés del Estado no es otro que excluir del tráfico comercial, así como también de sus circuitos, los bienes espurios, ilícitos. Logrando la punición del blanqueo, el legislador tutela el tráfico mercantil, en particular, la regularidad, diafanidad, claridad y transparencia de las operaciones que se llevan a cabo<sup>203</sup>.

---

<sup>198</sup> I. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, cit.

<sup>199</sup> J. GONZALEZ RUS, *Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código penal del 1992*, en *Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDERMANN*, Madrid, 1995, p. 168.

<sup>200</sup> J. BUSTOS RAMIREZ, *Perspectivas actuales del Derecho penal económico*, en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 215.

<sup>201</sup> A. MORENO CANOVES- F. RUIZ DE MARCO, *Delitos socioeconómicos*, ed. Edijus, 1996, p. 386.

<sup>202</sup> A. MORENO CANOVES- F. RUIZ DE MARCO, *op. loc. ult.cit.*

<sup>203</sup> F. SEQUEIROS SAZATORINI, *El tráfico de drogas ante el Ordenamiento jurídico*, en *La Ley*, Madrid, 2000, p. 542.

Para una parte de la doctrina como DEL CARPIO DELGADO<sup>204</sup>, RUIZ MARCO<sup>205</sup> Y GONZÁLEZ RUS<sup>206</sup>, entre otros, el tráfico lícito de bienes constituye el bien jurídico protegido. Desde este punto de vista, la protección de ese tráfico jurídico resultaría instrumental en orden precisamente a la consolidación de otros fines tales como<sup>207</sup>:

- a) El principio de igualdad de oportunidades para todos los operadores económicos.
- b) Hacer posible la libre competencia en los mercados.
- c) Permitir el libre juego de la oferta y la demanda.
- d) Permitir a la banca moverse de forma que pueda mantenerse la confianza en el público.
- e) Permitir que el mercado de valores se mueva libremente y no estar sometidos a presiones o especulaciones.
- f) Garantizar la libre y legal circulación de capitales, asegurando de esta manera la libertad y estabilidad de los mercados financieros y de las economías nacionales.

La consecuencia inmediata del blanqueo de capitales ilícitos es que los bienes de procedencia delictiva circulan junto con los de la economía legal y contaminan tanto el ámbito económico como el financiero. Queda a salvaguarda la excepción prevista en el art. 374 CP a favor del adquirente de buena fe, los capitales contaminados así como los contaminantes deben ser decomisados.

En conclusión, el “orden socioeconómico” resulta un concepto excesivamente vago, complejo y ambiguo, incapaz de colmar la propia noción de bien jurídico entendido desde posiciones liberales<sup>208</sup>.

A fin de aclarar lo expuesto, decimos que un bien o valor es digno de protección cuando tiene una trascendencia tal para el orden social que lo hace merecedor de la protección penal. Un vez establecida la premisa antes expuesta se debe pasar a la segunda, es decir evaluar si es susceptible de protección<sup>209</sup>. Por último decimos que está

---

<sup>204</sup> J. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Valencia, 1997, p. 81 a 87.

<sup>205</sup> MORENO CANOVES – RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza, 1996, p. 386.

<sup>206</sup> J. GONZALEZ RUS, *Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit. p. 174.

<sup>207</sup> J. GONZALEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1983, p. 16 a 17.

<sup>208</sup> A la misma conclusión llegan autores como BAJO FERNÁNDEZ, M.: Los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Código Penal, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1980, núm. 3 monográfico, pág. 20. Para el citado autor—«Marco constitucional del Derecho penal económico», cit., pág. 254—, la voluntad del legislador la primera vez que acogió tal concepto en el Proyecto de Código penal de 1980 no fue que el mismo sirviese como bien jurídico en el sentido técnico de la expresión, como elemento típico abarcable por el dolo del sujeto y que debe ser lesionado o puesto en peligro para entender consumado el delito. Y en esta misma línea negadora del orden socioeconómico como bien jurídico, que puede considerarse dominante, entre otros muchos, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C: Tratamiento jurídico-penal del blanqueo de capitales, cit., pág. 269; BARBERO SANTOS, M.: Introducción general a los delitos socio-económicos. Los delitos societarios, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell' economia*, núm. 3, luglio- settembre 1997, pág. 625; DEL CARPIÓ DELGADO, J.: El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal, cit., págs. 78-81; GONZÁLEZ RUS, J. J.: Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código penal de 1992, cit., pág. 169; HERRERO HERRERO, C: LoS delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica, cit., pág. 130; HORMAZABAL MALARÉE, H.: LoS delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español, cit., pág. 196; MARTÍNEZ PÉREZ, C: Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1984, pág. 55.

<sup>209</sup> F. MOLINA FERNANDEZ, *op.cit.* p.92.

necesitado de protección cuando no existe otra rama del ordenamiento jurídico capaz de hacerlo o porque existiendo una protección de naturaleza extrapenal no es suficiente<sup>210</sup>. En virtud de su trascendencia para la economía y la insuficiencia de la protección administrativa, todas y cada una de estas condiciones son satisfechas por el tráfico lícito de bienes.

### *II.2.3. La Administración de Justicia como Bien Jurídico Protegido en las conductas de Blanqueo de Capitales*

Debido al carácter de bloqueador u elemento obstaculizador del delito de blanqueo, para otros autores<sup>211</sup> el bien jurídico protegido sería la propia Administración de Justicia. Es la posición sostenida por los legisladores en Alemania y Suiza, al redactar dichos Códigos Penales, que consideran este delito entre los delitos contra la Administración Pública. Según SUAREZ GONZALEZ<sup>212</sup> no se explica de qué manera daña más a la Justicia la ocultación del delito antecedente del blanqueo que la de otro delito que pueda estar castigado por el encubrimiento.

El blanqueo de capitales está íntimamente relacionado con los delitos de *receptación y de encubrimiento, afectando mediatamente a la propia Administración de Justicia*, no como organización o Poder del Estado, sino en virtud del ejercicio de la función que tiene constitucionalmente encomendada<sup>213</sup>.

La explicación se podría exponer de este modo. El fin último del delito de blanqueo de capitales no es otro sino el aprovechamiento de los beneficios económicos derivados de la comisión de un delito, alejándolos del alcance de las autoridades ante una eventual obligación de responder civilmente de las resultas del crimen. Pero, al mismo tiempo, esa actividad delictiva implica el ocultamiento de determinados rastros o huellas del delito, tornando muy difícil su descubrimiento y persecución. Esa ambivalencia del blanqueo de capitales les llevaría a algunos autores a identificar como bien jurídico protegido la Administración de Justicia, o bien por lo menos a considerar el blanqueo como un delito pluriofensivo, no olvidemos que además de atentar contra el tráfico lícito de bienes afectaría a aquella<sup>214</sup>. En el primer lineamiento doctrinario se sitúan autores tales como BERNASCONI<sup>215</sup>, DALIA<sup>216</sup>. Mientras otros, CADENAS CORTINA<sup>217</sup>, o SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO<sup>218</sup>, los cuales destacan, su “pluriofensividad”.

En mi opinión, considero que el blanqueo de capitales es un delito pluriofensivo. Es un delito que no tan solo provoca daños al patrimonio, daña seriamente la transparencia de los mercados, el libre juego de la oferta y la demanda, obstruye el desarrollo normal de la Administración de Justicia, ya que tanto la ocultación y el encubrimiento son conductas que atacan seriamente al funcionamiento de la misma. Incentiva el desarrollo

---

<sup>210</sup> J. PALMA HERRERA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>211</sup> I. BLANCO CORDERO, *EL delito de blanqueo de capitales*, cit. p. 191 ss.

<sup>212</sup> C. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

<sup>213</sup> J. PALMA HERRERA, *Los delitos del blanqueo de capitales*, cit. 287 ss.

<sup>214</sup> A. DALIA, *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, Varese, 1979, p. 68.

<sup>215</sup> P. BERNASCONI, *op. cit.* p. 98 ss.

<sup>216</sup> A. DALIA, *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, Varese, 1979, p. 68.

<sup>217</sup> CADENAS CORTINA, *Delitos contra la administración de justicia*, Madrid, 1997.

<sup>218</sup> SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid, 2009.

de conductas corruptas en la sociedad, ya que para blanquear capitales no sólo interviene una persona sino varias, lo cual si es llevado al plano gubernamental podemos apreciar mejor los daños que puede ocasionar la proliferación de este delito en la sociedad y su economía.

## SEGUNDA PARTE

### *CAPITULO III – DIMENSION SUSTANTIVA DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES*

#### **III. REGULACIÓN LEGAL**

##### **III. 1. La regulación legal en España**

El Código Penal Español ubica al blanqueo de capitales en el Título XIII del Libro II, bajo la rúbrica “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*” (artículos 301 y siguientes del Capítulo XIV –“*De la receptación y el blanqueo de capitales*”-). Es el primer texto español que regula el delito de blanqueo de capitales desvinculándolo de los delitos de tráfico de drogas, bien que ligándolos al hecho de que los bienes objeto del blanqueo tengan su origen en un delito grave<sup>219</sup>.

La normativa española más relevante vigente es la siguiente:

— Real Decreto 1080/1991 de 5 de julio.

— Real Decreto 1816/1991 de 20 de diciembre.

— Orden de 27 de diciembre de 1991.

— Ley 19/1991 de 6 de junio.

---- Ley 19/1993 de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Esta ley con sus modificaciones es tratada en párrafos posteriores, como asimismo el reglamento correspondiente<sup>220</sup>.

— Real Decreto 925/1995 de 9 de junio, este decreto, aprueba el reglamento de la ley 19/1993 de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención sobre el blanqueo de capitales<sup>221</sup>.

— Resolución de 9 de julio de 1996.

---- Instrucción del 10 de diciembre del año 1999 de la Dirección General del Registro y del Notariado, sobre las obligaciones de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en materia de prevención del blanqueo de capitales<sup>222</sup>.

---- Resolución de 30 de noviembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa al cumplimiento de la Instrucción de 10 de diciembre

---

<sup>219</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit. p. 268.

<sup>220</sup> BOE del 29 de diciembre de 1993.

<sup>221</sup> BOE 6 de julio de 1995.

<sup>222</sup> BOE del 29 de diciembre de 1999, *Instrucción del 10 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros del Notariado*.

de 1999. La misma se refiere a las obligaciones de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en materia de prevención del blanqueo de capitales <sup>223</sup>.

---- Orden EHA/ 114/ 2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales. Estableciendo la identificación de personas físicas y jurídicas, conservación de la documentación por seis años, y aplicación de medidas contra el blanqueo de capitales entre otras medidas<sup>224</sup>.

*III.1.1. Especial consideración de la Ley española 19/1993 de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (texto actualizado por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre; Ley 12/ 2003, de 21 de mayo y Ley 19/2003, de 4 de julio,) y su reglamento.*

#### 1- Objeto de la Ley:

La presente Ley transpone la Directiva 91/308 CEE del Consejo de Comunidades Europeas (10 de junio de 1991)<sup>225</sup>. La misma está dirigida a las personas y entidades que integran el sistema financiero, como también a otras actividades profesionales y empresariales susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales<sup>226</sup>. La ley exige a las entidades españolas que establezcan en sus sucursales y filiales en el exterior medidas y procedimientos de prevención contra el blanqueo de capitales. También prevé la cooperación de las autoridades españolas con los Estados limítrofes<sup>227</sup>. Y entre sus Disposiciones Adicionales destaca la Tercera donde se sienta el principio de afectación a la lucha contra el tráfico de drogas de los bienes incautados a los narcotraficantes.

Esta ley se encarga de regular las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir el uso del sistema financiero, así como otros sectores de la actividad económica en el lavado de dinero<sup>228</sup>.

Aclara la norma que puede provenir de la participación en cualquier tipo de delito castigado con pena de prisión superior a tres años.

La definición del blanqueo de capitales es según la presente ley:

*...adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de alguna de las actividades delictivas, enumeradas en el apartado anterior o de participación en las mismas para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de*

---

<sup>223</sup> En su actual texto modificado debemos mencionar el artículo 27.3 del Reglamento: “Como funcionarios especialmente obligados a este deber de colaboración se considerará a los registradores de la propiedad mercantil, quienes deberán informar por escrito al Servicio Ejecutivo de los actos y contratos de que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 1 anterior”.

<sup>224</sup> Es necesario mencionar la siguiente normativa: Orden ECO/ 2652/2002 de 24 de octubre, Ley 12/ 2003 de 21 de mayo, Ley Orgánica 4/2003 de 21 de mayo, Ley 19/ 2003 de 4 de julio. Orden EHA/ 2963/2005 de 20 de septiembre, Orden EHA/1439/2006 de 3 de mayo, Orden EHA/ 2619/2006 de 28 de julio, Circular 3/ 2006 de 28 de julio. Ley 10/2010 de 28 de abril.

<sup>225</sup> Parte primera de la Exposición de motivos de la Ley 19/ 1993.

<sup>226</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre (RCL, 1993, 3542)

<sup>227</sup> E. RODRIGUEZ ROMAN, *Normas preventivas, la Ley 19 /1993, de 28 de diciembre: sujetos obligados, obligaciones y actuaciones del servicio ejecutivo, en Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 28 – 2000, p. 54 ss.

<sup>228</sup> P. FARALDO CABANA, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995*, en *Estudios penales y criminológicos*, Vo. XXI p. 165 ss.

*sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aún cuando las actividades que los generan se desarrollen en el territorio de otro estado.”(art. primero apartado 2).*

El carácter de la ley es según algunos autores jurídico y administrativo, su propósito es imponer a las entidades financieras y demás sujetos obligados un conjunto de medidas y obligaciones que permitan luchar contra el blanqueo de capitales. Tiene carácter preventivo, pero también incluye sanciones<sup>229</sup>.

## 2- Sujetos obligados:

La Ley determina que son sujetos obligados por esta:(art. 2):

1) las entidades de crédito; 2) las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida; 3) las sociedades y agencias de valores; 4) las instituciones de inversión colectiva; 5) las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de fondos de pensiones; 6) las sociedades emisoras de tarjetas de crédito; 7) las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda sea o no la actividad principal.

Entre la enumeración precedente deben incluirse las personas o entidades extranjeras que a través de sucursales o mediante prestación de servicios aun sin una sucursal permanente, desarrollan en España actividades iguales a las descritas anteriormente<sup>230</sup>.

Las entidades obligadas (básicamente entidades del sector financiero y de inversión, pero también, por ejemplo, las entidades aseguradoras del ramo de vida, casinos, inmobiliarias, notarios, abogados, procuradores y comerciantes de bienes especialmente valiosos) están sometidas a obligaciones básicas (identificación de clientes, examen especial de determinadas operaciones, conservación de documentación, comunicación de operaciones al Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC), abstenerse de ejecutar las operaciones que consideren sospechosas, deber de reserva, establecimiento de procedimientos y órganos de control, formación de empleados, declaración de movimientos de medios de pago), y sujetas a un fortísimo régimen sancionador<sup>231</sup>. En definitiva esto constituye la verdadera finalidad de la ley, es decir un mayor control.

La normativa establece que en el caso de notarios, abogados y procuradores, que quedarán sujetos en el caso de que participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativos a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores<sup>232</sup>. La organización de las aportaciones necesarias para creación, funcionamiento o gestión de empresas; o bien la gestión, creación o funcionamiento de fiducias, sociedades o estructuras análogas (art. 2· d)). Aclara la misma ley, que en el caso de que actúen en

---

<sup>229</sup> <sup>229</sup> E. RODRIGUEZ ROMAN, *Normas preventivas, la Ley 19 /1993, de 28 de diciembre: sujetos obligados, obligaciones y actuaciones del servicio ejecutivo*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 28 – 2000, p. 54 ss.

<sup>230</sup> DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, *El blanqueo de capitales en el derecho español*, Madrid, 1999.

<sup>231</sup> P. PASCUAL HUERTA, *Revista Estrategia Financiera*, Nº 219, Sección Artículos, 01 de Julio de 2005 .

<sup>232</sup> L. JORQUERA GARCIA, *Código sobre prevención del blanqueo de capitales*, Madrid, 2006.

nombre y por cuenta de clientes en cualquier transacción financiera o monetaria, la misma será aplicada.

También quedan obligadas aquellas personas físicas o jurídicas, que en virtud del uso habitual de billetes u otros instrumentos al portador como medio de cobro, atendiendo al alto valor unitario de los objetos o servicios ofrecidos, o bien al emplazamiento de los establecimientos u otras circunstancias relevantes, así se determinen por reglamento<sup>233</sup>.

Asimismo, aquellas personas físicas o jurídicas que actuando por cuenta propia o de terceros, realicen movimientos de medios de pago como: 1) salida o entrada en el territorio nacional de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portados en moneda nacional o extranjera, incluidos los electrónicos, utilizados como medios de pago. Cuyo importe sea superior a 6000 euros por persona y viaje.

Las excepciones que determina la ley se refieren a aquellas personas señaladas en el apartado cuarto del art. dos. Personas jurídicas<sup>234</sup> que realicen profesionalmente actividades de transporte de fondos o medios de pago, así como los sujetos obligados y actividades señaladas en el apartado segundo.

La aplicación de la Ley requiere, en todo caso, la colaboración y la buena voluntad de los sujetos obligados, esto l justifica el uso de términos que permitan su adaptación a todos los sectores susceptibles de ser utilizados como vía de blanqueo<sup>235</sup>. Esta ley necesita parra su correcta aplicación y eficacia la colaboración de las entidades afectadas para establecer procedimientos internos adecuados para la prevención del blanqueo, aplicación y difusión de las exigencias derivadas de la Ley<sup>236</sup>.

### 3- Actividades sometidas a supervisión:

Es necesario distinguir dos tipos de operaciones<sup>237</sup> en función del curso que siga la operación desde que es llevada a cabo por el cliente y hasta que se produce la comunicación y las operaciones que deben ser comunicadas al Servicio Ejecutivo, las que recoge el art. 7.2. del Real Decreto 925 /1995 <sup>238</sup>.

Todas aquellas actividades desarrolladas por persona físicas o jurídicas, ya sea profesionales o empresariales susceptibles de ser utilizadas en el blanqueo de capitales quedan obligadas por esta ley.

La ley enumera como tales a<sup>239</sup>:

1) los casinos de juegos; 2) las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles; 3) las personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores contables externos o asesores fiscales. 4) movimientos, por territorio nacional de medios de pago consistentes en moneda metálica, billetes de banco, cheques bancarios al portador, en moneda nacional o extranjera, u otro medio físico incluido los electrónicos, utilizado como medio de pago por un importe superior a 80.500 euros.

---

<sup>233</sup> I. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, 2002.

<sup>234</sup> M. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, p. 103 ss.

<sup>235</sup> C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, . cit., pág. 206

<sup>236</sup> C. ARANGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p.. 226-227.

<sup>237</sup> El primer tipo de operación estaría constituida por operaciones en las que el examen y levantamiento de sospechas previas es condición *sine qua non* para poder ser comunicadas. El segundo tipo de operaciones son aquellas que necesariamente deben ser comunicadas y que por ello ni siquiera es preciso someter a examen por parte de los órganos internos de control de la entidad.

<sup>238</sup> J. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit.

<sup>239</sup> Art. 2 Ley 19/1993.



Los sistemas empleados para blanquear dinero a través de las actividades descritas por la ley se caracterizan por tener un patrón en común existe primeramente una recolección del dinero ilícito es decir provenientes de las actividades ilícitas. Luego este dinero se reinvierte en los casinos a través de apuestas de dinero muy elevadas, compra de inmuebles de gran valor, compras de moneda extranjera, giro a través de cuentas numeradas hacia paraísos fiscales, etc. Es decir las formas de blanquear el dinero ilícito es innumerable ya que dependa más de la imaginación de la persona que lo realiza que de lo estipulado por la ley<sup>240</sup>.

#### 4- Medidas concretas:

Las mismas pueden clasificarse en preventivas y sancionatorias.

Preventivas: El artículo 3, establece que los sujetos obligados, tendrán que obtener de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial, como también corroborar la veracidad de la información.

También en caso de que no actúen por cuenta propia los sujetos obligados deberán obtener información sobre las personas por cuenta de las cuales se actúa.

Tienen la obligación de examinar con atención, aquellas operaciones que independientemente del monto, puedan encontrarse vinculadas al blanqueo de capitales. Asimismo han de conservar por un período de cinco años, que el reglamento modifica, la documentación que acredite la realización de las operaciones y la identidad de los sujetos que la hubieren realizado<sup>241</sup>.

El Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) se denominará Servicio Ejecutivo. A dicho organismo, deberá comunicarse cualquier hecho u operación, en la medida de que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de dinero. Así mismo facilitar la información que el mismo requiera<sup>242</sup>. Actuando de esta manera con un carácter evidentemente preventivo.

La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, depende de la Secretaría de Estado de Economía, cuyo principal fin es coordinar e

---

<sup>240</sup> E. SAVONA, et.al., *International Money Laundering*, cit., p 13

<sup>241</sup> L. JORQUERA GARCIA et.al., *Código de prevención del blanqueo de capitales*, cit.

<sup>242</sup> Los casos en los que será obligatoria la comunicación al Servicio Ejecutivo, serán las operaciones que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica o cualquier documento al portador, por importe superior a 5 millones de pesetas (30.000 euros) o su contravalor en moneda extranjera, además, se abstendrán de ejecutar la operación sin notificar previamente al SEPBLAC, y guardando lo que se llama deber de confidencialidad en relación con la comunicación. También este Reglamento sufrió una dos modificaciones en relación a los países respecto a los cuales se debía notificar al Servicio Ejecutivo con los que se realizase cualquier operación del artículo 7.2.b) del Reglamento, incluyendo varios países más, reconocidos por el G.A.F.I como «paraísos fiscales» o países o territorios no cooperantes, incluidos en el Real Decreto 1080/1991 de 5 de julio. Estos países son: Isla de Man, Isla de Guernesey y de Jersey, Principado de Andorra, Gibraltar, Gran Ducado de Luxemburgo, Principado de Lichtenstein, Principado de Mónaco, República de San Marino, República de Malta, República de Chipre, Anguilla, Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Bermudas, Islas Caimán, Antillas Holandesas, Aruba, República de Dominica, Granada, Jamaica, Montserrat, San Vicente y las granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de EEUU, República de Panamá, Islas Turks y Caicos, Islas Malvinas, República de Liberia, República de Seychelles, Islas Mauricio, República Libanesa, Reino Hachemí Jordano, Emirato de Bahrein, Emiratos Árabes Unidos, Sultanado de Omán, Macao, Hong-Kong, Singapur, Sultanado de Brunei, Islas Marianas, Naurú, Islas Salomón, República de Vanuatu, Islas Fiji e Islas Cook. Esta enumeración se completa con la Orden del Ministro de Economía de 24 de octubre de 2002.

impulsar el cumplimiento de la presente ley. Así lo dispone el artículo 13 de la misma<sup>243</sup>.

b. Sancionatorias:

En cuanto a las sanciones, el art. quinto, clasifica las infracciones administrativas en graves y muy graves.

Las sanciones por infracciones graves serán amonestación privada y amonestación pública. Estableciéndose multa de un mínimo de 6.010,12 euros, pudiendo llegar hasta un máximo de 150.253,03 euros.(artículo 8) constituirán infracciones graves el incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 del artículo 3, incluida la no adopción de medidas correctoras propuestas por el Servicio Ejecutivo. Constituirán infracciones graves el no exigir, mediante la presentación de documento acreditativo, la identificación de sus clientes, la no información sobre operaciones sospechosas, el revelar a los clientes la investigación que se está realizando, no colaborar con el SEPBLAC, no conservar la documentación por un mínimo de cinco años, entre otras.

En caso de sanciones por infracciones muy graves el artículo 9, establece amonestación pública, y multa de un mínimo de 90.151,82 euros y un máximo de 1.502.530,26 euros.

En cuanto a la prescripción el art. once establece, tres años para las infracciones graves y cinco para las muy graves<sup>244</sup>. Constituirán infracciones muy graves las siguientes: el incumplimiento de la obligación de confidencialidad prevista en el apartado 6 del artículo 3, incumplimiento del deber de comunicar los supuestos previamente establecidos por la ley, la negativa a otorgar información específica y solicitada.

En cuanto a las obligaciones y sanciones de la ley, se entenderán, sin perjuicio de las previstas en la ley de Enjuiciamiento Criminal y de las acciones y omisiones tipificadas y penas previstas en el Código Penal<sup>245</sup>.

Las deficiencias e imprecisiones de la normativa se debe fundamentalmente a que la falta de precisión es consecuencia de la Directiva<sup>246</sup> que obligaba a su transposición a los ordenamientos nacionales, esta mostraba deficiencias<sup>247</sup> en parte motivadas por el deseo de que fueran los propios Estados los que extendieran los contenidos en cuanto al ámbito de los sujetos obligados<sup>248</sup> y al contenido de las obligaciones, recayendo la responsabilidad en los propios Estados por la falta de aplicación en el desarrollo correcto de la Directiva, lo cual y en última instancia, redundaba en unos pobres resultados en la lucha contra el blanqueo, que destacados especialistas de la administración y estudiosos de la materia así lo han expresado.

*III.1.2. Reglamento de la Ley 19/1993. Real Decreto 925/1995 (Texto actualizado por Real Decreto 54/2005, de 21 de enero)*<sup>249</sup>.

<sup>243</sup> BOE del 29 de diciembre de 1993, Ley 19/1993, del 28 de diciembre.

<sup>244</sup> Art. 11 Ley 19/1993.

<sup>245</sup> Art. 1.3. Ley 19/1993.

<sup>246</sup> M. PALMA HERRERA, *Comentarios al Código penal*, t. VII, Madrid, 2006

<sup>247</sup> A. CALDERÓN CERESO, *El blanqueo de capitales: aspectos penales y administrativos*, cit.

<sup>248</sup> M. BAJO M. BAJO FERNÁNDEZ y S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, cit., pág. 699.

<sup>249</sup> BOE de 20 de julio de 1995, Real decreto 925 /1995, de 9 de junio, rectificado por Corrección de errores.

Este reglamento desarrolla la Ley 19/1993 sin aportar grandes innovaciones<sup>250</sup>. En esta línea reproduce el concepto de blanqueo de capitales de la Ley, las cuales serán comentadas en cada uno de los apartados siguientes

#### 1- Objeto:

El objeto es el señalado precedentemente en la ley respectiva, es decir las actividades que puedan ser utilizadas con el fin de blanquear capitales.

#### 2- Sujetos obligados y actividades sometidas a supervisión:

El nuevo Reglamento excluye de los sujetos obligados a las sociedades de inversión cuya gestión, administración y representación estén encomendadas a una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva (art. 2.1.d) del Reglamento), ya estas últimas también están obligadas por el art. 2.1.e) del Reglamento garantizándose así un control suficiente, para prevenir el blanqueo de capitales, de la actividad inversora, sin duplicar el trabajo de los gestores de estas sociedades.

El Reglamento incluye tres nuevos tipos de entidades obligadas en el ámbito de aplicación de la legislación sobre prevención del blanqueo de capitales (art. 2.2, letras h) a j)), ya que quedan obligados quienes se dediquen a:

- Las actividades de transporte profesional de fondos o medios de pago.
- Las actividades de giro o transferencia internacional realizadas por los servicios postales.
- La comercialización de loterías u otros juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios.

El artículo 2 queda redactado de manera de incluir las siguientes actividades:

1) las actividades relacionadas con el comercio de joyas, piedras y metales preciosos;

2) las actividades relacionadas con el comercio del arte y antigüedades; 3) las actividades de inversión filatélica y numismática; 4) las actividades de giro o transferencia internacional realizadas por los servicios postales; 5) la comercialización de loterías u otros juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios.

Estas actividades son propicias para el blanqueo de capitales ya que mueven grandes sumas de dinero y muchas veces el desarrollo de estas actividades no despierta sospechas ya que es muy común que se comercialice a través de montos de dinero muy elevados. Ejemplo de ello es el comercio de obras de arte o la filatelia, pequeñas piezas pueden costar millones de euros y esto es algo muy común en el mercado. Lo mismo ocurre en el caso de giros para pagos de exportación de mercaderías o los premios obtenidos a través de los juegos de azar<sup>251</sup>.

En cuanto a los medios de pago hace una salvedad, al referirse a medios de pago electrónicos no comprende las tarjetas nominativas de crédito o débito.

También este reglamento<sup>252</sup>, aclara que pueden realizarse relaciones de negocios o cualquier operación a través de medios telefónicos, electrónicos o telemáticos aunque los clientes no se encuentren presentes siempre que estén debidamente identificados.

#### 3- Medidas concretas. Preventivas

<sup>250</sup> BOE del 6 de julio de 1995, *Real Decreto 925/1995*, del 9 de junio de 1995.

<sup>251</sup> M. COBO DEL ROSAL - C. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales.*, Madrid, 2005, p. 38 ss.

<sup>252</sup> A. CALDERÓN CERREZO, *El blanqueo de capitales: aspectos penales y administrativos. cit.*, pág. 8.

El art. tercero del reglamento, refiriéndose a la identificación de los clientes, aclara que tipo de datos son considerados medios de identificación del ordenante. Ellos son el nombre y los apellidos de la persona física o la denominación de la persona jurídica; el número de documento nacional de identidad, tarjeta de residencia, pasaporte, NIF o NIE; y el número de la cuenta de origen de la transferencia. El Reglamento considera que las entidades obligadas deben usar aplicaciones informáticas para analizar las operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con el blanqueo de capitales. Se menciona en el Reglamento que las entidades, al establecer los procedimientos y medidas de control interno utilizarán aplicaciones informáticas apropiadas para realizar el análisis" (art. 5.2 Reglamento).

Dentro de las operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con el blanqueo de capitales, el Reglamento incluye tres nuevos ejemplos:

- - Los movimientos con origen o destino en cuentas ubicadas en territorios o países considerados como paraísos fiscales.
- - Las transferencias que reciban o en las que intervengan que no contengan la identidad del ordenante o el número de la cuenta origen de la transferencia.
- - Los tipos de operaciones complejas, inusuales o que no tengan un propósito económico o lícito aparente que establezca la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias.

En el art. cuarto se refiere, en su apartado segundo, a aquellos casos en los cuales queda exceptuada la obligación de identificación<sup>253</sup>:

1) cuando se trate de operaciones con clientes no habituales cuyo importe no supere los 3.000 euros o su contravalor en divisas, salvo el caso de transferencias en que la identificación del ordenante será necesaria:

a) cuando el cliente fraccione la operación en varias para eludir la identificación se sumarán todas y se procederá a exigir identificación.

b) existe la obligación de identificación en el caso de que se presuma que una operación podría estar relacionada con lavado de dinero.

2) están exceptuadas de identificación aquellas operaciones que consisten en planes de pensiones o contratos de seguro de vida suscritos en virtud de una relación de trabajo o actividad profesional del asegurado. Siempre que dichos contratos no sirvan de garantías para un préstamo o contengan cláusulas de rescate.

3) en el caso de contratos de seguro de vida y complementarios realizados por empresas autorizadas y el importe de la prima o primas periódicas a pagar durante un año no excedan 1.000 euros. Si es prima única el importe debe ser inferior a 2.500 euros.

En el caso de planes de pensiones la aportación o aportaciones no deben superar los 1.000 euros anuales.

4) cuando se haya establecido que el importe de las contraprestaciones de los cuenta abierta a nombre del cliente en una entidad de crédito sujeta a la obligación enunciada en el art. tercero.

De acuerdo con el Reglamento, los sujetos obligados deben adoptar medidas razonables al efecto de determinar la estructura de control de sus clientes, personas jurídicas (art. 3.4, p. 2º del Reglamento). Lo cierto es que este párrafo introduce una considerable dosis de incertidumbre para las entidades obligadas, como consecuencia del empleo de la expresión "medidas razonables", no aclara que son medidas razonables, que debe hacerse. Parece que se debe emplear programas informáticos y

---

<sup>253</sup> M. COBO DEL ROSAL – C. ZABALA LOPEZ – GOMEZ, *Blanqueo de capitales*, cit.

seguros de vida complementarios y planes de pensiones deban ser adeudados en una sistemas de tratamiento de la información, que incluyan, en su caso, conexiones a bases de datos públicas o privadas si no se quiere ralentizar en exceso la operativa habitual de las entidades.

Por otro lado es necesario mencionar que el I Reglamento recoge un aspecto que ya constituía la base del funcionamiento de los sistemas de detección más avanzados y es el reconocimiento de que existen diferentes niveles de riesgo en los clientes, así como determinadas áreas de negocio más sensibles para el blanqueo de capitales, como la banca privada, banca de corresponsales, banca a distancia, cambio de moneda o transferencia de fondos con el exterior (art. 2.5, p. 3º del Reglamento).

Un punto importantes es que el Reglamento da luz verde a un punto que la Ley había dejado pendiente de desarrollo a saber la identificación de clientes cuando la operación se realice a través de medios telefónicos, electrónicos o telemáticos con clientes que no se encuentren físicamente presentes

El art. sexto establece los plazos de conservación de la documentación y registros que será de seis años. La ley establecía un mínimo de cinco años.

El art. veinticinco señala que al Servicio del Ejecutivo, quedarán adcriptas :

a- la Brigada de Investigaciones de Delitos Monetarios, perteneciente a la Dirección General de la Policía,

b- la Unidad de Investigaciones de la Guardia Civil.

Es el Servicio Ejecutivo al que le corresponde el contacto directo y permanente con las entidades financieras y demás entidades sujetas a la Ley 19/ 1993, la recepción, canalización y análisis de los informes correspondientes el auxilio material a los órganos administrativos o judiciales competentes y la elevación a dichos órganos de las actuaciones de las que se derivasen indicios racionales de delito o infracción administrativa.<sup>254</sup>

El nuevo Reglamento<sup>255</sup> reconoce una práctica muy utilizada, la declaración de operaciones por vía electrónica en el formato y soporte determinado por el SEPBLAC, ya sea en el caso del reporte sistemático de movimientos de medios de pago (art. 7.2, p. 5º del Reglamento), como en las operaciones sospechosas (art. 7.4., p. 2º del Reglamento). La obligación de incluir en la política expresa de admisión de clientes que las entidades ya realizaban en el caso de clientes que representaban un potencial riesgo.

Además, se desarrolla lo relativo a la obligación, que aparece en el art. 3.7 de la Ley, de someter los procedimientos y órganos internos a un examen anual por un experto externo. Según establece el Reglamento, el informe realizado por escrito será de carácter reservado.

Sin perjuicio de ello el art. veintiocho establece:

*“...cuando el Servicio Ejecutivo ejerza sus funciones en relación con entidades financieras sometidas a legislación especial, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones u otro órgano de supervisión así como el órgano autonómico correspondiente, según los casos facilitarán toda la información y colaboración precisas para llevarlas a cabo.”*

Por último, el Reglamento obliga a las entidades a incluir en las transferencias internacionales los datos de identificación del ordenante, y en el caso de transferencias

---

<sup>254</sup> E. RODRIGUEZ ROMAN, *La prevención del blanqueo de capitales en España*, en *Partida Doble*, núm. 69, julio – agosto 1996, p. 47.

<sup>255</sup> M. T. PALACIOS CRIADO, *Blanqueo de capitales. Agentes intervinientes el deber de colaboración. Especial mención de los Notarios*, en *Judicatura y Notariado ante los delitos económicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 43-59: 50.

dentro del territorio nacional, a mantener dichos datos a disposición de la entidad de destino.

Las entidades<sup>256</sup> necesitan establecer un sistema centralizado de control, basado en el uso de la información a través de depuradas aplicaciones informáticas<sup>257</sup> que permitan hacer frente a las actitudes sofisticadas de los actuales blanqueadores de capitales. Sin este sistema centralizado, las entidades no podrán cumplir con las obligaciones en este campo.

Como podemos observar la idea del Reglamento ha sido no dejar nada al azar en cuanto al control y detección de aquellas operaciones que pudieran considerarse como lavado de dinero. Asimismo tratar de salvar los vacíos que la ley pudiera dejar. Debemos hacer mención a la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre en vigor a partir del 17 de enero de 2013 introduce modificaciones en el Código Penal en relación a la transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social<sup>258</sup>.

### **III.2. La normativa legal en Italia. La evolución de la normativa desde el D.L. 625 /1979**

En Italia el resultado de la introducción de este delito es considerado por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia decepcionante. Esto es en virtud del número limitado de los delitos presupuestos del lavado de dinero (delitos de robo agravado, de extorsión agravada o de secuestro de persona con la finalidad de extorsión)<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> E. P. ORTIZ DE URBINA, *Técnicas de blanqueo de capitales* cit., p.219

<sup>257</sup> J. A. CHOCLÁN MONTALVO, *Protección penal del sistema financiero*, cit.

<sup>258</sup> La Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre en vigor a partir del 17 de enero de 2013 introduce modificaciones en el Código Penal en relación a la transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Podemos resaltar que el aspecto de mayor importancia es la creación en ambas situaciones de un tipo agravado para las conductas más graves o de mayor complejidad en su descubrimiento. Existe una configuración legal de la regularización tributaria como el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta por medio de una declaración completa y veraz y el desvalor del resultado a través del pago completo de la deuda tributaria. Es decir la regularización de la situación tributaria permite que desaparezca la situación irregular. Pero es necesario señalar que la presentación de las declaraciones o autoliquidaciones no deja de lado la existencia de la defraudación en el caso de que la Administración tributaria considere que se ha producido por otra situación. Es decir estamos frente a una situación que admite ser regularizada suprimiéndose en el texto legal la excusa absoluta. Se tiene en cuenta la existencia de los ingresos a cuenta que no están relacionados con la figura de las retribuciones en especie añadiéndose al tipo de modo genérico. Otro punto interesante es la determinación de la cuantía de la deuda Tributaria defraudada. Si la defraudación se realiza dentro del ámbito de una organización criminal o personas entidades en apariencia de carácter económico se perseguirá siempre que supere el monto de 120.000 euros. En relación con los delitos contra la Hacienda de la UE de naturaleza tributaria la cuantía defraudada en el ámbito de los ingresos será determinada por ámbito natural y en el caso de que no alcance los 50.000 euros pero exceda 4.000 euros serán castigados como delitos, desaparece así la tipificación de falta. Previéndose una reducción de la pena al obligado tributario o autor del delito que reconozca judicialmente los hechos y satisfaga la deuda tributaria totalmente asimismo a quien colabore en la obtención de pruebas decisivas. También se tipifican las conductas de mayor gravedad o de mayor complejidad en su descubrimiento incorporación que se realiza al artículo 305 bis. Siendo los supuestos de agravación: 1- cuando la cuantía de la cuota defraudada supere los 600.000 euros, 2- cuando la defraudación se produce dentro de una organización criminal, 3- situaciones en que en virtud de las personas negocios, territorios etc. Dificulten la determinación de la identidad o patrimonio, responsable y cuantía defraudada. Un aspecto importante necesario de resaltar es que se refunde en único precepto los delitos contra la Hacienda de la UE relativos a la defraudación a los presupuestos generales de la UE y a la malversación de fondos comunitarios.

<sup>259</sup> A. MIFSUD, et.al., *Antiriciclaggio*, Milano, p. 23.

Esto evidencia sustancialmente algunos de los límites propios de la legislación considerada de urgencia que ha caracterizado parte de la producción legislativa a fines de los años setenta y principio de los ochenta<sup>260</sup>. Podemos decir que en los denominados años de plomo, la normativa que surgía era destinada a resolver problemas contingentes y urgentes.<sup>261</sup>

En el ámbito del Comité para la Reglamentaciones Bancarias reunido en Basilea el 12 de diciembre de 1988, se siguió los pasos del Comité de los Ministros del Consejo de Europa de junio 1980. En el mismo se señaló el desarrollo del rol importante del sistema bancario, a fin de prevenir los delitos de lavado de dinero<sup>262</sup>. Así, surgió una declaración de principios cuya finalidad era prevenir el abuso del sistema bancario para cometer delitos de lavado de dinero, mencionada en párrafos precedentes. Esta es la evolución del panorama internacional que ha inducido al legislador italiano a modificar la legislación vigente. Modificación que se produce con la Ley de 19 de marzo de 1990 n. 55<sup>263</sup>.

Las líneas directrices que siguió la modificación legislativa son dadas por el trabajo normativo internacional señalados anteriormente, de las cuales se han de señalar las siguientes<sup>264</sup>:

1- No se tendrá más en cuenta los hechos o actos directos a sustituir dinero, asumiendo específica importancia la conducta de sustitución.

2- La palabra dinero o valor es sustituida por una definición más amplia, dinero, bienes u otras utilidades.

3- Aumenta el número de los delitos considerados presupuesto del delito de blanqueo de capitales con la introducción de los tipos penales de la producción o tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

4- Es incluida una conducta idónea a integrar el tipo penal y precisamente el obstáculo a la identificación de la procedencia los bienes del dinero o de otra utilidad.

5- Es eliminado la finalidad de la utilidad, modificando así el elemento psicológico del delito, caracterizado por el dolo genérico frente del originario del dolo específico.

6- Es incluido el agravante de haber cometido el hecho en el ejercicio de una actividad profesional.

El delito de blanqueo de capitales o *riciclaggio* aparece tipificado en el art. 648 bis del Código Penal italiano<sup>265</sup> (CP). Resultó incorporado al ordenamiento italiano en el año 1978 en virtud del art. 3 del D.L. de 21 de marzo 1978, n. 59, reformado luego por la Ley de 18 de mayo de 1978, n. 191. La norma originaria sufrió otras modificaciones, como la operada por la Ley de 19 de marzo de 1990<sup>266</sup>, n. 55 (art. 23) o por la Ley de 9 de agosto de 1993, n. 328 (art. 4), donde se recoge la actual formulación. ( Libro II “*De los delitos en Particular*”, Título XIII “*De los delitos*

---

<sup>260</sup> A. COSSEDDU, *Riciclaggio: fenomeno economico – criminale e complessità di un percorso normativo*, Sassari, 17 de aprile 2009.

<sup>261</sup> P. CENCI, *La nuova normativa antiriciclaggio*, Milano, 2010.

<sup>262</sup> G. CASTALDI, *La disciplina italiana sulla segnalazione delle ipotesi di riciclaggio*, Rimini, 29 de gennaio 2010.

<sup>263</sup> M. CARBONE – M. TOLLA, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, Cacucci, 2010.

<sup>264</sup> RAZZANTE RANIERI, *Il riciclaggio nella giurisprudenza*, Milano, 2011

<sup>265</sup> S.CAPOLUPO, *Antiriciclaggio. Gli obblighi dei professionisti*, Ipsoa, 2008.

<sup>266</sup> L.STAROLA, *IL Riciclaggio nel DLGS. 231/2007*, nel *Il nuovo Diritto delle Società*, n. 1/ 2011.

*contra el Patrimonio”, Capítulo II “ De los delitos contra el patrimonio mediante fraude”<sup>267</sup>.*

El delito de blanqueo de capitales queda así definido en los siguientes términos:

*“...Fuera de los casos de concurso del delito, cualquiera que sustituya o transfiera dinero, bienes u otra utilidad proveniente de un delito no culposo, o bien realice en relación con ellos otras operaciones, de modo de obstaculizar la identificación de su origen delictuoso es punible con la reclusión de cuatro a doce años y con una multa de 1.032 a 15.493 euros. La pena es aumentada cuando el hecho es cometido en el ejercicio de una actividad profesional. La pena será disminuida si el dinero, los bienes o las utilidades provienen de delitos por los cuales es establecida la pena de reclusión inferior en el máximo a cinco años. Se aplica el último inciso del art. 648.”*

Con la adopción de la Ley 197/1991 del 5 de julio, el ordenamiento italiano incorpora las indicaciones del GAFI<sup>268</sup> y de la normativa internacional contenida en las directivas comunitarias dirigidas a luchar contra el blanqueo de capitales<sup>269</sup>.

Esta normativa interesa en los siguientes aspectos:

— Limitación en el uso de dinero en efectivo y la circulación en forma anónima de otros instrumentos de pago.

— Previsión de sanciones específicas ya sea de naturaleza penal, o pecuniaria, en la hipótesis de uso indebido de las tarjetas de crédito o de pago y de documentos que permiten retirar dinero en efectivo.

— La regulación de aquellas actividades financieras no reguladas hasta el momento<sup>270</sup>, como por ejemplo, las intermediaciones en las operaciones de cambio o en el caso de las prestaciones de servicios de pago.

— La obligación para todos los intermediarios de proceder a la identificación de la clientela que realiza operaciones por un importe superior a 12.500 €, e incluir los datos en el denominado Archivo Único Informático, el cual contiene la información relativa a aquellas operaciones y titulares de las mismas que superen ciertos límites establecidos.

— La obligación de los intermediarios de informar acerca de cualquier operación sospechosa al Jefe Superior de Policía, quien debe trasladar esa información al Núcleo Especial de Policía de la Guardia de Finanzas, este es un cuerpo especializado para la prevención el delito de blanqueo de capitales y demás ilícitos financieros.

— El establecimiento de un sistema de control para verificar el cumplimiento de la ley.

El principio esencial de la normativa contra el blanqueo de capitales es la obligación de identificación de la clientela, registro y la conservación de los datos en el Archivo Único Informático (AUI), así como la denuncia de las operaciones sospechosas<sup>271</sup>.

---

<sup>267</sup> M. CARBONE – M. TOLLA, *Elementi normativi internazionale e nazionale in materia di riciclaggio*, Cacucci, 2010.

<sup>268</sup> A. MIFSUD, et.al, *Riciclaggio*, Milano, 2002.

<sup>269</sup> RAZZANTE RANIERI, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Linea Professionale, 2011.

<sup>270</sup> BARTOLINI, GALLUCCIO, MANCASSO, PUTZO, *Obblighi antiriciclaggio per i professionisti*, Milano, 2006, p. 27.

<sup>271</sup> Con el fin de regular la forma de realizar los registros en dichos archivos surgen los siguientes decretos: 7 de julio de 1992; 30 de diciembre de 1992; 17 de junio de 1998; 26 de agosto de 1998 y 21 de julio del 2000 todos referidos a la modalidad de adquisición y archivo de los datos (standard técnico) a los cuales el artículo 13 inciso 5 del D.L. 15 de diciembre de 1979, n. 625., se refiere también.



Las mismas disposiciones fueron contempladas con ligeras modificaciones primeramente en la Ley del 19 de marzo de 1990, n. 55, “Nuevas medidas para la prevención de la delincuencia de tipo mafioso y de otras graves formas de manifestaciones de peligro social”; y sucesivamente en el art. 2 de la ley 197/1991, conocida con el nombre de “Directiva *antiriciclaggio*”, donde se limita el uso del dinero en efectivo y de los títulos al portador e intenta impedir el uso del sistema financiero al solo fin del blanqueo lavado de dinero. El art. 3 de esta Ley recepta las indicaciones de la Directiva de la CEE 308/1991<sup>272</sup>.

En cuanto a la Directiva de la CEE 97/ 2001, fue implementada a través del D. lgs. 20 de febrero de 2004 n. 56. Siendo algunos principios de dicha norma contenidos en la Ley 197/1991 y del D. lgs. 374/1999 de 25 de septiembre<sup>273</sup>.

En cuanto al correcto registro de las obligaciones de identificación y de las operaciones el art. 13 del Decreto 143/2006 de 3 de febrero, se refiere ampliamente. Este decreto se refiere en su art. 13 a las profesiones liberales habilitadas para operar en Italia aunque por el tipo de actividad tenga que desarrollarse en el exterior.<sup>274</sup>

Es innumerable la normativa existente en Italia contra el blanqueo de capitales, ya que la normativa no surgió con motivo de la Directivas de la CEE sino con anterioridad.

Italia ha incorporado a su normativa interna el contenido de las Directivas y también ha suscripto numerosos Convenios de carácter internacional. Podemos mencionar entre otros la Convención de Viena del año 1988, la Convención de Estrasburgo del año 1990, la Convención de Palermo del año 2000, la Convención de Mérida del año 2003.

Es necesario mencionar los distintos organismos que luchan contra el lavado de dinero. El *Ufficio Italiano Cambi* (UIC) que fue creado en el año 1945 y reformado sucesivamente, es un ente público instrumento de la Banca de Italia. Cumple numerosas funciones entre ellas la prevención del lavado de dinero proveniente del delito.<sup>275</sup>

Debemos mencionar también al *Nucleo Speciale di Polizia Valutaria*, siendo actualmente el componente más especializado para la prevención del delito de lavado de dinero y de ilícitos bancarios, financieros y de la bolsa. Depende directamente del Comando de Investigaciones Económico- Financiero con sede en Roma y dos unidades operativas (Grupos de Secciones) en Milán y Palermo.<sup>276</sup> Otro instituto que es necesario mencionar es la Dirección de Investigación Antimafia creada en el año 1991, es un organismo formado por distintas dependencias del estado. Se ubica dentro del Departamento de la Seguridad Pública, tiene a su cargo la investigación preventiva y judicial de las asociaciones mafiosas y de las huellas mafiosas definidos en el art. 416 *bis* c.p. Pudiendo secuestrar y confiscar bienes.<sup>277</sup>

#### a. Nuevo sistema normativo nacional sobre el blanqueo de capitales

<sup>272</sup> A. CASTALDO – M. NADDEO, *Il denaro sporco*, Milano, 2010.

<sup>273</sup> RAZZANTE RANIERI, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Linea professionale, 2011.

<sup>274</sup> Al referirse a este tipo de profesiones, se refiere a los sujetos inscriptos en los distintos colegios, órdenes, registros de peritos comerciales, revisores contables, abogados etc. Cuando desarrollen en forma colegiada o individual una actividad profesional.

<sup>275</sup> La UIC está formado por un Consejo por el *Governatore della Banca d' Italia* que es el Presidente, por el Director General del Instituto y por tres componentes nominados por el Governatore. Su estatuto es aprobado por el Consejo Superior de la misma Banca.

<sup>276</sup> El D.P.R. 148/1988, art. 26, establece las prerrogativas de la *Polizia Valutaria*.

<sup>277</sup> La DIA está compuesta por personal perteneciente a la Policía del Estado, al Arma de los Carabinieri y el Cuerpo de la Guardia de Finanzas. En la Dirección de la misma están asignados empleados civiles del Ministerio del Interior con deberes de soporte logístico.

El D. Lgs 21 de noviembre 2007, n. 231, incorpora la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención del uso del sistema financiero para blanquear capitales proveniente de actividades criminales y la financiación del terrorismo, así como la Directiva 2006/70/CE, donde se establecen medidas de ejecución<sup>278</sup> - 1 de agosto- se refiere a la identificación del cliente y a la definición de personas del medio político.

Existe numerosa normativa al respecto que se encarga de regular los aspectos más incisivos del blanqueo de capitales en los distintos ámbitos, financiero, mercantil, cambiario, etc. Pero el verdadero centro de la normativa sobre blanqueo de capitales es el artículo 648 *bis* el cual será analizado en párrafos posteriores<sup>279</sup>.

### *III.2.1. Normativa promulgada en el año 2010*

Esta normativa solamente tiene la finalidad de modificar ciertas disposiciones muy específicas que sólo están relacionadas con el blanqueo de capitales en forma parcial es por ello que hacemos simplemente una mención de ellas ya que su desarrollo no iría más allá de lo expresamente mencionado en los párrafos subsiguientes.

1- Decreto legislativo, 27 gennaio 2010, n.11: Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno recante modifica delle direttive 97/7/CE; 2002/65/CE; 2005/60/CE; 2006/48/CE e che abroga la direttiva 97/5/CE. (10G0027)(GU n.36 del 13 – 2- 2010- Suppl. Ordinario n.29).

2- Decreto legislativo, 27 de enero de 2010, n. 21: Attuazione della direttiva 2007/44 CE, che modifica le direttive 92/49 CEE; 2002/83/CE; 2004/39/CE; 2005/68/CE y 2006/48/CE, per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizione e incrementi di partecipazione nel settore finanziario. (10G0034)(GU n.44 del 23-2-2010)

3- Decreto legislativo, 4 de marzo 2010, n.28: Attuazione del articolo 60 della legge 18 de junio de 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversia civili e commerciali. (10G0050)(GU n.53 del 5-3-2010)

4- Decreto legislativo, 26 de marzo 2010, n. 59: Attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno. (10G0080)(GU n. 94 del 23 -4- 2010- Suppl. Ordinario n.75)

5- Decreto legge, 31 mayo 2010, n. 78: Misure urgente in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica. (10G0101)(GU n.125 del 31-5- 2010 – Suppl. Ordinario n.114)

---

<sup>278</sup> M. CARBONE, *Elementi normativi internazionali e nazionali in materia di riciclaggio*, Bari, 2010, p. 239.

<sup>279</sup> Direttiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005.; Decreto ministeriale n. 141 del 3 febbraio 2006.; Decreto ministeriale n. 142 del 3 febbraio 2006; Decreto ministeriale n. 143 del 3 febbraio 2006.; Provvedimento Ufficio Italiano Cambi del 24 febbraio 2006 in tema di professionisti.; Provvedimento Ufficio Italiano Cambi del 24 febbraio 2006 in tema di intermediari finanziari.; Provvedimento Ufficio Italiano Cambi del 24 febbraio 2006 in tema di operatori non finanziari.; Decreto legislativo n. 109 del 22 giugno 2007; Decreto legislativo n. 231 del 21 novembre 2007; Circolare Ministero dell' economia e delle Finanze del 19 dicembre 2007; Regolamento dell' Unità di informazione Finanziaria del 21 dicembre 2007; Comunicazione Assogestioni del 7 gennaio 2008; Circolare Ministero dell' economia e delle Finanze del 15 gennaio 2008.; Comunicazione Assogestioni del 7 gennaio 2008.; Comunicazione del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti Contabili del 4 marzo 2008.; Agenzia delle Entrate, Circolare n. 18/E del 7 marzo 2008.; Comunicazione Assosim del 20 marzo 2008.; Circolare Ministero dell' Economia e delle Finanze del 20 marzo 2008.

6- Legge 4 giugno 2010, n. 92: Ratifica ed esecuzione del Protocollo ai sensi del articolo 34 del Trattato sull' Unione europea recante modifica. Per quanto attiene all' istituzione di un archivio di identificazione dei fascicoli a fini doganali, della Convenzione sull' uso dell' informatica nel settore doganale, fatto a Bruxelles 18 maggio 2003. (10G0114)(GU n.144 del 23-6-2010)

7- Legge, 8 giugno 2010, n. 97: Ratifica ed esecuzione dell' accordo di stabilizzazione e di associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte e la Bosnia – Erzegovina dall' altra con Allegati , Protocolli e Atto finale con dichiarazioni allegate, fatto a Lussemburgo il 16 giugno 2008. (10G0116)(GU n.146 del 25 – 6-2010 – Suppl. Ordinario n.139)

8- Legge 13 agosto 2010, n. 151: Ratifica ed esecuzione dell' Accordo di stabilizzazione e di associazione tra le Comunità europee e i loro stati membri da una parte, e la Repubblica di Serbia , dall' altra, con Allegati, Protocolli e Atto finale e Dichiarazioni, fatto a Lussemburgo il 29 di Aprile 2008. (10G0176)(GU n.213 del 11-9-2010, Suppl. Ordinario n.215)

9- Decreto 20 ottobre, n. 203 (Ministero dell' Economia e delle Finanze) Regolamento recante disciplina del funzionamento del Comitato di sicurezza finanziaria ai sensi dell' articolo 3, comma 4 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n.109 e delle categorie di documenti formati o comunque rientranti nella disponibilità del Comitato, sottratti al diritto di accesso ai sensi del articolo 24, commi 1 lettera a) e 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241. (10G0225) (GU n. 286 del 7 -12-2010)

10- Decreto Legislativo, 3 dicembre 2010, n. 205: Disposizioni di attuazione della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive. (10G0235) (GU n. 288 del 10 -12-2010)

#### **III.4. Los elementos del tipo en el ordenamiento español.**

Fijaremos la atención en varios aspectos, a saber: la conducta típica, el delito previo, los elementos subjetivos, los sujetos activo y pasivo y los tipos agravados.

##### *III.4.1. Elemento objetivo*

La conducta típica del delito de blanqueo de capitales tiene como referencia la disposición o tenencia de bienes procedentes de un delito grave o que tengan su origen en él y se dirige a la consecución de determinadas finalidades explícitas en los tipos, art. 301.1. y art. 301.2. del CP<sup>280</sup>.

El tipo básico viene regulado en el art. 301.1, párrafo primero, que señala lo siguiente:

*“El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a*

---

<sup>280</sup> Las conductas típicas susceptibles de sanción penal en España son única y exclusivamente, las tipificadas en el Código Penal (blanqueo de capitales). Sin perjuicio de ello, para una mejor comprensión de esos tipos penales, puede acudir al art. 3 de la Convención de Viena de 20-XII-88 y al art. 6 del Convenio de Estrasburgo de 8-XI-90 (con ese único objetivo); y también puede ser conveniente atender al art. 1 de la Directiva 91/308/CEE de 10-VI-91.

*eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes”.*

En el año 2010 se llevo a cabo una sustancial reforma que afectó precisamente a los preceptos que estamos analizando, los arts. 301 y 302, y la propia rúbrica<sup>281</sup>. En virtud de la misma se amplían las conductas típicas, sustituyéndose el término *delito* por *actividad delictiva* al referirse al ilícito del que provienen los bienes blanqueados. Se castiga el autoblanqueo y se amplía el número de delitos precedentes que llevan a la pena agravada de blanqueo.

En relación a la rúbrica desaparece la originaria de 1995, considerada por la doctrina más apropiada atendiendo al hecho de que el blanqueo de capitales tiene una naturaleza propia que lo separa de la receptación<sup>282</sup>. Hablar de blanqueo de capitales supone la asunción de la denominación usada en las Directivas 1991/308/CEE; 2001/97/CEE y 2005/60/CE; Acción Común de 3 de diciembre de 1998 y Decisión Marco 2001/ 500. Asimismo, es importante que destaquemos que en el Anteproyecto de 2008 no se hablaba del concepto de *actividad delictiva*.<sup>283</sup>

La propuesta surge del Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2008 por considerar que es más adecuado con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre el delito antecedente concreto según lo establecido por la doctrina de la Sala segunda del TS<sup>284</sup>. Lo cierto es que, con la modificación o sin ella, el TS no ha encontrado obstáculo alguno para castigar por blanqueo sin condena previa por el delito subyacente<sup>285</sup>.

Ateniéndonos al texto actual, aunque el art. 301.1 contemplaría<sup>286</sup> tres actitudes o comportamientos distintos: *adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir* bienes a sabiendas de que tienen su origen en un delito grave; realizar cualquier otro acto para *ocultar o encubrir* el origen ilícito de los bienes o su propiedad; y realizar cualquier otro acto para *ayudar* a la persona que ha participado en la infracción o infracciones para eludir las consecuencias legales. Puede convenirse en que la conducta típica es única: *adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier acto semejante* con bienes que se sabe que tienen su origen en algún delito grave<sup>287</sup>, siempre con algunos de los dos propósitos indicados (*ocultar o encubrir* su origen ilícito o *ayudar* a las personas que participaron en la infracción a eludir las consecuencias legales)<sup>288</sup>.

---

<sup>281</sup> B. DEL ROSAL BLASCO ., *Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal*, Diario La Ley, N.º 7997, Sección Doctrina , 9 de enero 2013, Editorial La Ley 5/2013.

<sup>282</sup> La antigua rúbrica decía: “*De la receptación y otras conductas afines*” la actual dice: “ *De la receptación y el blanqueo de capitales*”

<sup>283</sup> BLANCO CORDERO, *El blanqueo de capitales en el derecho español*, cit. p. 15 ss.

<sup>284</sup> STS de 22 de enero de 2007(RJ 115/2007). En este caso se condena a un matrimonio por blanqueo de capitales provenientes del narcotráfico, respecto del marido se tuvo en cuenta tres procedimientos penales por tráfico de drogas en los que no hubo condena. Aclarándose que dos condenas anteriores por tráfico de drogas no se vinculaban a los hechos de blanqueo por los que se lo condena.

<sup>285</sup> SSTS de 29 de septiembre de 2001 (RJ 1704/2001) ; SSTS de 13 de diciembre de 2005 (RJ 1426/2005); SSTS 22 de enero de 2007 (RJ 115/2007).

<sup>286</sup> A. CUERDA RIEZU ., *La prevención del blanqueo de capitales en el ámbito notarial*, Madrid, 2102.

<sup>287</sup> De acuerdo con lo previsto en los arts. 13.1 y 33.2 a) del Código Penal, son delitos *graves* aquellos que están castigados con pena de prisión superior a tres años. En consecuencia, no es necesario que el origen ilícito esté en delitos relacionados con el tráfico de drogas (en cuyo caso la penalidad a imponer es superior, según se señala en el párrafo segundo del art. 301.1), sino que los bienes pueden proceder de cualquier otro delito grave (como los relativos a la prostitución, por ejemplo).

<sup>288</sup> J. GONZÁLEZ RUS, en VV.AA., *Curso de Derecho penal español, parte especial*, I, cit., p 852.

Esta es la interpretación que se puede realizar en virtud del tenor literal del precepto y de una interpretación sistemática del contenido del art. 1.2 de la Ley 19/1993, así como con los arts. 3.1 b) i) de la Convención de Naciones Unidas de 1988, 6.1 del Convenio europeo de 1990 y 1 de la Directiva 91/308/CEE<sup>289</sup>; pero no es una postura unánime entre la literatura especializada. De este modo, parte de la doctrina, entre ellos ÁLVAREZ y EGUIDAZU con apoyo en la Convención de Viena [art. 3.1 c) i)] y la Directiva de 1991, sobre la adquisición, tenencia y utilización de los bienes de procedencia ilícita (art. 1), es partidario de una relectura del tipo al considerar que el delito analizado no requeriría propósito adicional alguno más allá de la mera adquisición, conversión o transmisión de los bienes de origen ilícito.

Una interpretación coherente con el origen del tipo penal y las disposiciones internacionales citadas<sup>290</sup>, avalarían el primer resultado. De esta forma cuando el sujeto realiza los comportamientos descritos en el precepto con un fin distinto a los reseñados habrá de punirse, en su caso, por los tipos de receptación (art. 298) o de encubrimiento (art. 451), dejando en claro que el origen del bien ha de venir de un delito patrimonial o socioeconómico.

Pero debemos tener en cuenta que por “adquirir” hay que entender la incorporación y plena disponibilidad sobre el bien, sea a título oneroso o gratuito. La “posesión” a la que se refiere el precepto a continuación no sería otra cosa sino una manifestación de la adquisición<sup>291</sup>. La “utilización” de los bienes comportaría su aprovechamiento con cualquier fin. Al decir “convertir”<sup>292</sup>, se refiere a la transformación de los bienes, sea de forma material (mutando el objeto, fundiendo los lingotes de oro o modificando la estructura del objeto, por ejemplo) o de modo inmaterial (cambiando el dinero en otras divisas o invirtiendo en activos o joyas, por ejemplo). Y por “transmitir”<sup>293</sup>, aspecto negativo de la adquisición, se interpreta la cesión del bien a un tercero, también a título oneroso o gratuito<sup>294</sup>.

El precepto sanciona cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a los que hubiesen participado en la comisión del delito previo a eludir las consecuencias legales. Es una cláusula residual, la cual podría valorarse como “contraria al mandato de determinación”<sup>295</sup>, estableciendo que el art. 301.1 sea un tipo “extremadamente abierto”<sup>296</sup> y, poco respetuoso con los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

A diferencia del primer párrafo del art. 301.1, la consumación se producirá<sup>297</sup> solo cuando se ha producido realmente la ocultación (escondiendo o disfrazando la naturaleza, origen, ubicación, destino, etc. de los bienes) o el encubrimiento (cambiando la esencia o forma de los bienes), no basta con la acreditación de la intención del sujeto de lograr los resultados perseguidos<sup>298</sup>. No existiendo problema alguno para admitir la comisión y punición del delito en grado de tentativa<sup>299</sup>.

---

<sup>289</sup> F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, parte especial*, 11 ed., Valencia, 1996, p. 475.

<sup>290</sup> P. FARALDO CABANA, *Aspectos básicos*, cit., pág. 140.

<sup>291</sup> M. MOLINA MANSILLA, et.al., *El blanqueo de dinero*, Barcelona, 2008.

<sup>292</sup> J. ZARAGOZA AGUADO, *El blanqueo de bienes de origen criminal*, en *Derecho penal económico (Estudios de Derecho Judicial)*, Madrid, 2001.

<sup>293</sup> M. ABEL DE SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Barcelona, 2005.

<sup>294</sup> A. MORENO CANOVES - F. RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza 1996, p 387-389.

<sup>295</sup> I. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p 313.

<sup>296</sup> J. DEL CARPIÓ DELGADO, *El delito*, cit., págs. 191-192.

<sup>297</sup> C. MARTINEZ BUJAN PEREZ, *Derecho Penal Económico parte especial*, cit., p. 310.

<sup>298</sup> I. BLANCO CORDERO, *El delito*, cit., pág. 457.

<sup>299</sup> A. MORENO CANOVES - F. RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., p. 398.

Es necesario dejar en claro que la consumación de las conductas contempladas en el artículo 301.1 se produce de modo automático no es necesario un resultado posterior. Es suficiente que se ejecute cualquier comportamiento descrito en dicho artículo siempre que se tenga una de las finalidades allí señaladas<sup>300</sup>. Por ello que no existe dificultad para reconocer la tentativa ya que dicho artículo es decir el 301.1 acoge la modalidad de la tentativa. Ya sea de encubrimiento o favorecimiento real según BLANCO CORDERO<sup>301</sup>, no cabe punir por tentativa en estos casos.

A continuación se mencionarán dos sentencias del TS las cuales son importantes ya que marcaron la directriz de este Alto Tribunal para el juzgamiento del delito de Blanqueo de Capitales.

La STS de 15 de abril de 1998<sup>302</sup>, nos recuerda que los elementos Indiciarlos que es necesario constatar en los supuestos de blanqueo de capitales son los siguientes:

1 - Incremento inusitado de patrimonio u operaciones dinerarias manifiestamente anómalas.

2 - Inexistencia de actividades negociables lícitas que justifiquen los incrementos inusuales de patrimonio, la tenencia de cantidades insólitas de dinero en efectivo o las transmisiones patrimoniales anómalas.

3 - Constatación de la relación con personas implicadas en actividades de tráfico de estupefacientes.

Finalmente la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005 declaró que se había producido prueba suficiente sobre el conocimiento del origen ilícito del dinero por parte del acusado, básicamente del narcotráfico, ya que el acusado carecía de ingresos legales suficientes y a pesar de ello adquirió tres embarcaciones y una motocicleta con valor superior a 100.000 euros, sin haber dado una explicación aceptable, por consiguiente fue necesario recurrir a la prueba de indicios. La sentencia de la sentencia de 20 de septiembre de 2005<sup>303</sup> analiza un caso en que los controles administrativos funcionaron, asimismo la eficacia de las comisiones rogatorias en el ámbito de la Unión Europea, indicando que "*...los hechos, en síntesis, se refieren a que el primero de los citados como jefe de la organización, el segundo y el tercero como integrante de la misma, y el resto como meros "correos" de las operaciones de blanqueo que se describen en los hecho probados, procedieron a convertir en dólares una cantidad aproximada de seis mil millones de pesetas procedentes del tráfico de drogas de otros hechos por lo que se siguió otra causa criminal....*" y ***añade que*** "*..En la información de la Brigada de delitos monetarios,.... se da puntual cuenta de distintas operaciones de compra de dólares llevadas a cabo en la sociedad "M., S.A." "....el análisis de los cientos de operaciones registradas en los distintos puntos de venta de "M., S.A.", no indicaba ninguna circunstancia objetiva que hiciera atractiva especialmente la compra de los dólares en esa mercantil..."*, ***habiendo remitido el director de operaciones de la Sociedad un escrito al Servicio Ejecutivo de la Comisión para la Prevención del Blanqueo de Capitales —Seblac— en cumplimiento de las obligaciones derivadas de su cargo. De la información facilitada y por lo que se refiere a los hechos concretos de esta causa se pudo comprobar que Manuel —el recurrente— de quien se facilitaban todos sus datos identificatorios tiene un locutorio que opera como cobertura para la recepción de "...masivas cantidades de pesetas (en alguna***

<sup>300</sup> A. MORENO CANOVES – F. RUIZ MARCO, *op. cit.*

<sup>301</sup> I. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, cit. p. 440 ss.

<sup>302</sup> STS de 15 de abril de 1998,(RJ 3804/1998).

<sup>303</sup> STS de 20 de septiembre de 2005,(RJ 3859/2005).

*ocasión libras esterlinas) para su conversión en USD utilizando testafierros provistos de documentos de identidad falsificados...." concluyendo sobre el control de la legalidad de las comisiones rogatorias que "se denuncia como indebida la aplicación de los arts. 301 y 302, y en el motivo cuarto se trata de derivar la responsabilidad al supuesto de blanqueo por imprudencia, ambas tesis son improsperables por lo razonado en el motivo segundo. Procede la desestimación de ambos motivos. El motivo quinto cuestiona la validez de la Comisión Rogatoria cumplimentada por las autoridades judiciales de Portugal a petición de las españolas sobre el dinero blanqueado y convertido en libras por ambos recurrentes. El recurrente trata de cuestionar la validez de dicha Comisión Rogatoria y someterla al cedazo de las exigencias de la legislación española Como se recoge en las SSTS 1521/2002 de 27 de septiembre y 236/2003 de 17 de febrero, una vez verificado que el auxilio judicial internacional, singularmente dentro de la Unión Europea, se ha efectuado de acuerdo con los tratados en vigor, no procede por el Juez español someta al contraste de la legislación española las actuaciones efectuadas vía Comisión Rogatoria en otro país, según su propia legislación. Ya la STS 974/96 de 9 de diciembre declaró que "...en el ámbito judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma....". La existencia de un Espacio Judicial Europeo en el marco de la Unión, no consentiría otra situación, y en todo caso no se ha cuestionado la legalidad de la comisión rogatoria desde la perspectiva de la propia legalidad portuguesa...".*

La sentencia de 19 de febrero de 2003<sup>304</sup> señala que existen dificultades dogmáticas para poder analizar ambas conductas delictivas, y que en la literatura científica se suelen emplear los siguientes elementos:<sup>305</sup>

1 - El delito previo en el blanqueo de capitales debe ser cualquier delito grave, mientras que en la receptación se exige una mayor concreción, ya que ha de tratarse siempre de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico.

2 - No existe unanimidad sobre si el autor del delito previo puede ser autor o cómplice del delito de blanqueo de capitales (la sentencia de esta Sala 1293/2001, de 28 de julio, declaró esta posibilidad), mientras que está expresamente excluido en el caso del delito de receptación.

3 - El delito de receptación exige siempre ánimo de lucro, lo que no es preciso en el blanqueo de capitales.

4 - En la receptación del art. 298 del Código penal no está prevista la llamada "receptación sustitutiva", mientras que sí resulta posible en el blanqueo, mediante la sucesión en las transformaciones del bien de que se trate, como antes apuntamos.

5 - La conducta típica de la receptación abarca la simple recepción de los bienes, mientras que en el blanqueo las modalidades son más amplias: la adquisición, conversión y transformación.

El delito de blanqueo de capitales constituye un delito especial respecto al general de la receptación, de ahí que el título del Código penal se denomine "de la receptación y de otras conductas afines".

Sentencia T.S. (Sala 3) de 29 de marzo de 2012<sup>306</sup>:

---

<sup>304</sup> STS de 19 de febrero de 2003, ( RJ 1095/2003)

<sup>305</sup> M. ESPINOSA LABELLA, *op. cit.* 22.

<sup>306</sup> TS de 29 de marzo de 2012, (JUR 42014/2012).

Esta Sentencia trata sobre la Prevención de blanqueo de capitales, Imposición de sanción de multa por una infracción grave en materia de prevención de blanqueo de capitales. Ausencia de declaración de salida del territorio español de una gran cantidad de dinero con destino a China, concurriendo la circunstancia de ocultación. Transporte del dinero en los distintos departamentos de una maleta.

La Sentencia hace referencia a la salida de territorio nacional con dinero en cantidad superior a 10.000 euros sin presentar la declaración que exige el artículo 2 de la citada Ley 19/1993. La Sentencia es recurrida considerando que el hecho de transportar dinero en los distintos departamentos de una maleta no evidencia ocultación, lo que supone la apreciación de la circunstancia agravante del artículo 8.3 de dicha Ley. Pero la Sentencia de contraste entiende que portar el dinero dentro de una maleta, entre la ropa, sin disimularlo de forma alguna, no es constitutivo de ocultación, lo que conlleva la minoración de la sanción ante la desaparición de esta circunstancia agravatoria.

Se eleva un recurso de Casación y la Sentencia que es objeto de este recurso de casación se afirma:

*"Una vez analizado el material probatorio, en el presente supuesto, debemos decir que se ha producido ocultación, al haberse pretendido transportar el dinero no declarado en una maleta en distintos departamentos, fajos, pantys y una tarjeta, lo que evidencia un "animus" de ocultar la considerable suma de dinero, en billetes de alta denominación que pretendía sacar de España con destino a Peking sin realizar declaración alguna. Debemos tener en cuenta lo que dispone la Ley aplicable 19/93, en su artículo 8.3 en el que se expresa que en el caso de los medios de pago fueran hallados en lugar o situación que mostrase una clara intención de ocultarlos o no resulte acreditado el origen de los fondos, la sanción podrá llegar al tanto del contenido económico de los medios empleados."*

Sin embargo, la Sentencia que se alega de contraste declaró sobre igual extremo de hecho:

*Por consiguiente, mientras en la primera de las Sentencias se considera probada la voluntad de ocultación por hallarse el dinero en los "distintos departamentos" de una maleta, y en "fajos, pantys y una tarjeta", en la segunda se declara que el dinero "no estaba disimulado en forma alguna" porque "se encontraba dentro de la maleta y entre la ropa". Como efecto de la valoración probatoria de estos hechos, aquella Sentencia apreció la voluntad de ocultación que configura la agravación específica de la sanción, mientras que no lo hizo así la resolución judicial de contraste.*

El recurso de casación es desestimado.

*"Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Bárbara contra la sentencia de 7 de marzo de 2011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo 467/2010. Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente".*

#### III.4.2. Particularidad del blanqueo: Delito previo



La existencia de un delito anterior constituye un elemento objetivo del tipo y junto con su prueba condición de la comisión del delito como sostiene BOCKELMANN, con lo que este elemento deberá ser abarcado por el dolo del autor.<sup>307</sup>

El legislador no acota su aplicación a ninguna especie delictiva concreta aunque hace mención expresa al tráfico ilícito de drogas en el subtipo agravado del art. 301.1 párrafo segundo del Código Penal<sup>308</sup>. Ha de ser delito grave, discutiéndose si esta exigencia constituye un concepto normativo sometido a la valoración judicial, siendo un concepto jurídico a integrar en función de lo dispuesto en los arts. 13.1 y 33.1 del Código Penal,- esta última conclusión parece más conforme con el principio de seguridad jurídica. 42 De acuerdo con lo previsto en los artículos 13.1 y 33.2 a) del Código Penal, son delitos graves aquellos que están castigados con pena de prisión superior a tres años. No siendo necesario que el origen ilícito esté en delitos relacionados con el tráfico de drogas (en cuyo caso la penalidad es superior, según el párrafo segundo del art. 301.1), pudiendo proceder de cualquier otro delito grave (como los relativos a la prostitución, por ejemplo)<sup>309</sup>. Un caso particular se plantea con la conducta tipificada en el último inciso del art. 368, al referirse a las sustancias o productos que no causen grave daño a la salud (las llamadas «drogas blandas»), por definición, constituyen un delito menos grave, en virtud de la pena (prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo del valor de la droga objeto del delito). Es por ello que algunos autores excluyen este supuesto del delito de blanqueo<sup>310</sup>. El delito grave puede hallarse en cualquier grado de desarrollo incluidos los actos preparatorios, aunque lo habitual será que el delito antecedente se halle consumado para que produzca ganancias o beneficios.

Asimismo el párrafo tercero del artículo 301 dice claramente:

*“Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo”.*

Por consiguiente esto es un agravante lo cual implica un aumento en la pena. El Código parece estar en contradicción con la Ley 19/1993, de medidas de prevención, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a los delitos de tráfico ilícito de drogas, los cometidos por bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y los cometidos por bandas o grupos organizados (art. 1.1)<sup>311</sup>.

Numerosos son los matices que deben ser tenidos en cuenta en la delimitación del concepto delito grave:

- a) La pena a tener en cuenta es la prevista en abstracto.
- b) Cuando la pena típica esté comprendida entre las graves y las menos graves, el delito se considerará grave (13.4 de Código Penal).
- c) En el caso de agravación facultativa del Tribunal se estará a la pena de imposición obligatoria.
- d) El delito del cual los bienes procedan han de ser, obviamente, aquellos que generan alguna clase de ganancia o beneficio<sup>312</sup>. De ahí que pueden ser tanto dolosos como

---

<sup>307</sup> BOCKELMANN, *Studien zur Taterstrafrecht*, Bonn, 1960.

<sup>308</sup> DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, *El blanqueo de capitales en el derecho español*, Madrid, 1999, p.14.

<sup>309</sup> J. GONZÁLEZ RUS, en VV.AA., *Curso de Derecho penal español*, parte especial, I, cit., pág. 852.

<sup>310</sup> A.PALOMO DEL ARCO, *Receptación y figuras afines*, en *Estudios de Derecho Judicial*, 2, 1996, Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial) p. 453.

<sup>311</sup> E. RODRIGUEZ ROMÁN, *Normas preventivas la Ley 19/ 1993*, Madrid, 28 – 2000.

<sup>312</sup> M. BAJO FERNANDEZ, *Derecho económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 37.

imprudentes, aunque habitualmente estos últimos quedarán excluidos en la medida en que no suelen producir beneficio alguno.

e) Es factible que el delito antecedente puede ser otro de blanqueo cometido con carácter previo (blanqueo en cadena).

f) El delito grave puede haberse producido en país extranjero, con lo que se plantea el problema del criterio a seguir para su calificación, sí el del lugar de la comisión o el del enjuiciamiento del blanqueo. La disparidad de los ordenamientos complica la determinación a tomar cuando el delito sea grave en un país y en otro no, cuando el hecho ni siquiera sea delictivo en alguno de ellos, o cuando deba considerarse prescrito. Lo deseable sería atender al criterio de la doble incriminación según el modelo del Código Suizo, pero ésta no es la solución que se adopta en Derecho español para el conocimiento de los hechos cometidos en país extranjero, que deban ser juzgados por los Tribunales españoles (art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Tampoco sigue este criterio el Convenio de Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 ratificado por España en 1998.

g) El delito grave puede hallarse en cualquier grado de desarrollo incluidos los actos preparatorios, pero lo habitual será que el delito antecedente se halle consumado para que produzca ganancias o beneficios. Téngase en cuenta que - el art. 301.1 cuando se remite al tráfico de drogas como hecho punible no hace referencia expresa al art. 373 en que se penalizan los actos preparatorios de esta figura contra la Salud pública.

h) La prueba del delito antecedente constituye una condición de tipicidad. Pero paralelo no es menester que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, lo que convertiría este extremo en una cuestión prejudicial. Es suficiente con el conocimiento de la realización del hecho punible aunque ni siquiera conste su autor<sup>313</sup>. Esta cuestión reviste especial complejidad al tratar de acreditar los delitos cometidos en país extranjero, lo que requerirá del funcionamiento de registros a nivel internacional.

Uno de los problemas que plantea la nueva reglamentación tras la reforma de 2010 es el autoblanqueo. Esto implica el castigo de cualquiera de los comportamientos descritos en el art. 301.1 realizados, precisamente, por quien a cometido el delito previo, siendo esta una conducta ajena a la estructura típica de los delitos de blanqueo y receptación que se refieren a un delito antecedente cometido por otra persona. Son varias las razones que avalan su inconveniencia, de entre las que destaca la posible vulneración del principio *non bis in idem*, ya que resulta lógico que el autor de la infracción precedente entre en posesión de los bienes resultado de la conducta ilícita<sup>314</sup>. El principio *non bis in idem* constituye uno de los principios fundamentales del derecho penal, señala la prohibición de la aplicación de una doble sanción a un mismo sujeto por la comisión de unos hechos idénticos. Deriva directamente del principio de legalidad penal, consagrado en el art. 25 de nuestra Constitución Española<sup>315</sup>.

Una lectura literal de este precepto nos llevaría a castigar al autor de un delito dos veces una por consumarlo y otra por agotarlo, esto significa que todo el que comete un delito que genere bienes, cometía automáticamente un delito de blanqueo de capitales al entrar en contacto con tales bienes. Obviamente, el elemento subjetivo propio del blanqueo de conocer el origen ilícito de los bienes carecería de sentido en el autoblanqueo. El TS ha estado dividido en esta materia, aunque en algunas resoluciones

---

313 C. MARTINEZ - BUJAN PEREZ, *Derecho Penal económico parte general*, Valencia, 1998, p. 72.

314 Oportunamente el CGPJ lo ha señalado en sus informes, asimismo el Consejo General de la Abogacía.

315 PÉREZ MANZANO, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002, p. 26 ss.

han afirmado con la legislación anterior la punición del autoblanqueo<sup>316</sup>. La reforma ahora incorporada al CP se inclina por la tesis de la punición del autoblanqueo.

La tipicidad del autoblanqueo tiene consecuencias importantes en lo que se refiere a la compatibilidad de la responsabilidad por blanqueo y por el delito previo<sup>317</sup>. Al tipificarse ahora expresamente el autoblanqueo, el riesgo de negar la posibilidad de castigo y con ello evidentemente de concurso con el delito subyacente, parece conjurado. La inviabilidad del castigo solamente podría alcanzarse desde una recta aplicación del *non bis in idem*.

Según PASTOR ALCOY, la regulación en el código del delito de blanqueo de capitales es deficiente, favoreciendo la lesión del principio *NON BIS IN IDEM*, e imprecisa en las clasificaciones. Es necesario separar aquellas conductas que lesionan directamente a intereses patrimoniales es decir la receptación, y encubrimiento dejando de lado las que atentan contra la administración de justicia<sup>318</sup>.

A continuación mencionaremos jurisprudencia correspondiente al Tribunal Supremo, que nos permitirá no tan sólo conocer el lineamiento del Alto Tribunal sino clarificar el tema expuesto.

STS 1597/2005<sup>319</sup>, en esta sentencia se dejó en claro que:

*“ Si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y crimonológica autónoma y permiten su Si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y crimonológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia estimamos que no existe duplicidad sancionadora y que la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad”.*

Asimismo es necesario mencionar que en esta Sentencia se dejó claramente expuesto el delito de Blanqueo de Capitales, por los hechos y circunstancias que rodeaban el caso:

*“Es un indicio válido para detectar la operación de blanqueo el hecho de que alguien le ingresa 11.000.000 y dos días después extrae esa cantidad para pagar un bungalow; Adquirir, convertir o transmitir bienes o realizar cualquier otro acto para ocultar su origen ilícito: no es necesario el conocimiento exacto de las actividades*

---

<sup>316</sup> SSTS de 28 de julio de 2001 (RJ 1293/2001); SSTS de 17 de abril de 2006 (RJ 449/2006). En contra STS de 19 de junio de 2006 ( RJ 986/2006), consideró que sólo puede ser autor o participe de blanqueo el sujeto que es ajeno a la acción legal de la que provienen los bienes.

<sup>317</sup> STS de 21 de diciembre de 2005 (RJ 1597/2005): *“...Si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontramos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y crimonológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia estimamos que no existe duplicidad sancionadora y que la decisión adoptada respecto de la participación y la incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad.”* Esta tesis fue afirmada por el TS por acuerdo en Pleno el 18 de julio de 2006.

<sup>318</sup> F. PASTOR ALCOY, *op.cit.*

<sup>319</sup> SSTS de 21 de diciembre de 2005 (RJ 1273/2006).

*ilícitas a las que se pudiera dedicar el que proporciona las cantidades, basta con que se tenga conciencia de la irregularidad de la operación y de la imposible justificación de la recepción del dinero y de la actividad de intermediario realizada”.*

Con la finalidad de clarificar aún más el tema basándonos en la jurisprudencia existente podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo que acordó en Pleno no jurisdiccional del 18 de julio de 2006<sup>320</sup> que:

*“El artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso el concurso real con el delito antecedente. Para el conocimiento de estos supuestos la Sala Segunda se constituirá siempre con un mínimo de cinco Magistrados”.*

Es decir el concurso real tiene como presupuesto imprescindible la posibilidad de castigar el autoblanqueo, afirmándose que en algunos casos no en todos habrá concurso real. También se trata de evitar ciertas mayorías (2-1) que pudieran causar la impunidad del autoblanqueo y consecuencia sería inviable el concurso real<sup>321</sup>.

### *III.4.3. El elemento subjetivo*

El componente intencional del tipo supone la concurrencia de los elementos intelectual y volitivo, referidos al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes elemento normativo sometido a la "valoración paralela en la esfera de lo profano" y a la voluntad de su realización sabiendo la antijuricidad de la conducta. Es decir, - ese conocimiento se refiere al hecho y sus circunstancias, no así a la concreta calificación jurídica de los mismos<sup>322</sup>.

La prueba acerca del conocimiento de ese origen ilícito será en la mayoría de los casos indiciaria. En esta línea, el Tribunal Supremo, considera indicios bastantes para enervar la presunción de inocencia los tres siguientes: a) vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relacionados con las mismas, b) aumento de patrimonio durante el periodo de tiempo de dicha vinculación; y c) inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio. La dificultad de la prueba no puede obviarse mediante la inversión de la carga probatoria que incumbe siempre a la acusación<sup>323</sup>. En algunos países se ha optado por la creación de un delito específico de enriquecimiento ilícito<sup>324</sup>. El elemento subjetivo del delito<sup>325</sup> consiste en conocer que los activos blanqueados tienen un origen ilícito<sup>326</sup>. Así queda configurado un tipo doloso, en este deben concurrir un elemento intelectual y uno volitivo, es decir saber y querer. El Tribunal Supremo (Sala 2.a) en su Sentencia núm. 483/2007, de 4 de junio, sostiene que el conocimiento del origen ilícito está señalado por las expresiones "sabiendo", "para" y "a sabiendas" que usa el art. 301 en sus párrafos 1 y 3. Este conocimiento exige

---

<sup>320</sup> STS de 18 de julio de 2006 ( RJ 6301/2006).

<sup>321</sup> A. MANJON – CABEZA OLMEDA, *Receptación y Blanqueo de Capitales*, Valencia, 2010.

<sup>322</sup> SSTs de 25 de septiembre de 1986 (RJ 4837/1986), 31 de marzo de 1992 (RJ 2547/1992) y 13 de febrero de 1996 (RJ 825/1996), entre otras

<sup>323</sup> SSTs de 23 de mayo de 1997 (RJ 4129/1997), 15 de abril de 1998 (RJ 3806/1998) y 10 de enero de 2000 (RJ 433/2000), entre otras.

<sup>324</sup> Así en Francia mediante Ley 13 de mayo de 1996, o en Colombia, art. 148 del Código Penal, si bien aplicable en este último país solo a los funcionarios públicos.

<sup>325</sup> C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 193.

<sup>326</sup> A. CALDERÓN CERREZO, *El marco jurídico del blanqueo de capitales*, cit., p 5.

certidumbre sobre el origen, si bien no es necesario el conocimiento de la infracción precedente<sup>327</sup>.

La determinación de la procedencia criminal de los bienes, objeto de los actos típicos de blanqueo, y que siendo un precepto penal, circunscrito a los delitos graves (art. 13.1 en relación con el art. 33.2 del CP de 1995), no requerirá otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva grave de modo genérico, excluyendo así otros posibles orígenes, sin ser necesaria la demostración plena de un acto delictivo específico o los concretos partícipes en el mismo<sup>328</sup>.

En el caso del dolo ha de ser antecedente o concurrente en la acción. El subsiguiente es irrelevante y podrá dar lugar a sanciones disciplinarias, cuando descubierta la procedencia ilícita de los bienes, no se comporte el sujeto según el deber específico que le vinculaba<sup>329</sup>.

La doctrina mayoritaria<sup>330</sup> admite el dolo eventual por la ausencia de elementos subjetivos del tipo en la redacción. Podemos considerar que no es admisible cuando la norma exige además del conocimiento del origen de los bienes la finalidad específica de la actuación del autor, cual es el caso de las modalidades 2ª y 3ª del tipo básico. El error de prohibición es de difícil estimación. Más posibilidades se presentan en el error de tipo, referido a la procedencia de los bienes o al aspecto normativo de la calificación del delito. Finalmente, podemos decir que resulta irrelevante el error sobre la clase de delito grave antecedente, salvo el caso de que se trate del subtipo agravado de tráfico ilegal de drogas, extremo este que debe ser abarcado por el dolo del autor (art. 14.2)<sup>331</sup>.

#### III.4.4. Sujeto activo

Sujeto activo de este tipo penal puede ser cualquiera, no se requiere una especial cualidad personal (sin perjuicio de las agravantes contempladas en atención a la condición de determinadas personas).

El orden al tipo subjetivo, requiere la concurrencia de un elemento específico de conocimiento por parte del autor del origen ilícito de los bienes<sup>332</sup>. Así, se emplean las expresiones "sabiendo" y "a sabiendas", al tipificarse las conductas delictivas. La importancia de este aspecto es reiteradamente destacado por la jurisprudencia<sup>333</sup>.

<sup>327</sup> J. A. CHOCLÁN MONTALVO, ¿Puede ser el delito fiscal precedente del delito de blanqueo de capitales? En , Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, n. 37 (3.a época), septiembre de 2007, pág. 160.

<sup>328</sup> PASTOR ALCOY, *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, cit.

<sup>329</sup> C. ARANGUEZ SANCHEZ, cit. p. 279.

<sup>330</sup> C. ARANGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 92., M. A. ABEL SOUTO, *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero...*cit., p. 354; J. ALVAREZ-SALA WALTER, «El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas», *nsayos de Actualidad. Revista Publica*, p. 10 ([http://www.sepblac.es/espanol/infomies\\_y\\_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf](http://www.sepblac.es/espanol/infomies_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf), página consultada el 3 de mayo de 2008); A. CALDERÓN EREZO, *El blanqueo de capitales: aspectos penales y administrativos...* cit., p 4; J. DEL CARPIÓ DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes...*, cit., p. 57-59; E. A. FABIÁN CAPARROS, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 238; C. VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación...*, cit., p 91-94. M. COBO DEL ROSAL y C. ZABALA LOPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales...*, cit.,

<sup>331</sup> DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, cit. p. 15 ss.

<sup>332</sup> Resultando general y exigible en todo caso, salvo en el supuesto de imprudencia grave.

<sup>333</sup> STS de 20 de octubre de 2010 (RJ 8157/2010); STS de 9 de marzo de 2010 (RJ 4064/2010); STS de 2 de diciembre de 2010 (RJ 2011/2010); STS de 2 de abril de 2009 (RJ 4188/2009); STS de 15 de febrero de 2011 (RJ 67707/ 2011); STS de 16 de diciembre de 2010 (RJ 67703/2011).

Al respecto, se- suscita una cierta controversia si pueden ser responsables de un delito de blanqueo de capitales los partícipes del delito previo o antecedente<sup>334</sup>, cuestión ésta que el TS (Sala 2ª), de 10 de enero de 2001<sup>335</sup>, resolvió en sentido negativo al disponer que sujeto activo de este delito puede serlo cualquiera, con la única excepción de los autores del delito previo o subyacente.

En este sentido estamos a favor de las conclusiones de una parte de la doctrina especializada<sup>336</sup> que considera contraria al principio de proporcionalidad la exclusión de los autores del delito subyacente, ya que en el caso de una coautoría del delito de blanqueo, si uno de los autores participó en el delito subyacente, no responde por el delito de blanqueo, mientras que el otro autor sí, pese a haber llevado a cabo ambos la misma acción típica de blanqueo. Razones de política criminal nos llevan a considerar que las acciones de blanqueo de activos, en más de una ocasión relacionadas con la criminalidad organizada, no pueden resultar impunes por el único motivo de haber participado sus autores en el delito subyacente<sup>337</sup>.

Como hemos señalado, no es ésta la posición jurisprudencial cuando se afirma que:

*".... para que alguien pueda acceder a la condición de posible autor del delito del art. 301.1 CP en relación con ciertos bienes, deberá darse la circunstancia de que, siendo ajeno a la acción que los constituyó en la situación de ilegales, opere con ellos de cierta manera a conciencia de ese status de ilegalidad. Tal es el criterio base con que opera la jurisprudencia de esta Sala...."*<sup>338</sup>.

Asimismo, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) considera- en su Sentencia núm. 959/2007, de 23 de noviembre (FJ 6º), que cuando en la misma persona concurren los dos comportamientos, el de adquisición de esos bienes (o participación en el delito del que esos bienes proceden), y, asimismo el de blanqueo de activos, puede ocurrir que exista un concurso de normas, consecuencia de la absorción del segundo por el primero (art. 8.3 CP) o un concurso real de delitos<sup>339</sup>. Será un concurso real si alguna de las

---

<sup>334</sup> El art. 6.2. b) del Convenio de Estrasburgo, determina: "A los efectos de la ejecución o aplicación del párrafo 1 del presente artículo: Puede establecerse que los delitos previstos en dicho párrafo no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal". La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2000 (Pte. GIMÉNEZ GARCÍA), ante la alegación casacional formulada, de no ser posible la punición por delito de blanqueo porque ya fue condenado el recurrente en el sumario 13/1990 de la Audiencia Nacional -caso Nécora-, contesta: "Obviamente, el delito de blanqueo de dinero descansa sobre un delito anterior de venta y distribución de droga. Para que la tesis de la identidad que postula el recurrente pudiese prosperar tendría que existir una completa identidad entre la blanqueo procedente de la venta de la misma. En tales casos pudiera afirmarse que no es posible la penalización autónoma de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito, y en este sentido se pronuncia el art. 6.1.b) del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 18 nov. 1990 -BOE 21 nov. 1998-. En sentencia de 3 de diciembre de 1999, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Segunda (Pte. GARCÍA NICOLÁS), se señaló: "(...), teniendo el delito contra la salud pública un carácter tendencial dirigido al lucro, los actos constitutivos de actividad de blanqueo se incardinan dentro de la fase de agotamiento del delito contra la salud pública, esto es, que el autor del blanqueo debe ser ajeno al delito contra la salud pública, (...); lo que no se ha demostrado es que la actividad blanqueadora llevada a cabo en los hechos juzgados sea en cuanto a XXXX independiente de sus actividades constitutivas de delitos contra la salud pública".

<sup>335</sup> STS de 10 de enero de 2000 ( RJ 1637/1999).

<sup>336</sup> B. ROMERO FLORES, *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 311; M. COBO DEL ROSAL y C. ZABALA LÓPEZ-GOMEZ, *Blanqueo de capitales*, cit., p. 98; CÓRDOBA RODA, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, cit., p. 72.

<sup>337</sup> STS (Sala 2ª) de 12 de julio de 2004, n. 919/2004 criterio seguido también por el AAP de Girona (Sección 3.ª) de 7 de julio de 2005, n. 394/2005.

<sup>338</sup> AAP de Girona (Sección 3.ª) núm. 394/2005, de 7 de julio.

<sup>339</sup> Concurso real es aquel en que el sujeto activo lleva a cabo varias acciones que lesionan

normas no abarca la completa antijuridicidad del hecho, por consiguiente habría que aplicar las dos normas en conflicto. En el caso de que una de ellas cubriese la completa antijuridicidad del hecho, será esta la que se aplicará. Pero si la situación es que el blanqueo se ha llevado a cabo a través de bienes procedentes del tráfico de drogas, la pena del delito subyacente subsumirá a la del blanqueo, cuando exista una completa identidad entre la autoría del delito de tráfico de drogas y la del delito de blanqueo de capitales.

El Derecho español acepta la punición independiente del delito de blanqueo de capitales y del delito subyacente a dicho blanqueo, con los matices que introduce la más reciente jurisprudencia<sup>340</sup>. En el caso del Derecho internacional vigente en España, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 18 de noviembre de 1990, está de acuerdo en que no se castigue al autor del delito de blanqueo, si es a la vez autor del delito subyacente.

El art. 302. 2 CP modificado introdujo las penas correspondientes a las personas jurídicas responsables. La pena será de multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física se castiga con pena de prisión superior a cinco años. La multa será de seis meses a dos años en los demás casos. Se contempla también la posibilidad de aplicar las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 con sujeción a las reglas del art. 66 bis.

#### III.4.5. Sujeto pasivo

En la persecución del delito de blanqueo de capitales, se plantea el inconveniente de que es un *victimless crime*, es decir,- un delito sin víctimas individualizables<sup>341</sup>.

Como ya hemos mencionado en párrafos precedentes el delito de blanqueo de activos es pluriofensivo, causando perjuicio tanto a la Administración de Justicia como al orden socioeconómico y afectando también al bien jurídico protegido por el delito previo. El sujeto pasivo del delito es el Estado, titular de los dos primeros, así como los titulares del bien jurídico protegido atacado por el delito subyacente, pero no olvidemos de que el blanqueador sea el “propietario” de los mismos (ej.: la droga con la que se haya traficado). Es así que estos han sufrido una disminución patrimonial (los bienes que han sido blanqueados) en consecuencia tienen derecho a solicitar la intervención del aparato judicial para el castigo del culpable y lograr el resarcimiento oportuno<sup>342</sup>.

#### III.4.6. Tipos agravados

El legislador ha optado por incluir varios tipos agravados en relación al blanqueo de capitales. Los elementos sobre los que aumenta la pena establecido por la normativa europea estos son:

A) Por la procedencia de los bienes

---

distintos bienes jurídicos y dan lugar a diversos delitos.

<sup>340</sup> D. DELGADO GARCÍA, *Configuración jurisprudencial del delito de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas...*, cit. p. 1031.

<sup>341</sup> J. ALVAREZ – SAL WALTER, *El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Madrid, 2004.

<sup>342</sup> L. LOMBARDEO EXPOSITO, *Prevención y represión del delito de blanqueo de capitales*, cit.

Establece el art. 301.1 párrafo segundo:

*"Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 de este Código".*

La agravación encuentra su fundamento en la concurrencia de otro bien jurídico,<sup>343</sup> merecedor de protección, de carácter colectivo y -difuso, la salud pública. Los bienes de cuyo blanqueo se trata no pueden ser las propias drogas porque en tal caso se estaría ante otro delito de tráfico ilícito. Ello ocurre con la conducta tipificada en el último inciso del art. 368, cuando se refiere a las sustancias o productos que no causen grave daño a la salud (las llamadas consideradas drogas blandas), por definición, es un delito menos grave, si tenemos en cuenta a la pena con que se grava (prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo del valor de la droga objeto del delito). En virtud de esta calificación, algunos autores excluyen este supuesto del delito de blanqueo<sup>344</sup>.

La determinación de la procedencia criminal de los bienes que son objeto de los actos típicos de blanqueo, y que el precepto penal, circunscribe a los delitos graves (cuyo concepto encontramos en el art. 13.1 en relación con el art. 33.2 del CP de 1995), no requerirá otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva grave de modo genérico, la cual en virtud de las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin ser necesaria la demostración plena de un acto delictivo específico o de los concretos partícipes en el mismo<sup>345</sup>.

Pero en aquellos supuestos en que tengan su origen en delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, si tal circunstancia determinará la aplicación de un subtipo agravado (art. 301.1 párrafo 2.º) será imprescindible un mínimo presupuesto indiciario que apunte hacia esa actividad delictiva concreta. La STS de 10 de enero de 2000<sup>346</sup> consideraba probado:

*"... el hecho de desconocer las concretas operaciones de tráfico de drogas de las que procedía el dinero, estimaba suficiente a estos efectos la afirmación de que ese era el origen del dinero y que era conocido por el recurrente, "sin que el conocimiento del autor exija, ni por lo tanto sea precisa prueba al respecto, el cumplido y completo conocimiento de las anteriores operaciones de droga generadoras de tal beneficio, pues ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución".*

Se sancionará el encubrimiento u ocultación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos a sabiendas de que proceden - de alguno de los delitos- expresados en la parte primera del presente artículo- o de un acto de participación en ellos.

En el caso de- imprudencia grave- la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del triplo. La imprudencia grave importa la negligencia inexcusable referida a la procedencia y al uso que se le da a los bienes, se supone que el sujeto activo debería conocer esta situación. La legislación penal debe completarse para la determinación de los deberes de cuidado con la legislación extrapenal: Ley 10/2010.<sup>347</sup>

<sup>343</sup> M. BAJO FERNANDEZ, *cit.* p. 254 ss.

<sup>344</sup> A. PALOMO DEL ARCO, *Receptación y figuras afines*, en *Estudios de Derecho Judicial*, 2, 1996, Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte Especial)», p. 453

<sup>345</sup> MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico, parte especial*, *cit.*, p.. 308.

<sup>346</sup> STS de 10 de enero de 2000 (RJ 433/2000).

<sup>347</sup> M. CORCOY BIDASOLO et.al *Comentarios al Código Penal, Reforma 2010*, Valencia, 2011, p.667.



Otro aspecto importante es que el culpable será castigado aunque el delito del que provienen los bienes o los actos penados- hubiese sido cometido- total o parcialmente en el extranjero. Las ganancias obtenidas serán decomisadas conforme a las reglas del art. 127 del Código Penal.

Esta nueva regulación introduce una nueva conducta dirigida a aquel sujeto que simplemente posea los bienes, a sabiendas- de que estos tienen su origen- ilícito. Es necesario tener en cuenta la Ley 10/2010 de 28 de abril sobre Prevención del Blanqueo de Capitales que en su artículo 1 establece<sup>348</sup>:

*“A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito...”*

Podemos decir que conforme a esta Ley que la simple tenencia de dinero no declarado podrá ser considerada constitutiva- de un delito de blanqueo de capitales. Al tener el carácter de un delito conexo ligado al delito previo (en el caso del delito fiscal) hasta que no se regularice la situación tributaria no se empezará a computarse el plazo de prescripción que es de diez años (art. 131 CP). En definitiva no será hasta entonces cuando el sujeto activo deje de poseer el bien ilícito y de cometer el delito fiscal (delito previo en este caso).

En conclusión la nueva regulación establece que la simple tenencia de bienes de procedencia ilícita - constituye un delito de blanqueo de capitales.

#### B) Por la pertenencia a organizaciones

Establece el art. 302:

*“En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.”*

En los- casos enunciados, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años. Imponiéndose multa de dos a cinco años o de seis meses a dos años en el caso de que de acuerdo con el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica<sup>349</sup>.

Podrán decretar, asimismo, alguna de las medidas siguientes:

- a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.
- b) Suspensión de las actividades de la organización, o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años.
- c) Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años<sup>350</sup>.

El concepto de organización es relativamente indeterminado, de ahí que haya tenido que ser aclarado por los tribunales exigiendo para su apreciación<sup>351</sup>:

<sup>348</sup> M. CORCOY BIDASOLO, et.al., *cit.*

<sup>349</sup> M. CORCOY BIDASOLO et. al, *cit.* p. 667

<sup>350</sup> C. MARTINEZ – BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico parte general*, Valencia, 1998, p. 72.

<sup>351</sup> STS de 19 de enero de 1995 (RJ 569/1995).

- a) Existencia de pluralidad de personas.
- b) Distribución de cometidos entre ellas.
- c) Estructura jerarquizada.
- d) Plan predeterminado en cuyo desarrollo se actúa.
- e) Dotación de medios
- f) Estabilidad o vocación de permanencia.

La organización debe dedicarse efectivamente al blanqueo, aunque no constituya ésta su única finalidad. La norma prevé una mayor agravación específica para jefes, administradores o encargados de la organización, previsión que no opera como supuesto de responsabilidad objetiva sino que requiere de la real intervención en el hecho de que se trate.

En el apartado 2 del nuevo artículo 302 del CP- en virtud del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto en el artículo 31 bis se establecen las penas a imponer. Ya que en todos los casos del apartado 1 la pena genérica- que eventualmente se podría imponer por un delito consumado supera los cinco años. Pero solamente si concurre alguna circunstancia que permita imponer la pena en un grado inferior a la prevista en este precepto (ejemplo: arts. 62; 63; 66.1.2. ó 7) se impondrá la multa de seis meses a dos años.<sup>352</sup>

El delito de blanqueo se desarrolla a menudo a través del empleo de sociedades con residencia en paraísos fiscales, para beneficiarse de la opacidad que caracteriza a estas jurisdicciones. Los obstáculos a la investigación de estos delitos radican en la dificultad de seguir el flujo del dinero, especialmente cuando tiene su origen o destino en paraísos fiscales, lo que garantiza la confidencialidad de las transacciones financieras. Otro problema es el uso para estos movimientos de filiales de entidades bancarias ubicadas en paraísos fiscales, lo que garantiza asimismo la opacidad, ocultándose la titularidad de las cuentas<sup>353</sup>

Como podemos observar las personas jurídicas son un medio utilizado para blanquear dinero ya que brindan mucha más seguridad y se puede mucho más fácilmente ocultar el verdadero origen del dinero a blanquear. Es por ello que el Código Penal no ha dejado de lado a estos sujetos sino que los considera también como probables sujetos activos de dicho delito.

### C) Agravación por la condición profesional del autor

Establece el art. 303:

*"Si los hechos previstos en los arts. anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma. A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes".*

<sup>352</sup> M. CORCOY BIDASOLO et.al., cit. p.669.

<sup>353</sup> M. T. PALACIOS CRIADO, Blanqueo de capitales. Agentes intervinientes: el deber de colaboración. Especial mención de los Notarios, en Judicatura y Notariado ante los delitos económicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 43-59: 50.

El presente es una reproducción casi literal del art. 372 del vigente Código Penal que reprodujo- el contenido del art. 344 bis i) del Código de 1973. El fundamento de la agravación radica en la mayor facilidad que para la comisión del blanqueo representa la condición de profesional de la empresa o intermediario en el sector financiero, o bien el mayor desvalor de la conducta desarrollada por los funcionarios públicos, respecto de los que resulta llamativo que no se exija que actúen con abuso de su función, esto no implica que se prevea la imposición de la pena de inhabilitación<sup>354</sup>. La agravación no está justificada para los trabajadores sociales, docentes o educadores ni respecto de los facultativos y asimilados, a excepción- que la situación se conecte a las conductas de blanqueo de bienes procedentes del tráfico ilícito de drogas, lo que la norma ciertamente no exige<sup>355</sup>.

### **III.5. Los elementos del tipo en el ordenamiento italiano. El reato di riciclaggio e i suoi elementi costitutivi**

Il termine riciclaggio- nasce- dalle caratteristiche delle attività volte a cancellare la traccia che il reato lascia sul denaro

La fattispecie di reato di riciclaggio, per potersi realizzare, necessita del compimento di un reato presupposto - il reato di riciclaggio è in primo luogo un fenomeno economico finanziario - cioè del reato dal quale deriverà il provento da reimmettere poi nel circuito económico attraverso il riciclaggio (denaro, beni o altre utilità). Nella reglamentazione dall' anno 1978 il legislatore aveva circoscritto i possibili reati presupposto a tre solè ipotesi<sup>356</sup>:

- rapiña aggravata;
- estorsione aggravata;
- sequestro di persona a scopo di estorsione.

Risale al 1978- l' introduzione del reato di riciclaggio, nella normativa introdotta trattava di una fattispecie di reato a consumazione anticipata: la norma, ai fini dell'imcriminatione, non richiedeva la produzione dell'evento lesivo, essendo sufficiente il mero compimento di atti o fatti diretti a consentire la realizzazione di denaro o di altre utilità di provenienza illecita che costituiscono il risultato che l'agente si era prefisso nel momento in cui poneva in essere il reato presupposto. Essendo una fattispecie «a consumazione anticipata», il reato di riciclaggio non ammetteva il tentativo<sup>357</sup>. Infatti la presenza di operatori economici collusi con la criminalità altera i

---

<sup>354</sup> DIAZ MAROTO Y VILLAREJO, *cit.* p. 16 ss.

<sup>355</sup> C. ARANGUEZ SANCHEZ, *Prevenção y represión del blanqueo de capitales*, Barcelona, 2000, p.281.

<sup>356</sup> P. BARUCCI, *Riciclaggio del denaro sporco*, Milano, 1991.

<sup>357</sup> Si veda Cass. pen., sez. II, 1° ottobre 1983 (2 febbraio 1983), n. 7728, Banca dati Lex Plus, *cit.* Con la norma dell'art. 648 *bis* cod. pen., introdotta dall'art. 3 D.L. 21 marzo 1978, n. 59, convertito in legge 18 maggio 1978, n. 191, il legislatore ha creato, per la repressione del fenómeno del «riciclaggio», una ipotesi criminosa autonoma «a consumazione anticipata» che non consente il tentativo, per la cui realizzazione è richiesto un plus rispetto al reato di ricettazione, il compimento cioè di atti o fatti diretti alla sostituzione del danaro. Prima del compimento di tali atti o fatti, il soggetto può essere chiamato a rispondere del solo reato di ricettazione o di favoreggiamento reale, mentre una volta compiuti quegli atti risponderà del reato più grave *ex art.* 648-6is, in questo assorbite le ipotesi criminose, eventualmente realizzate, previste dagli artt. 379 e 648 cod. pen. Tuttavia, la fase esecutiva del «riciclaggio» può realizzarsi con una sola azione, comprendente uno o più atti o fatti unitariamente collegati e susseguentisi in breve spazio di tempo, ovvero con più distinte azioni, costituenti ulteriori violazioni della stessa norma incriminatrice, eventualmente unite dal vincolo della costituzione. Si riporta per comodità di consultazione il disposto di cui all'art. 648 «Ricettazione» e all'art. 379 «Favoreggiamento reale»:

meccanismi di mercato, favorendo l'ampliamento della sfera del potere della criminalità organizzata.

Posiamo dire che l'osservazione sul tentativo consentiva un'ulteriore riflessione prendendo spunto dall'articolo 648 c.p., che disciplina la fattispecie della ricettazione. Prima che l'agente compisse gli atti o i fatti idonei a sostituire il denaro di provenienza illecita, egli poteva- essere chiamato a rispondere proprio del reato di ricettazione o di favoreggiamento reale, mentre, una volta posti in essere gli atti idonei alla sostituzione, poteva essere chiamato soltanto a rispondere del più grave reato di riciclaggio, che risultava assorbente rispetto alle fattispecie<sup>358</sup>.

L' esecuzione del reato di riciclaggio, che si sostanziava proprio nel compimento degli atti idonei a realizzare il fine della sostituzione – il termine sostituire rappresenta la condotta tipica del riciclatore- , possa svilupparsi tanto attraverso il compimento di una singola operazione, oppure attraverso il compimento di una pluralità di operazioni che, risultavano tra loro legate dal vincolo della continuazione<sup>359</sup>.

Nel 1990, a seguito della crescente preoccupazione del legislatore non soltanto italiano ma anche europeo- direttiva del Consiglio dei Ministri della CEE n. 308 del 10 giugno 1991- rispetto alla fattispecie in esame, ai reati già individuati venivano aggiunti i delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope. L' inserimento del narcotraffico, in siffatto contesto- è sintomatico della volontà istituzionale di lottare la criminalità organizzata. La direttiva- riprendeva- la definizione di riciclaggio della Convenzione di Vienna. Reati gravi da cui derivano i proventi oggetto di riciclaggio ( traffico di sostanze stupefacenti)<sup>360</sup>.

Nell'ultima formulazione, a seguito delle modifiche intervenute nel 1993, il legislatore ha optato per non individuare tassativamente le ipotesi di reato presupposto, attenendosi- a una formulazione più generica della norma, individuando il possibile presupposto in tutte le ipotesi di delitto non colposo<sup>361</sup>.

Il nuovo testo del articolo 648 *bis* ha, di fatto, ridisegnato la fattispecie, abbandonando la configurazione -tipica, peraltro, del reato a consumazione anticipata<sup>362</sup>, della materialità del reato come fatti o atti diretti alla sostituzione di

---

<sup>358</sup> A. MIFSUD, *Antiriciclaggio*, Milano, 2007.

<sup>359</sup> A. SCIALOJA et.al., *Antiriciclaggio*, Maggioli, 2011.

<sup>360</sup> RAZZANTE RANIERI, *La Regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, Linea Professionale, 2011.

<sup>361</sup> Si rammenti alla Convenzione del Consiglio d'Europa dell'8 novembre 1990 in materia di riciclaggio, in particolare nella parte in cui <vengono considerati quali reati potenziali presupposto del riciclaggio tutti i reati >

<sup>362</sup> Occorre distinguere il momento dell' esecuzione da quello della consumazione del reato fasi che nei reati dolosi, sono precedute dal momento dell'ideazione del reato. Si veda ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIII ed., Milano, p. 433. Altra dottrina individua, relativamente al- *Viter criminis*, le seguenti fasi: 1. ideazione; 2. preparazione; 3. esecuzione; 4. perfezione. A tale ultimo proposito si veda MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1996, p. 427. Per quanto riguarda la consumazione cosiddetta anticipata, la stessa si perfeziona a prescindere dalla verifica dell'evento. In argomento si veda la giurisprudenza della Corte di Cassazione che si è pronunciata relativamente alla fattispecie di riciclaggio. In particolare si segnala la pronuncia: Cass. pen., sez. I, 29 luglio 1986 (C.C. 15 maggio 1986), n. 2225, Banca dati Lex Plus, cit. n delitto previsto dall'art. 648-bis cod. pen. («sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione») rientra nella categoria dei cosiddetti reati a consumazione anticipata. Per la sua realizzazione non è necessario che si verifichi l'evento lesivo ma è sufficiente il compimento di atti o fatti diretti a realizzare il risultato prefissato e cioè il «riciclaggio» del denaro o dei valori. (Nella specie la corte ha ritenuto che il reato si perfeziona con il possesso e il trasporto del denaro nel territorio dello Stato, a prescindere dall'effettivo «riciclaggio», completato materialmente all'estero).

denaro o altre utilità provenienti da particolari gravi delitti tipica della fattispecie voluta dal legislatore nel 1978<sup>363</sup>.

Pertanto- si individuano due diverse ipotesi fattuali: la prima consiste nella sostituzione o trasferimento del denaro o delle altre utilità provenienti da specifici delitti; la seconda, che funge da formula di chiusura, incrimina qualsiasi condotta, diversa dalla sostituzione, che sia tale da frapporre ostacoli alla identificazione del denaro, dei valori o altro di provenienza illecita specifica<sup>364</sup>.

Lo scopo della norma era, e continua a essere, quello di impedire che, una volta verificatosi un delitto, persone diverse<sup>365</sup> da quelle che lo hanno commesso o hanno concorso a commetterlo (fuori dai casi di concorso nel reato) possano- si nota come la legge n.328/1993 ha lasciato- intatta la rubrica dell' articolo - con la loro attività, trarre vantaggio dal delitto medesimo, ostacolando, con l'attività del riciclaggio del denaro o dei valori, l'attività della Polizia Giudiziaria tesa a scoprire gli autori del reato.

Si può dire che il reato di cui all' articolo 648-*bis* c.p. ha natura plurioffensiva, in quanto è certamente posto a tutela del patrimonio, ma anche della sicurezza e della libertà dei traffici economici, dell' amministrazione della giustizia e dell'ordine pubblico, apprestando una tutela ampia relativamente a beni giuridici diversi<sup>366</sup>.

Quando l'art. 648-*bis* si occupa di disciplinare l'ipotesi di denaro <proveniente> da delitto non colposo, tale termine non è da intendersi nel suo significato letterale più stretto, - ci consente di individuare un'unica e piuttosto astratta ipotesi di applicabilità- bensì in un senso più lato, comprensivo di ogni ipotesi nella quale sia da riconoscersi rimmanenza della provenienza del denaro da quei delitti, per l'inidoneità dei precedenti sistemi usati a fargli perdere siffatto carattere<sup>367</sup>; tale provenienza può essere anche

---

<sup>363</sup> A proposito delle modifiche intervenute nel 1990 e 1993 l'impostazione del reato di riciclaggio come fattispecie a consumazione anticipata è stata abbandonata dal legislatore. Si veda in argomento la pronuncia della Cass. pen., sez. I, 3 agosto 1993 (29 marzo 1993), n. 7558, Banca dati Lex Plus, cit. In tema di riciclaggio, il nuovo testo dell'art. 648-*bis* cod. pen., introdotto dall'art. 23 della legge 55/1990, ha ridisegnato la fattispecie abbandonando la configurazione - tipica del reato a consumazione anticipata - della materialità del reato come fatti o atti diretti alia sostituzione di denaro o altre utilità provenienti da particolari, gravi delitti. L'attuale fattispecie, infatti, si articola in due ipotesi fattuali: la prima consiste nella sostituzione del denaro o delle altre utilità provenienti da specifici delitti; la seconda opera come formula di chiusura, acriminando qualsiasi condotta - distinta dalla sostituzione - che sia tale da frapporre ostacoli all'identificazione del denaro, dei valori o altro di provenienza illecita specifica.

<sup>364</sup> A. CASTALDO - M. NADDEO, *Il denaro sporco*, Milano, 2010.

<sup>365</sup> In materia di impiego del denaro, dei beni e delle utilità nelle attività proprie del soggetto che ha commesso il reato presupposto al riciclaggio si veda Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 1994 (C.C. 14 luglio 1994), n. 3390, Banca dati Lex Plus, cit. Non configura l'attività delittuosa prevista dagli artt. 648-*bis* e 648-*ter* cod. pen. l'impiego nelle proprie attività economiche del danaro ricavato dal traffico di sostanze stupefacenti svolto dal medesimo soggetto.

<sup>366</sup> A proposito della tipicità del fatto reato alla quale si deve riconnettere una tassatività del bene giuridico tutelato si veda FIANDACA MUSCO, *Diritto pénale. Parte generale*, III ed., Bologna, p. 154. In argomento si veda ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 170: l'Autore sottolinea l'opinione prevalente secondo la quale accanto al soggetto passivo particolare di ciascun reato vi è un soggetto passivo costante per ogni reato da identificarsi nello Stato. A tal proposito, comunque, l'ANTOLISEI evidenzia come la distinzione mantenga un proprio valore solo sotto un profilo essenzialmente teorico e non pratico (di contrario avviso ARAGONA, *Reato plurioffensivo, categoria operativa e non meramente descrittiva*, in *Riv. It.*, 1971, p. 960). Per altra parte della dottrina, in realtà, il soggetto passivo del reato sarebbe sempre lo Stato, riservando alle persone fisiche e giuridiche il solo ruolo di soggetti passivi dell'azione (a tal proposito si veda *Delogu, La loi pénale et sou application*, Universités Egyptiennes, 1974).

<sup>367</sup> Si veda Cass. pen., sez. I, 12 giugno 1987 (16 marzo 1987), n. 7382, Banca dati Lex Plus, cit. In tema di riciclaggio del denaro, il termine «proveniente» contenuto nel contesto dell'art. 648-*bis* cod. pen. non è da intendersi nel suo significato letterale più stretto, bensì in un senso più lato, comprensivo di ogni ipotesi nella quale sia da riconoscersi rimmanenza della provenienza del danaro da quei delitti, per l'inidoneità dei precedenti sistemi usati a fargli perdere siffatto carattere.

mediata: cioè che conta, ai fini della realizzazione del reato di riciclaggio, è che l'agente ne sia consapevole e agisca sulla base di tale consapevolezza.

### *III.5.1. Il presupposto per l'esistenza del reato*

L'evoluzione della fattispecie normativa del riciclaggio- richiede un doveroso approfondimento è proprio il presupposto per la esistenza del reato <sup>368</sup>. Si è già segnalato- che mentre tra il 1978 e il 1990 il legislatore ha individuato tassativamente i possibili reati presupposto (sequestro di persona a scopo di estorsione, rapina aggravata, estorsione aggravata, i delitti concernenti la produzione e il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope), a oggi ogni delitto non colposo si considera idoneo a presupporre il riciclaggio<sup>369</sup>.

La scelta del legislatore si spiega con la necessità di potenziare gli strumenti a disposizione dell'ordinamento per lottare contro la criminalità organizzata, la cui attività presenta, come uno dei momenti fondamentali, quello della così detta «pulitura» del provento del reato. Tale- condotta- si è già osservato che può atteggiarsi in due modi diversi, il primo consistente nella sostituzione o nel trasferimento del denaro o delle altre utilità di provenienza illecita, il secondo nel compimento di operazioni tali da ostacolare l'identificazione della provenienza del denaro o delle altre utilità. È proprio in questa ultima forma che la fattispecie punisce effettivamente tutte le attività di «ripulitura» del bene, del denaro sporco o dei valori di provenienza illecità, aventi lo scopo di «far perdere le tracce» delle illecità della provenienza degli stessi<sup>370</sup>.

La formulazione generica della norma che va a colpire il denaro, i beni (in realtà si tratta di una specificazione superflua, in quanto anche il denaro, tecnicamente, è un bene) e ogni altra utilità ha consentito alla giurisprudenza più recente di applicare in modo sempre la norma, arrivando, per esempio, a configurare il reato di riciclaggio e non quello di ricettazione nei casi di vendita di veicoli cui siano stati contraffatti i dati identificativi del motore o cui siano state apposte targhe di pertinenza di altri veicoli (Cass. 3 febbraio 2003, n. 512526). Di fatto, quindi, l'attuale art. 648-bis va a colpire qualsiasi forma di reinvestimento, realizzato, dei profitti illeciti, qualunque sia il delitto doloso da cui provengono<sup>371</sup>.

La formulazione della norma è semplice <qualunque delitto non colposo> lascia spazio anche all'elemento soggettivo della predeterminazione. Poiché nel nostro ordinamento l'unica fattispecie punita per essere commessa con preterintenzione è l'omicidio, ai sensi dell'art. 584 c.p.; è più difficile immaginare che a seguito della commissione di tale reato possano concludere nelle utilità da ripulire attraverso il riciclaggio. Perché si può dire che i reati presupposto sono tutti i delitti dolosi<sup>372</sup>.

---

<sup>368</sup> In mérito all'eventuale condizione di non punibilità del reato presupposto, si veda Cass. pen., sez. II, 21 giugno 2005 (C.C. 11 maggio 2005), n. 23396, Banca Dati Lex Plus, cit. Ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 648-bis cod. pen. è irrilevante la circostanza che per il reato presupposto concernente la violazione della normativa tributaria operi la condizione di non punibilità contenuta nell'art. 9, comma decimo, lett. c), della legge 289/2002 (cosiddetto condono tributario). (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che il richiamo contenuto nell'ultimo comma dell'art. 648-bis alle rispettive fattispecie criminali comporti l'applicazione della previsione di cui al terzo comma dell'art. 648, in base alla quale deve ritenersi irrilevante ai fini della configurabilità del reato di ricettazione, come pure di riciclaggio, la presenza, tra l'altro, di una condizione di non punibilità del reato presupposto.)

<sup>369</sup> Modifica normativa introdotta dal legislatore (come sopra ampiamente evidenziato) a mezzo della legge 9 agosto 1993, n. 328.

<sup>370</sup> P. CENCI, *La nuova normativa antiriciclaggio*, Milano, 2010.

<sup>371</sup> A. MIFSUD, *Antiriciclaggio*, op. Cit.

<sup>372</sup> RIAZZANTE RANIERI, *La regolamentazione antiriciclaggio in Italia*, op.cit.

### III.5.2. Il dolo e l'elemento soggettivo del reato di riciclaggio

Possiamo- fare alcune osservazioni sia sul dolo in generale sia sull'elemento psicologico del reato di riciclaggio. Senza addentrarsi nelle diverse figure e intensità del dolo conosciute dall'ordinamento e nelle diverse teorie da esse scaturite, il delitto si considera doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o dell'omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione (art. 43 c.p.)<sup>373</sup>.

Nell'ambito dei moderni diritti penali, il principio di soggettività del fatto sta a indicare che, per aversi reato, non basta che il soggetto abbia posto in essere un fatto materiale- offensivo (il *prius*), ma occorre altresì che questo gli appartenga psicologicamente<sup>374</sup>, che sussista cioè non solo un nesso causale ma anche un nesso psichico tra l'agente e il fatto criminoso (il *posterius*), onde questo possa considerarsi opera di costui. E svolge un'ulteriore funzione di delimitazione dell'illecito penale.<sup>375</sup>

Il Codice penale disciplina l'elemento psicologico del reato all'art. 43 - Elemento psicologico del reato.

Il delitto<sup>376</sup>:

- è *doloso*, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, e dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione;

- è *preterintenzionale*, o oltre l'intenzione, quando dall'azione o omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente ;

- è *colposo*, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Non è sufficiente la mera previsione dell'evento, se bisogna- la proiezione della volontà verso la produzione dell'evento stesso. Non significa che all'agente sia richiesta la coscienza dell'offesa del valore tutelato dalla norma, stante anche il disposto dell'art. 5 c.p.<sup>377</sup>, questo articolo dal codice penale privilegia il momento della rappresentazione della tutela penale di un determinato valore, rispetto a quello della lesività del fatto cioè la coscienza dell'antigiuridicità o dell'antisocialità della condotta questo non è un elemento del dolo, per la cui sussistenza è necessario che l'agente abbia la coscienza e volontà di commettere una determinata azione<sup>378</sup>.

<sup>373</sup> G. RODDI, *La normativa antiriciclaggio*, Milano, 2009.

<sup>374</sup> FAIELLA SIMONE, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Milano, 2009.

<sup>375</sup> G. GASTALDI, *La disciplina italiana sulla segnalazione delle ipotesi di riciclaggio principali novità e problematiche*, Rimini, 29 gennaio 2010.

<sup>376</sup> P. CENCI, *La nuova normativa antiriciclaggio*, cit.

<sup>377</sup> L'art. 5 c.p. statuisce: «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale».

<sup>378</sup> Si vedano, tra gli altri: PISAPIA, *La nuova disciplina dei reati commessi a mezzo della stampa*, in *Riv. it.*, 1958, p. 307; VASSALLI, Sulla legittimità costituzionale dell'art. 57 c.p., *Giur. Cosí*, 1956, p. 218; VENDITTI, *Il principio di personalità della pena e le sanzioni collettive di guerra*, in *Riv. it.*, MANTOVANI, *Responsabilità per fatto altrui ai confini tra diritto civile e diritto penale*, Milano, 1962, p. 51; FLORA, *La responsabilità penale personate nelle sentenze della Corte Costituzionale*, Temi, 1974, p. 264; Mantovani, op. cit., p. 300 e ss.

Essendo la conoscenza della legge penale presunta dall'art. 5 c.p.,<sup>379</sup> nel momento che l'agente abbia posto in essere coscientemente e con volontà libera un fatto vietato, il dolo deve essere ritenuto sussistente, semplicemente senza che sia necessaria la coscienza dell'agente di compiere un'azione illegittima o antisociale, sia nel senso di consapevolezza della contrarietà alla legge penale, oppure di contrarietà con i fini della comunità organizzata.<sup>380</sup>

Il dolo di cui all'art. 648-*bis* è dolo generico, a differenza di quello che, prevedeva la norma relativamente al testo dal legislatore nel 1978 che, nel prevedere l'ottenimento di un profitto, sanzionava l'elemento psicologico quale dolo specifico<sup>381</sup>.

L'elemento soggettivo è il medesimo che alla base del reato di riciclaggio, trattandosi sempre del dolo. Il dolo richiesto per la punibilità del reato di riciclaggio è quello generico, consiste nella coscienza e volontà dell'agente di compiere l'attività di sostituzione, trasferimento o «ripulitura» con la consapevolezza della provenienza del denaro, del bene o delle altre utilità da delitto doloso<sup>382</sup>.

Pertanto per la punibilità è sufficiente la sussistenza del dolo eventuale<sup>383</sup>, significa che, se l'agente, pur non sapendolo direttamente, si è malgrado prospettato la possibilità che il denaro, i beni o le utilità da riciclare provengano da delitto doloso e, nonostante ha comunque posto in essere il fatto materiale, accettando il rischio di incorrere nelle sanzioni dei articolo 648-*bis*. Risponderà senza dubbio alcuno di tale delitto a titolo di dolo eventuale- *essendo a conoscenza* - È necessario che la scienza dell'agente, in ordine alla provenienza dei beni da determinati delitti, può essere desunta da qualsiasi elemento, e sussiste quando gli indizi in proposito siano così gravi e univoci da autorizzare la logica conclusione della certezza che i beni ricevuti siano di derivazione delittuosa (senza dubbio) anche mediata (in tal senso si è espressa la Corte di Cassazione)<sup>384</sup>.

---

<sup>379</sup> La Corte Costituzionale con sentenza 24 marzo 1988, n. 364, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile».

<sup>380</sup> A. COSSEDDU, *Riciclaggio fenomeno economico- criminale e complessità di un percorso normativo*, Sassari, 17 aprile 2009.

<sup>381</sup> A proposito dell'esatta qualificazione dell'elemento soggettivo nel reato di riciclaggio, anche alla luce delle modifiche normative intervenute nel tempo, si veda FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, p. 252. Gli autori sottolineano come «il dolo, anche dopo la modifica della fattispecie (il giurista si riferisce alle modifiche della primigenia fattispecie normativa intervenute nel 1990 e nel 1993, *N.d.R.*) continua a rimanere generico (...) la formula - in modo da ostacolare - non può essere interpretata come indicatrice di una specifica finalità».

<sup>382</sup> CIRCOLARE COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA, n.81 del 18 agosto 2008.

<sup>383</sup> La giurisprudenza della Corte di Cassazione invero non è costante sul punto. A parere di chi scrive, la tesi di considerare integrata la fattispecie penale anche a titolo di «dolo eventuale» sembrapreferibile, viepiù sulla scorta di alcune considerazioni di ordine sistematico che vedono il legislatore particolarmente attento alla segnalazione di operazioni «sospette» di riciclaggio (si veda a tal proposito il disposto del Decalogo della Banca d'Italia del 12 gennaio 2001 e i richiami inseriti nell'ambito dei regolamenti di attuazione al D.lgs. 2004 del febbraio 2006, n. 56). Nell'ambito della giurisprudenza della Suprema Corte si segnala la pronuncia Cass. pen., sez. VI, 26 luglio 2002 (12 aprile 2002), n. 28845, Banca Dati Lex Plus, cit. Il giudice sancisce che: «né, all'evidenza, può in proposito parlarsi di inversione dell'onere della prova in tema di colpevolezza, posto che dall'argomentazione esposta emerge chiara la prova del dolo, quanto meno eventuale, con conseguente esclusione di qualsiasi profilo di incostituzionalità».

<sup>384</sup> Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 1995 (6 aprile 1995), n. 9090, Banca dati Lex Plus, cit.

In tema di riciclaggio (art. 648-*bis* cod. pen.) la scienza dell'agente in ordine alla provenienza dei beni da determinati delitti può essere desunta da qualsiasi elemento e sussiste quando gli indizi in proposito siano così gravi e univoci da autorizzare la logica conclusione della certezza che i beni ricevuti per la sostituzione siano di derivazione delittuosa specifica, anche mediata.



La nuova versione dell'art. 648 *bis* non considera più, come nel passato, il fine del profitto: nella prima versione della norma, infatti, ai fini della configurazione della fattispecie di reato anche della punibilità- oggi prevede il tentativo di riciclaggio - era richiesto che l'agente ponesse in essere la condotta con il fine di procurare a sé o ad altri un profitto, o di aiutare gli autori dei reati presupposto ad assicurarsi il guadagno dagli stessi derivante<sup>385</sup>.

Nella norma attuale- il fine del profitto non è più richiesto: ciò deriva dalla diversa *ratio* che ha ispirato la norma; innanzi tutto l'ordinamento si curava che l'agente non traesse utilità dal reato, richiedendo, ai fini della punibilità, il dolo specifico (agire con il proposito di assicurarsi il profitto). Oggi, per la punibilità, sia richiesto il solo dolo eventuale segnala che l'attenzione del legislatore si è spostata su un piano più generale: si intende prevenire specificamente il pericolo di confusione tra risorse di provenienza lecita e risorse di provenienza illecita, non occorre la necessità di indagare sullo scopo di conseguire un profitto da parte dell'agente.<sup>386</sup>

### III.5.3. Il concorso nel reato presupposto

L'art. 648-*bis* c.p.- ha escluso la possibilità, del concorso del «riciclatore» nel reato presupposto.

Per capire il concetto esposto- si cita, ad.es. una pronuncia della Corte di Cassazione che ha ben chiarito il punto: *non configura l'attività delittuosa prevista dagli artt. 648- bis e 648-ter c.p. l'impiego nelle proprie attività economiche del denaro ricavato dal traffico di sostanze stupefacenti svolto dal medesimo soggetto*<sup>387</sup>.

Nell' reato di riciclaggio è penalmente rilevante l'impiego di denaro, di beni o di altre utilità provenienti da reato quali particolari fattispecie di ricettazione, hanno come presupposto l'esclusione del concorso nel reato da cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono.<sup>388</sup>

La Corte di Cassazione ha preso le mosse per la pronuncia sopra riportata costituiva un caso particolare, molto vicino al limite della confondibilità, già che il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope è certamente un possibile reato presupposto del riciclaggio- una parte rilevante di questi reati provengono dal traffico della droga- ma le due fattispecie restano e debbono rimanere completamente distinte, con diverse oggettività giuridiche, possono esistere in capo allo stesso soggetto, sempre in virtù di comportamenti diversi e distinti e non certamente per effetto di un'unica condotta che, al tempo stesso non può realizzare il traffico di sostanze stupefacenti e il reimpiego dei proventi ( degli origini) del medesimo<sup>389</sup>.

Il legislatore aveva valutato opportuno inserire nuovi strumenti allo scopo di favorire l'accertamento processuale del riciclaggio e dell'impiego di capitali illeciti. L'art. 12-*quater* del D.L. 304/1992 (convertito nella legge 306/1992) aveva, delineato una ragione di non punibilità per il cosiddetto «agente provocatore».

---

<sup>385</sup> M. CARBONE – M. TOLLA, *Elementi normativi internazionale e nazionali in materia di riciclaggio*, Cacucci, 2010.

<sup>386</sup> R. SALOMONE, *Normativa antiriciclaggio e reati fiscali. Sulla nozione di provento di reato in il fisco*, n. 13/2010, p. 2004.

<sup>387</sup> Si veda, sul punto, Cass. pen., sez. VI, 13 dicembre 1994 (C.C. 14 luglio 1994), n. 3390, Banca dati Lex Plus, cit.

<sup>388</sup> Art. 648 bis. C.p.p.

<sup>389</sup> RAZZANTE RAINIERI, *Il riciclaggio nella giurisprudenza. Normativa e prassi applicative*, Milano, 2011.

### III.5.4. Il trattamento sanzionatorio

L'art. 648-bis prevede la pena della reclusione da quattro a dodici anni e della multa da 1.032,00 a 15.493,00 euro. Inoltre di tale disposizione, il legislatore ha stabilito sia un'aggravante, sia un'attenuante.

*Art. 648-bis – Riciclaggio: “Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione a essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 1.032 (lire due milioni) a euro 15.493.”*

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale. La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648. L'aggravante è compresa nel secondo comma e riguarda i casi in cui il comportamento sanzionato è posta in essere nell'esercizio di un'attività professionale; l'attenuante è invece contenuta nel terzo comma: essa prevede la possibilità di diminuire la pena laddove il denaro, i beni o le altre utilità procedano da delitto per il quale è fissata la pena della reclusione inferiore nel massimo a cinque anni<sup>390</sup>.

Tra i destinatari- della normativa è necessario segnalare che sono richiamati i professionisti, più penalizzante per tutti coloro che, in senso lato, pongano in essere il comportamento nell'esercizio di un'attività professionale, nel senso che debbono giudicarsi ricompresi tutti i soggetti obbligati al rispetto della normativa amministrativa in materia di antiriciclaggio,<sup>391</sup> avvertendo, con ogni probabilità, il maggior disvalore sociale della condotta posta in essere da tali soggetti e la virtuale maggiore gravità delle conseguenze del reato in quanto l'esercizio di un'attività professionale può agevolare l'operazione di «ripulitura» del provento illecito.

L'attenuante è elaborata sull'fondamento del reato presupposto, di conseguenza, quanto minore è la pena conseguente al suo compimento, in tal modo, minore risulta essere anche la pena per il successivo reato di riciclaggio<sup>392</sup>.

### III.6. Elementos comunes y específicos de las reglamentaciones española e italiana

Los elementos comunes a la legislación española e italiana, serían fundamentalmente: el dolo, si bien en la legislación italiana el dolo eventual es suficiente y el autoblanqueo así llamado en España, en el caso de Italia no se denomina de esta forma sino una conducta inherente al blanqueo de capitales. Distintos términos pero igual concepción.

En Italia el delito de blanqueo de capitales está circunscrito en el Código Penal a dos arts. 648 bis y 648 ter, siendo cumplimentados por la extensa normativa existente tanto en el ámbito económico, financiero, cambiario y aduanero.

<sup>390</sup> RAZZANTE RANIERI, *op. Cit.*

<sup>391</sup> Nel corso della trattazione saranno esaminati, nel dettaglio, gli obblighi introdotti dal legislatore a far data dal 1991 (legge 197/1991) sino alla recente riforma di cui al D.lgs. 56/2004 (resa efficace nell'ambito dell'ordinamento dai decreti di attuazione del febbraio 2006).

<sup>392</sup> Si vedano la modifica della disciplina penalistica in materia tributaria, operata dal legislatore a mezzo del D.lgs. 74/2000. Nell'ambito di tale riforma sono state, infatti, elevate le pene previste per la commissione di reati tributari, rendendo, quindi, inapplicabile l'attenuante prevista dall'art. 648-bis nel caso in cui il reato presupposto sia, per l'appunto, un reato tributario.

En- caso de España, la normativa existente se encuentra en el Código Penal y reglamentación relacionada con este delito.

Posiblemente la diferencia entre uno y otro sistema sea que el sistema italiano en cuanto a la lucha contra el blanqueo de capitales aspecto en los que es mucho más detallado e incisivo. No olvidemos que el nacimiento de la normativa es anterior que en España y la lucha contra el crimen organizado en Italia fue la principal consecuencia de la necesidad de una legislación para luchar contra este delito.

En el caso de que el blanqueo se lleve a cabo sobre bienes procedentes del tráfico de drogas, la punición del delito subyacente subsumirá a la del blanqueo, cuando exista una completa identidad entre la autoría del delito de tráfico de drogas y la del delito de blanqueo de activos.

Así pues, el Derecho español permite la punición independiente del delito de blanqueo de activos y del delito subyacente a dicho blanqueo, con los matices que introduce la más reciente jurisprudencia. En el Derecho comparado (casos de Alemania, Austria, Bélgica, Italia y Suecia)- no se permite esa punición separada. Por lo que respecta al Derecho internacional vigente en España, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 18 de noviembre de 1990, admite que no se castigue al autor del delito de blanqueo, si es a la vez autor de delito subyacente. En el Derecho comparado encontramos que tanto Alemania, Austria, Bélgica, e Italia excluyen como autores del delito de blanqueo de capitales a los autores y partícipes del delito antecedente. En España<sup>393</sup> la jurisprudencia<sup>394</sup> ha afirmado que aunque el delincuente haya consumado el delito-subyacente en ocasiones no ha logrado su propósito plenamente y necesita llevar a cabo una acción posterior para asegurarse el provecho obtenido, pudiendo considerarse esta acción como un acto posterior impune. Un problema que también se ha planteado es el relacionado con el delito fiscal<sup>395</sup> y el blanqueo de capitales. El delito fiscal no es un delito subyacente del delito de blanqueo de capitales ya que el delito fiscal no puede ser delito previo al de blanqueo para ello el delito previo debería ser la fuente o el origen del ingreso, no la causa que haya conducido a evitar el gasto. Se requeriría un desplazamiento patrimonial incrementando el patrimonio previo todo lo cual no se produce con el delito fiscal<sup>396</sup>.

En cuanto a la receptación y encubrimiento el Código Penal español- exige que no se haya intervenido en el delito previo ni como autor ni como cómplice. En el caso de blanqueo de capitales el texto legal no plantea esa exigencia.

### TERCERA PARTE

---

<sup>393</sup> D. Campos Navas, *El comiso y el blanqueo de capitales*, en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, septiembre 2007, p. 176

<sup>394</sup> D. DELGADO GARCIA, *Configuración jurisprudencial del delito de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas. ¿Inversión de la carga de la prueba?*, Madrid, 2004, p. 1031.

<sup>395</sup> J. Iglesias Capella, *La ejecución administrativa de la sentencia en los delitos contra la Hacienda Pública* en *Revista CEF de Contabilidad y Tributación* nº 326 mayo 2010, p. 97

<sup>396</sup> J. Iglesias Capella, *La ejecución administrativa de la sentencia en los delitos contra la Hacienda Pública* en *Revista CEF de Contabilidad y Tributación* nº 326 mayo 2010, pág. 97 y ss

#### IV. ASPECTOS ORGANICOS. LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA

##### IV. 1. La autoridad investigadora

Previo al examen del papel que la LECrim atribuye en el proceso penal al Fiscal, como sujeto que interviene en la investigación penal, es - necesario esbozar las directrices generales de la figura del Ministerio Fiscal en España<sup>397</sup>.

El art. 124 de la Constitución Española -en adelante CE- define las funciones del Ministerio Fiscal, asimismo sus principios rectores y la forma de nombramiento del Fiscal General del Estado. La CE atribuye al Ministerio Fiscal la capacidad de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Función que se reitera en el art. 541 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante LOPJ- y en el art. 1 de la LO 50/1981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>398</sup>.

El Ministerio Fiscal actuará, en el desempeño de sus funciones- por medio de órganos propios y sus principios rectores, en todo caso, serán los de legalidad e imparcialidad en su actuación, y los de unidad de actuación y dependencia jerárquica - art. 124.2 CE-, desde una perspectiva orgánica. En su cúspide y ostentando la representación de la institución se sitúa el Fiscal General del Estado, nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial<sup>399</sup>.

En España la intervención del Fiscal en la fase de investigación, y sobre todo en ciertos procesos, es ciertamente escasa. El legislador español realiza algunos atisbos para reforzar su presencia, como fue la reforma realizada en 1988 con la introducción del proceso abreviado y un claro intento de potenciar sus funciones que quedó plasmado en el art. 785 bis introducido por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, aunque desde entonces y pese a los novedosos cambios introducidos en el proceso penal -en especial, tras la entrada en vigor de los llamados juicios rápidos-, no se ha reforzado ni potenciado su presencia en esta fase procesal. En la última gran reforma, la cual introdujo el enjuiciamiento rápido para determinados delitos, claramente opta por reforzar las facultades de la Policía judicial, en claro detrimento –incomprensible por otro lado- del Ministerio Fiscal, salvo en el caso del proceso penal de menores en donde el Fiscal se erige como auténtico director de la investigación<sup>400</sup>.

Actualmente el Ministerio Fiscal asume un papel diametralmente diferente según el concreto proceso en el que nos situemos, destacando en líneas generales el escaso papel que tiene en el proceso penal ordinario donde las funciones son más limitadas que en el procedimiento abreviado y los juicios rápidos, aunque tampoco en éstos adquieren especial protagonismo<sup>401</sup>.

<sup>397</sup> A. DE OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, Fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal*, Barcelona, 2000.

<sup>398</sup> V. OCHOA MONZÓ, *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2004, p. 106.

<sup>399</sup> N. GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006, p.106.

<sup>400</sup> A. DE OLIVA SANTOS, *op.cit.*

<sup>401</sup> J. JIMENEZ CAMPO, *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VII, Edersa, 2000.

Dejando de lado las posibilidades que le ofrece el procedimiento abreviado en el art. 773 LECrim, - el Ministerio Fiscal desempeña otras funciones que podrían considerarse como tradicionales o características de este sujeto procesal independientemente de la investigación. Así, al Ministerio fiscal le corresponde el ejercicio de la acción penal -arts. 105 y 773 LECrim- siempre que tenga conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, adquiriendo el estatus de parte acusadora y pudiendo instar del órgano judicial la realización de las diligencias de investigación que estime necesarias con el fin de formular y ejercer la acusación formal o, en su caso, solicitar el sobreseimiento<sup>402</sup>.

Por la doble cualidad que concurre en el fiscal, de sujeto de la investigación y parte acusadora, es por lo que se permite al fiscal la posibilidad de ordenar detenciones -vid. art. 5 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal-, y de - solicitar del órgano judicial la adopción de medidas cautelares, entre ellas, la prisión provisional<sup>403</sup>.

Pero existen otras facultades añadidas en el marco del proceso abreviado, como antes se afirmaba, y es por eso que se permite en la ley la posibilidad de que el Fiscal pueda recibir denuncias propiciando una investigación mediante las diligencias que estime pertinentes para comprobar los hechos denunciados, bien por sí mismo o con el auxilio de la policía judicial, pudiendo decretar el archivo de las actuaciones pero únicamente cuando entienda que el hecho no reviste los caracteres de delito, o bien de no concurrir esta circunstancia remitiendo al juez lo practicado instando la incoación del procedimiento -art. 773.2 LECrim-. De todas formas, la ley determina que el Fiscal cesará en las diligencias realizadas tan pronto tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos -art. 773.2, infine-. La previsión anterior, para autores como ASECIO<sup>404</sup>, es un avance, pero insuficiente ya que impone límites estrictos a la decisión del Fiscal al permitir el archivo en el único supuesto de ausencia de tipicidad del hecho, y por la finalización en la investigación realizada ante la apertura de expediente judicial.<sup>405</sup>

Sin embargo en la Ley del Jurado no se ha producido ningún adelanto en esta materia. Esta Ley del Jurado mantiene la instrucción judicial.

Podemos establecer un binomio diferenciador entre investigación e instrucción, en clara alusión a las etapas existentes en el actual proceso penal español pero que esconden tras de sí matices distintos de una misma realidad. Las bases o fundamentos para mantener la aludida diferenciación se buscan, apelando al entendimiento que sobre dichos términos se adoptan entre quienes interpretan el sentido de la lengua castellana -entiéndase la referencia a la Real Academia de la Lengua Española-<sup>406</sup>. No puede negarse que, - existen diferencias entre los términos, incluso nos parece acertado este recurso de acudir al significado lingüístico de los términos usados tan frecuentemente en el proceso penal.

Aquellos autores<sup>407</sup> que aluden a la distinción entre estos dos momentos procesales de investigación e instrucción, y aun adoptando concretas y variadas

---

<sup>402</sup> N. GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, *Investigación y prueba en el proceso penal*, cit. p. 101.

<sup>403</sup> JIMENEZ ASENJO, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 722.

<sup>404</sup> J. ASECIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2004, p. 52

<sup>405</sup> E. LLERA SUÁREZ – BÀRCENA, *La atribución de la actividad investigadora*, Valencia, 1997.

<sup>406</sup> E. DE URBANO CASTRILLO, *Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente*, en «El Juez de Instrucción y juez de garantías: posibles alternativas», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 42-2002, p. 25 y ss.

<sup>407</sup> Entre otros, M.CALVO SÁNCHEZ., *Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal*, en *Justicia*, núm. 1, 1990, pp. 64 y ss.; M.COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, *Investigación e instrucción en el proceso penal*, en *Las reformas procesales*, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 58, 2004, pp. 88 y ss.; E. DE URBANO CASTRILL, E., *Investigación e instrucción...*, en

definiciones de estos términos, destacan que lo común entre ambos es la coincidencia en entender que la instrucción alude a una etapa de naturaleza jurisdiccional, caracterizada por la presencia del juez, en la cual pueden adoptarse medidas limitadoras de derechos fundamentales. Por su parte, la investigación sería una fase que podría considerarse preprocesal que precede a la instrucción propiamente dicha; y que comprendería todas aquellas diligencias dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo cometido y a la averiguación o descubrimiento de su autor<sup>408</sup>. Aunque es una distinción en todo punto adecuada y lógica, en estas páginas se usan, en ocasiones indistintamente, ambos términos en ciertos momentos al entender que incluso en lo que podría considerarse como investigación propiamente dicha, también el órgano judicial tiene un marcado protagonismo.

La investigación es una fase que existe en todo proceso penal como fase previa al enjuiciamiento encaminada a determinar y descubrir las circunstancias que rodean el hecho delictivo y a su posible autor, que comprende diversas diligencias y medidas de distinta naturaleza<sup>409</sup>.

La finalidad - de esta fase del proceso penal es la averiguación y constancia de la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos -art. 299 LECrim-. O dicho de otro modo, y en la línea del Tribunal Constitucional español, la finalidad perseguida no es otra que la realización de las diligencias esenciales para poder determinar los hechos, las personas participantes en los mismos y, en su caso, el órgano competente para el enjuiciamiento, entre los cuales hay que, incluir no sólo las necesarias para formular la acusación, sino aquellas también que apreciadas su esencialidad por el Juez, puedan favorecer al imputado<sup>410</sup>.

Así, podemos decir que la fase de instrucción, ampliamente entendida, persigue, según la LECrim, las siguientes funciones<sup>411</sup>:

En el procedimiento ordinario por delitos, previsto para el enjuiciamiento de penas superiores a nueve años de privación de libertad siempre que no sea un delito que venga atribuido al jurado, la fase de instrucción se denomina «sumario» y la función esencial que le atribuye la ley es la de preparar el juicio oral, como expresamente determina el art. 299 LECrim. Es así que en este proceso esta fase se configure con una amplitud cuestionable, ya que podrán practicarse todas las actuaciones que sean necesarias para averiguar y hacer constar la perpetración del delito con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos<sup>412</sup>.

En el procedimiento abreviado -delitos castigados con penas privativas de libertad no superior a nueve años, o cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración, y siempre que por el delito no corresponda el juicio de jurado u otro especial- el derogado art. 789.3 LECrim establecía que la investigación en este procedimiento -denominada diligencias

---

Estudios de Derecho Judicial, op. cit., pags. 25 y ss.; V. JIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, p. 267; J. MARTÍN PASTOR, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, 2005, p. 311.

<sup>408</sup> Artículo 299 LECrim.

<sup>409</sup> J. MARTÍN Y MARTÍN, *La instrucción penal*, Barcelona, 1999.

<sup>410</sup> STC 32/1994, de 31 de enero de 1994, RJ 32/1994.

<sup>411</sup> DE LLERA SUAREZ – E. BARCENA, *Modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, p. 17.

<sup>412</sup> V. MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, 2ª ed. Madrid, 1997.

previas-, se dirigía a la realización de aquellas diligencias que fueran necesarias para formalizar la acusación, de forma que si aquella finalidad se obtenía del atestado levantado por la policía judicial, no era necesario practicar, - ninguna otra diligencia. Sin embargo, la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, concede una nueva redacción a dicho precepto y así el actual art. 777 de la LECrim se asemeja ahora más a la previsión del procedimiento ordinario, al establecer que se practicarán todas las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para su enjuiciamiento<sup>413</sup>. Esta última mención es determinada por la distribución en cuanto a su competencia entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales (Juzgados Centrales de lo Penal y Sala de la Penal de la Audiencia Nacional) para conocer de este procedimiento según la gravedad del delito (art. 14 LECrim.).

En el - procedimiento ante el jurado, regulado en la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado para los delitos que se recogen en los arts. 1 y 2 de la citada Ley, se prevee que en esta etapa deberán practicarse las diligencias solicitadas por las partes, pero solamente las que sean imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y no pudieran practicarse en la audiencia preliminar prevista en la propia ley del jurado -art. 27.1 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado-.

También es necesario mencionar los llamados juicios rápidos, creados al amparo de la Ley 38/2002, la previsión dista bastante de la comentada hasta ahora en relación con los otros procesos de la LECrim.<sup>414</sup>. En la actualidad la vía de los juicios rápidos se prevé para delitos castigados con pena de prisión no superior a cinco años, u otras que no excedan de diez años, cuando en el hecho concurran alguna de las siguientes circunstancias: a) flagrancia; b) hecho constitutivo de delito de lesiones, coacciones, amenazas, maltrato familiar habitual, hurto o robo, incluidos los de uso de vehículos de motor, o delitos contra la seguridad del tráfico; c) que sea presumible que la instrucción sea sencilla -art. 795 LECrim-. Siendo necesario resaltar como - requisito básico al que ha de sumarse alguno de los anteriores - que el proceso penal se haya incoado en virtud de atestado policial y esté identificado y localizado el denunciado, sea por haber sido detenido, sea porque la Policía le haya citado ante el Juzgado de guardia<sup>415</sup>. En este nuevo proceso así estructurado - la etapa de investigación se tramita como “diligencias urgentes”, siendo esenciales, como se puede deducir de lo dicho, las diligencias practicadas por la policía judicial -previstas esencialmente en el art. 796 LECrim- y las cuales han sido incluidas en el atestado que ha de remitir al Juzgado de guardia<sup>416</sup>.

Una vez recibido el atestado, el Juez decide - las mencionadas «diligencias urgentes», previstas de forma exhaustiva en el art. 797 LECrim, aunque si el juez entiende que las diligencias practicadas por la policía son suficientes para continuar juicio procederá a practicar tan sólo aquellas que reputa estrictamente necesarias, preceptivamente la declaración del imputado. En caso contrario, - si el Juez no estima suficiente la consistencia de las diligencias practicadas para formalizar acusación o acordar sobreseimiento, entonces decretará la realización de las actuaciones previstas en el art. 797, siempre y cuando éstas puedan realizarse dentro del turno de guardia del Juzgado correspondiente, como así establece el art. 799. De no producirse dichas

<sup>413</sup> BENITO LÓPEZ – SÁEZ VALCÁRCEL, *La investigación Penal*, en *Hacia un nuevo proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 205.

<sup>414</sup> F. BAÑERES SANTOS, *Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal*, en *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 2007, p. 75.

<sup>415</sup> M. BLASCO SOTO, *El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo*, en *Documentos Penales y Criminológicos*, V.I. 2001, p. 469.

<sup>416</sup> N. GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006 p. 22 ss.

actuaciones y no pudiendo realizarse las diligencias en el plazo tan perentorio que marca el art. 799 LECrim el juzgado determinara la transformación de las diligencias urgentes en previas del procedimiento abreviado<sup>417</sup>.

#### *IV.1.1. La autoridad investigadora en España*

El Ministerio Fiscal es un órgano que colabora con - la Jurisdicción que es - regido por los principios de legalidad, imparcialidad, unidad y dependencia jerárquica, el art. 124 de la CE le otorga la función de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad”, en el ordenamiento procesal penal, se traduce en la obligación de ejercitar la acción penal ante la sospecha de la comisión de un delito público y con la sola excepción de los dependientes de la instancia privada (art. 105 LECrim). En ámbito del proceso su actuación viene presidida por la conjunción de dos roles simultáneos y aparentemente contradictorios: su cualidad de Autoridad imparcial y la de parte procesal acusadora.

En - calidad de órgano colaborador de la Jurisdicción, el Ministerio Fiscal es una autoridad imparcial. Recibe denuncias y practica, con el auxilio de la Policía Judicial que a él le está subordinada con la posibilidad de incurrir en delito de desobediencia, una pre-instrucción, denominada “Diligencias informativas” (arts. 773.2 LECrim y 5 EOMF), la cual no puede exceder de seis meses de duración y en las que puede decretar la detención del imputado, realiza los actos de investigación que estima necesarios, incluida la toma de declaración del imputado, sin que pueda adoptar resoluciones limitativas de los derechos fundamentales, las cuales (por ejemplo: una intervención telefónica) deberá de solicitar del Juez de instrucción. En el proceso penal de menores, el Ministerio Fiscal es el “Director de la Instrucción” y le compete practicar la totalidad de los actos de instrucción dirigidos a investigar el hecho punible y la participación en él del menor (arts. 6, 16 y 23 LO 5/2000), podemos decir que le corresponde la función de preparar el juicio oral o de proponer al Juez el sobreseimiento<sup>418</sup>.

Como órgano imparcial que es, el Ministerio Fiscal, si bien no puede ser recusado, ha de abstenerse por las mismas causas de pérdida de imparcialidad que rigen para los Jueces y Magistrados (art. 96 LECrim), debiendo actuar en la esfera del proceso con plena objetividad e independencia (art. 7 EOMF). Actuará instando la condena del culpable, como la absolución del inocente, por lo que a él, y debido a la función objetiva de la defensa de las normas constitucionales que tutelan - los derechos fundamentales (art. 9.2 CE), se le extiende la obligación de informar al imputado de todas las circunstancias, así adversas, como favorables (art. 2 LECrim), pudiendo intervenir en las declaraciones mediante videoconferencia (art. 306.IV), ha de prevenir la comisión de detenciones ilegales (art. 4.2 EOMF), pudiendo interponer un “habeas corpus” cuando considere que alguna persona ha sido ilegítimamente detenida (art. 3.b de la LO 6/1984); debe solicitar el sobreseimiento, si aprecia que no existen méritos necesarios para instar la apertura del juicio oral (arts. 642 y ss.) y puede, en el juicio oral, retirar la acusación si estima que no existe responsabilidad penal alguna en la conducta del acusado<sup>419</sup>.

Podemos decir que la defensa de la legalidad, que ha de efectuar el Ministerio Fiscal en su carácter de Autoridad imparcial, no sólo es material, sino también procesal. Ya que el MF actúa, en ocasiones, en el proceso penal informando con objetividad

<sup>417</sup> F. BAÑEROS SANTOS, *op. cit.* p. 77 ss.

<sup>418</sup> V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, 160.

<sup>419</sup> V. GIMENO SENDRA, *op.cit.*, p. 160 ss.



sobre cuestiones tales como el planteamiento de conflictos de competencia (arts. 23, 26 y 27 LECrim, 3.8 EOMF), en los incidentes de recusación (art. 225.3.III LOPJ), cuidando de que no se produzcan dilaciones indebidas (arts. 324.III LECrim, 3.1 EOMF), etc.

Los Juzgados de Instrucción, - tienen a su cargo - la instrucción de los procesos por delito cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal del Jurado, a la Audiencia Provincial y a los Juzgados de lo Penal, con independencia de cuál fuere el procedimiento adecuado. Les corresponde dictar Sentencia de conformidad con la acusación en los denominados “juicios rápidos” y en las “diligencias previas”, en los términos establecidos en el art. 801 (art. 87.1 LOPJ y 14.3 LECrim -redactado por Ley 38/2002, de 24 de octubre-)<sup>420</sup>.

Pero, en la etapa de - instrucción, a diferencia de la del juicio oral no rige el principio de aportación, según el cual incumbe a las partes la alegación y prueba de los hechos, sino el opuesto, el de “investigación de oficio” en virtud del cual - tanto la policía judicial (arts. 282 y ss.), como el Juez de Instrucción, ante la sospecha de la comisión de un delito público, están obligados a incoar sumario o diligencias previas (art. 306) y a practicar todos los actos de investigación necesarios y pertinentes para acreditar el hecho y la presunta responsabilidad de su autor<sup>421</sup>.

El director de la instrucción es el Juez y no las partes es por ello que - los actos instructorios debieran ser los que practique y declare exclusivamente como tales el Juez de Instrucción<sup>422</sup>.

Por lo anteriormente expuesto atendiendo - a un criterio subjetivo, pueden distinguirse las siguientes modalidades de instrucción: a) las diligencias policiales de instrucción, contempladas en los arts. 282 a 298 LECrim, que han de ser practicadas por la policía judicial cuando tenga conocimiento de la comisión de un delito en virtud de una denuncia presentada; b) las Diligencias Informativas del Ministerio Fiscal o investigación preliminar que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 773.2 LECrim y 5 EOMF, puede practicar el Ministerio Público, con anterioridad a la incoación de la instrucción judicial; c) las diligencias judiciales de prevención o primeras diligencias, practicadas por los Jueces de instrucción incompetentes a fin de determinar provisionalmente el hecho punible, asegurar el cuerpo del delito y adoptar las medidas cautelares urgentes (art. 13 en relación con el art. 307); d) los sumarios ordinarios, que han de instruir los Jueces de Instrucción competentes ante la denuncia de un delito muy grave (arts. 306 y s.s.), e) los sumarios que hayan de instruir los Jueces de Instrucción Especiales; f) la instrucción del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores y g) las diligencias de investigación que deben practicar los Jueces delegados y comisionados<sup>423</sup>.

#### IV.1.1.1. La Policía. Introducción

Al hablar de la - policía es necesario resaltar la actividad administrativa, y sometida a la ley y al derecho (art. 103 CE) la cual se dirige al pleno respeto y

---

<sup>420</sup> V. GIMENO SENDRA, *op. Cit.* p. 122.

<sup>421</sup> M. BLASCO SOTO, *op. Cit.*

<sup>422</sup> J. MONTERO AROCA, et.al., *Derecho Jurisdiccional*, Valencia, 2008, p. 64 ss.

<sup>423</sup> V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, cit. p. 161 ss.

potenciación de las libertades y derechos fundamentales (art. 9 CE)<sup>424</sup>, la misma se rige por las constitucionales exigencias a la cual está sujeta la Administración, por consiguiente es - destacable su jurisdiccional control (art. 106.1 CE)<sup>425</sup>.

Policía administrativa es pues - el conjunto de técnicas jurídicas de intervención y de delimitación de la esfera subjetiva de los ciudadanos que el poder público articula en aras de objetivos diversos globalmente comprendidos en el interés general. Para FLEINER<sup>426</sup>, “sería aquel sector de la actividad de la Administración Pública, a saber, en el terreno de la Administración, que conlleva en general imponer coactivamente a los derechos y libertades de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones requeridas para lograr el mantenimiento del Derecho, de la seguridad y del orden público”<sup>427</sup>. - La actividad de policía administrativa supone la conformación del espacio jurídico de las personas mediante la amenaza y eventual empleo de la coacción. La genérica rúbrica “policía administrativa” acoge la función de policía de seguridad, la cual por sus particulares objetivos y organización es susceptible de un consideración particular. Como Administración la policía de seguridad ha de servir con objetividad los intereses generales ello es con - un fin específico: la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana (arts. 104.1 CE y 11.1 LOFCS). La - función administrativa de mantenimiento de la seguridad tiene su expresión en su organización, que se manifiesta en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Funcionalmente las tareas de policía de seguridad diferentes de las administrativas<sup>428</sup>, expresándose de forma distinta. Los distintos ámbitos de actuación no obsta - la ocasional coincidencia de la policía administrativa y de seguridad en el sentido de - que persigan un mismo objetivo. Por ejemplo en el desalojo que precede al derribo de un inmueble que amenaza ruina, así como en la tarea de vigilancia sobre actividades recreativas que señalan los arts. 79 y sigs. Del Reglamento General de Policía de Espectáculos atribuyen a la policía estatal y a la municipal, etc<sup>429</sup>. Basándonos en preceptos como el del art. 283 LECrim. es necesario señalar el especial deber de cooperación de determinadas autoridades administrativas —más allá del general de colaboración del art. 118 CE— en tareas de policía de seguridad, incluyéndose en la policía judicial genérica. Las policías de seguridad como las locales asumen funciones de policía administrativa, expresamente contempladas, por ejemplo, en el art. 53.1.d) LOFCS. Por consiguiente - podemos decir que la policía de seguridad constituye una función administrativa, sometida al derecho y a la legalidad y con miras al pleno respeto y realización de las libertades y derechos fundamentales, - su adecuación a la legalidad está supeditada al control jurisdiccional, siendo susceptibles las acciones de policía de seguridad de engendrar la responsabilidad patrimonial de la Administración

---

<sup>424</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *Notas sobre policía y justicia*, en *Revista de Castilla y León*, n. 14, enero 2008. Para la elaboración de este punto de la tesis se tuvo en cuenta especialmente entre varios artículos el presente citado.

<sup>425</sup> Para el desarrollo del presente tema se ha tenido en cuenta el artículo del Dr.E. PEDRAZ PENALVA, *Sobre la Reforma de la justicia penal*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, enero 2008, p. 24 ss., *Los jueces de proximidad* (Sobre el Anteproyecto de LO de Modificación de la LOPJ...), en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero de 2006, pp. 13 a 69. (*Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Organización Territorial de la Administración de Justicia, y su peregrina propuesta de creación de jueces de proximidad*). *Acerca del procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Temas JCYL, 2003.. *Acerca del procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, cit.: “Lo que el legislador del enjuiciamiento rápido no consiguió con el párrafo 4 adicionado al art. 796 LECrim por LO 15/2003 de 25 de noviembre”.

<sup>426</sup> F. FLEINER, *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, 1933, p. 312 ss.

<sup>427</sup> J. BARCELONA LLOP, *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, Madrid, 1988, p. 99.

<sup>428</sup> J. QUERALT, *El policía y la ley*, Barcelona, 1986, p. 37.

<sup>429</sup> J. BACELONA LLOP, *op. cit.* 115 ss.

correspondiente (art. 106.2 CE)<sup>430</sup>. En cuanto al concepto de “Administración”, en especial según el 104.1 CE: “*Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno...*”. El lugar - de la policía de seguridad dentro de la Administración debe entenderse, con fundamento en el art. 104 en relación con los artículos 103, 148.1.22.a y 141.1.29.a<sup>431</sup>, en relación a las distintas Administraciones Públicas; confirmado en el art. 1.4 LOFCS: “*El mantenimiento de la seguridad se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las FCS (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad)*” y en el punto II de su Exposición de Motivos: “*A través de las FCS (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) se ejerce el monopolio, por parte de las Administraciones Públicas del uso institucionalizado de la coacción jurídica...*”. En diversos Estatutos de Autonomía se proclama explícitamente tal acierto; así, en el art. 163.1 .b) y d) y 2 del EA de Cataluña<sup>432</sup>. La autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE) y de los municipios (art. 140 CE) se manifiesta en la diversidad - de cuerpos policiales: estatales y autonómicos. La función de policía de seguridad, asumida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, equivale a la conocida como policía gubernativa<sup>433</sup>.

La actividad de la policía de seguridad no se subsume a la represión de los delitos conforme el mencionado art. 11.1 LOFCS, que traduce el art. 103.1 CE, cuya finalidad es proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las funciones en él relacionadas. Por consiguiente le incumben tareas preventivas de conductas lesivas del orden jurídico penal, social, medioambiental, económico, etc., como represivas de infracciones criminales o meramente administrativas. Le compete - a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad auxiliar

---

<sup>430</sup> Debemos recordar que encajan en la rúbrica «particular», por ejemplo, de los arts. 490, 491, 496 LECrim., las personas, físicas o jurídicas privadas, de servicios de vigilancia y seguridad de personas o bienes que tendrán la consideración de actividades complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública (art. 1.1 RD-Ley 8/2007 de 14 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos de la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada y Reglamento aprobado por RD 2364/1994, de 9 de diciembre —Reglamento cuya inmediata modificación se anuncia en el RD-Ley—). El art. 1.2 del mencionado RD-Ley 8/2007 prescribe que «A los efectos de esta Ley, únicamente pueden realizar actividades de seguridad privada y prestar servicios de esta naturaleza la empresas de seguridad y el personal de Seguridad privada, que estará integrado por los vigilantes de seguridad, los vigilantes de explosivos, los jefes de seguridad, los directores de seguridad, los escoltas privados, los guardas particulares del campo, los guardas de caza, los guardapescas marítimos y los detectives privados». El núm. 4 de ese art. 1 determina que «las empresas y el personal de seguridad privada tendrán obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, de prestarles su colaboración y de seguir sus instrucciones en relación con las personas, los bienes, establecimientos o vehículos de cuya protección, vigilancia o custodia estuvieren encargados». El art. 1.4 RD-Ley determina que en sus actuaciones el personal de seguridad privada ha de atenerse a los principios de integridad y dignidad; protección y trato correcto a las personas, evitando abusos, arbitrariedades y violencias y actuando con congruencia y proporcionalidad. A la práctica de una detención, que habrá de ser siempre proporcionada, seguirá la inmediata puesta a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del detenido, con los instrumentos, efectos y pruebas del delito, sin que puedan ni interrogarle ni proceder a su cacheo y registro —pero sí privarle del arma que portare para evitar riesgos personales—. Al no estar investido el particular de poderes coactivos, inherentes sólo a la autoridad y a sus agentes, no pueden imponerla identificación del sujeto ni en los accesos ni en los inmuebles donde sirvan, sin perjuicio de la posibilidad de que al que se niegue a someterse a ello se le impida el acceso o se le expulse. Pese a lo que pudiere literalmente deducirse del art. 11 LSP, en ningún caso pueden ir más allá de los límites del 490 LECrim. y, por tanto, no están facultados para efectuar detenciones preventivas (a fin de evitar la inminente comisión de un hecho delictivo en su espacio de actuación). Aunque dentro del ámbito del deber especial de colaboración y auxilio (art. 1.4 RD-Ley) puede requerírseles que cooperen con las FCS, pero sólo será legalmente admisible su contribución dentro de los límites legales y, así por ej., del 490 LECrim.

<sup>431</sup> STS 85/1983 de 25 de octubre (RTC 85/1983).

<sup>432</sup> LO 6/2006, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

<sup>433</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *Notas sobre policía y justicia penal*, cit.

y tutelar a personas y bienes en peligro junto al desempeño de otras misiones de singular naturaleza cuales pueden ser las funciones de documentación y policía administrativa en sentido estricto. La prevención delictiva, como las tareas represivas, llevan conjuntamente una actividad directa o indirectamente coactiva y, subsiguientemente y en la mayoría de las ocasiones, la intromisión en la esfera jurídica individual y social. El concepto de prevención es de muy difícil definición, asimismo fijar sus límites divisorios con el de “represión”<sup>434</sup>. Pero debemos admitir la - insuficiencia de la actividad represiva en la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y de la seguridad ciudadana, ya que desde los más variados aspectos interesa más evitar que reprimir el delito<sup>435</sup>.

Cuando hablamos de - “prevención” implica - la eliminación, moderación o desactivación de los condicionantes y causas del delito, refiriéndonos a todos los ciudadanos (prevención primaria); la detección de las circunstancias y condiciones criminógenas, orientadas a los delincuentes ocasionales o potenciales (prevención secundaria unida a la prevención general y especial), asimismo la lucha contra la reincidencia o delincuencia intensiva (prevención terciaria)<sup>436</sup>.

#### IV.1.1.1.1. Actividad de la Policía Judicial

Al referirnos a la policía de seguridad (en adelante PJ) la cual realiza una actividad primordialmente represiva, debemos tener en cuenta la policía judicial tal y como se contempla en los artículos 1 y sigs. RD 769/1987; 29 y sigs. de la LOFCS; 547 y sigs. LOPJ; 282 y sigs. LECrim.(es decir la policía de seguridad está dentro de la PJ); leyes autonómicas de Euskadi, Cataluña, Navarra (así la reciente de esta comunidad foral de 2007), y la Ley de Montes reformada en 2006<sup>437</sup> y LO 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones<sup>438</sup>.

La función de la Policía Judicial es competencia de todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FCS), independientemente de su naturaleza y dependencia, los cuales al recibir la *notitia criminis* deben realizar de modo inmediato la práctica de las diligencias conducentes a la averiguación de delitos y al descubrimiento de delincuentes. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben prestar la colaboración requerida por la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal, de quienes dependerán funcionalmente, con posibilidad de adscripción genérica o específica, eventual o permanente. Podemos remitirnos al art. 126 CE del cual deriva el sometimiento de la Policía Judicial a Jueces, Tribunales y Fiscales en cuanto a las tareas de averiguación

---

<sup>434</sup> G. KAISER, *Introducción a la Criminología*, Madrid, 1988, p. 125, “...hoy entendemos por prevención del delito todas las medidas que persiguen reducir la extensión y gravedad de la criminalidad, bien sea mediante la limitación de las situaciones que fomentan el delito o a través de la influencia sobre el delincuente (potencial)”.

<sup>435</sup> Ver. Al respecto el apartado 2 de la Exposición de Motivos de la Ley Foral de Navarra 8/2006, de 20 de junio, de Vigilancia y Seguridad. También art. 3 Ley 10/1994 de 11 de julio, de Policía de la Generalidad: «2. El Cuerpo de "Mossos d'Esquadra", como policía al servicio de la comunidad, contribuirá a la consecución del bienestar social, cooperando con otros agentes sociales, especialmente en los ámbitos preventivo, asistencial y de rehabilitación».

<sup>436</sup> A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, 4 ed. Valencia, 2008, p. 880 ss.

<sup>437</sup> Reformada por la Ley 15/2006 de 28 de diciembre.

<sup>438</sup> Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Podemos mencionar para una mayor claridad<sup>439</sup>:

- Las tareas de la Policía Judicial son atribuidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FCS), también el art. 283 de la LECrim. asigna tal función – genérica - a alcaldes, tenientes de alcalde y alcaldes de barrio, a celadores, serenos, guardas de montes y sembrados, etc. En virtud del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 14 de noviembre de 2003 —que entiende vigente el art. 283 LECrim. aunque necesita de interpretación<sup>440</sup>—, “*El servicio de vigilancia aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en el sentido genérico del art. 283.1 de la LECrim., que sigue vigente conforme establece la disposición adicional primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. En el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de la Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los jueces de instrucción y del ministerio fiscal*”<sup>441</sup>, la Ley 25/2007<sup>442</sup> en su art. 6.2.b) se refiere a las competencias como Policía Judicial, de conformidad con el art. 283.1 LECrim., de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera<sup>443</sup>. También cabe destacar la L. 10/2006 que modifica la de Montes confirmando a los agentes forestales como Policía Judicial en sentido genérico<sup>444</sup>.

- El legislador a considerado tarea de la Policía Judicial – la cual compete a todo miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, art. 1 RD 769/1987, y a las policías autonómicas y locales - implica el deber de practicar por propia iniciativa y según sus atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento (art. 4 RD), lo cual no implica de que la autoridad judicial y fiscal pueda encomendarle concretas diligencias, en defecto de Unidades de Policía Judicial, con carácter transitorio o en supuestos de urgencia (art. 3 RD). En pocas palabras se intenta que la autoridad judicial y fiscal recurra a la Policía Judicial específica o en sentido estricto.

- La función de la policía judicial<sup>445</sup> está dentro de la organización pública del mantenimiento de la seguridad con dependencia funcional (de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal) y su eventual adscripción. Existe -un doble vínculo entre unidades policiales y autoridades judicial y fiscal, relacionado tanto con la especialización de la policía de seguridad: policía judicial específica (Unidades orgánicas de PJ) y en la posibilidad de disminuir sus tareas de finalidad investigadora criminal<sup>446</sup> a través de su

<sup>439</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *Notas sobre policía y justicia penal*, cit.

<sup>440</sup> Para la STS 1231/2003 de 25 de septiembre (RJ 6376/ 2003), este art. 283 LECrim. ha de entenderse tácitamente derogado,

<sup>441</sup> El punto 3 del Acuerdo dice: «*Las actuaciones realizadas por el servicio de vigilancia aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas*».

<sup>442</sup> L. 25/2007 que en su art. 6.2.b) se refiere a: «*Los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del art. 283 LECrim.*».

<sup>443</sup> El TS en sus sentencias 236/ 2003 y 903/ 2003 de 16 de junio (RJ 5375/2003) se limita a decir que el SVA es policía judicial. En contra la STS 1231/2003 para la que el SVA es colaborador de las FCS y no de la policía judicial y en tipo delictivo concreto.

<sup>444</sup> Ley 10/2006, de 28 de abril, de Montes que modifica en su artículo único la L. 43/2003 de 21 de noviembre de Montes. En el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por LO 6/2006 de 19 de julio), y en su art. 144.6, “*La Generalitat ejerce sus competencias mediante el Cuerpo de Agentes Rurales, competentes en la vigilancia, el control, la protección, la prevención integral y la colaboración en la gestión del medio ambiente. Los miembros de este cuerpo tienen la condición de agentes de la autoridad y ejercen funciones de policía administrativa especial y policía judicial, en los términos previstos en la Ley*”.

<sup>445</sup> N. TORRES ROSSELL, *La denuncia*, Ed. Montecorvo, 1991, p. 428.

<sup>446</sup> M. PASTOR LOPEZ, *El proceso de persecución*, Valencia, 1979, p. 127 ss.

concreta adscripción (Unidades especialmente adscritas), como también en la ejecución por cualquier miembro de la policía de seguridad (PJ genérica) de singulares actuaciones encomendadas por el Ministerio Fiscal o Jueces<sup>447</sup>. Es por ello que suele decirse<sup>448</sup> que la LOFCS en su art. 33 - en oposición del art. 548.2 LOPJ<sup>449</sup> - permite que las Unidades Orgánicas de Policía Judicial se hagan cargo de misiones distintas de las de policía judicial en sentido estricto - en las cuales, no dependen de jueces y fiscales - , de este modo según parece en virtud de los arts. 23 y sigs. del RD 769/1987, se avala la dedicación exclusiva de las Unidades especialmente adscritas a cometidos de investigación criminal especializada propios de una Policía científica (art. 28 I). Ha de entenderse empero en el desempeño de funciones policiales represivas o procesales y en la inaplicación del art. 16 RD 769/1987 que permite el cese del funcionario en la concreta investigación por causas legalmente establecidas<sup>450</sup>.

- Al referirnos a la actuación de la Policía Judicial nos referimos a todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por lo tanto la atribución directa que a las del Estado hace el art. 29.1 LOFCS, ratificada en el núm. 2 que establece el carácter colaborador de las policías de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales. En los Estatutos de Autonomía y en el art. 547 LOPJ se indiferencian todas las policías, ya estatales ya autonómicas ya locales (fundandose en el 149.29 CE), como titulares de la función de Policía Judicial, aunque entre ellas existe colaboración. Las actuaciones policiales pueden ser preventivas o auxiliares según Aguilera de Paz<sup>451</sup>. Muñoz Rojas considera que la actuación policial puede consistir en un hecho perseguido administrativamente o bien en la colaboración del hecho perseguido judicialmente<sup>452</sup>.

- La función específica de la Policía Judicial - es atribuido a unidades orgánicas de la policía gubernativa (art. 548 LOPJ), territorialmente creadas, preparadas para el desarrollo de las actividades de averiguación, descubrimiento y aseguramiento del delito y del delincuente, y dotadas de los medios materiales y personales precisos. La dedicación exclusiva de los funcionarios adscritos a las Unidades de Policía Judicial debe encontrarse en el art. 33 LOFCS que tras proclamarla —en contra del 549.2 LOPJ, inicial art. 445.2— agrega: “...sin perjuicio de que puedan desarrollar también las misiones de prevención de la delincuencia y demás que se les encomienden, cuando las circunstancias lo requieran, de entre las correspondientes a las FCS del Estado.” La puerta abierta por ese art. 33 LOFCS no se cierra pese a que el art. 19 RD 769/1987 dice que tal encomienda ha de ser “con carácter excepcional”.

Su dependencia funcional y directa en su tarea de Policía Judicial<sup>453</sup> implica: el cumplimiento en sus propios términos de las órdenes y directrices recibidas, no dando lugar a órdenes contradictorias de sus superiores policiales (art. 15 RD); los cuales han de responder por el correcto desarrollo y resultado de su actuación al Ministerio Fiscal o al juez ordenante.

- Es necesario resaltar que algunas - unidades orgánicas de la Policía Judicial podrán adscribirse total o parcialmente a determinados Juzgados, Tribunales o Fiscalías. *Prima facie*, y conforme lo establecido en el Preámbulo del RD, permitiéndola inmediata

---

<sup>447</sup> Arts. 547 LOPJ, 3 RD 769/1987. Insisto en que al acometer actuaciones encargadas por MF o Jueces en el ámbito del art. 126 CE y 547 LOPJ dependerán funcionalmente de ellos.

<sup>448</sup> BARCELONA LLOP, El régimen jurídico de la policía de seguridad, *op. cit.*, p. 74.

<sup>449</sup> Art. 549.2 LOPJ que se corresponde con el originario 445.2 de la L. 6/1985, de 1 de julio, y que cambió de numeración por medio de la LO 19/2003 de 23 de diciembre.

<sup>450</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

<sup>451</sup> E. AGUILERA DE PAZ, *Comentario a la ley de enjuiciamiento criminal*, Vol. III, Madrid, 1994, p. 167.

<sup>452</sup> J. QUERALT et.al. , *Manual de policía judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 25 a 26.

<sup>453</sup> Arts. 548.1 y 550.1 LOPJ, 31.1 LOFCS.

disposición judicial o fiscal del apoyo técnico imprescindible para las diligencias de investigación criminal.

- La doble dependencia de la policía de seguridad en su actividad de policía judicial ha provocado controvertidas opiniones acerca de su significado, mantenimiento y supresión. Es por ello que se ha planteado la creación de una Policía dependiente únicamente de la Justicia (como en Italia) la idea es como algunos autores, expresan que “*lo que realmente existe de policía judicial, más que la judicialización de un segmento de la actividad de policía, supone una forma de control relativamente encubierto por parte de aquélla, del ámbito y la proyección social de la Justicia (amén de la subordinación ideológica del servicio policial que puede emanar de su dependencia orgánica del ejecutivo)*”<sup>454</sup>.

En definitiva podemos decir que:

- la dependencia funcional de jueces y fiscales no debe dejar de lado la necesidad de que personal formado y experimentado coordine y oriente las tareas de investigación criminal, ya que para estas ni juez ni Ministerio Fiscal tienen, ni pueden ni deben estar preparados.

- una policía judicial *stricto sensu*, adscrita y dependiente únicamente de la Justicia debe convivir con otra policía, como en Italia, a la que incumbiría las funciones de policía de seguridad y las genéricas de policía judicial.

- en el supuesto de brindar a la jurisdicción una policía propia deberían de solucionar problemas, como el de la correlativa asunción de funcionarios, instituciones y tareas cuya atención implica elevados gastos (laboratorios criminalísticos: bancos de huellas, análisis, depósitos forenses), lo cual conlleva un notable incremento de personal administrativo.

- el modelo mixto policial basado en el art. 126 CE es mucho más - aceptable en el caso que se prescindiera de la exclusividad funcional de los miembros de las Unidades de PJ (art. 549.2 LOPJ) controlables *expost* por la respectiva Comisión de Coordinación de la PJ sólo en supuestos de urgencia y necesidad

- la - situación española actualmente en la que algunas Comunidades Autónomas y muchas entidades locales se han dotado de policía de seguridad propia, creando unidades específicas de policía judicial atenta contra la idea y factibilidad de dotar a la jurisdicción de una policía propia.

Nos hemos referido en párrafos anteriores a la actividad preventiva o predelictual — con la “potestad de control”<sup>455</sup> que incorpora—, y represiva o postdelictual, que incumbe a cualquier miembro de la policía de seguridad de acometer diligencias a prevención al tener conocimiento de la *notitia criminis*<sup>456</sup> y por el deber de los integrantes de las unidades de policía judicial de ejercer las misiones de prevención de la delincuencia y cuando - se les encomiende, - de entre las correspondientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 33 LOFCS), aunque fuere «excepcionalmente» (art. 19 RD 769/1987).

En virtud del RD 769/1987, cap. V, art. 31 y sigs., se crean las Comisiones Nacional y Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, para - armonizar y

---

<sup>454</sup> A. IBÁÑEZ/MOVILLA, *El poder judicial*, Madrid, 1986, p. 405.

<sup>455</sup> E. LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *La atribución de la actividad investigadora*, cit, p. 113. “Potestad de control” que “...habilita a las FCS para adquirir información sobre el desarrollo de la vida ciudadana, sobre la población en general y especialmente sobre las personas relacionadas con el mundo de la delincuencia”.

<sup>456</sup> Arts. 282 LECrim., 547 LOPJ, 4 RD 769/1987.

lograr la unidad de dirección en las fuerzas policiales adscritas a la investigación criminal. Si bien su creación fue considerada lesiva del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y considerar que la norma reglamentaria cuestionada constituye una ilegal invasión de la reserva legal, - esto fue desestimado por la Sentencia de la Sala 3.a TS 4429/1989 de 22 de junio<sup>457</sup>.

#### IV.1.1.1.2. Tipos de actuaciones de la Policía Judicial

Analicemos el aspecto funcional de la Policía Judicial y - en la actividad que desde que se conoce la *notitia criminis* deben desarrollar las unidades de Policía Judicial en sentido estricto o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y resto de sujetos determinados en el art. 283 LECrim. (agentes forestales y funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera).

Conforme el art. 1 del RD 769/1987 “*Las funciones generales de PJ corresponden a todos los miembros de las FCS, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia*”<sup>458</sup> en la medida en que deben prestar la colaboración requerida por la Autoridad Judicial o el MF en actuaciones encaminadas a la averiguación de delitos o descubrimiento o aseguramiento de delincuentes, con estricta sujeción al ámbito de sus respectivas competencias.” Asimismo - el art. 282 LECrim. señala su deber de averiguar los delitos públicos que ocurrieren en su territorio, llevando a cabo las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, recogiendo todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Antes de la apertura del proceso y antes de cualquier requerimiento judicial o fiscal de colaboración, la Policía Judicial debe practicar las diligencias de prevención (art. 284) y aseguramiento tan pronto como tuviere conocimiento de la *notitia criminis*; corresponde a cualquier componente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en cuanto tuviere conocimiento de la perpetración de un hecho delictivo (art. 4 RD 769/1987 y 11.1 .f) y g) LO 2/1986). Podemos observar un entrelazamiento - entre los funcionarios de las unidades de la Policía Judicial<sup>459</sup> - a las que con carácter preferente<sup>460</sup> - y - exclusivo compete desempeñar las tareas del 126 CE y el resto de los componentes de las FCS (cualquiera

---

<sup>457</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

<sup>458</sup>Estatales, Autonómicas (arts. 13 a 15 de la L 10/1994, de 11-07, de la Policía de la Generalitat-mossos d'esquadra; ertzaintzas: art. 26 L. 4/1992, de 17-7, de Policía del País Vasco; policía toral de Navarra): art. 13 Ley 8/2007, de 23 de marzo, Cuerpos de Policía de Navarra).

<sup>459</sup> El art. 548 LOPJ dice que se establecerán unidades de PJ que dependerán funcionalmente de las autoridades y del MF... desempeñando las funciones que les atribuyen el art. 549 LOPJ. Los arts. 31.1 y 32 LOFCS y 39 RD 769/1987 exigen que los funcionarios de las Unidades de PJ han de gozar de un formación especializada. Dicha especialización se obtiene tras superar dos fases: una *técnico-científica* que tiene lugar en los Centros de Formación y perfeccionamiento de las FCS, para todos sus miembros (arts. 41-5 RD 769/1987); y otra *jurídica*, que se logra en el Centro de Estudios Jurídicos para la Administración de la Justicia, para aquellos funcionarios que, habiendo superado los cursos de especialización impartidos en los Centros dichos, deseen acceder a los específicos, en función de dos niveles (básico y superior) en ambos cuerpos.

<sup>460</sup> El legislador pretende la especialización policial y así el auxilio a jueces y fiscales por la PJ aunque debe admitir que a cualquier miembro de las FCS por Jueces o Fiscales le sea encargada, con carácter transitorio o en supuestos de urgencia, art. 3 RD 769/1987, la práctica de concretas diligencias de investigación.



que sea su naturaleza y dependencia: nacionales, autonómicos, locales<sup>461</sup> y demás del art. 283 LECrim.) que están - obligados a desarrollar las tareas de prevención y aseguramiento en cuando tuvieren noticia de la perpetración del hecho delictivo. Dichas diligencias son las indispensables para la comprobación del delito, identificación del autor, aseguramiento del delincuente y de los efectos de la infracción y protección de la víctima<sup>462</sup>.

Es necesario - determinar el contenido de estas diligencias de prevención, el tiempo de su práctica y su valor. Debemos rechazar la aplicación del art. 13 LECrim. – el cual se refiere en exclusiva a los jueces según se deduce de su contenido, ya que en ningún caso podrían adoptarse por la policía las medidas de los arts. 544 bis o la orden de protección del 544 ter. de la LECrim.<sup>463</sup> :

a) Auxilio a la víctima y/o a los perjudicados requiriendo de ser necesario la presencia de cualquier facultativo o personal sanitario (art. 770.1.a)<sup>464</sup>. El art. 796.1.1.a, reformado por L. 38/2002, y en el caso de los juicios rápidos, faculta a la Policía Judicial para que solicite la presencia del médico forense cuando la persona a reconocer no pudiere desplazarse al juzgado de guardia dentro del plazo del art. 799. El art. 796.1.1 - ha sumado la facultad de solicitar al facultativo copia del informe de la asistencia prestada para su incorporación al atestado<sup>465</sup>.

b) Poner en conocimiento - por escrito de sus derechos a la víctima o perjudicado<sup>466</sup>- a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela; a nombrar Abogado o a solicitar su nombramiento de oficio; a renunciar o a reservarse la acción civil. En el caso de infracciones delictivas contra la propiedad intelectual o industrial la información de derechos y su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso se realizará a las personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de tales derechos, etc<sup>467</sup>.

c) La consulta y tratamiento de datos que se estimen relevantes para la investigación del hecho presuntamente delictivo: a) sanitarios (arts. 12.2 LSVial y 26 de su Reglamento); b) del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica;<sup>468</sup> c) del Registro Mercantil Central (información sobre sociedades); d) del Registro de Penados y Rebeldes; e) del Registro de Bienes Muebles; f) de la Dirección General de Tráfico; g) de tráfico de comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicaciones (previa autorización judicial); h) del Instituto Nacional de Estadística; h) del Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto

---

<sup>461</sup> El art. 53.1.g) LOFCS prescribe que los Cuerpos de policía local deberán ejercer las siguientes funciones: "...efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de seguridad".

<sup>462</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

<sup>463</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

<sup>464</sup> Pese a que el RD 769/1987 alude a estas diligencias en el art. 28.f) como "*actuaciones de inmediata intervención*", no cabe entender que sólo corresponden a las unidades de PJ adscritas, sino a toda la PJ.

<sup>465</sup> J. QUERALT, et.al. *Manual de placia judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987,p. 25 ss.

<sup>466</sup> Art. 771.1.a LECrim. y arts. 109 y 110 LECrim., que se refieren a la víctima o perjudicado en el momento procesal en que, por tanto, hay intervención del órgano jurisdiccional, pero que son de aplicación por expresa remisión del art. 771.1.a

<sup>467</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 58 : "Las declaraciones ante la policía tienen, según se desprende del artículo 297 de la LECrim, valor de simple denuncia, y como tales carecen de valor probatorio, salvo que hubieran sido ratificadas ante el Juez Instructor, siempre que no se trate de simples ratificaciones formales o rituarías. Si se produce dicha ratificación, ya no nos encontraremos ante una simple declaración policial, sino ante una declaración testifical judicial, que formará parte del sumario."

<sup>468</sup>RD 355/2004, de 5 de marzo, última modificación por RD 660/2007, de 25 de mayo. Autoriza el acceso a la policía judicial en la investigación de injustos de esta naturaleza.

Social de la Marina y Tesorería General de la Seguridad Social; i) de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; todos ellos sin perjuicio de los Registros propios<sup>469</sup>.

d) En el caso de muerte de una persona, deberá trasladar el cadáver que se encuentre en la vía pública o en otro lugar al próximo que resulte más idóneo en función de las circunstancias. Según - el art. 354 para los accidentes ferroviarios, se extiende ahora a las vías públicas, se debe poner en conocimiento de forma inmediata a la autoridad judicial y reseñar, antes de la retirada, la posición de la víctima obteniendo fotografías y señalando el lugar exacto que ocupaba (770.4.a LECrim.). Debe tenerse en cuenta - el art. 778.6, que faculta al juez para autorizar al médico forense el levantamiento del cadáver con incorporación de la descripción detallada de su estado, identidad, circunstancias, etc. También teniendo en cuenta el criterio del médico forense o de quien haga sus veces, puede el juez acordar que se prescinda de la autopsia (778.4)<sup>470</sup>.

e) La necesaria identificación y toma de los datos precisos para la localización de las personas que se encontraren en el lugar de los hechos (770.5.a)<sup>471</sup>.

f) Agregar al acta de constancia fotografías o cualquier soporte magnético o de reproducción de la imagen<sup>472</sup> en el caso de ser necesario para el esclarecimiento de los hechos y exista riesgo de desaparición de sus fuentes de prueba (art. 770.2.a)<sup>473</sup>.

g) Recogida y custodia de los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición judicial<sup>474</sup>. Tarea, atribuida al juez de instrucción en los art. 326 y ss., y en el 334 respecto de las armas, instrumentos, etc. que puedan tener relación con el delito, es asignada a la Policía Judicial, lo cual era contemplado en el 282 en el caso de existir peligro de desaparición y no ser posible la inmediata actuación judicial.

Son de gran aporte a la investigación las imágenes captadas y grabadas a través de videocámaras fijas o móviles en lugares públicos. Las imágenes tomadas y el soporte obtenido - siempre de conformidad con la LO 4/1997<sup>475</sup> y su Rgto. de 1999 - , concernientes a hechos que pudieren ser constitutivos de ilícitos penales, deben ponerse a disposición judicial en el plazo máximo de 72 horas<sup>476</sup>.

El encargo de las actuaciones tiene lugar una vez abierta la instrucción. Entregado el atestado correspondiente y si la autoridad judicial considera que debe ser completado con alguna diligencia como por ejemplo la prueba de balística, la policía practica estas actuaciones, la cual suele denominarse ampliación de atestados. Pero sin necesidad de atestado o sin necesidad de ampliar el mismo, se puede encargar a la policía la práctica de ciertas actuaciones, como la entrada y registro conforme el artículo 563 LECrim o escuchas telefónicas artículo 580 LECrim. Estas diligencias forman parte del atestado, sin perjuicio de ser practicadas una vez abierto el sumario<sup>477</sup>.

---

<sup>469</sup> N. GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006, p.106.

<sup>470</sup> N. GONZALEZ – CUELLAR SERRANO, *Investigación y prueba en el proceso penal*, cit.

<sup>471</sup> V. OCHOA MONZÓ, *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2004, p. 106.

<sup>472</sup> A. MONTON REDONDO, *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, p. 25 ss.

<sup>473</sup> E. DE URBANO CASTRILLO, *Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente*, en «El Juez de Instrucción y juez de garantías: posibles alternativas», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 42-2002, p. 25 y ss.

<sup>474</sup> F. BAÑERES SANTOS, *Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal*, en *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 2007.

<sup>475</sup> Art. 770.3.a LECrim.

<sup>476</sup> Que regula la utilización de videocámaras por las FCS en lugares públicos.

<sup>477</sup> V. MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, 2ª ed. Madrid, 1997.

<sup>477</sup> J. QUERALT, *Manual de Policía Judicial*, Madrid, 1987. p. 127.

h) La intervención, si se considera necesario, del vehículo y de su permiso de circulación así como el de conducir de la persona a quien se impute el hecho (770.6.a)<sup>478</sup>.

Las diligencias preventivas son las que practica la policía por propia iniciativa, las mismas están contempladas en el artículo 284 LECrim y artículo 4 del Real Decreto 769/1987 destinadas a facilitar la actuación judicial en el sumario.

Las actuaciones policiales pueden ser auxiliares, lo que implica la colaboración con Jueces y Ministerio Fiscal, artículos 288, 289 y 296 LECrim.

i) La detención de la persona respecto de la cual concurran las exigencias del art. 492. Tanto al detenido como al no detenido habrá de informársele de los hechos que se le atribuyen y de sus derechos<sup>479</sup> [en especial, al inculcado en libertad, de los del art.520.2 apartados a), b), c) y e)]. En el caso de los delitos del 795.2.a LECrim. (enjuiciamiento rápido) si no fuere detenido, se citará al imputado para comparecer en el juzgado de guardia en el día y hora que se le señale. Si procediere su detención<sup>480</sup>, habrá de ser por el tiempo indispensable para su identificación e interrogatorio (al que puede negarse el inculcado) y en todo caso menos de 72 horas, momento a partir del cual habrá de ser puesto a disposición judicial<sup>481</sup>.

j) El art. 796.1.6.a LECrim., al referirse al enjuiciamiento rápido, prevé que la Policía Judicial en el tiempo imprescindible, y durante la detención, se deberá remitir al Instituto de Toxicología, al de medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Las mismas procederán al análisis solicitado y remitirán el resultado al juzgado de guardia. Si no fuera posible la remisión del análisis en dicho plazo la Policía Judicial podrá practicar por sí misma dicho análisis<sup>482</sup>.

k) En el caso de no ser posible la remisión al juzgado de guardia de algún objeto que debiera ser tasado, se solicitará inmediatamente la presencia del perito o del servicio correspondiente para que lo examine y emita informe pericial<sup>483</sup>.

Este informe podrá ser emitido oralmente ante el juzgado de guardia (796.1.8.a LECrim.).

La práctica de estas diligencias<sup>484</sup> no requiere autorización judicial, a excepción de aquellas que impliquen intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales, con la salvedad de la detención (por el tiempo imprescindible, con un tope de 72 horas)<sup>485</sup> o, en ausencia de norma legal que obligue la precedente autorización judicial, en justificados (ex ante) supuestos de urgencia y necesidad. Es imprescindible la autorización judicial, motivada y comprensiva del juicio de proporcionalidad, cuando se

---

<sup>478</sup> V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, cit.

<sup>479</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 58 : “Las declaraciones ante la policía tienen, según se desprende del artículo 297 de la LECrim, valor de simple denuncia, y como tales carecen de valor probatorio, salvo que hubieran sido ratificadas ante el Juez Instructor, siempre que no se trate de simples ratificaciones formales o rituarías. Si se produce dicha ratificación, ya no nos encontraremos ante una simple declaración policial, sino ante una declaración testifical judicial, que formará parte del sumario.”

<sup>480</sup> V. GIMENO SENDRA, *El proceso penal*, Valencia, 1990, p. 371 a 372.

<sup>481</sup> M. ORTELLS RAMOS, *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 741 de la LECrim*. En *Separata Revista General de Derecho*, Valencia, 1979, p. 388 a 392.

<sup>482</sup> J. MARTIN Y MARTIN, *La instrucción penal*, Barcelona, 1999.

<sup>483</sup> E. DE URBANO CASTRILLO, *Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente*, en «El Juez de Instrucción y juez de garantías: posibles alternativas», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 42-2002, p. 25 y ss.

<sup>484</sup> V. GIMENO SENDRA, *El proceso penal*, Valencia, 1990, p. 371 a 372.

<sup>485</sup> Los menores un máximo de 24 horas, art. 17.4 LO 5/2000, de 12 de enero.

trate de intervenciones telefónicas, postales, telegráficas, telemáticas, entrada y registro domiciliarios, e intervenciones corporales lesivas del derecho a la intimidad<sup>486</sup>.

Es importante para nuestra investigación el conocimiento de la actividad de la policía ya que esta es un fiel aliado de la justicia en la lucha contra el blanqueo de capitales. No olvidemos que es la policía en más de un caso la encargada del recogimiento de pruebas y el desarrollo de otras por orden judicial.

Asimismo es la policía la cual lleva a cabo investigaciones que duran meses a fin de esclarecer un delito y muchas veces se constituye en la verdadera clave de la instrucción en relación al aporte de pruebas. De allí la importancia del conocimiento de la labor de esta Institución cuya actividad es tan importante para luchar contra la delincuencia.

#### IV.1. 1.1.3. Valoración de las diligencias policiales

El antiguo artículo 297 de la LECrim. Dice que *“Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de la Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales. Las demás declaraciones que prestaren... tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio...”*.

El atestado<sup>487</sup> no es una mera *notitia criminis* y así acto que puede dar lugar a la iniciación del proceso penal. La realidad muestra que la policía asume la mayor y más decisiva parte de la investigación criminal antes del comienzo de las actuaciones procesales — *motu proprio* y a veces por orden del Ministerio Fiscal— a partir de su inicio practicando todas las diligencias que por el juez instructor se le encomendare<sup>488</sup>.

La policía, posee los medios personales, materiales y técnico/científicos aptos para el esclarecimiento de las conductas presuntamente delictivas y el descubrimiento del autor, reduciéndose la tarea del juez de instrucción, la actividad policial.

No se puede negar la experiencia y preparación en la investigación criminal que se presume de la policía, sobretudo en el caso de la policía judicial, y su exigido contacto directo con el medio en el que han de practicarse las pesquisas, unido a la cada vez mayor tecnificación criminalista. Aunque sin lugar a dudas es necesario una mayor e intensa vigilancia jurídica de la actividad policial y de sus límites temporales<sup>489</sup>.

La jurisprudencia en este tema ha variado a lo largo de los años, pero los principios se han mantenido invariables. El conjunto de sentencias constitucionales que se refieren al valor probatorio del atestado policial se encuentran agrupadas en relación al derecho de presunción de inocencia. Son muchos los recursos de amparo en los cuales se alega una violación de dicho derecho fundamental, en dichos casos no ha existido una real actividad probatoria y se ha condenado en base al atestado<sup>490</sup>.

Las nuevas misiones asumidas por la policía y su constancia en el atestado implica una mayor asignación de funciones de las establecidas en el art. 292

---

<sup>486</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

<sup>487</sup> ATC 361/ 1984, se manifiesta en el mismo sentido que la anterior sentencia, RTC 1984/ 361.

<sup>488</sup> STC 173 / 1985, RTC 1985/ 173.

<sup>489</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *Acerca del procedimiento para el enjuiciamiento rápido, cit.:* “Lo que el legislador del enjuiciamiento rápido no consiguió con el párrafo 4 adicionado al art. 796 LECrim por LO 15/2003 de 25 de noviembre”.

<sup>490</sup> V. GIMENO SENDRA, *El proceso penal*, Valencia, 1990, p. 371 a 372.

LECrim.<sup>491</sup>. Es decir diligencias de iniciación, de investigación, de trámite y de revisión, la descripción del hecho presuntamente delictivo, actas o diligencias de citación e información de derechos, de declaraciones de las víctimas o perjudicados, testigos, imputado, identificación de detenidos y certificado de identificación, informes técnicos de peritos, facultativos, objetos, instrumentos y efectos del hecho delictivo, etc.<sup>492</sup>.

La jurisprudencia del TS y del TC manifiestan que el atestado tiene el valor de denuncia al referirse a la naturaleza y significado de los atestados, considerando que procesalmente no constituyen actos de prueba; no son medios de prueba sino objeto de prueba<sup>493</sup>. La prueba de cargo necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia<sup>494</sup> ha de desarrollarse por lo general en el juicio oral (art. 741 LECrim.), con las garantías de publicidad, contradicción, oralidad, inmediación<sup>495</sup>; no obstante tal norma no puede ser considerada en sentido tan taxativo que conduzca a negar eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales realizadas con las formalidades que establecen la Constitución y la normativa procesal, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral<sup>496</sup>, pudiendo el acusado someterlas a contradicción<sup>497</sup>. Asimismo se sostiene que no se vulnera la presunción de inocencia<sup>498</sup> si el Tribunal ha tenido para dictar sentencia, la confesión y la de otros procesados en el atestado policial y en presencia del Juez instructor<sup>499</sup>.

Principio básico es pues que el atestado se lleve a cabo con respeto de la Primera Norma y del Ordenamiento procesal y que sea sometido a contradicción en el juicio oral. Por lo general la reiteración y ratificación del atestado en el juicio oral será mediante testifical de los agentes de policía firmantes del mismo<sup>500</sup>.

Los artículos 297 y 717 LECrim. Valoran a las declaraciones, respecto a hechos de conocimiento propio de autoridades y funcionarios policiales, como declaraciones testificales.

*El testimonio de los agentes de la policía que ratificaron en el plenario su declaración inculpativa de haber visto los actos de tráfico de drogas realizados por la acusada es apto para enervar la presunción de inocencia<sup>501</sup>. Las declaraciones del*

---

<sup>491</sup> Instrucciones 9/1991 y 7/1997, de 12 de mayo, de la Secretaría de Estado de Seguridad y el “Protocolo de actuación de las FCS y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género.”

<sup>492</sup> J. ALVAREZ RODRÍGUEZ, *El atestado policial completo*, cit. p. 39 ss.: “Sobre sus modalidades según haya o no detenido, se tratare de extranjeros, de un delito contra la propiedad intelectual e industrial, por conducción bajo los efectos del alcohol o sustancias estupefacientes etc”.

<sup>493</sup> SSTC 31/1981 RTC 31/1981 y 9/1984 RTC 9/1984.

<sup>494</sup> TC, en el ATC 970 / 1987, RTC 1987/ 970.

<sup>495</sup> SSTC 1281 /2006 (RTC 1281/1981); 127/1990 (RTC 127/1990); 137/1988 (RTC 137/1988); 22/1988 (RTC 22/1988); 150/1987 (RTC 150/1987); 80/1986 (RTC 80/1986); 31 /1981( RTC 31/1981).

<sup>496</sup> En sentencias del TC como la 92/2006 F 4, RTC 92/2006: «...para que tales diligencias puedan ser valoradas como prueba hemos exigido que hayan podido ser sometidas a contradicción con anterioridad al juicio oral o en el transcurso del mismo».

<sup>497</sup> SSTC 80/1986 (RTC 80/1986); 82/1988 (RTC 82/1988); 137/1988 (RTC 137/1988); 117/2007 (RTC 117/2007).

<sup>498</sup> TC, en el ATC 970 / 1987, RTC 1987/ 970.

<sup>499</sup> TC, en el ATC 1136 / 1987, RTC 1987 / 1136.

<sup>500</sup> SSTC 100/1985 (RTC 100/1985); 48/1986 (RTC 48/1986); 182/1989 (RTC 182/1989); 138/1992 (RTC 138/1992); 303/1993 (RTC 303/1993); 157/1995 (RTC 157/1995).

<sup>501</sup> STS 1227/2006 de 15 de diciembre FD 3 (RJ 428/2007) :Tras la vigilancia de la imputada, y de haber detectado la realización por ella de actos de tráfico, se solicitó autorización judicial y, a presencia del Secretario judicial y de la inculpada, se aprehendieron, en la entrada y registro de su vivienda, sustancias psicotrópicas y una cantidad de dinero. La declaración de los agentes de policía sirvió para disipar la pretendida exclusión de la responsabilidad por pertenecer la droga al cónyuge, toxicómano, etc., y

*imputado ante la de sus derechos constitucionales y en presencia de Letrado, complementadas por la de los Agentes intervinientes en el atestado, no en concepto de meros testigos de referencia sino en concepto de quienes han oído lo expresado por el inculpado y ante la retractación de éste ante el juez instructor, no pueden ser consideradas pruebas de cargo por no cumplir las condiciones del 714 LECrim. que se refiere en exclusiva a la reproducción de diligencias verificadas ante el juez instructor*<sup>502</sup>.

Aunque de acuerdo con el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 28 de noviembre de 2006, *las declaraciones prestadas válidamente ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal*<sup>503</sup>, *previa incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia; es lo declarado en el juicio oral y en las diligencias sumariales, con las debidas garantías y formalidades, sometidas a contradicción en el plenario, lo que permite al juzgador contrastar y apreciar la mayor veracidad de unas y otras*<sup>504</sup>.

---

convencer al juzgador de su activa participación en actos de venta de sustancias estupefacientes similares a las encontradas en su domicilio. En su FD 2 se afirma del testimonio de los agentes de policía: «...*Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 CE*».

<sup>502</sup> SSTC 51/1995 (RTC 51/1995); 206/2003 (RTC 206/2003); SSTS 349/2002 (RJ3871/2002), 428/2005, (RJ 4254/2005); 1106/2005 (RJ 7157/2005); 179/2006 (RJ 717/2006); 1281/2006 (RJ 588/2006).

<sup>503</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 58 : “Las declaraciones ante la policía tienen, según se desprende del artículo 297 de la LECrim, valor de simple denuncia, y como tales carecen de valor probatorio, salvo que hubieran sido ratificadas ante el Juez Instructor, siempre que no se trate de simples ratificaciones formales o rituarías. Si se produce dicha ratificación, ya no nos encontraremos ante una simple declaración policial, sino ante una declaración testifical judicial, que formará parte del sumario.”

<sup>504</sup> STC 47/1986 (RTC 47/1986); 31/1987 (RTC 31/1987); 217/1989 (RTC 217/1989) y STS 179/2006 (RJ 717/2006). Y se dice por la STS 1281/2006 de 27 de diciembre FD 6 (RJ 588/2006): “...Observamos en nuestra hipótesis que en su consideración autónoma la declaración realizada con mayores garantías ante el juez instructor era falaz, mientras que la policial de menor garantía, se ajustaba a la verdad en lo esencial. (...) Pero insistimos, el valor probatorio no procede de la consideración autónoma de ese testimonio inicial aunque se presuma más espontáneo y menos aleccionado, sino del que se emitió con la debida contradicción en el juicio oral, que remitió, si no por la vía del art. 714 LECrim., sí con amparo en el derecho de defensa, al testimonio evacuado ante la policía en fase investigadora. (...) Ahora bien no podemos olvidar que incorporada al juicio oral aquellas declaraciones precedentes deben concurrir en la sentencia que las valora unas exigencias, para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia. (...) Así en la sentencia de 29 de abril de .2005, decíamos; "en primer lugar, por la falta de intermediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios" (SSTC 153/1997 (RTC 153/1997), de 29 de septiembre; 115/1998 (RTC 115/1998), de 1 de junio; y SSTS de 13 de julio de 1998 (RJ 582/1998) y 14 de mayo de 1999 (RJ 3550/1999)). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de intermediación, se prestó en el Juicio Oral. (...) En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante».

En cuanto al valor de prueba de las declaraciones autoincriminatorias del imputado en sede policial, no ratificadas ante el juez instructor y negadas en juicio oral, tanto el TC como el TS las consideran como prueba de cargo aunque imponen el acreditar las circunstancias siguientes: 1.º) que conste que fue prestada previa información de sus derechos constitucionales; 2.º) que fue prestada en presencia de Letrado; 3.º) que sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración, con contradicción, del agente de policía interviniente en la misma<sup>505</sup>.

El TC<sup>506</sup> considera el valor probatorio del atestado cuando contiene datos objetivos y verificables, es decir frente a la existencia de partes del mismo como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías, test alcohólicos, certificados médicos que, sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental, para posibilitar la efectiva contradicción por las partes. La LECrim. establece en el artículo 788.2 II que: *“En el ámbito del procedimiento abreviado, tienen carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”*.

La policía realiza diligencias extraprocerales, documentadas en el atestado, independientemente de que tengan lugar antes del sumario o a posteriori<sup>507</sup>. Pero en ningún caso forman parte del sumario, las razones por la cual esto es así se puede resumir en dos. Podemos citar la falta de presencia judicial, según el artículo 306 y ss. en LECrim. , estas diligencias no podrían considerarse sumariales, ya que la posibilidad de delegar actuaciones sumariales está previsto en el artículo 310 a favor de otras autoridades judiciales. Las diligencias preliminares según el artículo 307 son reservadas a la Autoridad Judicial. También es necesario tener en cuenta la falta de contradicción cuando se llevan a cabo dichas diligencias, ya que las actuaciones policiales tienen carácter secreto. En el sumario se permite la participación del abogado defensor y del imputado según los artículos 311 y 333 LECrim. Pero también es necesario recordar que la contradicción se hace presente en la declaración del detenido, la identificación del mismo o incluso en la entrada y registro. En algunos países<sup>508</sup> como Italia, a pesar

---

<sup>505</sup> En alguna sentencia como la STC 206/2003 (RTC 206/2003), se mantuvo que las declaraciones prestadas ante la policía, aún sometidas a contradicción en el acto del juicio oral, no se convierten sin más en prueba de cargo, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial. *«Sólo cuando concurren circunstancias excepcionales, que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral, hemos considerado admisible la introducción en el juicio de los resultados de estas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados con todas las garantías (SSTC 36/1995 de 6.2, F. 2 (RTC 36/1995); 51/1995, de 23.2, F 2 RTC (51/1995); 7/1999, de 8.2, F. 2 (RTC 7/1999))»*.

<sup>506</sup> . En sentencias como la STC 173/1997 (RTC 173/1997).

<sup>507</sup> La STC de 28 de octubre de 1985 (RJ 1985/ 5065), determinó que los Tribunales ordinarios no están autorizados- en principio a formar su convicción respecto de la prueba sobre la base de los atestados policiales realizados con anterioridad a la fase sumarial, sin la necesaria intermediación y contradicción; atestados a los que sólo puede atribuirse el valor de una denuncia. La STC de 30 de octubre de 1985, entendió que el atestado policial no constituye un medio de prueba de los legalmente establecidos, ni puede calificarse de prueba al carecer de los requisitos de intermediación y contradicción que diferencian un medio de prueba de un mero acto de investigación.

<sup>508</sup> La STS de 23 de enero de 1987 (RJ 1987/450), en relación con el artículo 297 de la LECrim, establece los supuestos en los que el atestado tiene carácter probatorio: "Este artículo tiene su complemento en el 717 LECrim, en lo que respecta a los atestados y a su contenido, resulta anticuado y anacrónico, dado que dentro de dichos atestados se encuentran diligencias que por su naturaleza objetiva no es posible desdeñar, y, por otra parte, la Policía actual, tan distinta de la decimonónica, se halla muy próxima a la Policía científica y dispone de medios de investigación sumamente perfeccionados y que no es posible, ni

del carácter administrativo y extraprocesal en determinadas circunstancias tiene carácter probatorio<sup>509</sup>.

Como documento la STC 415/2005 F 1 considera que el atestado policial el cual en principio no puede tener la condición de documento a efectos del recurso de casación ya que tiene el valor de mera denuncia (art. 297 LECrim.), alcanza esa categoría respecto a aquellos datos que constituyen presupuesto de la actuación policial en materia de injerencia en los derechos de los ciudadanos, como indudablemente lo es la detención de una persona, y específicamente, la persona del detenido, la intervención de los agentes identificados y la hora de la injerencia. El ordenamiento jurídico autoriza, y obliga, a los funcionarios de la policía la detención de las personas sobre las que recaigan indicios racionales sobre la comisión de hechos delictivos y su participación en él, bajo los presupuestos legales previstos en los artículos 292 y siguientes de la Ley Procesal penal. Es decir el día y hora de la detención, de expresión obligatoria en el atestado para delimitar el ámbito temporal de la detención, se integra en el concepto de documento<sup>510</sup>.

Las pericias técnicas realizadas por los agentes de policía y que no pueden ser reproducidas en juicio oral son susceptibles de ser consideradas como actividad probatoria, a título de prueba pericial preconstituida<sup>511</sup>, si son incorporadas al juicio oral.

No debe olvidarse que la LO 9/2002 introdujo el párrafo II en el art. 788.2 LECrim. “...tendrán carácter de prueba los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las

---

siquiera congruente, minusvalorar. En resumen, la valoración actual de los atestados puede ser la siguiente:

a) cuando se trata de opiniones o informes no cualificados de la Policía judicial de las declaraciones de los imputados, aunque se les haya instruido de sus derechos constitucionales y hayan gozado de la asistencia de letrado, de declaraciones de testigos, de diligencias de identificación o de reconocimiento, en rueda o fuera de ella, o de otras diligencias semejantes, efectivamente, no se les puede por sí solas atribuir otro valor que el de meras denuncias; b) cuando se trata de dictámenes o de informes dictados por Gabinetes de los que actualmente dispone la Policía, tales como los de dactiloscopia, identificación, análisis químicos, balísticos y otros análogos, tendrán, al menos, el valor de dictámenes periciales, especialmente si se ratifican en presencia judicial, durante las sesiones del juicio oral y con la posibilidad de que las partes puedan dirigir observaciones u objeciones o pedir aclaraciones a los miembros de los referidos Gabinetes; c) finalmente, tratándose de diligencias objetivas y de resultado incontestable, como la aprehensión in situ de los delincuentes, los supuestos en que éstos son sorprendidos en situación de flagrancia o cuasi flagrancia, la ocupación y recuperación de los efectos e instrumentos del delito, armas, drogas o sustancias estupefacientes, efectos estancados o prohibidos, entrada y registro en lugar cerrado y lo que se hallara durante el transcurso de los mismos, siempre que mediara mandamiento judicial o asentamiento del morador o del que tiene derecho a excluir, o de otros supuestos semejantes, el valor que debe atribuírseles es el de verdaderas pruebas, sometidas como las demás a la libre valoración de las mismas”.

<sup>509</sup> L. VIGNA, *Le indagini preliminari*, en *Il nuovo processo penale*, Milano, 1989, p. 5 a 6.

<sup>510</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

<sup>511</sup> Así, para las SSTC 100/1985 (RTC 100/1985);103/1985 (RTC 103/1985);148/1985 (RTC 148/1985);145/1987 (RTC 145/1987); 89/1988 (RTC 89/1988): «el llamado test de alcoholemia no puede equipararse a los simples atestados y a las diligencias policiales, en que se producen declaraciones de los inculcados, y (que) no es posible tampoco configurarlo como una simple denuncia para llevar a cabo después nuevas actividades probatorias, sino que, en las actividades practicadas al realizarlo se lleva a cabo, preconstituyéndola, una prueba, a la que puede asignarse, lato sensu, el carácter de prueba pericial en la que concurre la especial circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior en el juicio. Ello obliga a reconocerle alcance probatorio al test, siempre que tal prueba haya sido llevada a cabo con las necesarias garantías». Que sea llevada a juicio mediante los documentos en que conste avalados por el testimonio de los agentes actuantes.



*correspondientes normas*".<sup>512</sup> Siendo esta una pericia no realizada ante juez ni acordada por el juez ni contradicha ante el juez, es decir, a actuaciones preprocesales por la que se conoce como «doctrina de la aceptación tácita».

La STC 43/2007<sup>513</sup> (Sala Segunda) niega la falta de prueba sobre el elemento subjetivo del delito, considerando que fuese acreditado a partir de los signos externos que los agentes intervinientes pudieron constatar en el conductor, detallados en el atestado y ratificados en el acto del juicio, unido todo ello a la negativa del demandante de amparo de practicar la prueba alcohométrica. En la STC 134/2007<sup>514</sup> (Sala Primera) se sostiene que no es suficiente para condenar la ratificación de los policías locales sobre los signos de alcohol en el acusado (que es prueba testifical) y de la declaración del acusado (que no puede considerarse autoincriminatoria), no siendo el test alcohométrico autosuficiente para acreditar que el alcohol ingerido ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor, y como consecuencia de ello a la seguridad del tráfico, que es el bien jurídico protegido (art. 379 CP), *“por lo que al no existir prueba válida alguna sobre el requisito de la afectación a la conducción de la ingesta de alcohol y residir el fundamento de la condena del recurrente de amparo exclusivamente en el testimonio de los policías locales y en las declaraciones del acusado, y no estar rodeada la ponderación de dichos medios de prueba de las debidas garantías de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, la Sentencia condenatoria carece de soporte constitucionalmente apto para enervar la presunción de inocencia”*.

La STC 24/1991<sup>515</sup> relativa a los informes médico-forenses consideró que *“estas pericias practicadas necesariamente con anterioridad a la celebración del juicio, e incluso con antelación al inicio del proceso "lato sensu" entendido, constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de las diligencias”*.

El acta de inspección ocular puede por excepción considerarse, (en este caso de un automóvil), valor de prueba preconstituida reproducible en el juicio a través del art. 730 LECrim., sin necesitar la comparecencia de los agentes policiales, si en su intervención concurrieron estrictas razones de urgencia y necesidad. Para la STS 1219/2005 FD 6, ello se justifica en que *“...no en vano, la policía judicial actúa en tales diligencias a prevención de la autoridad judicial (art. 284 LECrim.)”*<sup>516</sup>.

La STS 1281/2006<sup>517</sup> FD 1 sostiene que constituye una de las diligencias que competen a la policía judicial la recogida de todos los efectos, instrumentos y pruebas del delito no se infringe el art. 326 LECrim. al enviar las huellas dactilares recogidas al Laboratorio oficial para la emisión del dictamen por los especialistas del Departamento de Identificación del Servicio de Criminalística.<sup>518</sup>

---

<sup>512</sup> Ver. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 25 de mayo de 2005 JUR 167140/ 2005.

<sup>513</sup> RTC 43/2007.

<sup>514</sup> RTC 134/2007.

<sup>515</sup> RTC 24/1991.

<sup>516</sup> Esta STS 1219/2005 de 17 de octubre FD 6 (RJ 8559/2005) con cita de las SSTS de 5 de mayo de 2000, (RJ 3152/2000), 20 de marzo de 2000, (RJ 1722/2000), 28 de enero de 2000 (RJ 724/2000), agrega: *“En consecuencia, estos requisitos de "estricta urgencia y necesidad" no constituyen, en realidad, presupuestos de legalidad y menos de la constitucionalidad de la inspección de una nave como diligencia policial de investigación de un hecho delictivo, que sólo requiere el cumplimiento de los requisitos materiales de justificación y proporcionalidad, sino un presupuesto indispensable para la excepcional utilización del acta policial acreditativa del resultado del registro como prueba de cargo. En consecuencia, carece de valor probatorio la anterior diligencia por no haber sido incorporada al juicio oral en las condiciones antedicha”*..

<sup>517</sup> RJ 588/2006

<sup>518</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

En el caso de que los funcionarios policiales no comparezcan en el juicio oral siempre que sean estos los que efectuaron la diligencia de inspección ocular y recogieron in situ las huellas dactilares, pero sí comparezcan los expertos que emitieron el dictamen dactiloscópico, no priva de valor probatorio al informe de éstos. A este razonamiento de la sentencia 1281/2006 tratándose de una prueba de cargo no cabe imponer al acusado actividad procesal alguna *probatio rei negantis factum nulla est*,<sup>519</sup> incumbiendo acreditar su acierto al MF que afirma (*affirmanti incumbit probatio*). Ya dijo el TC en S. 80/1986<sup>520</sup> “...éste (el acusador) no debe olvidar que a él le corresponde la aportación de pruebas de cargo en condiciones que garanticen el derecho de la defensa a contradecirlas y que la falta de las mismas determina, cualquiera que sea la convicción moral del Juzgador, en la cual no corresponde entrar a este Tribunal, la plena efectividad de la presunción de inocencia que consagra el art. 24.2 de la Constitución”.

Pero es necesario a efecto de valorar las diligencias policiales tener en cuenta la LECrim. en virtud de los arts. 795 y siguientes: “Del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”.

La L. 38/2002 indica en su Exposición de Motivos (II) habla de: “el reforzamiento de las funciones de la Policía Judicial...” para que se pueda llevar a cabo la concentración de las actuaciones ante el Juzgado de Guardia<sup>521</sup>. El atestado policial es presupuesto determinante del enjuiciamiento rápido según deriva del art. 795.1 I LECrim.: “...siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial...”. El atestado no comprende sólo la denuncia, la diligencia de identificación del presunto delincuente y su eventual interrogatorio (o intento, dado el derecho del imputado a negarse a responder) sino que implica el desarrollo de las diligencias del 796 que, según lo establece esta norma, deberá llevar a cabo la policía en el tiempo imprescindible y durante el tiempo de la detención<sup>522</sup>.

Pero el atestado requiere la citación del denunciado ante el juzgado, o la puesta a disposición judicial del detenido; si no, habrá de seguirse el procedimiento

---

<sup>519</sup> «El reo que niega el hecho no está obligado a probarlo». También: *Negantis probatio nulla est*.

<sup>520</sup> RTC 80/1986.

<sup>521</sup> Entendiendo por tales actuaciones «...las diligencias tras cuya realización puede decidirse si procede el sobreseimiento o bien la celebración de un juicio oral...» (Exp. Motivos II L. 38/2002). Aunque se añade que a tal reforzamiento se une el aseguramiento de todos los afectados en el servicio de guardia, de cuya citación se encarga la misma policía, y la participación activa del MF («...el cual cobra un destacado protagonismo y, por tanto, asumirá, junto con los Juzgados de Instrucción, una particular responsabilidad en la eficacia de la reforma»). Es claro que si el MF no está en el Juzgado de Instrucción mal podrán verificarse diligencias y llevar a efecto la apertura del juicio, etc.

<sup>522</sup> La limitación cronológica parece que se adecua, justificadamente, a si estuviere detenido el imputado, y así a las 72 horas de tiempo máximo, o a si estuviere en libertad, caso en que no existe otro tope que el del «tiempo imprescindible. Omitiremos la duda de compatibilidad (constitucionalidad) del plazo de detención de 72 horas con el período cronológico máximo admisible para entender hecha «sin dilación» (art. 5.3 CEDH) o «sin demora» (art. 9.3 PIDCP) la puesta a disposición judicial del detenido. También que la rotundidad de las 72 horas de duración de las diligencias policiales, en paralelo con el tiempo máximo de detención, viene contradicha en el art. 796.4 que lo amplía a cinco días siempre que no hubiere detenido. Sólo con el tema del tiempo se propicia el juego de la policía con la detención. No se detiene hasta el interrogatorio o incluso mucho después manteniendo cuidadosa vigilancia sobre el imputado y superando así el ineludible lapso de las 72 horas. Evidentemente yo ni sugiero ni conozco práctica alguna en este sentido de nuestras policías españolas pero existe ese margen, indudablemente peligroso. Como muestra se puede citar la STEDH, Sec. I, John contra Grecia (n.º 199/05), de 10 de mayo de 2007, en que la policía griega ponía en libertad al sujeto (ciudadano nigeriano inmigrante) a los tres meses de la detención y antes de que saliera de la comisaría volvía a detenerle comenzando otra vez el cómputo temporal al tratarse de nueva detención.

abreviado<sup>523</sup>. No es suficiente el atestado para acordar el trámite del enjuiciamiento rápido que por ahora es atribución del juez<sup>524</sup>. El juez instructor, con fundamento en el art. 797.1, si así lo considera necesario, ordenará realizar las diligencias urgentes. Realizadas las diligencias urgentes, y eventualmente adoptadas las medidas cautelares personales y patrimoniales que se hayan solicitado, el juez instructor puede: a) considerar bastantes las diligencias realizadas para estimar que el hecho es constitutivo de delito dentro de los límites del art. 795.1, y que está justificada su perpetración por el imputado<sup>525</sup>, ordenando que se realicen diligencias urgentes a fin de que se siga el procedimiento del juicio rápido, b) considerar insuficientes las diligencias urgentes practicadas, ordenando la continuación como diligencias previas, c) considerar que se trata de un hecho punible cuya instrucción no es sencilla, hipótesis del 795.1.3.a en que abrirá diligencias previas, d) considerar que procede acordar el secreto de las actuaciones conforme al art. 302 (art. 795.3), caso en que seguirá el trámite de previas<sup>526</sup>.

El instructor no está vinculado por el atestado policial, que es condición necesaria pero no suficiente para la instrucción y enjuiciamiento rápidos. Pero también es manifiesto que se asigna a la policía la función jurisdiccional (artículos 299 y 777.1 LECrim.) de calificar, el hecho a enjuiciar, la recogida de elementos probatorios (art. 796) y la facultad de filtraje de las denuncias, con lo que la policía incrementa su capacidad para determinar la eventual investigación judicial, favorecida por la saturación de trabajo<sup>527</sup>, la cual hará que delegue en la policía el mayor número de actuaciones de recogida de elementos probatorios, y aun de selección de lo que ha de acceder o no a la jurisdicción, si considerara el juez instructor que, por la simplicidad de los hechos, el juicio oral bastará para resolver sin que se requieran más diligencias<sup>528</sup>, o incluso para dictar oralmente el propio instructor sentencia (art. 801.2 LECrim.).

Las diligencias practicadas por la policía que forman parte del atestado al que se refiere el art. 796 (enjuiciamiento rápido) tendrán igual valor aunque el juez ordene diligencias previas y no urgentes (art. 798) y la causa se sustancie a través del abreviado. Siguiendo con el enjuiciamiento rápido, el valor de las diligencias policiales, acordadas por propia iniciativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 796 y concordantes LECrim., sin que por ello preceda orden del juez y ni siquiera del MF. A este respecto el inciso final de la regla 8.a art. 797.1 dispone que: *“no procederá la citación de los miembros de las FCS que hubieren intervenido en el atestado cuya declaración obre en*

---

<sup>523</sup> Así también se indica en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2003, de 7 de abril.

<sup>524</sup> Por la Circular de la FGE 1/2003 de 7 de abril se mantiene que *“...la valoración sobre la pertinencia de incoar diligencias urgentes que corresponde en última instancia al Juez no puede venir cercenada por el hecho de que la policía judicial haya entendido que los hechos no encajaban en el ámbito del juicio rápido y, en consecuencia, hubiere elaborado el atestado sin ajustarse específicamente a lo previsto en el art. 796. En tales casos será posible incoar diligencias urgentes siempre que pueda llevarse a cabo, pese a las posibles insuficiencias del atestado, la instrucción concentrada del art. 797y ss.”*

<sup>525</sup> A tenor del 779.1.1, si estimare que no hay infracción penal o que está insuficientemente justificada su perpetración o que no hay autor conocido, sobreseerá, ordenando el archivo.

<sup>526</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

<sup>527</sup> Y la ausencia de conocimientos criminalísticos. Antaño la permanencia en los juzgados de instrucción durante diez o quince años permitía al juez adquirir cierta experiencia que con los rápidos traslados ascensos parece más difícil llegar a tenerla.

<sup>528</sup> El art. 962, se refiere al juicio de faltas, en el que se atribuye explícitamente a la policía la determinación del hecho a enjuiciar con su pertinente calificación jurídica de modo que la ilicitud penal del hecho, su enjuiciamiento y límites de la acusación, y aun la pena van a verse condicionadas policialmente. Hasta ahora ha sido tarea judicial la calificación jurídica del hecho a efectos de su enjuiciamiento, ya inicialmente después de tener conocimiento del hecho (art. 962 vigente), ya después de las primeras diligencias de instrucción según el procedimiento por delitos (art. 789.5.2.vigente y 779.1.2.a reformado por esta L. 38/2002).

*el mismo, salvo que, excepcionalmente y mediante resolución motivada, considere —el juez instructor— imprescindible su nueva declaración antes de adoptar alguna de las resoluciones previstas en el artículo siguiente”* (por cierto se debe entender por «siguiente» no el 797 bis sino el 798). Se ratifica así el art. 796.1.4.a por el que “....No será necesaria la citación de miembros de las FCS que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo”.

La no exigencia de la citación de los agentes que intervinieron en el atestado fue introducida por la LO 15/2003 a petición de los sindicatos policiales, a fin de aliviar a los agentes de la tarea de ratificarse en días de semana libres, sin percibir retribución o dieta alguna. Es necesario tener en cuenta la vulneración en el enjuiciamiento rápido al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). Se concede a la policía la capacidad de determinar mediante la decisión del momento y órgano ante el que presenta el atestado, que será el instructor competente, y asimismo, el juez de lo penal en su caso que van a investigar y eventualmente decidir la causa<sup>529</sup>.

La policía puede jugar, con el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, lo cual es demostrable. La STS 6/2007<sup>530</sup> del 10 de enero (A4.º), declara la nulidad de sentencia y absolucón, por actuación policial que busca otro juez, una vez que el primero archiva las actuaciones. También revoca el TS la condena de la Audiencia Nacional, declarando la nulidad de la sentencia y censurando la actuación de la Policía Judicial que ante el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones por un Juzgado de Instrucción, selecciona seguidamente un Juzgado Central de Instrucción remitiéndole las actuaciones y ocultándole la previa decisión judicial.<sup>531</sup>

#### IV. 1.1.1.4. Conclusión

Lo anteriormente expuesto sobre las incrementadas facultades policiales en la prevención e investigación criminal muestra la situación por la que atraviesa la Justicia Penal.

Resaltaremos lo siguiente: la STC 206/2003<sup>532</sup> de 1 de diciembre, aclara que cuando la LECrim. se está refiriendo a PJ no lo hace en sentido estricto a las Unidades Orgánicas de PJ o a las Unidades adscritas, sino a las FCS en función de policía judicial.

A lo anteriormente expuesto podemos citar normas tales como el art. 6.2.a) L. 25/2007 de 18 de octubre de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que se refiere a los miembros de las FCS cuando desempeñen funciones de PJ.

La rúbrica del Lib. II, título III: de la Policía judicial, en los arts. 282 y 283, 284, lib. IV tit. II capítulo II (De las actuaciones de la PJ y del MF), arts. 769 y sigs., Tít. III cap. II (De las actuaciones de la PJ), art. 796, lib. VI art. 962 PJ. La LOPJ Lib. VII Tít. III (De la PJ) arts. 547y ss.: el art. 547 dice que esta función de PJ competirá a todos los miembros de las FCS.

El legislador considera el significado de policía judicial *stricto sensu* lo cual refleja las normas como la contenida en el art. 7.1 de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN,

<sup>529</sup> ALVAREZ RODRIGUEZ, *op. cit.* p. 44 ss.

<sup>530</sup> RJ 253/2007.

<sup>531</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

<sup>532</sup> RTC 206/2003.

que alude explícitamente a “Las Unidades de PJ de las FCS del Estado”, refiriéndose a las Unidades respectivas de la Policía y de la Guardia Civil en el ejercicio de las funciones previstas en el art. 547LOPJ. Es indispensable una reforma sin lugar a dudas a fin de cubrir las gravísimas deficiencias observables en la práctica de diligencias lesivas de derechos fundamentales<sup>533</sup>.

En síntesis podemos decir que la labor de la policía es una labor esencial para la prevención del delito de blanqueo de capitales. Tanto por la preparación que sus efectivos poseen, sino también porque constituyen el organismo que en forma directa pueden considerar la realidad existente en materia delictual.

#### IV.1.1.1.5. Especial consideración a la figura del agente encubierto para la detección del delito de blanqueo de capitales

##### a. Régimen legal.

Las operaciones encubiertas constituyen nuevas técnicas de investigación, estas utilizan agentes encubiertos, confidentes, agentes provocadores e incluso arrepentidos. La STS de 9 de octubre de 1987 considera que es necesario la adaptación de las técnicas de investigación a la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia<sup>534</sup>.

Aunque es indudable que la protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la sociedad puede ser garantizada con el uso de métodos encubiertos de investigación, no parece justificado que el Estado se convierta en partícipe de esos delitos. De ahí la necesidad de fijar unas reglas que eviten el mal uso de estas posibilidades, de acuerdo con los principios que vertebran del Estado de Derecho<sup>535</sup>.

Es necesario destacar la gran importancia de este tipo de técnicas para la persecución de delitos como el que nos ocupa. Ello ha llevado a su reconocimiento internacional, como el del Convenio de Viena de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o el art. 73 del Convenio de aplicación del Acuerdo Shengen, dentro del ámbito regional europeo. En el ordenamiento español, la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, otorgará sustento legal a la actuación de agentes encubiertos al incorporar el art. 282 bis a la Ley procesal penal<sup>536</sup>.

La creciente sofisticación de las técnicas delictivas tornan las prácticas comunes de investigación en ineficaces. La simple entrada y registro y la intervención de las comunicaciones por sí mismas no son suficientes para luchar contra este tipo de

---

<sup>533</sup> E. PEDRAZ PENALVA, *op.cit.*

<sup>534</sup> M. COBO DEL ROSAL, et. al., *Instituciones del derecho penal español. Parte General*. Madrid, 2004, p. 25 ss.

<sup>535</sup> J. MUÑOZ SANCHEZ, *El agente provocador*, Valencia, 1995, p. 25.

<sup>536</sup> J. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, p. 517 “la conducta desplegada por este agente al que la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, da el nombre de «encubierto» será típica, debiendo estudiar entonces en el ámbito de la antijuricidad si concurre alguna causa de justificación que ajuste a derecho ese comportamiento. Llevando el planteamiento al blanqueo de capitales, ese agente no realizará el número primero del 301 toda vez que su conducta no viene motivada por ninguno de los dos elementos subjetivos de lo injusto exigido por el tipo. Incluso en aquellos supuestos en los que tuviese que simular actúa con un determinado fin, esa simulación no es argumento suficiente para entender que concurre alguno de esos elementos subjetivos. Por el contrario, no es necesario un animus fundamentador de la antijuricidad tratándose del número segundo del artículo 301, por lo que su realización por este agente sí resulta del todo factible”.

delincuencia. Y, el art. 282 bis de la LECrim pretende hacer frente a la delincuencia organizada con todas las garantías<sup>537</sup>.

Según la Exposición de Motivos de la L.O. 5/1999, esta norma procesal nace con el propósito de proporcionar habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada. Los agentes encubiertos podrán utilizar la identidad supuesta y están autorizados a usar los medios complementarios de investigación bajo estricto control judicial y fiscal<sup>538</sup>.

La regulación del art. 282 bis LECrim tiene su antecedente en el Derecho alemán. El término *undercover* o agente encubierto designa a los funcionarios de policía que actuando en la clandestinidad, con identidad supuesta, tienen por finalidad reprimir o prevenir el delito. El agente encubierto se encuentra bajo control del Juez y es utilizado cuando los métodos de investigación comunes se revelan insuficientes<sup>539</sup>.

La identidad supuesta, según el párrafo 1 del apartado 1 del art. 282 bis, la otorga el Ministerio del Interior por un plazo de seis meses, prorrogable por períodos de igual duración. Esa identidad legitima al agente para actuar en todo lo relacionado con una investigación concreta, cualquiera que sean las actuaciones que se requieran y hasta la terminación del proceso, si se estimara oportuna la adopción de las medidas de protección previstas para testigos y peritos en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre (art. 282 bis.2). La resolución consignará el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto (art. 282 bis.1.II). Esta resolución por imperativo legal, será “reservada” y no se anexará a las actuaciones, conservándose fuera de las mismas con la máxima seguridad (art. 282 bis.1.III).

La norma habilitadora comprende la posibilidad de que la autorización de la medida provenga del propio Ministerio Fiscal. En esa tesitura, habrá de ser comunicada al Juez “*inmediatamente*” a efectos de su ratificación o, en su caso, denegación (art. 282 bis.1.I).

Al lado del agente encubierto existen otras figuras afines como el agente provocador, el confidente, y el arrepentido. Pero a veces el agente encubierto puede actuar tanto como confidente o agente provocador<sup>540</sup>.

Nos encontramos con operaciones secretas, acaso más propias de sistemas inquisitivos<sup>541</sup>. Un secreto que, sin embargo, resulta esencial para el éxito de la investigación<sup>542</sup>. El agente encubierto es el medio extraordinario de investigación para la lucha frente a determinadas manifestaciones delictivas<sup>543</sup>, que obliga al Estado a disponer de elementos cualificados. Esta técnica supone una alteración de los principios inspiradores tanto del Derecho penal material como del propio proceso justo<sup>544</sup>. Pero no podemos entender que esa alteración de esas reglas básicas disminuya los derechos fundamentales de las personas investigadas, toda vez que se trata de una actuación excepcional, aplicable exclusivamente a supuestos preestablecidos, y sometida a control

---

<sup>537</sup> J. RIFA SOLER, *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim*, en *Revista del Poder Judicial*, n. 55 p. 158.

<sup>538</sup> M. DEL POZO, *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española*, en *Criterio Jurídico* n.6 – 2006, p. 267 a 310.

<sup>539</sup> J. MUÑOZ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 26 ss.

<sup>540</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, *Comentario a la Ley Orgánica 5/ 1999, de 13 de enero: la entrega vigilada y el agente encubierto*, en *Actualidad Aranzadi*, 1999, p. 5.

<sup>541</sup> S. BRAUN, *La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario*, en R. CASANOBA, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, p. 3.

<sup>542</sup> F. GASCON INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, Granada, 2001, p. 6.

<sup>543</sup> J. DELGADO, *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto* en J. PICÓ I JUNOY, *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, p. 97.

<sup>544</sup> R. MARTINEZ PEREZ, *op. cit.* p. 391 ss.

judicial. Por otro lado, sólo los miembros de la Policía judicial pueden ser utilizados como agentes encubiertos, que no obligados, lo que nos lleva reconocer a esta figura un plus de objetividad: en el ordenamiento jurídico español no se admiten la infiltración por parte de particulares.

El Tribunal Supremo ha admitido la validez de esta técnica dándole el tratamiento de prueba testifical, así lo expresa:

*“...el infiltrado es en calidad de testigo otro factor importante a la hora de constituir la prueba. Si el arrepentido está en conexión con la figura del coimputado, el infiltrado, que a diferencia del anterior no es parte en el proceso, es un testigo evidentemente relevante que ha de ser relacionado con la figura del agente provocador...La credibilidad de sus manifestaciones con menos complicaciones que el arrepentido corresponde también a la íntima convicción de los Jueces.*

*...El infiltrado no está dentro del proceso porque es un testigo cualificado que a su vez puede ser, o no, provocador de la infracción, que a su vez puede ser o no, miembro de las Fuerzas de Seguridad.”*

*La actuación del infiltrado en la mecánica delictiva se basa en el ya casi agotado espíritu de colaboración ciudadana por el que se constituyen métodos de averiguación del delito y de su auto, distintos de los habituales históricamente...”*

La designación de un agente encubierto, es de carácter excepcional, sólo se adoptará cuando no exista otro medio de investigación del delito menos gravoso. Es decir que las finalidades de la investigación no puedan lograrse de otro modo.

Conforme el ordenamiento jurídico español las investigaciones deberán realizarse con referencia a la delincuencia organizada. El art. 282 bis apartado 4· LECrim entiende por delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada determinadas conductas criminales. El agente encubierto no podrá ser utilizado para investigar ciertas organizaciones criminales si estas realizan conductas no enumeradas dentro del referido artículo<sup>545</sup>.

El control judicial debe ser riguroso desde el inicio hasta el final, vigilando que se cumpla con lo ordenado<sup>546</sup>. La recepción de la información obtenida puede configurarse como un mecanismo de control de la actuación del agente infiltrado. El control judicial en la infiltración policial se fundamenta en que la autoridad concedente asume la obligación a extremar la atención con el fin de evitar su uso arbitrario o desmedido<sup>547</sup>.

El último apartado del art. 282 bis 1· dice:

*“...La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quién autorizó la investigación. Asimismo dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.”*

El agente encubierto deberá poner en conocimiento de la autoridad la información obtenida, y esta autoridad es la judicial<sup>548</sup>. Es el Juez quién en función de la integridad de la información dictará las resoluciones procedentes, separando lo útil para la

---

<sup>545</sup> J. RIFA SOLER, *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim*. En *Revista Poder Judicial*, n. 55, Madrid, 1999, p. 161.

<sup>546</sup> L. DE DIEGO DIEZ, *Especialidades de la declaración testifical: Agente encubierto, confidentes y testigos de referencia*, en *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencial y formularios*, Valencia, 2000, p. 2.

<sup>547</sup> F. SEQUEROS SAZATORNIL, *El agente encubierto. El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, en *La Ley – Actualidad*, Madrid, 2000, p. 771.

<sup>548</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 398.

instrucción y desechando lo irrelevante. Pero fiscalizar esa información será difícil, ya que el Juez vendrá limitado por los datos que suministre el agente encubierto.

En cuanto a la duración de la infiltración policial, la LECrim nada dice, más allá de la mención al plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración contemplado en el art. 282 bis. El problema puede surgir habida cuenta el plazo máximo de secreto sumarial, que el art. 302 LECrim. limita a un mes.

Ese mismo problema se presenta en otras diligencias de investigación, como las escuchas telefónicas, y parece evidente que el secreto del sumario por un período mayor a un mes podría provocar un impedimento en el ejercicio del derecho de defensa<sup>549</sup>. No obstante lo cual, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

*“...el plazo de un mes podrá prorrogarse siempre que persistan los motivos que determinaron la declaración del secreto, por lo que habrá que motivarse, es decir habrá de dictarse un nuevo auto declarando la prórroga y desde luego siempre que a la postre la prolongación del secreto no produzca la indefensión...”*<sup>550</sup>.

Ante el silencio legal convenimos en que la duración será la mínima imprescindible y necesaria a fines de colmar la investigación, circunstancia que deberá justificarse motivadamente por la autoridad judicial con pleno respeto del principio de proporcionalidad<sup>551</sup>.

#### IV.1.1.1.6.1. La declaración del Agente encubierto en el Juicio oral

Para que la información obtenida por el agente encubierto tenga eficacia probatoria es necesaria su incorporación al juicio oral por los medios legalmente establecidos, preferentemente su testimonio en el juicio oral.<sup>552</sup> En relación con este punto y como ya se sostuvo con anterioridad, cabe la posibilidad de que el agente encubierto se acoja a la Ley para la protección de testigos y peritos, siendo que la ocultación de su verdadera identidad se prorrogue también durante su deposición con arreglo a lo previsto en el art. 4.3 de ese Texto Legal.

En determinados casos cabe la posibilidad de que la información obtenida se sume al acervo probatorio por la vía del testimonio de referencia en los términos previstos en el art. 710 LECrim. Pero debe advertirse que esta declaración no puede sustituir o reemplazar a la prueba testifical directa, ya que por sí misma no puede enervar la presunción de inocencia<sup>553</sup>, y que sólo será admisible en circunstancias excepcionales<sup>554</sup>.

Obviamente, esta prueba puede sufrir las consecuencias de su ilicitud en los términos del art. 11.1 LOPJ. En el caso de infiltración policial, la nulidad probatoria puede ser la consecuencia de carecer de la preceptiva autorización inicial, es decir se procedió sin su existencia o fue otorgada sin respetar los parámetros establecidos por la ley; o si el agente encubierto lesiona los derechos fundamentales de las personas

<sup>549</sup> L. RODRIGUEZ RAMOS, *La intervención de las comunicaciones*, La prueba en el derecho penal, en *Cuadernos de derecho judicial*, 1992,

<sup>550</sup> STC 176/ 1988, del 4 de octubre de 1988.

<sup>551</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 401.

<sup>552</sup> L. DE DIEGO DIEZ, *op.cit.*

<sup>553</sup> STS 303/ 1993 (RJ 1840/1993); STS del 21 de abril de 1995 (RJ 2872/1995); 30 de junio de 2005, (RJ 6646/1995).

<sup>554</sup> STS del 3 de marzo de 1993 (RJ 1840/1993).



investigadas o de terceros. En estas circunstancias el apartado tres del art. 282 *bis* establece<sup>555</sup>:

“...3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que al respecto establezca la Constitución y la Ley así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.”...

#### IV.1.1.1.6.2. Responsabilidad del agente encubierto

Debemos tener en cuenta de que aunque el agente encubierto tiene legitimación para la comisión o participación de determinado delito (art. 282 bis.5), pero sigue siendo miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y, en consecuencia, debe atenerse a los términos establecidos en la autorización<sup>556</sup>.

De manera general puede sostenerse que la exención de responsabilidad contemplada en la Ley pasa porque su conducta venga sustentada por la investigación encomendada, debiendo guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituir una provocación al delito<sup>557</sup>. A ese fin, el agente encubierto podrá adquirir y transportar los efectos, objetos e instrumentos del delito así como diferir su incautación<sup>558</sup>. El agente encubierto responderá por aquellas actuaciones que no sean consecuencia necesaria de la investigación que sean desproporcionadas con la finalidad de la misma. Aquellos agentes que actúen de forma encubierta sin someterse a los requisitos del art. 282 *bis* LECrim responderán por todos los hechos delictivos que hubieren cometido o en los que hayan participado<sup>559</sup>. En cualquier caso, la prueba obtenida por el agente encubierto a través de la comisión de un delito, del cual está exento de responsabilidad criminal por concurrir causa de justificación es hábil y eficaz cuando dicha exención ha sido declarada por un Juez.<sup>560</sup>

Obviamente, la mencionada exención sólo favorece al agente encubierto. No así, a los miembros de la organización que hayan participado en la comisión del delito junto con el agente encubierto si serán condenados.

El procedimiento en virtud del cual se le exija responsabilidad penal al agente encubierto con motivo de sus actuaciones se encuentra previsto en el inciso segundo del apartado 5 del art. 282 *bis* LECrim, lo que es denominado cláusula de exclusión. En este caso, el proceso se desarrollará separadamente del que se incoe con motivo del enjuiciamiento de los miembros de la organización<sup>561</sup>.

#### IV.1.1.1.6.3. Diferencia con el agente provocador, el confidente y el arrepentido

---

<sup>555</sup> J. RIFA SOLER, *op. Cit.*

<sup>556</sup> J. QUERALT, *Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/ 1999 de 14 de enero*, en *La Ley*, noviembre de 1999, p. 1823.

<sup>557</sup> J. DEL CERRO ESTEBAN, *El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada*, en *Centro de Estudios jurídicos*, 2004. p.1380.

<sup>558</sup> F. GASCON INCHAUSTI, *op. cit.* p. 278.

<sup>559</sup> J. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *El agente encubierto*, en *La Ley*, n. 4778, 20 abril de 1999, p. 1954 a 1955.

<sup>560</sup> J. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *op. cit.* p. 3 y 1954 ss.

<sup>561</sup> J. DIAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Madrid, 1991.

Según GIMENO SENDRA, agente provocador es un miembro de las Fuerzas de Seguridad que con la finalidad de descubrir un hecho delictivo llega a instigar o propiciar la comisión de un delito<sup>562</sup>.

La jurisprudencia define el delito provocado como:

*“ Por delito provocado se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad, que deseando la detención de sospechosos incita a perpetrar la infracción a quién no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que por no ser por tal provocación no se hubiere producido, aunque del otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención “ab initio” de la fuerza policial<sup>563</sup>”.*

El agente provocador no tiene habilitación legal<sup>564</sup>. La consecuencia de la provocación delictiva para la Justicia, opera en sentido contrario, es decir las personas inducidas a cometer un delito quedarán impunes de los hechos acaecidos<sup>565</sup>.

Diferente del delito provocado es la denominada “provocación policial”. La provocación policial es una técnica usada para el descubrimiento de delitos ya consumados, por lo general los de *tracto sucesivo*, a fin de conocer como se perpetró el delito<sup>566</sup>. En tales situaciones el agente no busca la comisión del delito sino evidenciar los medios, las formas o los canales por los cuales se desarrolla. Se pretende la obtención de la prueba en relación a una actividad criminal que se está produciendo o ya se ha producido<sup>567</sup>. La propuesta parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate aunque crea que otras personas también están dispuestos a cometerlo<sup>568</sup>. La provocación policial es una técnica admitida por el Estado de Derecho, el problema es tratar de diferenciar la provocación policial y la intervención del agente encubierto.

En la línea precedente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 9 de junio de 1998 (caso TEXEIRA DE CASTRO), consideró que se había violado el art. 6.1. Convenio Europeo de Derechos Humanos, por cuanto la actuación policial no revestía las características propias de los agentes encubierto sino provocadores<sup>569</sup>.

La intervención de los agentes según el TEDH, debe estar restringida y rodeada de garantías mínimas en el caso que mencionamos para la represión y tráfico de drogas. El interés público no justifica el uso de pruebas que fueron obtenidas mediante incitación policial al delito y la acción de los dos policías implicados habría excedido sus funciones como tal, lo cual habría provocado que el requirente fuera privado *ab initio* y definitivamente de un juicio justo<sup>570</sup>. El Tribunal señaló que la conducta de los agentes encubiertos debe ser necesariamente pasiva, hecho que aquí no se produjo<sup>571</sup>.

---

<sup>562</sup> V. GIMENO SENDRA, *op. cit.* p. 407.

<sup>563</sup> STS del 23 de enero de 2003 (RJ 1993/2003), FJ, 3.

<sup>564</sup> M. MONTON GARCIA, *op. cit.* p. 2130.

<sup>565</sup> M. MONTON GARCIA, *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, en *La Ley*, n. 4826, 1999, p. 2128.

<sup>566</sup> J. MUÑOZ SANCHEZ, *El agente provocador*, Valencia, 1995, p. 118.

<sup>567</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 73 a 74.

<sup>568</sup> STS del 13 de febrero de 1996 (RJ 824/1996).

<sup>569</sup> Artículo 6.1. del Convenio de Derechos Humanos : “ Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y Públicamente y dentro del plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley que decidirá los litigios sobre los derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigido contra ella. ”

<sup>570</sup> J. PAZ RUBIO, *op. cit.* p. 404.

<sup>571</sup> J. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *El agente encubierto*, en *La Ley* n. 4778, Madrid, 1999, p. 3.

Sostiene la doctrina que la acción del provocado carece de los requisitos de tipicidad delictiva<sup>572</sup>, al tratarse de un delito imposible por controlarse sus resultados: el bien jurídico protegido por el tipo penal no está en peligro; y falta la culpabilidad del sujeto activo, el ilícito se comete por la inducción del agente provocador. En definitiva, en el delito provocado no existe culpabilidad ni tipicidad propiamente dicha, el sujeto no hubiera actuado de esa manera si no fuera por la inducción del agente provocador<sup>573</sup>.

La STS de 31 de enero de 1998 es muy clara al respecto<sup>574</sup>:

*“...la causa exoneradora del delito provocado tiene su raíz en la voluntad viciada, de quien lo comete y por ello aunque desde otro punto de vista, hay que distinguir entre confidente o infiltrado y agente provocador, ya que mientras éste incide directa y principalmente en la comisión delictiva con anterioridad a su realización, viciando así la voluntad de quien lo lleva a cabo de modo material y directo, los dos primeros actúan con una misión simplemente investigadora para conseguir el descubrimiento de la acción criminal ya realizada.”*

Por consiguiente solamente podemos hablar de un agente provocador cuando la intervención se haya realizado con anterioridad a que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible<sup>575</sup>.

Una figura diversa es la del confidente cuya relevancia en la lucha contra el crimen organizado es incontestable. Los confidentes pueden pertenecer a ambientes delictivos pero los caracteriza y diferencia del agente infiltrado el que la comunicación a las autoridades de la información de que disponen se realiza siempre a cambio de la obtención de ciertos beneficios económicos o de otra clase<sup>576</sup>.

La intervención de los confidentes en la investigación no está regulada legalmente en el ordenamiento español, pero la declaración de un confidente sí es admitida a diferencia de la provocación delictiva<sup>577</sup>. El ámbito del confidente no se circunscribe a la delincuencia organizada, sino también suelen actuar en otros delitos menores. Por lo general la identidad del confidente sólo es conocida por la autoridad con la cual colabora, pero a éste no se le suministra otra identidad, simplemente permanece oculta con el objeto de preservar su integridad física<sup>578</sup>.

La STS de 14 de febrero de 1995, otorga a la figura del infiltrado un tratamiento procesal como prueba testimonial similar a la del confidente. La sentencia se refiere a estas figuras<sup>579</sup>:

---

<sup>572</sup>J. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, cit. p. 516, con relación al delito de lavado de dinero: “La conclusión a la que necesariamente ha de llegarse es que el llamado agente provocador no puede ser inductor de las conductas típicas del artículo 301.1 ni del 301.2 por no haber actuado con el ánimo de comisión por parte del autor que exige el injusto de la participación. Y en el caso de que llegue a cometerse el delito como consecuencia de que las medidas adoptadas para evitarlo, o no se pusieron consciente o inconscientemente, o simplemente no fueron eficaces, su papel no sería el de inductor, sino el de autor —normal o accesorio— de un delito de blanqueo de capitales mediante omisión propia o en comisión por omisión, no existiendo diferencia, a estos efectos, entre su conducta y la del sujeto que lleva a cabo directamente, y por sí mismo, actos ejecutivos”.

<sup>573</sup> STS del 9 de marzo de 1998 (RJ 2346/1998).

<sup>574</sup> STS del 31 de enero de 1998 (RJ 106/1998).

<sup>575</sup> STS del 20 de febrero de 1991 (RJ 1308/1991).

<sup>576</sup> V. GIMENO SENDRA, *op. cit.* p. 409.

<sup>577</sup> STS del 15 de diciembre de 2003 (RJ 9479/2003).

<sup>578</sup> J. BARCELONA LLOP, *El secreto policial. Acceso a archivos y registros de la policía. Los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad*, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.*, Volumen dedicado a Acceso Judicial a la obtención de datos, Madrid, p. 1997.

<sup>579</sup> GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA – HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, 2004.

*“...el infiltrado que actúa también durante el delito aún cuando no forma parte de él, se confunde con el delator cuando éste no es más que el denunciador o acusador, que por supuesto no tiene que ser anónimo. El infiltrado es más bien un confidente introducido en el ambiente delictivo que se está investigando. Es como el colaborador judicial que ahora se trata de imponer legalmente aun cuando no exista una concreta regulación legal de tal figura lo que no deja de ser lógico en tanto que el infiltrado no es ni siquiera presunto delincuente, sólo un medio de prueba, posible provocador, que como tal ha de ser considerado.”*

El propio Tribunal Europeo de los Derechos Humanos admitió su legitimidad como prueba<sup>580</sup>.

Otra cosa es que se pretendan hacer valer informaciones confidenciales como prueba de cargo por la vía indirecta del testimonio de referencia. Su rechazo por los tribunales es claro en sentencias tales como la del TS de 26 de septiembre de 1997<sup>581</sup>, en la que se sostiene:

*“...la aceptación y valoración como prueba de cargo de las declaraciones de confidentes policiales anónimos, traídos al proceso a través del testimonio referencial de la policía... aparece proscripta en nuestro Ordenamiento. En primer lugar en el plano de los derechos fundamentales reconocidos supranacionalmente por vulnerar el art. 6.3. d) del Convenio de Roma, ratificado por España el 26 de septiembre de 1978, que garantiza expresamente el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. En segundo lugar, en el plano constitucional por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión reconocido en el art. 24. 1.º y 2.º de la CE. En tercer lugar en el plano de la legalidad ordinaria por desconocer lo prevenido en el art. 710 de la LECrim, conforme al cual los testigos de referencia precisarán el origen de la noticia designando con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocido a la persona que se le hubiere comunicado.”...<sup>582</sup>*

Si estas informaciones deben excluirse como como prueba de cargo, también deben rechazarse como único indicio único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, tales como escuchas telefónicas, registros o detenciones. La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad y solamente si se confirma por medios menos dudosos, pueden dar pie a la adopción de las medidas citadas<sup>583</sup>.

Finalmente, la intervención del arrepentido se conoce con el nombre de infiltración sobrevenida. El arrepentido puede considerarse como el instrumento que sirve para introducirse en ciertos ámbitos a las autoridades a través de personas las cuales forman parte de las mismas<sup>584</sup>. El arrepentido es la persona que perteneciendo a cierta organización delictiva, colabora con las autoridades suministrando información relevante<sup>585</sup>.

El arrepentido si bien colabora con la justicia para la captura de ciertos delincuentes no siempre lo hace en forma desinteresada, siendo habitual que se pretenda la obtención

---

<sup>580</sup> Vid. SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, 27 de septiembre de 1990 y 20 de noviembre de 1989.

<sup>581</sup> RJ 6696/1997, respectivamente.

<sup>582</sup> STS del 26 de septiembre de 1997 (RJ 6696/1997).

<sup>583</sup> V. GIMENO SENDRA et.al., *Derecho Procesal Penal*, cit.

<sup>584</sup> F. GASCON INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit. p. 26.

<sup>585</sup> F. MUÑOZ CONDE, *Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada*, en F. Gutiérrez Alvis Conradi (director), *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla, 1996, p. 151.

de beneficios penales, como los previstos en el Código Penal por colaboración con la justicia en delitos de terrorismo y tráfico de drogas:

*“ Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que ha pertenecido o con las que haya colaborado.”*

Para que pueda operar esa reducción es necesario que el arrepentido haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas. Y a decir del TEDH, el abandono de la organización criminal debe ser manifiesto<sup>586</sup>.

Al respecto, el Tribunal Supremo ha manifestado:<sup>587</sup>

*“...la figura del arrepentido en el contexto de lo que ha sido denominado cómplice supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia.*

*Desde el momento que actúa como tal se convierte en un informador que genera una serie de problemas ajenos muchas veces al puro proceso o a la prueba en sí. Este informador debe ser tratado como un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba y como un confidente, que aporta datos fundamentales, a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento.”*

Las dudas sobre la credibilidad del arrepentido que devienen de la cierta obtención de los beneficios antedichos hacen que jurisprudencialmente se exija la confirmación o ratificación de los hechos por él relatados<sup>588</sup>.

#### IV.1.1.2. La Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada

Cuando la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada fue creada por la Ley 10/95 y comenzó a funcionar era una institución renovadora dentro del sistema penal español, aunque dentro del sistema europeo ya en otros países como en Italia esto no constituía una novedad. La novedad consistía en aunar la labor al unirse, en un esfuerzo común, fiscales, expertos en materias económico-financieras y policía judicial, desde una perspectiva que, el transcurso de los años, se ha revelado como de gran valía. La creación de una Fiscalía especializada en estas materias, ha significado un cierto fortalecimiento de la acusación pública, al dotarle de medios que han reducido notablemente la manifiesta desigualdad con que operaba el Ministerio Fiscal en comparación con las partes en los procesos de esta naturaleza<sup>589</sup>. Podemos corroborar que en la Exposición de Motivos de la Ley se parte de la *“especialización orgánica y funcional que se hace necesaria como remedio para el problema de nuevas formas de delincuencia que se aparta de aquella que podríamos llamar tradicional y que ha venido en definirse como delincuencia económica”*<sup>590</sup>.

<sup>586</sup> STEDH de 6 de abril de 2000 (TEDH 2000, 120). Caso Labita contra Italia.

<sup>587</sup> STS del 14 de febrero de 1995 (RJ 818/1995).

<sup>588</sup> S. ARAGONESES MARTINEZ, *Derecho procesal penal*, en De La Oliva Santos y otros, Madrid, 2004, p. 362.

<sup>589</sup> CHOCLÁN MONTALVO J., *La organización criminal*, Madrid, 2000, p. 80.

<sup>590</sup> CHOCLAN MONTALVO J., *op.cit.* p. 80 ss.

Pero debemos tener en cuenta la Ley 24/ 2007 de 9 de octubre, de la cual haremos una reseña de la exposición de motivos <sup>591</sup>la que claramente señala los alcances de esta ley, antes de proseguir con el tema propuesto ya que nos permitirá comprender mejor el alcance del mismo.

Exposición de motivos Ley 24 /2007<sup>592</sup>:

Es la Constitución española a través del artículo 124 se atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. A fin de alcanzar una mayor eficacia y eficiencia en el cumplimiento de tal relevante misión del Ministerio Público se hace necesario abordar una serie de modificaciones sustanciales en el vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal , aprobado por Ley 50/1981 de 30 de diciembre norma que, si bien ha supuesto una sólida base para la regulación del Ministerio Fiscal durante veinticinco años, necesita una adaptación en su conjunto a las nuevas exigencias que la sociedad reclama<sup>593</sup>. Ya que el desarrollo social, económico y tecnológico y la consolidación del Estado de las Autonomías junto a la evolución del proceso -en especial del proceso penal -hacia fórmulas que exigen una presencia e intervención mucho mayor del Fiscal, exigen su reordenación íntegra de las coordinadas organizativas del Ministerio Público, tanto en cuanto a su capacidad de especialización y de implantación territorial, de modo que su necesaria unidad de actuación se traduzca, como garantía esencial de los ciudadanos, en una presencia del Fiscal igual, y con el mismo grado de especialización por materias, en cualquier punto de España. Esta reforma persigue, afianzar la autonomía del Ministerio Fiscal como órgano de relevancia constitucional y la mejora de su capacidad funcional, con especial atención, en este terreno, a la Fiscalía General del Estado. A fin de actualizar su estructura, buscando una mayor eficacia conforme un criterio de especialización y de reordenación de su modelo de implantación geográfica<sup>594</sup>. La idea es introducir mejoras de carácter técnico que afecten a la regulación de los procedimientos de actuación externos e internos de la Fiscalía,<sup>595</sup> a su vez pretende conseguir una más clara definición de la Carrera Fiscal como carrera profesional, favoreciendo un escalonamiento más racional de la pirámide jerárquica en la que se integran los Fiscales.

Uno de los objetivos de la presente reforma es dotar al Ministerio Fiscal de una mayor autonomía en el desempeño de sus funciones, que contribuya a reforzar el principio de imparcialidad que preside su actuación de conformidad con lo previsto en *el artículo 124.1 de la Constitución*.

Por ello se realiza una importante modificación del régimen de nombramiento y cese del Fiscal General del Estado, al establecer nuevas garantías adicionales en su regulación, y respetando en todo caso el sistema de designación que se regula en el artículo 124 de la Constitución. El candidato a Fiscal General propuesto por el Gobierno, tras la preceptiva audiencia del Consejo General del Poder Judicial, deberá someterse a una comparecencia ante una Comisión del Congreso de los Diputados antes de ser nombrado por el Rey. Siendo la introducción de causas objetivas de cese constituye una garantía del margen de autonomía del Fiscal General al desaparecer la libre decisión de cese sin causa por parte del Ejecutivo.

---

<sup>591</sup> BOE de 10 de octubre de 2004 n. 247.

<sup>592</sup> BOE de 10 de octubre de 2007 n. 243.

<sup>593</sup> GOMEZ COLOMER, *El fiscal instructor*, en *Justicia*, 1996.

<sup>594</sup> A. IBÁÑEZ – MOVILLA, *El poder judicial*, Madrid, 1986, p. 405 ss.

<sup>595</sup> NARVAEZ RODRIGUEZ, *La investigación penal por el Ministerio Discal: una apuesta por el futuro*, Tribunales de Justicia, 2000/10.

Con el fin de garantizar la mayor autonomía del ministerio público en el ejercicio de sus funciones, se introduce la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala, máximo órgano asesor del Fiscal General en materia jurídica, siempre que el Fiscal General deba impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de éstos.

Se modifica el régimen de abstención de los Fiscales, de modo que la decisión de apartar o no al Fiscal General del Estado en estos casos reside en el interior del propio Ministerio Fiscal, en concreto en la Junta de Fiscales de Sala. Finalmente, se reafirma el carácter neutral y operativo de los órganos técnicos de la Fiscalía General del Estado, lo que supone incluir una expresa previsión legal de que los miembros de la Secretaría Técnica, la Unidad de Apoyo y la Inspección no puedan presentarse como candidatos a las elecciones al Consejo Fiscal.

Se resalta la figura del Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, a fin de modernizar la estructura del Ministerio Fiscal redefiniendo de modo explícito sus funciones de dirección ordinaria de la Fiscalía del Alto Tribunal y de sustitución del Fiscal General, y reflejándose esa mayor relevancia institucional en el sistema de provisión del cargo, al exigir una antigüedad de al menos tres años en la primera categoría de la carrera fiscal.

Asimismo se crea la Unidad de apoyo como órgano integrado por Fiscales y funcionarios, que queda encargado de labores de asistencia a la Fiscalía General del Estado en materia de representación institucional y relaciones con los poderes públicos; de la comunicación y relaciones con los medios y gestión de la atención al ciudadano, y de análisis y determinación de las propuestas relativas a necesidades de organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal en materia de estadística, informática, personal, medios materiales, información y documentación.

Como novedad, en virtud del régimen de la Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio de Competencia y Organización de la Justicia Militar, se incorpora en esta Ley la figura de la Fiscalía Jurídico Militar, como órgano del Ministerio Fiscal.

Se regula como novedad la figura del Fiscal de Sala Delegado, que supone la consagración legal del clásico sistema de delegación de funciones por parte del Fiscal General. Las ventajas del nuevo sistema son, la descarga del evidente exceso de concentración de tareas en la figura del Fiscal General, y el facilitar la asunción por dichos Fiscales de Sala Delegados de responsabilidades en materia de coordinación e impartición de criterios a través de la propuesta al Fiscal General de aquellas circulares o instrucciones que consideren necesarias.

Se otorga un mayor impulso al principio de especialización como respuesta a las nuevas formas de criminalidad que han ido surgiendo en los últimos tiempos, a fin de obtener una mayor eficiencia en la actuación del Ministerio Fiscal. Esta opción tiene su máxima expresión en las Fiscalías Especiales, denominación genérica que a partir de ahora se extiende a las dos que vienen operando en el ámbito estatal, respecto de las cuales se propone una refundición del texto legal que unifique en lo posible su naturaleza, su régimen de organización y su funcionamiento. El primer cambio afecta a la concreta denominación de cada una de estas Fiscalías Especiales, que pasan respectivamente a llamarse Fiscalía Antidroga, y Fiscalía Anticorrupción y contra la Delincuencia Organizada.

En cuanto a la competencia de la Fiscalía Antidroga se opta, por simplificar una excesiva casuística y en buena medida redundante enumeración de cometidos, y por extender su ámbito de actuación a todos aquellos expedientes y procedimientos que se refieran a asuntos para los que es competente por razón de la materia. Se incluyen de

manera expresa en su ámbito competencial los delitos de blanqueo de capitales relacionados con el tráfico de estupefacientes.

Con respecto a la Fiscalía Anticorrupción y contra la Delincuencia Organizada se realiza una reforma de mayor calado, ya que se actualiza la lista de delitos objeto de su actividad con clara vocación de futuro, como demuestra el hecho de que se contemple la futura incorporación al Código Penal de los delitos de corrupción en el sector privado, fruto de los compromisos europeos de España en materia de armonización legal; al tiempo que se suprimen las referencias concretas a la ubicación sistemática de los tipos en el Código Penal, prefiriendo, la mención genérica del *nomen iuris* de los correspondientes delitos. El mayor cambio, en todo caso, respecto a esta Fiscalía Especial se produce al ampliar su radio de actuación a todo un género de actividades presuntamente delictivas que quedaban fuera de su marco competencial, y que coinciden con la noción genérica de delincuencia organizada.

Para facilitar la actuación de esta Fiscalía especializada se amplía el plazo de las diligencias de investigación que pueda llevar a cabo respecto de los delitos de su competencia hasta una duración máxima de doce meses salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal General del Estado.

La organización territorial del Ministerio Fiscal también sufre una nueva regulación para lograr un doble objetivo: su adecuación al Estado de las Autonomías, y para permitir un despliegue territorial más eficiente que permita hacer frente en mejores condiciones a las funciones que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal.

En el ámbito provincial se sustituye la clásica denominación de Fiscalía de la Audiencia Provincial por la de Fiscalía Provincial, pues se constata que este órgano no sólo atiende a la Audiencia, sino que también presta servicio al conjunto de los juzgados y tribunales de la provincia.

Una finalidad perseguida ampliamente ha sido lograr un eficiente despliegue territorial del Ministerio Público para ello se ha tenido en cuenta que el principio de especialización forme parte sustancial de la estructura organizativa de la Fiscalía. Clarificando la presente Ley el régimen organizativo y de funcionamiento de los Fiscales Delegados de las Fiscalías Especiales y de las Secciones especializadas en los diversos órganos territoriales del Ministerio Fiscal.

Al referirse a las Fiscalías Especiales se robustece y se unifica el modelo de organización desconcentrada, mediante la aclaración de las normas que regulan la designación de Fiscales delegados en los diferentes órganos territoriales, y sobre todo la vinculación funcional de éstos con el Fiscal Jefe del órgano estatal, precisando el régimen de relación jerárquica de modo que en lo posible puedan evitarse, y en todo caso resolverse de manera simple y rápida, los eventuales conflictos derivados de la doble dependencia de la Fiscalía Especial y territorial.

Asimismo la Ley introduce una serie de cambios en la organización de la Carrera Fiscal dirigidos a facilitar la movilidad y la temporalidad en el desempeño de los cargos, así como a modernizar el régimen de infracciones y sanciones.

La temporalidad en los cargos ha sido objeto de revisión a fin de regularla de un modo más coherente con los que deben ser sus verdaderos fines, la renovación periódica en el ejercicio de la responsabilidad pública, más acorde con las reglas de funcionamiento de una sociedad democrática que con la naturaleza vitalicia de los cargos, y al propio tiempo con la intención de lograr una razonable rotación en los nombrados. Reafirmandose el carácter temporal de todos los cargos con responsabilidad directiva o de coordinación propia, es decir tareas que no proceden de la mera delegación de funciones, se regirán por las reglas generales de la revocabilidad y la extinción por el cese del delegante.



Otra novedad en relación a la temporalidad es la introducción de un plazo máximo total para el desempeño de las funciones de Fiscal de la Inspección, que se fija en diez años.

En cuanto al régimen disciplinario, se establece para los Fiscales la posibilidad, ya existente para los Jueces, de que la sanción de separación de la Carrera por haber perpetrado un delito doloso pueda ser flexibilizada por el Fiscal General en determinados casos menos graves. Introduciéndose una modificación orientada al propósito general de la Ley relativo a la mayor autonomía del Ministerio Fiscal, sancionando aquellas conductas que puedan poner en peligro la imparcialidad del Fiscal por la participación en actos de naturaleza política o por dirigir a los poderes, autoridades o funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos, invocando la condición de Fiscal, o sirviéndose de esa condición.

Sirva lo expuesto anteriormente para comprender un poco más la organización de la Fiscalía especial, a fin de que no sea considerada como un organismo ad-hoc sino dentro de una estructura organizativa.

Las Diligencias de investigación de la Fiscalía Especial se ajustan a los términos del art. 785.bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (actual 773.2), de la Circular 1/89 y la Instrucción 1/96 y a las limitaciones de la facultad investigadora del Ministerio Fiscal permitiendo acumular datos relevantes para la decisión, en cada caso, bien sobre el ejercicio de la acción penal bien sobre el archivo, a partir de las fuentes de prueba disponibles.

Las actuaciones de la Fiscalía Especial las podemos delimitar en tres estamentos. A través de la dirección de la Unidad de Policía Judicial, instituida por Orden de 16 de noviembre de 1995, cuya actividad investigadora, según lo prescrito en el art. 28 del Real Decreto 769/87, de 19 de junio, de Policía Judicial, ha contribuido notablemente al éxito de la tarea que se le ha encomendado<sup>596</sup>.

En virtud de la importancia que para la Fiscalía Especial presentan las Diligencias precedentemente expuestas carentes aún de una regulación más específica, es necesario recordar que su reconocimiento por el art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue un paso fundamental de la reforma procesal, que consolidó en la Ley procesal penal la facultad investigadora del Fiscal, ya prevista en el art. 5 del Estatuto Orgánico y la dirección efectiva de la policía judicial<sup>597</sup>.

El reconocimiento de esta facultad, junto con la actuación de oficio y la posibilidad de acumulación previa de fuentes de prueba; ha hecho del Ministerio Fiscal una institución mucho más eficaz en la persecución de los delitos económicos y de corrupción, que suelen permanecer "ocultos" a los mecanismos ordinarios de control de la Administración y al conocimiento de los ciudadanos<sup>598</sup>.

Debemos mencionar la vigencia de la Circular 1/89: *"en el art. 20 del Real Decreto 769/1987, sobre la policía judicial, atribuye al ministerio fiscal la dirección de las "diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial. (...). Consecuencia de esa dirección es que en realidad toda la fase de investigación preprocesal está dominada por el fiscal, bien a través de su propia actividad investigadora, bien a través de la dirección de la investigación policial"*.

---

<sup>596</sup> C. JIMENEZ VILLAREJO, *Órganos de investigación criminal*, en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid, 2001, p. 358 ss.

<sup>597</sup> J. CHOCLÁN MONTALVO, *op. cit.* p. 78 ss.

<sup>598</sup> A. IBAÑEZ – MOVILLA, *El poder judicial*, Madrid, 1986, p. 405 ss.

Actualmente no existe duda alguna de la facultad del Fiscal de hacer comparecer ante sí a cualquier persona para recibirle declaración, siguiendo la pauta marcada por los arts. 486 a 482 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque así se recoge en la normativa vigente (art. 773.2.II), y esta posibilidad se ha revelado muy eficaz<sup>599</sup>.

Otro elemento importante que cabe destacar en la actuación de la Fiscalía, es el aprovechamiento de las posibilidades tecnológicas, para la obtención de cuanta información se ha estimado relevante de los Registros públicos, tanto de la Propiedad como, el Mercantil, con el que se estableció una conexión informática directa, que contó con toda clase de facilidades y apoyos explícitos de los correspondientes Decanos de los Registros Centrales.

También es necesario mencionar la decisiva contribución de expertos, integrados en la Fiscalía. Siendo de suma importancia la presencia de estos expertos, al punto de afirmar que cualquier otra formulación que desvirtuara el actual Convenio de Cooperación, limitando el número de expertos o restringiendo su plena y exclusiva integración en la Fiscalía podría perjudicar seriamente el futuro de la propia Fiscalía Especial. No olvidemos que el descubrimiento y persecución de los más graves delitos económicos exige un apoyo externo en el ámbito financiero, tributario y contable, es por ello que el legislador, decidió concebir la Fiscalía Especial con el complemento indispensable de los expertos en aquellas materias<sup>600</sup>.

Es necesario destacar que instituciones como la Fiscalía Especial se consideran indispensables en los foros internacionales. Son especialmente relevantes las recomendaciones contenidas en la Recomendación R(2000)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 6 de octubre de 2000, con el consiguiente compromiso con ellas de las autoridades del Estado español<sup>601</sup>.

#### IV. 1.1.2.1. Organismos para la prevención del blanqueo de capitales en España.

Para cumplir con la Directiva comunitaria 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero contra el blanqueo de capitales, se aprueba la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, cuyo desarrollo reglamentario tuvo lugar mediante Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 diciembre, sobre determinadas medidas de prevención. Para adaptar la Ley a la posterior Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, que modificó la de 1991, se modifica la Ley de 1993 mediante la Ley 19/2003, de 4 julio, de Régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales<sup>602</sup>, asimismo el Reglamento por el Real Decreto 54/2005<sup>603</sup>, de 21 de enero.

La Ley de 1993 complementa la tipificación penal imponiendo a las entidades financieras y a otros sujetos obligaciones administrativas de información y colaboración con el fin de prevenir y dificultar el blanqueo de capitales proveniente de cualquier tipo

---

<sup>599</sup> C. JIMENEZ VILLAREJO, *Órganos de investigación. Criminalidad*, en *Organos especializados en relación con el crimen organizado*, cit. p. 357 ss.

<sup>600</sup> C. JIMENEZ VILLAREJO, *Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal*, en *Estudios de derecho judicial*, 1997, n. 6.

<sup>601</sup> Artículo 8 de la Recomendación R (2000)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

<sup>602</sup> BOE. de 5 de julio de 2003.

<sup>603</sup> BOE. de 22 de enero de 2005.

de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a 3 años (art. 1.1 de la Ley después de la reforma de 2003). El Reglamento regula los aspectos organizativos y de funcionamiento de los órganos administrativos constituidos por la Ley esto es: la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y sus órganos administrativos de apoyo; la Secretaría de la Comisión y el Servicio Ejecutivo<sup>604</sup>.

Con el fin de vigilar el cumplimiento de las obligaciones impuestas, e impulsar y coordinar las funciones preventivas del delito previstas en la ley se crea la Comisión para la Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (CPBCIM), a la que también se atribuyen funciones en materia de infracciones de control de cambios.

La Comisión para la Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias colabora con las Fuerzas de Seguridad del Estado, así como con la Policía Judicial, órganos judiciales y Ministerio Fiscal en las investigaciones que les afectan (art. 13.2 de la Ley). De la misma forman parte, los Directores de la Policía y de la Guardia Civil (art. 14) y un representante del Ministerio Fiscal (Cap. IV, arts. 19 ss. del Reglamento). El órgano administrativo a través del cual ejecuta materialmente sus actuaciones, incluyendo las de prevención e investigación de los delitos de blanqueo de capitales, es el denominado Servicio Ejecutivo de la CPBCIM (SEPBLAC), dependiente del Banco de España (quien nombra a su Director), el cual está formado por funcionarios de distinta procedencia (policía, Banco de España, Ministerio de Hacienda). Cuando encuentra indicios de delito transfiere su información a los órganos encargados de la persecución penal con los que está obligado a colaborar (Ministerio Fiscal, Policía Judicial) (arts. 15.2 y 16 de la Ley y 24 del Reglamento)<sup>605</sup>.

Al remitirnos a la financiación del terrorismo podemos citar a la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo. Con el propósito de adaptar el ordenamiento español a la ya examinada Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1373 (2001)13, se dicta la Ley 12/2003, de 21 de mayo, sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo<sup>606</sup>, así como la LO 4/2003, de 21 de mayo, complementaria de la anterior, por la que se modifica la LO 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso - Administrativa<sup>607</sup>. El Convenio de Naciones Unidas obliga a los Estados a exigir responsabilidad penal, civil o administrativa a quienes financien actividades terroristas, así como a la adopción de varias medidas preventivas del delito. El objetivo de la Ley de 2003 es principalmente prevenir las actividades de financiación del terrorismo e impedir el uso con dicho propósito del sistema financiero en una economía globalizada<sup>608</sup>.

Para ello, se contemplan varias medidas, tales como el eventual bloqueo de cualquier tipo de flujo o posición financiera que pudiera asociarse a actos terroristas, o la identificación de los titulares reales de esas transacciones. Esta actividad de bloquear y examinar operaciones susceptibles de estar presumiblemente relacionadas con la financiación del terrorismo es ejecutada a través un organismo de nueva creación, la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo<sup>609</sup>.

---

<sup>604</sup> ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, Pamplona, 1998, p. 163 ss.

<sup>605</sup> D. PASTOR- F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*, cit. p. 137 ss.

<sup>606</sup> BOE. De 22 de mayo de 2003.

<sup>607</sup> BOE. De 22 de mayo de 2003.

<sup>608</sup> V. MANTECA VALDELANDE, Normativa sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, en *La Ley*, 3 de julio de 2002, p. 1 ss

<sup>609</sup> V. MANTECA VALDELANDE, *op. Cit.*

#### IV. 1.1.2.2. Organismos de prevención y lucha contra el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales<sup>610</sup>

En materia de tráfico de drogas y blanqueo de capitales debemos mencionar a la Secretaría de Estado de Seguridad, a la que corresponde, la dirección, impulso y coordinación de las actuaciones del departamento en materia de tráfico de drogas, blanqueo de capitales relacionado con dicho tráfico y delitos conexos (art. 2.1.f) R.D. 1599/2004). Varios organismos dependientes de la misma conciernen también a la materia:

a. El Gabinete de Análisis y Prospectivas sobre tráfico de drogas, blanqueo de capitales y delitos conexos (art. 2.3. c) R.D. 1599/2004),<sup>611</sup> encargado de recibir, analizar y difundir la información y confeccionar las estadísticas nacionales en relación con estas materias, actuar como Observatorio de seguimiento del uso de las nuevas tecnologías por las organizaciones criminales de traficantes de drogas ilegales, de blanqueo de capitales procedentes de dicho tráfico ilegal y de otros delitos conexos y desempeñar la Vicepresidencia del mismo, ejercer la secretaría del Consejo superior de lucha contra el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales y llevar el Registro general de operadores de sustancias químicas catalogadas previsto en la Ley 3/1996.

b. El Gabinete de Actuación Concertada sobre tráfico de drogas, blanqueo de capitales y delitos conexos [art. 2.3.d) R.D. 1599/2004] es el encargado de coordinar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes en la materia y de éstas con otros servicios con competencias que puedan incidir en la materia, así como desempeñar la Secretaría del Consejo Asesor de lucha contra el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales y elaborar estudios monográficos sobre estas materias.

Hasta 2004, la dirección de los servicios encargados de la actualización y ejecución del denominado Plan Nacional sobre drogas, de elaboración periódica y que, entre otras cuestiones, concretaba la política criminal del Gobierno de la Nación en materia de drogas correspondía a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional de Drogas, organismo incardinado en el Ministerio del Interior<sup>612</sup>. Sin embargo en virtud del Real Decreto 553/2004, de 17.4 y el Real Decreto 562/2004, de 19.4 (art. 5. 4) la «Delegación del Gobierno para el Plan Nacional de Drogas» se integra en el Ministerio de Sanidad y Consumo, mientras que el Ministerio del Interior conserva sus competencias en el ámbito de la seguridad pública y la actuación policial en esta materia. Estas competencias aparecen actualmente adscritas al Gabinete de Actuación Concertada sobre tráfico de drogas, blanqueo de capitales y delitos conexos.

c. Los Consejos Superior y Asesor de lucha contra el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales. Los mismos en cuanto a composición y funciones están pendientes de concreción normativa. En el caso del Consejo Asesor del Observatorio de seguimiento del uso de las nuevas tecnologías por las organizaciones criminales de

---

<sup>610</sup> R.D. 495/1994, de 17 de marzo (el mismo fue modificado por numerosa reglamentación en los años sucesivos, la cual es mencionada).

<sup>611</sup> R.D. 1599/2004, de 2 de julio de 2004.

<sup>612</sup> Sus funciones se regulaban en el Real Decreto, de 28. 7, *por el que se modifica la estructura básica del Ministerio del Interior*, en la versión posterior a la reforma efectuada por el Real Decreto 998/2003, de 25.7. El Plan nacional sobre drogas (PNSD) fue creado por R.D. 1677/85 del Consejo de Ministros. Se trata de un grupo de trabajo interministerial para coordinar la lucha contra el tráfico de drogas y sus efectos en diferentes niveles de la vida social. Por el R.D. 2314/1993 pasa al Ministerio del Interior, enfatizando así el papel de la policía en la materia. Sus funciones y competencias se regulan después en un R.D. 1885/1996 y finalmente en el citado R.D. de 2003.

traficantes de drogas ilegales, y blanqueo de capitales procedentes de dicho tráfico ilegal y de otros delitos conexos podemos decir que la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional de Drogas, cuyas funciones conciernen a la seguridad pública y actuación policial en materia de tráfico de drogas y blanqueo de capitales ha asumido recientemente el Gabinete de Actuación Concertada sobre tráfico de drogas, blanqueo de capitales y delitos conexos, encuentra entre sus competencias la de actuar como Consejo Asesor del Observatorio de seguimiento del uso de las nuevas tecnologías por las organizaciones criminales de traficantes de drogas ilegales, de blanqueo de capitales procedentes de dicho tráfico ilegal y de otros delitos conexos. Conforme al Real Decreto 1599/2004, de 2.7 ahora actuará como Observatorio, será el Gabinete de Análisis y Prospectivas sobre tráfico de drogas, blanqueo de capitales y delitos conexos [art. 3 c)].

d. En cuanto a la Dirección General de la Policía le corresponde dirigir, organizar y controlar el cumplimiento de lo dispuesto, entre otras, en materia de drogas [art. 3.2.g) R.D. 1599/2004]. De ella depende la Subdirección General Operativa, dentro de la misma encontramos a la Comisaría General de Policía Judicial, competente en la investigación y persecución de las infracciones supraterritoriales, especialmente, los delitos relacionados con las drogas [art. 3.4.b) R.D. 1599/2004]. También la LOFCSE atribuye al Cuerpo Nacional de Policía la investigación y persecución de los delitos relacionados con la droga [art. 12. 1.A).e) LOFCSE].

e. En relación con la competencia de la Dirección General de la Guardia Civil, podemos decir que le corresponden las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el narcotráfico a la Jefatura Fiscal y de Fronteras, dependiente de la Subdirección General de Operaciones [art. 4. 7.d) R.D. 1599/2004].

#### IV.1.1.3. Juez de Instrucción

En el proceso penal español, la instrucción es netamente judicial la dirección de la misma la asume un órgano jurisdiccional<sup>613</sup>, el Juez de Instrucción<sup>614</sup>, siendo de gran importancia el papel que el Ministerio Fiscal y la Policía judicial asumen y que varía según el tipo de proceso, pero no la intervención del juez, el cual es el verdadero director de la fase de investigación. Pero según el lineamiento de algunos doctrinarios, los partidarios de una investigación fiscal, no estaría previsto de forma expresa en la Constitución ya que en los arts. 117.3, se aclara sin lugar a duda que será actividad jurisdiccional el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>615</sup>.

Al juez le corresponde introducir el material de hecho en la fase de instrucción, según el art. 306 LECrim le atribuye al mismo la facultad de ser el encargado de formar el sumario, para lo cual tiene la capacidad de hacer uso de todos los medios que la ley contempla<sup>616</sup>, a través de la realización directa de actos de investigación directamente o

---

<sup>613</sup> V. OCHOA MONZÓ, *Sujetos de la investigación en el proceso penal español*, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006, p. 99 ss.

<sup>614</sup> En España desde la conocida STC 7/1988 se establece por el Alto Tribunal que el juez que instruye no puede fallar en aras de lograr preservar la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales, lo que dio lugar a la aparición de un órgano que investiga e instruye separado del órgano que decide y que enjuicia.

<sup>615</sup> J. ESPINA RAMOS, *Algunas reflexiones sobre la instrucción por el Ministerio Fiscal*, (disponible en <http://www.noticias juridicas.com>). p. 1; J. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal* (con BARONA VILLAR/MONTERO AROCA/MONTÓN REDONDO) Valencia, 2004, p. 121; J. MUÑOZ CUESTA, *Es el momento de dar el paso a la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal*, (disponible en <http://www.westlaw.es>). p. 1.

<sup>616</sup> Por ello, como así afirmó el Tribunal Constitucional en su sentencia 87/2001, de 2 de abril: “*el hecho de que las diligencias previas hayan sido conducidas de oficio en gran medida por el Juzgado de*

solicitando la colaboración de la Policía judicial (arts. 311 y 777 LECrim). Asimismo el órgano judicial acordará aquellos actos que le sean interesados por el Ministerio fiscal o resto de partes personadas (art. 311 LECrim).

El Juez de Instrucción es el verdadero director de esta etapa, el eslabon fundamental, como surge de la propia LECrim dentro de los diversos procedimientos penales previstos actualmente (arts. 303 y ss. LECrim para el procedimiento ordinario por delitos; el art. 773 para el procedimiento abreviado; el art. 797 para los llamados juicios rápidos y, finalmente, el art. 24 de la Ley del Jurado). Debemos destacar que a él compete la decisión de adopción de medidas cautelares o actos de investigación que impliquen restricción de derechos fundamentales. Es necesario tener en cuenta que en la ley se establece la preeminencia de la dirección judicial sobre la del resto de intervinientes que desde el instante que se tenga conocimiento de una investigación judicial abierta, deberán suspenderse las diligencias que estuvieran realizando el resto de sujetos en esta etapa de investigación, en particular el Ministerio Fiscal (art. 773.2 LECrim.)<sup>617</sup>.

La tendencia de los últimos años de los sistemas continentales europeos<sup>618</sup> —a excepción de Francia- y también iberoamericanos<sup>619</sup>, o del *common law* de atribuir la investigación al Ministerio Fiscal en colaboración con la Policía Judicial ha traspasado las fronteras españolas provocando un debate aún no decidido acerca de la conveniencia o no de modificar el actual sistema español del modelo de instrucción judicial<sup>620</sup>.

Pero es indiscutible que en España se continua con una instrucción netamente judicial<sup>621</sup>, pero sin embargo es probable que esas facultades de investigación sean compartidas con otros sujetos, como son el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, que actúa con dependencia funcional de juez y del Fiscal, siempre que no se trate de diligencias que impliquen restricciones de derechos fundamentales, en dicho caso tiene única competencia la autoridad judicial.

La existencia de diversos sistemas de instrucción se adecua a la Constitución Española, como ya tuvo ocasión de manifestar el propio Tribunal Constitucional español en la STC 41/1998, de 24 de febrero donde se declara que el art. 24 de la Constitución no implica la imposición de un único sistema para la persecución de los delitos, y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento<sup>622</sup>.

El modelo de Juez de Instrucción pasivo, que tan sólo se limita decidir las diligencias que proponen los acusadores o, las defensas, podría encajar perfectamente

---

*Instrucción no conlleva vulneración alguna de los derechos de defensa del actor (STC 32/1994, fundamentos jurídicos 3o y 4o), ya que siendo en el modelo actual el Juez de Instrucción el que dirige la investigación criminal puede, en consecuencia, acordar de oficio la práctica de diligencias necesarias para determinar los hechos y las personas participantes en los mismos.”*

<sup>617</sup> E. BACIGALUPO, *La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal*, Pamplona, 2005.

<sup>618</sup> Cuyo paradigma ha estado representado por Alemania. Aconsejamos remitirse a las referencias de J. GÓMEZ COLOMER., *El fiscal instructor*, en *Justicia*,, 1996, pp. 262 y ss. y también en *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz de derecho comparado*, pp. 2 y ss. (disponible en <http://www.ciencias penales.org/>).

<sup>619</sup> En general, sobre el modelo implantado en los países iberoamericanos puede consultarse, J. DUCE, *El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del Estado de los cambios*, en *El nuevo proceso penal*, en *Estudios fundamentales*, Perú, 2005, p. 89 ss.; J. GÓMEZ COLOMER, *La instrucción del proceso penal...*, cit., p.4 ss.

<sup>620</sup> E. BACIGALUPO, *op.cit.*

<sup>621</sup> N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, *Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio fiscal*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 14, enero de 2008, p. 185 ss.

<sup>622</sup> M. BLASCO SOTO, *El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo*, en *Documentos penales Criminológicos*, V.I, 2001, p. 249.

en uno de ellos. También podría serlo el del Juez de garantías, que no lleva a cabo ninguna investigación, circunscribiéndose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Pero no descartemos que a la Constitución se ajusta el modelo vigente, en el cual es el Juez quién dirige la investigación criminal que no ha sido modificado ni por la Constitución ni por la Ley Orgánica 7/1988. La opción entre éstos u otros modelos de justicia penal corresponde al Legislador, que podrá optar por el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, respetando los derechos fundamentales de las personas afectadas<sup>623</sup>.

En conclusión podemos decir que:

La literatura favorable a la instrucción fiscal señala muchas imperfecciones que descalifican la intervención jurisdiccional, a saber : su naturaleza inquisitiva, la pérdida de imparcialidad del Juez, la lentitud judicial en el desempeño de esta función y la imposibilidad de desarrollar una política criminal coherente<sup>624</sup>.

IV.2. Aspectos orgánicos de la autoridad investigadora (a continuación se hará una breve introducción en español. Luego se hará el correspondiente desarrollo del tema en lengua Italiana).

## **IV. 2. Aspectos orgánicos de la autoridad investigadora**

### *IV.2.1. La autoridad investigadora en Italia*

#### IV. 2.1.1. Regulación constitucional

La Constitución Italiana del 1947, regula de manera minuciosa tanto las garantías del proceso penal —art. 111— como la institución del Ministerio Público, al que equipara con la Magistratura, señalando a tal efecto su art. 107 lo siguiente:

---

<sup>623</sup> V. OCHOA MONZÓ, *Investigación y prueba en el proceso penal*, cit. p. 105 ss.

<sup>624</sup> Estos reproches se encuentran reiteradamente presentes en autores como I. FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999, pp. 496 a 534; V. GIMENO SENDRA, *Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial*, en *Justicia* 88, núm. IV, pp. 829 a 834; «El Ministerio Fiscal», en AA.W., *El nuevo proceso penal*, Madrid, 1989, pp. 65 a 106; *El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la Justicia española*, en *Estudios de Derecho Procesal (En honor de VÍCTOR FAIRÉN GUILLEN)*, Valencia, 1990, pp. 241 a 250; y más recientemente en *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal*, en *La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Pamplona, 2005, pp. 37 a 39; y *La reforma de la LECrim. y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal*, en AA.W., *El Ministerio Fiscal - Director de la instrucción*, Madrid, 2006, pp. 35 a 39; V. MORENO CATENA, *La Justicia Penal y su reforma*, en *Justicia* 88, núm. II, pp. 313 a 318; y más recientemente en *La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en *La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Pamplona, 2005, pp. 54 a 56; en *El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito*, en *Hacia un nuevo proceso penal (Manuales de formación continua de la Escuela Judicial)*, Madrid, 2005, pp. 55 a 92; y en *El Ministerio Fiscal, Director de la investigación de los delitos*, en *Teoría & Derecho*, I, junio/diciembre de 2007, pp. 80 y ss; T. VIVES ANTÓN, *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal en Poder Judicial*, núm. especial II (Jornadas sobre la Justicia Penal), 1987, pp. 93 a 128; y acerca de la imparcialidad en *Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito*, en *Teoría & Derecho*, I, junio/diciembre de 2007, pp. 99 a 121.

*“El Ministerio Público gozará para él de los preceptos orgánicos de la Judicatura.”*

En su art. 112 establece que el Ministerio Público tendrá la misión de ejercitar la acción penal, reconociendo el monopolio del MF y el principio de legalidad.

El Ministerio Público en Italia goza de un status independiente similar a la Judicatura, garantizando una total independencia del Poder Ejecutivo, con la proclamación del art. 104 de la Constitución que señala<sup>625</sup>:

*“La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder.”*

Del *Consejo Superior de la Magistratura*, forma parte como miembro nato el Fiscal General del Tribunal Supremo —art. 104—, y establece entre las funciones de este Consejo las admisiones, destinos, traslados, ascensos y medidas disciplinarias —art. 105—, reforzando esta total autonomía del poder político del Ejecutivo al afirmar el art. 108 la independencia ante las jurisdicciones especiales no sólo de los Jueces sino también del Ministerio Público<sup>626</sup>.

En relación al proceso penal, la Constitución establece unos derechos y principios mínimos que constituyen auténticos mandatos al Legislador ordinario, los que debe respetar; así, en el art. 111 se recogen los siguientes principios y derechos<sup>627</sup>: a) juicio justo; b) imparcialidad del Juez; c) igualdad entre las partes; d) derecho de defensa, que incluye el ser informado de los hechos imputados y su naturaleza, plazo para preparación de defensa, interrogatorio a testigos de cargo e igualdad en la obtención y tratamiento de las pruebas; e) principio de contradicción del proceso; f) motivación de las resoluciones judiciales; y g) derecho al ejercicio de los recursos<sup>628</sup>.

En el Código Procesal Penal de 1930 podemos diferenciar entre instrucción sumaria, atribuida al Ministerio Público, e instrucción formal a cargo del Juez Instructor. El Código Procesal Penal de 1988 —Codice di Procedura Penale (CPP)— atribuye la instrucción al Ministerio Público; así, en su art. 327 dice claramente: *“...el Ministerio Público dirige la indagatoria preliminar y dispone de la policía judicial.”*

#### a. La Policía Judicial

Son funciones de la Policía Judicial —artículo 55 CPP «Funzioni della polizia giudiziaria»—, por iniciativa propia el descubrimiento de la comisión de un delito y evitando sus consecuencias posteriores, identificar a sus autores, realizar todos los actos necesarios para asegurar las fuentes de prueba y recoger todo el material probatorio que pueda servir para la aplicación de la Ley penal. En general, desarrollar toda la investigación y actividad ordenada o delegada por la autoridad Fiscal o Judicial<sup>629</sup>.

Una vez que la policía toma conocimiento de un hecho delictivo debe comunicar, en el término máximo de 24 horas, por escrito al Ministerio Público —artículo 347 CPP «Obbligo di riferire la notizia del reato»—, los elementos esenciales del delito, indicando las fuentes de prueba y la actividad desarrollada, sus autores, la persona ofendida y las circunstancias relevantes para la reconstrucción del hecho así lo establece la ley<sup>630</sup>.

<sup>625</sup> F. CORDERO, *Procedura Penale*, III ed. Giuffrè, 1995.

<sup>626</sup> A. CRISTIANI, *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1993.

<sup>627</sup> Artículo 111 Costituzione Della Repubblica Italiana.

<sup>628</sup> J. PORFILO TRILLO NOVARRO, *El fiscal en el nuevo proceso penal*, Granada, 2008, p. 77.

<sup>629</sup> G. D'ELIA, *Magistratura, Polizia giudiziaria e Costituzione*, Milano, 2002.

<sup>630</sup> G. SALVI, *Rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero*, in *Giustizia penale*, 1989, p. 726.



Entre dichas funciones se encuentran la de identificación del presunto autor y de las personas que hayan podido participar —artículo 349 CPP «Identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e di altre persone», su persecución —artículo 352 CPP «Perquisizioni», la intervención de papeles y correspondencia —artículo 353 CPP «Acquisizione di plichi o di corrispondenza»—, comprobación del lugar, las cosas y las personas e intervención de los efectos y cuerpo del delito —artículo 354 CPP «Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone—, Sequestro»<sup>631</sup>.

#### b. El Ministerio Público

La carrera de Jueces y Fiscales está unificada y el CPP para referirse a los miembros del Ministerio Público siempre utiliza la denominación de Magistrados.

Debemos tener en cuenta que las funciones de investigación —*indagini preliminari*— y ejercicio de la acción penal en el juicio de primera instancia son ejercidas por Magistrados, según el art. 51 del cpp.

El Ministerio Público ejerce funciones que en el proceso de apelación son ejercidas por los magistrados de la Corte de apelación, art. 51 b). El jefe de cada oficina del Ministerio Público sólo puede sustituir a un Magistrado en los supuestos de grave impedimento, exigencia relevante del servicio y en los casos de abstención. En el resto de los casos un Magistrado sólo puede ser sustituido con su consentimiento —art. 53 CPP<sup>632</sup>.

El Ministerio Público tiene la obligación de ejercicio de la acción penal —art. 112 CI y la ejerce en régimen de monopolio, como hemos dicho precedentemente y conforme a los arts. 50 inciso 1.º c.p.p.

Es por ello que según el primero de los preceptos el Ministerio Público ejerce la acción penal, estableciendo una clara atribución con carácter exclusivo.

El Principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal es establecido en Código Procesal Penal. Señalando que cuando no es necesario la formulación de querrela, ni solicitud, denuncia o autorización para proceder, la acción penal es ejercida de oficio —art. 50 c.p.p. Correlativamente, el ejercicio de la acción penal puede ser suspendido o interrumpido en los casos taxativamente previstos en la ley —art. 50.3 c.p.p.<sup>633</sup>.

#### c. El Ministerio Público organización y funciones

La organización de la Fiscalía no se funda sobre un principio y relación de superioridad jerárquica, sino de una simple diferencia de funciones. El haz de poderes, facultades y funciones del Ministerio Público solamente será desarrollado por el Fiscal competente, con exclusión en su función del poder, facultades y funciones del Fiscal superior; en decir el Fiscal General de la Corte de Casación no tiene autoridad ni poder sobre las investigaciones que desarrolle cualquier Fiscal de la República. Con la excepción en el caso de inacción del Fiscal titular de la investigación, y después de una instancia del defensor del imputado o de la persona ofendida por el crimen, en dicho caso el Fiscal General de la Corte de Apelación puede suspender las investigaciones. Pudiendo avocar el Magistrado de la Corte de Apelación cuando haya transcurrido el

<sup>631</sup> A. SCAGLIONE, *L'Attività ad iniziativa Della polizia giudiziaria*, Milano, 2000.

<sup>632</sup> N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Milano, 1996, p. 121, nota 67.

<sup>633</sup> P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell' articolo 111 della Costituzione*, in *Quest. Giust.* 2000, n. 1, p. 49- 57.

plazo máximo para la indagación preliminar sin que se haya solicitado previamente el archivo o ejercitado la acción penal, este supuesto no es atinente exclusivamente de la avocación sino del transcurso de un plazo de investigación que habilita a esta resolución por otro miembro de la Fiscalía en el ámbito de sus competencias. Excepcional potestad jerárquica es la del Fiscal General del Estado de promover un juicio disciplinario contra un Magistrado Fiscal o Juez<sup>634</sup>.

Pero si el Juez de las Investigaciones Preliminares considera que no procede el archivo solicitado por el Ministerio Público, señala una audiencia para valorar sus argumentaciones, informando al Fiscal General de la Corte de Apelación el hecho de que el Fiscal subordinado no estima procedente formular la imputación —actuación similar previene en la LECrim. el art. 782.2 b)—; en este caso el Fiscal General podrá avocar las investigaciones y tomar a su cargo el ejercicio de la acción penal —art. 412 c.p.p. *avocazione delle indagini Preliminari per mancato esercizio dell'azione penale*<sup>635</sup>.

El Jefe de cada oficina del Ministerio Público, el *Procuratore della Repubblica*, está dotado de un poder de dirección y organización que afecta a todos sus sustitutos, tal poder es general y no afecta a los actos concretos de éstos en el desarrollo de su función. No pudiéndose sustituir a los Magistrados en actos específicos de una investigación contra su voluntad, sólo se puede revocar la elección de uno de ellos para toda la investigación, dicha decisión debe ser motivada, pudiendo solicitar el removido la intervención del Consejo Superior de la Magistratura<sup>636</sup>.

El Ministerio Público dirige la indagatoria preliminar —art. 326 c.p.p., «*Finalità delle indagini preliminari*»— y solicita a la Policía Judicial la ejecución de acciones concernientes a las investigaciones—art. 327 c.p.p., «*Direzione delle indagini preliminari*»—. Le compete y corresponde la ejecución de todos los actos necesarios para la investigación de los hechos y hacer constar todas sus circunstancias, tanto favorables como adversas, relativas a la persona sujeta a la investigación y a los fines de la misma —art. 358 c.p.p. «*Attività di indagine*», para el ejercicio de la acción penal —art. 326 c.p.p. «*Finalità delle indagini preliminari*»<sup>637</sup>.

Entre las facultades de que dispone el Ministerio Público en el desarrollo de la indagatoria preliminar podemos enumerar las siguientes<sup>638</sup>:

1. Nombramiento de consultores técnicos —art. 359 c.p.p. «*Consulenti tecnici del pubblico ministero*».

2. Interrogatorio del imputado, quien puede estar asistido de Letrado —arts. 363 «*Interrogatorio di persona imputate a un procedimento connesso* », 364 «*Nomina e assistenza del difensore*» y 388 «*Interrogatorio dei arrestati o del formato*», todos del c.p.p.

3. Practicar careos —arts. 212 y 222 c.p.p. «*Confronti*».

4. Realizar actos de inspección —arts. 244 a 246 c.p.p. «*Ispezioni*».

5. Acordar el secuestro de productos, beneficios y efectos de delito —arts. 253 a 255 c.p.p. «*Sequestri*».

Los actos de la indagatoria preliminar puede realizarlos directamente el Ministerio Público, con el auxilio de la Policía Judicial para su cumplimiento — 370

<sup>634</sup> J. NICASTRO, *Sistema procesal italiano. Sistemas penales Europeos. Cuadernos y Estudios de Derecho judicial*. CGPJ. IV/2002. CGPJ, Madrid, 2003, págs. 109 a 114.

<sup>635</sup> L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, II ed.

<sup>636</sup> A. D'ALTERIO, *El Público Ministerio italiano: configuración constitucional, organización, funciones. Especial referencia a la Dirección Nacional Antimafia. Perspectivas de reforma en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2001. Madrid, 2001, págs. 11 a 21.

<sup>637</sup> L. CARLI, *op. Cit.*

<sup>638</sup> A. CRISTIANI, *L e modifiche al nuovo processo penale*, cit.

c.p.p. «*Atti diretti e atti delegati*»—. Cuando la investigación sea compleja y especial podrán realizar los actos de la indagatoria preliminar varios miembros del Ministerio Público de manera colegiada —art. 371 c.p.p. «*Raporti tra diversi uffici del Pubblico Ministero*»—. Pero en la indagatoria preliminar el Ministerio Público tiene los mismos poderes coercitivos que el Juez — art. 378 c.p.p. «*Poteri coercitivi del Pubblico Ministero*»—, los que consisten, según el art. 131 c.p.p., en solicitar la intervención de la Policía Judicial y si es necesario de la fuerza pública prescribiendo todo lo necesario para el ordenado y seguro cumplimiento de los actos que procedan<sup>639</sup>.

Es muy importante que tengamos en cuenta que los actos realizados en la indagatoria preliminar, fuera de los casos específicamente previstos, serán depositados en la secretaría del Ministerio Público para su examen por la defensa —art. 366 c.p.p. «*Deposito degli atti cui hanno diritto di assistere i defensori*».

#### d. El juez de indagatoria preliminar

Protagonistas de las investigaciones preliminares lo son el Ministerio Público y la Policía Judicial. Pero el Código ha creado una figura para el control de esta etapa, el Juez de las Investigaciones Preliminares. Su intervención se encuentra legislada en el art. 328 c.p.p. «...*en los casos establecidos por la ley, a petición del Fiscal, de las partes privadas y del perjudicado, decide el Juez de las investigaciones preliminares*»; por consiguiente no es un Juez de actos sino Juez del procedimiento. Su función consiste en controlar las actividades del Fiscal y de la Policía, debiendo actuar en garantía de los derechos de las partes. Compete al Juez de las Investigaciones Preliminares<sup>640</sup> las siguientes funciones<sup>641</sup>:

1. Decidir sobre la petición del Fiscal de prorrogar el plazo de las investigaciones — art. 407 c.p.p. «*Termini di durata massima delle indagini preliminari*».

2. Resolver sobre la petición del Fiscal de archivar el procedimiento —art. 408 c.p.p. < *Richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato* >.

3. Ejerce una función de garantía de los derechos del investigado en el caso en que el Fiscal inste medidas cautelares —arts. 279 y 291 c.p.p., o intervenciones telefónicas —art. 267 CPP— «*Presupposti e forme del provvedimento*»—.

El Código Procesal italiano distingue dentro de las medidas cautelares personales las limitaciones de libertad, medidas coercitivas como el arresto domiciliario, la obligación de presentación ante la Policía Judicial, custodia cautelar en la cárcel, o en un establecimiento para tratamiento, y medidas prohibitivas como suspensión de empleo público, prohibición temporal del ejercicio de una actividad profesional —arts. 272 a 279 c.p.p.<sup>642</sup>.

4. También ejerce la función de juzgar en el caso en que las partes opten por uno de los juicios especiales —art. 458 c.p.p. «*Richiesta di giudizio abbreviato*».

En cuanto a los organismos de lucha contra el blanqueo de capitales cabe mencionar: *L' Ufficio Italiano Cambi*; *Il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria della Guardia di Finanza* y *La Direzione Investigativa Antimafia*. Siendo estos tres los principales organismos de lucha contra el blanqueo de capitales, los mismos se

<sup>639</sup> CORDERO F. *Procedura Penale*, Milano, 1991.

<sup>640</sup> P. BARUCCI, *Il processo penale*, Milano, 2009, p. 55 ss.

<sup>641</sup> L. VIGNA, *Le indagini preliminari e Il nuovo processo penale*, op. cit.

<sup>642</sup> F. CORDERO, *Procedura Penale*, op.cit.

encuentran interrelacionados, se prestan información y colaboran conjuntamente para el esclarecimiento y condena de este delito.

L'Ufficio Italiani Cambi es un ente público y el principal instrumento de la Banca italiana. Il Nucleo Speciale depende del Comando de Investigaciones Económicas y Financieras. La Direzione Antimafia pertenece al departamento de la Seguridad Pública.

#### IV.2.2. *Polizia Giudicial (Le funzioni della polizia giudiziaria)*

La polizia giudiziaria è soggetto del procedimento penale, incaricato di collaborare con l'autorità giudiziaria nell'attività di repressione dei reati mercé l'acquisizione delle *notitiae criminis*, la ricerca, individuazione ed assicurazione delle fonti di prova e degli autori dei reati, l'assolvimento di compiti meramente esecutivi intesi a dare attuazione ai provvedimenti del giudice e del magistrato del pubblico ministero<sup>643</sup>.

L'attività di polizia si qualifica come attività di polizia giudiziaria quando è diretta a reprimere già commesse violazioni di norme penali. Si qualifica invece come attività di polizia amministrativa quando è diretta a prevenire il compimento di illeciti<sup>644</sup>.

L'attività di polizia giudiziaria quella che viene svolta dai relativi ufficiali e agenti dopo che si è verificato un reato per reprimerlo evitando eventuali effetti ulteriori, ricercando gli autori e facendo quanto di altro può essere utile per rendere possibile l'applicazione della legge penale<sup>645</sup>.

Non è invece attività di polizia giudiziaria quella svolta dopo il verificarsi di un fatto per il quale la legge prevede una sanzione di tipo diverso. L'attività di polizia giudiziaria è una sorta di progressione dell'attività di polizia amministrativa nel senso che la notizia della commissione di un reato spunta nell'ambito delle attività di osservazione, informazione e vigilanza compiute durante i servizi di prevenzione<sup>646</sup>.

La funzione di polizia è unitaria e di fatto indivisibile, il carattere unitario e di fatto indivisibile della funzione di polizia costituisce probabilmente una delle cause dell'attuale ambiguità del sistema processuale nelle parti di esso che più direttamente riguardano i rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero.

L'attività di repressione è svolta dalla stessa polizia amministrativa appena che l'illecito emerso nel corso dell'attività di prevenzione manifesti rilevanza solo civile o amministrativa, mentre è svolta dalla polizia giudiziaria quando il fatto rivelato nell'espletamento del servizio di prevenzione o in altro modo conosciuto, tenga la qualifica di reato. Poiché per esso è prevista la pena detentiva dell'ergastolo, della reclusione o dell'arresto, oppure la pena pecuniaria della multa o dell'ammenda<sup>647</sup>.

Possiamo dire che la polizia giudiziaria interviene in conseguenza al verificarsi di un fatto corrispondente ad un modello legale di incriminazione, fatto che la polizia amministrativa non è riuscita ad evitare con la sua attività di prevenzione.

---

<sup>643</sup> A. DALIA – M. FERRAIOLI, *op. cit.* p. 406.

<sup>644</sup> L. D'AMBROSIO, *La pratica di polizia giudiziaria*, Cedam, 2003, p. 142.

<sup>645</sup> Articolo 55 c.p.p.

<sup>646</sup> L. D'AMBROSIO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>647</sup> A. DALIA – M. FERRAIOLI, *op. cit.* p. 407.

L'attività di polizia giudiziaria ha infatti lo stesso di quella svolta dal pubblico ministero. Il fine di consentire a questo ultimo di assumere le sue determinazioni in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale<sup>648</sup>.

Parliamo della ricerca e acquisizione delle fonti di prova inoltre che al compimento di un complesso di attività e accertamenti volti a permettere al pubblico ministero di determinare il fondamento della notizia di reato e di decidere quindi sulla sussistenza o meno dei presupposti per dare inizio al processo penale. Le funzioni di polizia giudiziaria possono essere ripartite in a) attività di informazione, b) attività di investigazione, c) attività di assicurazione, d) attività di natura preventiva, e) attività esecutiva e strumentale, f) attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria, l'attività di informazione consiste nella acquisizione e nella comunicazione della notizia di reato<sup>649</sup>.

La polizia giudiziaria prende la conoscenza della perpetrazione di reati già commessi o in corso di esecuzione e a seguito dell'acquisizione della notizia e del compimento di una attività investigativa, assicurativa e preventiva, riporta all'autorità giudiziaria la notizia di reato. La polizia giudiziaria ha il compito di informarsi e la funzione di informare<sup>650</sup>.

L'attività d'investigazione è la ricerca delle fonti di prova e degli autori dei reati, sorge dalla acquisizione di una notizia di reato e si specifica e si distingue, nella ricerca delle cose e delle tracce pertinente al reato<sup>651</sup>.

Nella ricerca delle persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti<sup>652</sup>.

Nei raccolti di ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole e di quant'altro possa servire per la applicazione della legge penale<sup>653</sup>.

L'attività di assicurazione consiste nel conservare la disponibilità dei risultati delle investigazioni evitando che gli stessi sia dispersi. L'attività di assicurazione è il necessario complemento dell'attività investigativa e trova enunciazione di sintesi nel c.p.p.<sup>654</sup>.

La polizia giudiziaria ha l'obbligo di compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova, si riferiscono all'attività di conservazione delle cose, tracce o luoghi pertinenti al reato<sup>655</sup>.

Comprovazione urgente sui luoghi cose e persone, apprensione di cose, sequestri, oppure ad altre attività assicurative come l'arresto in flagranza il fermo dell'indiziato di un delitto<sup>656</sup>.

Attività di natura preventiva, consiste nell'impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori<sup>657</sup>.

Può concernere sia le ipotesi in cui si interrompe un'attività criminosa nella fase del tentativo per impedire la consumazione del reato, sia le ipotesi in cui un reato è già stato consumato ma se ne vogliono impedire le ulteriori conseguenze offensive, si pone termine a una aggressione, si recupera la refurtiva, si restituiste in libertà una persona

---

<sup>648</sup> Articolo 326 c.p.p.

<sup>649</sup> Articolo 347 c.p.p.

<sup>650</sup> Articolo 330 – 334 c.p.p.

<sup>651</sup> Articolo 348 comma 2 *lett. a)* c.p.p.

<sup>652</sup> Articolo 348 comma 2 *lett. b)* c.p.p.

<sup>653</sup> Articolo 348 comma 1 c.p.p.

<sup>654</sup> Articolo 55 comma 1 c.p.p.

<sup>655</sup> Articolo 348 comma 2 *lett. a)*; articoli 353 e 354 c.p.p.

<sup>656</sup> Articoli 380 – 384 c.p.p.

<sup>657</sup> Articolo 55 comma 1 c.p.p.

sequestrata. L'attività impeditiva deve sempre riferirsi a forme specifiche e predeterminate imposte dall'ordinamento e inquadrare in schemi legali. Non possono essere dei provvedimenti abnormi, se la polizia giudiziaria accerta che un cantiere è abusivo, non può, ad esempio interrompere l'erogazione a detto cantiere della luce elettrica<sup>658</sup>.

La funzione di impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori non le attribuisce anche un generico e indefinito potere di sequestro preventivo. Il potere di sequestro preventivo spenta invece alla polizia giudiziaria solo nei limiti espressamente indicati dal c.p.p., urgenza e impossibilità di attendere il provvedimento del giudice<sup>659</sup>.

L'attività esecutiva consiste nello svolgimento di compiti strettamente esecutivi finalizzati ad assicurare l'effettiva attuazione dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria<sup>660</sup>.

Oppure agli adempimenti esecutivi in tema di ordinanza che dispongono misure cautelari personali<sup>661</sup>.

Ad esempio nel caso che la polizia giudiziaria ha l'obbligo di compiere quanto occorre per assicurare il sicuro e ordinato compimento degli atti cui procede l'autorità giudiziaria, all'accompagnamento coattivo, alle citazioni orali per il giudizio direttissimo<sup>662</sup>.

Le notificazioni sono atti a forma vincolata. L'effetto non dipende dall'evento cognitivo, valgono sebbene i destinatari ignorino l'atto notificato. L'importante è eseguirle nei modi prescritti<sup>663</sup>.

Nel corso del giudizio direttissimo si osservano le disposizioni degli articoli 470 e seguenti. Offeso e testimoni vengono citati anche oralmente da ufficiale giudiziario o agenti di polizia (erano già previste dal vecchio articolo 503 comma 1 c.p.p.)<sup>664</sup>.

La difesa d'ufficio, la fornisce l'istituzione al sottoposto a indagini o al processo, che non avesse nominato patroni o non ne abbia più<sup>665</sup>.

La attività strumentale consiste nel compimento di atti finalizzati a consentire al protagonista del processo di esercitare diritti e facoltà. Ad esempio l'invito a dichiarare o eleggere il domicilio oppure gli avvisi al difensore o ai familiari dell'arrestato o del formato<sup>666</sup>.

L'attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria consiste nelle attività (atipiche) e negli atti tipici che la polizia giudiziaria è legittimata a compiere, su investitura del pubblico ministero, dopo che questi ha assunto la direzione delle indagini<sup>667</sup>.

L'attività disposta o delegata è attività che il pubblico ministero avrebbe il potere di compiere direttamente e personalmente, stima invece opportuno investire l'altro organo delle indagini<sup>668</sup>.

L'attività esecutiva di ordini o provvedimenti dell'autorità giudiziaria è attività propria della polizia giudiziaria, le corrisponde istituzionalmente e l'autorità giudiziaria non avrebbe il potere di compiere direttamente o personalmente. Possiamo parlare

---

<sup>658</sup> L. D'AMBROSIO, *op. cit.* p. 144.

<sup>659</sup> Articolo 321 comma 3 *bis* c.p.p.

<sup>660</sup> Articoli 131 e 378 c.p.p.

<sup>661</sup> Articolo 293 c.p.p.

<sup>662</sup> Articoli 132; 133; 375; 376; 377; 399 c.p.p.

<sup>663</sup> Articoli 148 e 151 c.p.p.

<sup>664</sup> Articoli 161, 451 e 566 c.p.p.

<sup>665</sup> Articolo 97 c.p.p.

<sup>666</sup> Articolo 97 e 397 c.p.p.

<sup>667</sup> L. D'AMBROSIO, *op. cit.* p. 145.

<sup>668</sup> Articolo 370 c.p.p.

dell'ambito operativo delle attività di polizia giudiziaria. Il codice delinea l'attività di polizia giudiziaria come: a) doverosa, b) preliminari, c) ausiliare<sup>669</sup>.

L'attività doverosa consiste nell'obbligo compimento di tutti quegli atti che si se escludono causerebbero la perdita o il pericolo di dispersione di un elemento di prova o di una traccia del reato. Pertanto sono tutte quelle attività necessarie alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale e alla raccolta completa di ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole<sup>670</sup>.

Se l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria omette o ritarda di compiere atti per lui doverosi può incorrere in sanzioni disciplinari o penali, ad esempio in specie all'abuso di ufficio e all'omissione o al rifiuto di atti di ufficio<sup>671</sup>. Il codice penale se riferisce al rifiuto di atti d'ufficio e omissioni degli agenti<sup>672</sup>.

È punito espressamente, il rifiuto indebito di compiere gli atti urgente diretti a soddisfare esigenze di giustizia, secondo nel articolo 328 c.p. Il rifiuto può essere una omissione dolosa sia nel semplice ritardo, il ritardo nel compimento di atti urgente equivale a omissione. Il rifiuto deve essere indebito nel senso che non deve trovare giustificazione nella legge o in un provvedimento dell'autorità. Esistono previsioni prescritte in materia sulle sostanze stupefacenti, in tema di lotta alla criminalità organizzata, sui sequestri di persona, sulle estorsioni, sull'usura, sul riciclaggio o in materia di armi<sup>673</sup>.

Anche la polizia giudiziaria può ritardare od omettere doverosi atti di usa competenza per chiare esigenze investigative invece sotto il controllo e la supervisione dell'autorità giudiziaria, sono cause di giustificazione, pertanto di deroghe al principio di doverosità.

L'attività è preliminare dal momento in cui il pubblico ministero ha assunto la direzione delle indagini. La polizia giudiziaria deve rispettare le linee di intervento investigativo da lui tracciate, pur se non le è impedito sviluppare in autonomia ogni attività ritenuta necessaria per la prosecuzione delle indagini oppure richiesta da elementi successivamente emersi<sup>674</sup>.

L'attività di polizia giudiziaria è preliminari e temporanea. Preliminare perché parzialmente immediata rispetto alla acquisizione della notizia di reato e solitamente precedente rispetto all'attività del pubblico ministero<sup>675</sup>.

Temporanea perché la sua autonomia è limitata temporalmente dall'intervento fattivo del pubblico ministero<sup>676</sup>.

La temporaneità delle funzioni di polizia giudiziaria è un aspetto del carattere di ausiliarità. Il carattere ausiliare dell'attività di polizia giudiziaria trova conferma nel c.p.p. < le funzioni di polizia giudiziaria sono svolte alle dipendenze e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria >. Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria<sup>677</sup>.

Pertanto possiamo dire che, il pubblico ministero ha poteri di controllo sull'operato della polizia giudiziaria e questa ha doveri di informatica immediata. L'ambito dell'indagini di polizia giudiziaria è condizionata dalla necessità di non incidere in modo irreversibile sulle scelte future del pubblico ministero e di non

---

<sup>669</sup> Articolo 326 c.p.p.

<sup>670</sup> Articolo 348 comma 1 c.p.p.

<sup>671</sup> Articolo 323 c.p.p.

<sup>672</sup> Articolo 328 c.p.p.

<sup>673</sup> T.U. 309/1990: D. L. 8/1991.; D.L. 419/1991: D.L. 306/1992, articolo 12 – *quater*.

<sup>674</sup> Articolo 348 comma 3 c.p.p.; L. D'AMBROSIO, *op. cit.* p. 148.

<sup>675</sup> Articolo 348 comma 1 c.p.p.

<sup>676</sup> Articoli 56 e 347 c.p.p.

<sup>677</sup> Articolo 327 c.p.p.

concretarsi all'insaputa di quest'ultimo nel compimento di atti irripetibili salvo che non sia imposto da situazioni di assoluta urgenza<sup>678</sup>.

#### IV.2.2.1. L'investigazione tecnico – scientifica della polizia giudiziaria

La polizia giudiziaria può farsi aiutare da esperti sempre che l'attività d'indagine comporti il compimento di atti ed operazioni che richiedano specifiche competenze tecniche<sup>679</sup>.

Per la polizia giudiziaria si parla di compimento di atti e operazioni e della possibilità di avvalersi della collaborazione di soggetti definiti persone idonee. Per il pubblico ministero si parla, di accertamenti tecnici demandati a consulenti. La prima norma del codice che descrive i poteri tecnici della polizia giudiziaria, parla di compimento di atti e operazioni. Attribuendo alla polizia giudiziaria la possibilità di avvalersi della collaborazione di soggetti che definisce persone idonee<sup>680</sup>.

Pertanto quando c'è bisogno di affidare un incarico con un particolare coefficiente tecnico, la possibilità viene riservata solo al pubblico ministero che si avvarrà della collaborazione di un esperto consulente. La norma regola l'intervento tecnico in condizioni di urgenza su contesti soggetti a modificarsi e riconosce alla polizia giudiziaria la possibilità di operare accertamenti e rilievi<sup>681</sup>.

Nel c.p.p. il termine accertamenti è usato dal legislatore in modo improprio per designare l'attività di rilevazione tecnica che è svolta nel corso dei cd. sopralluoghi<sup>682</sup>.

La distinzione tra gli interventi tecnici della polizia giudiziaria e dell'autorità giudiziaria non è solo terminologica, anche sostanziale. Gli esperti della polizia giudiziaria pongono in essere atti e operazioni di carattere materiale, che hanno natura descrittiva e preparatoria rispetto allo Studio ed alla elaborazione che caratterizza gli accertamenti tecnici del pubblico ministero. La disposizione di cui al quarto comma dell'articolo 348 c.p.p. secondo la quale la polizia giudiziaria, quando compie atti ed operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, può avvalersi di persone qualificate che non possono rifiutare la loro opera non prescrive alcuna formalità e tanto meno la forma scritta per la scelta e la nomina di tali ausiliari; ne deriva che nessun tipo di invalidità o inutilizzabilità degli accertamenti compiuti discende dalla mancanza di una investitura scritta dei predetti, non versandosi in alcuna ipotesi di violazione di legge<sup>683</sup>.

Quanto alle modalità di assunzione probatoria delle risultanze degli accertamenti tecnici di polizia giudiziaria, è necessario distinguere l'ipotesi in cui gli atti siano ripetibili da quella in cui non siano ripetibili<sup>684</sup>.

Nel primo caso, l'accertamento non può essere acquisito e utilizzato per la decisione, ciò deriva dalla norma del c.p.p. che proclamano inseribili nel fascicolo del dibattimento solo i verbali degli atti non ripetibili della polizia giudiziaria ed autorizzano la lettura di quelli della medesima di cui sia divenuta impossibile la ripetizione per fatti imprevedibili<sup>685</sup>.

---

<sup>678</sup> L. D'AMBROSIO, *op. cit.* p. 148 e 149.

<sup>679</sup> Articolo 348 comma 4 c.p.p.

<sup>680</sup> Articolo 359 c.p.p.

<sup>681</sup> Articolo 354 c.p.p.

<sup>682</sup> L. D'AMBROSIO, *op. cit.* 230.

<sup>683</sup> Cass. 27 marzo 1998, Cerutti, in *C.E.D.*, Cass. n. 210329.

<sup>684</sup> Articolo 431 *lett. b)* e 512 c.p.p.

<sup>685</sup> Cass. 4 gennaio 1996, Gervasi, in *C.E.D.*, Cass. n. 203849.



Gli esperti nominati dalla polizia giudiziaria a differenza dei consulenti tecnici del pubblico ministero e del difensore non hanno facoltà di memoria tecnica<sup>686</sup>. Né possono essere escussi in dibattimento come consulenti tecnici<sup>687</sup>. Potrebbero essere sentiti come testimoni per riportare delle operazioni compiute, però sono costretti ai limiti previsti per questo mezzo di prova tipico<sup>688</sup>.

Lo potrebbe riportare il fatto storico di aver compiuto le indagini tecniche però non illustrare la validità delle metodiche seguite. Trattandosi di valutazione tecnica esulanti dai limiti della prova testimoniale. Nel caso di indagini tecniche di polizia giudiziaria non ripetibili l'atto confluisce nel fascicolo del dibattimento ed è direttamente utilizzabile ai fini della decisione dibattimentale<sup>689</sup>.

Secondo il costante indirizzo giurisprudenziale le indagini tecniche di polizia giudiziaria sono pienamente utilizzabili nelle decisioni che definiscono le procedure a condizione che legittimamente confluisce nel fascicolo del pubblico ministero. Il divieto di lettura degli atti di documentazione delle attività compiute dalla polizia giudiziaria stabilito nell'art. 514 c.p.p. riguarda il giudizio dibattimentale<sup>690</sup>. Non già quello abbreviato che, dovendo essere definito allo stato degli atti non può non utilizzare quanto legittimamente acquisito dagli organi inquirenti come si ricava anche dall'esplicito richiamo alle disposizioni previste per l'audience preliminare, contenuto nell'art. 441 comma primo, c.p.p.<sup>691</sup>.

L'acquisizione al fascicolo del dibattimento degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, include quelli dell'investigazione difensiva, può essere realizzata attraverso un istituto introdotto nel codice, titolato < l'acquisizione di atti su accordo delle parti ><sup>692</sup>.

Le parti possono convenire l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, analogamente della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva. La norma consente l'introduzione nel fascicolo del dibattimento<sup>693</sup>. Degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, confluiscono gli atti delle investigazioni difensive<sup>694</sup>.

Il preindicato accordo può intervenire anche nella fase dibattimentale in occasione delle richieste di prova<sup>695</sup>.

Acquisito al fascicolo per il dibattimento l'atto oggetto di accordo sarà direttamente utilizzabile come prova ai fini della decisione dibattimentale. In dottrina è discutibile se la collocazione sistematica dell'articolo 493 comma 3 c.p.p. possa istigare ad individuare il termine finale entro cui le parti debbono perfezionare l'accordo, nell'apposita fase dedicata alla indicazione dei fatti che le parti intendono provare e richiesta di ammissione delle prove<sup>696</sup>.

#### IV.2.2.2. Gli atti della polizia giudiziaria

---

<sup>686</sup> Articoli 121 e 233 c.p.p.

<sup>687</sup> Articolo 501 c.p.p.

<sup>688</sup> Articolo 193 comma 3 c.p.p.

<sup>689</sup> Articolo 431 *lett. b)* c.p.p.

<sup>690</sup> Cass. 26 marzo 1991, Corazza, in *C.E.D.*, Cass. n. 193622.

<sup>691</sup> Cass. 4 dicembre 1993, Rostato, in *C.E.D.*, Cass., n. 197350.

<sup>692</sup> Legge 16 dicembre 1999, n. 479.

<sup>693</sup> Articolo 431 comma 2 c.p.p.

<sup>694</sup> Articolo 391 – *octies*, comma 3 c.p.p.

<sup>695</sup> Articolo 493 comma 3 c.p.p.

<sup>696</sup> A. LARONGA, *op. cit.* p. 147.

L'attività della polizia giudiziaria è guidata dal principio generale dell'atipicità degli atti. La giurisprudenza ha precisato con orientamento consolidato che tale principio si radica nel combinato disposto degli articoli 55 e 348 c.p.p. si evince il principio dell'atipicità degli atti di indagine della polizia giudiziaria alla quale compete pertanto il potere dovere di compiere di propria iniziativa finché non abbia ricevuto dal pubblico ministero direttiva di carattere generale o deleghe per singole attività investigare tutte le indagine che ritiene necessario ai fini dell'accertamento del reato e dell'individuazione del colpevoli e quindi anche quegli atti ricognitivi che quest'ultima finalità sono diretti a conseguire, quali l'individuazione di persone o di cose, non espressamente indicati nella lista contenuta nell'articolo 348 predetto, che deve considerarsi meramente esemplificativa<sup>697</sup>.

Le conseguenze sono numerose, per esempio, l'ammissibilità per la polizia giudiziaria di procedere all'individuazione di cose, che può essere compiuta d'iniziativa dalla polizia giudiziaria, poiché è compreso tra le funzioni di ricolta di quanto possa servire all'applicazione della legge penale, stabilite dall'articolo 55 c.p.p. e specificate nell'articolo 348 c.p.p.<sup>698</sup>.

L'individuazione di cose operata su iniziativa della polizia giudiziaria non è viziata di nullità, in quanto è compresa tra le funzioni attribuite alla stessa, di raccolta di quanto possa servire all'applicazione della legge penale<sup>699</sup>. Nell'ambito dell'articolo 55 c.p.p. secondo la giurisprudenza le funzioni incluse nei compiti istituzionali di ricerca della notizia di reato e di impedimento a che i reati siano a più gravi conseguenze. Nell'ambito operativo dell'articolo 55 c.p.p. sono stati inclusi, la disattivazione degli allarmi effettuata dalla polizia giudiziaria in relazione all'articolo 659 c.p. sempre che il rumore abbia caratteristiche tale da configurare il reato di disturbo della quiete<sup>700</sup>.

La violazione di cui al primo comma dell'articolo 659 c.p. - disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone - è un reato di rischio, ad integrare il quale è necessario e sufficiente che i rumori recanti disturbo abbiano una potenzialità diffusiva verso un numero indeterminato di persone. Non è invece richiesto – contrariamente a quanto avviene per il reato di procurato allarme presso l'autorità di cui all'articolo 658 c.p. – un attentato alla pubblica quiete ed alla tranquillità della collettività<sup>701</sup>.

Lo sgombero di immobile è riservato alla pubblica amministrazione, non sono riconducibili all'articolo 55 c.p.p. poiché né il p.m. né la polizia giudiziaria possono avvalersi di strumenti non specificamente previsti dal codice. Deve considerarsi abnorme e come tale è immediatamente ricorribile per cassazione il provvedimento con il quale il pubblico ministero, quale Capo della polizia giudiziaria ed allo scopo di impedire che un reato permanente venga portato ad ulteriori conseguenze, ordini richiamando all'articolo 55 c.p.p. lo sgombero di un immobile abusivamente occupato<sup>702</sup>.

L'articolo 55 nuovo c.p.p. precisa il contenuto dell'articolo 219 c.p.p. del codice di rito abrogato, non può considerarsi una norma generale che consenta al magistrato l'emissione di qualsiasi provvedimento idoneo a realizzarne le finalità. Nell fattispecie la Corte ha annullato ritenendolo abnorme per difetto assoluto di giurisdizione, un provvedimento di diffida a non preservare in siffatta condotta<sup>703</sup>.

---

<sup>697</sup> Cass. Sez. II, Chirico, 2 settembre 1997, n. 2655.

<sup>698</sup> Cass. Sez. II, Esposito, 25 febbraio 1991, n. 6394, in *CP*.1992, p. 532.

<sup>699</sup> Cass. Sez. II, Esposito, 25 febbraio 1991, *cit*.

<sup>700</sup> F. GIORDANO, *Le indagini preliminari*, Cedam, Padova, 2002, p. 505.

<sup>701</sup> Cass. Sez. I, Poerio ed altro, 18 settembre 1995, n. 9704 (inedita)

<sup>702</sup> Cass. Sez. II, Cascio, 11 ottobre 1994, n. 3974, in *CP*, 1996, p. 182.

<sup>703</sup> Cass. Sez. V, Grossi, 14 giugno 1991, n. 525, in *C.E.D.*, Cass. n. 187992.

È stata ritenuta legittima la diffida emanata dalla polizia giudiziaria, nel senso che la diffida effettuata dalla polizia giudiziaria secondo l'articolo 55 c.p.p. nei confronti del proprietario di un fondo, dall'abbattere altri alberi o arbusti e di compiere altre azioni contrastanti con la normativa vigente si configura quale sequestro parziale a carattere preventivo.<sup>704</sup> Poiché sottrae autoritariamente al titolare l'esercizio di alcune funzioni inerenti il diritto di proprietà ed è volta ad impedire l'aggravamento o la prostrazione delle conseguenze del reato<sup>705</sup>.

Pertanto la polizia giudiziaria sulla base del coordinamento degli articoli 55 e 348 comma secondo c.p.p., ha un poter autonomo in ordine all'attività diretta all'assicurazione delle fonti di prova, prima e dopo l'intervento del magistrato, essendo vietato soltanto il compimento di atti eventualmente in contrasto con le direttive del p.m.<sup>706</sup>.

#### IV.2.2.3. La polizia giudiziaria e la Costituzione

Si dovrebbe pensare che la Costituzione, nel ragionare di polizia giudiziaria abbia voluto riferirsi alla nozione legislativa al tempo vigente, secondo la quale la polizia giudiziaria deve anche di propria iniziativa prendere notizia dei reati<sup>707</sup>.

Impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, assicurare le fonti di prova, ricercarne i colpevoli e raccogliere quant'altro possa servire all'applicazione della legge penale<sup>708</sup>.

Nella Costituzione si parla di autorità di pubblica sicurezza nell'articolo 13, si è cristallizzata la nozione allora vigente. Ciò l'autorità cui sia attribuita la funzione di veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà. Cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato province e dei comuni comunque delle ordinanze delle autorità, presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni<sup>709</sup>.

L'inciso autorità di pubblica sicurezza contenuto nell'articolo 13 comma 3 Cost., è oggetto in dottrina di una consolidata interpretazione teleologica che porta ad intenderlo nel senso generico di polizia e comprensivo della polizia di sicurezza come della polizia giudiziaria<sup>710</sup>.

Nell'articolo 21 comma 4 Cost. Si dice chiaramente di polizia giudiziaria per il sequestro d'urgenza nel caso di delitti di cui al comma precedente. La diversità terminologica rispetto all'articolo 13 Cost. Potrebbe proporre che per Costituzione le due autorità debbano essere tenute distinte<sup>711</sup>.

Polizia giudiziaria dal punto di vista soggettivo, secondo Costituzione, qualunque soggetto cui sia attribuita la funzione di accertare la commissione dei reati ed i loro autori, il quale deve essere posto nella diretta e immediata disponibilità della

---

<sup>704</sup> Cass. Sez. III, Sacco, 3 dicembre 1993, n. 2639 (inedita)

<sup>705</sup> Cass. Sez. III, Fodera, 3 dicembre 1993, n. 2640 (inedita).

<sup>706</sup> Cass. Sez. I, Ferraro, 27 maggio 1994, n. 6252 (inedita); Cass. Sez. I, Scarcia, 18 dicembre 1990, in *ANPP*, 1991, p. 571; Cass. Sez. V, Bartoli, 16 febbraio 1999, n. 6712 (inedita).

<sup>707</sup> A. CHIAPPETTI, voce *Polizia (Diritto pubblico)* in *Enciclopedia del diritto XXXIV*, Milano, 1985, p. 132.

<sup>708</sup> Articolo 219 c.p.p. 1930. Riproposto con formula sostanzialmente immutata nell'articolo 55 c.p.p. 1988.

<sup>709</sup> Articolo 1 del T.U.L.P.S. (R.d. 18 giugno 1931 n. 773). Nozioni oggi ribadite e ulteriormente specificate nell'articolo 159 comma 2 d. legs. 31 marzo 1998 n. 112.

<sup>710</sup> A. PACE, voce, *Libertà personale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano, 1974, p. 310 nt. N.220.

<sup>711</sup> G. D'ELIA, *Magistratura, Polizia giudiziaria e Costituzione*, Giuffrè, 2002, p.99.

autorità giudiziaria, senza distinzione alcuna. Riguardo alla funzione di impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori la quale è accordo come una contaminazione di un compito tipicamente di pubblica sicurezza, essa sarebbe, da un lato a confermare l'esigenza pratica che inoltre la polizia giudiziaria sia dotata dalla capacità di compiere, solo in via sussidiaria, funzioni proprie della pubblica sicurezza<sup>712</sup>.

Questa funzione di prevenzione verrebbe assorbita dalla nozione costituzionale di polizia giudiziaria. Pertanto dovrebbe essere definito attività di prevenzione e non di repressione, avendo la Costituzione fatta propria la nozione legislativa vigente, quella funzioni è attribuita agli organi di polizia giudiziaria<sup>713</sup>. Pertanto la nozione di autorità giudiziaria e di polizia giudiziaria si riferiscono non agli organi, ma alla funzioni, l'articolo 109 Cost. Significa: chi esercita le funzioni di autorità giudiziaria dispone direttamente dell'opera di chi esercita le funzioni di polizia giudiziaria. Per studiare il rapporto tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria bisogna considerare l'aspetto dinamico del rapporto<sup>714</sup>.

Ci riferiamo non tanto alle regole processualistiche, sulle quali si registrano significative variazioni di tendenza<sup>715</sup>. Si pensi nel senso di allentare i vincoli della polizia giudiziaria rispetto alle direttive del pubblico ministero e in particolare alle attività d'indagine c.d. parallela di polizia giudiziaria<sup>716</sup>.

Nella versione anteriore del codice, l'attività di polizia giudiziaria era astretta alle determinazioni del pubblico ministero, il cui potere di direzione si rivelava nella determinazione delle direttive, nel cui solo ambito la polizia giudiziaria poteva fare attività di indagine<sup>717</sup>.

L'autonomia della polizia soddisfa anche la necessità che nelle indagini preliminari affluiscono comunque le più ampie informazioni al fine di non rendere evanescente e sostanzialmente insindacabile l'obbligo di promovimento dell'azione penale, imposto al pubblico ministero<sup>718</sup>. Dopo l'anno 1992 si è ristabilito una importante autonomia in capo alla polizia giudiziaria, la quale può ora svolgere indagini anche in direzione diverse da quella voluta dal pubblico ministero titolare dell'indagine<sup>719</sup>.

Gli articoli 13 comma 3; 14 comma 2, e 21 comma 4 Cost., nel prevedere che i poteri provvisori adottati dalla autorità di polizia di sicurezza oppure di polizia giudiziaria siano sottoposti a conferma per opera dell'autorità giudiziaria<sup>720</sup>. Ci consegnano il rapporto tra questi soggetti in termini di necessaria alterità<sup>721</sup>.

L'autorità giudiziaria verrebbe a convalidare atti sostanzialmente di sé medesima in quanto adottati da organi dalla stessa dipendenti. Perché la riserva di giurisdizione

---

<sup>712</sup> G. D'ELIA, *op. cit.* p. 100.

<sup>713</sup> P. TONINI, *Polizia giudiziaria e magistratura. Profili storici e sistematici*, Milano, 1979, p. 252.

<sup>714</sup> P. TONINI, *Il controllo processuale sulle indagini di polizia giudiziaria*, in *Foro Italiano*, 1980, V, p. 43 ss.

<sup>715</sup> Articolo 348 comma 3 c.p.p.

<sup>716</sup> A. CRISTIANI, *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1993, p. 45 ss.

<sup>717</sup> Articolo 327 c.p.p.; articolo 348 comma 3 c.p.p.

<sup>718</sup> G. SALVI, *Rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero*, in *Giustizia penale*, 1989, p. 726.

<sup>719</sup> D.L. 8 giugno 1992 n. 306, conv., con mod. In l. 7 de agosto 1992 n. 356; G. SILVESTRI, *Il P.M. quale era, qual è, dovrebbe essere*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, V, p. 960; U. NANNUCCI, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, in *Cassazione penale*, 1993, p. 2949.

<sup>720</sup> N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Cedam, 1996, p. 121 nota n.67.

<sup>721</sup> G. D'ELIA, *op. cit.* p. 104.

opera come garanzia di libertà non meramente formale è necessario che il controllore non si confonda con il controllato<sup>722</sup>.

Pertanto ci sembra possa valere per qualunque forma di dipendenza che si voglia costruire tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria, sia essa esclusiva, funzionale o diretta. Se la polizia giudiziaria fosse soggetta dalla autorità giudiziaria, se l'una compresse l'altra, sarebbe contraddittorio prescrivere una disponibilità, la quale sarebbe già contenuta nella dipendenza<sup>723</sup>. L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria<sup>724</sup>. In termini di disponibilità diretta, il rapporto che deve esistere tra polizia giudiziaria e autorità giudiziaria, l'articolo 109 Cost., opera come norma strumentale alla effettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale<sup>725</sup>.

Il concorso di competenze tra pubblico ministero e polizia giudiziaria e non solo nella acquisizione della notizia di reato può essere deciso secondo il criterio della sussidiarietà, nel senso che al pubblico ministero spetti l'intervento in sostituzione della polizia giudiziaria nella misura in cui quest'ultima dimostri di non essere in grado di assolvere alla propria competenza. In relazione alla direzione delle indagini di polizia giudiziaria non sembra che questa debba concentrarsi nei magistrati e non possa essere attribuita agli organi di polizia giudiziaria. Il pubblico ministero può intervenire per via sussidiaria, procedendo direttamente oppure ordinando lo svolgimento di determinate indagini<sup>726</sup>.

#### IV. 2.3. Il Pubblico Ministero

Il Pubblico Ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione. (articolo 50 c.p.p.) Quando non è necessaria la querela, la richiesta, l'istanza o l'autorizzazione a procedere, l'azione penale è esercitata di ufficio. L'esercizio dell'azione penale può essere sospeso o interrotto soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge<sup>727</sup>.

Le funzioni di pubblico ministero sono esercitate secondo l'articolo 51 c.p.p.:

a) nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado, dai magistrati della procura della Repubblica presso il tribunale;

b) nei giudizi di impugnazione dai magistrati della procura generale presso la corte di appello o presso la corte di cassazione.

Nei casi di avocazione, le funzioni previste dal comma 1 lettera a) sono esercitate dai magistrati della procura generale presso la corte di appello. Nei casi di avocazione previsti dall'articolo 371-bis, sono esercitate dai magistrati della Direzione nazionale antimafia. Le funzioni previste dal comma 1 sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente a norma del capo II del titolo I. Nei casi dei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474<sup>728</sup> 600,

<sup>722</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, 1990 – 1992, 2 Vol. II, p. 196.

<sup>723</sup> G. D'ELIA, *op. cit.* p. 105.

<sup>724</sup> Articolo 112 Costituzione italiana

<sup>725</sup> M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra politica e diritto*, Cedam, 1995, p. 48.

<sup>726</sup> V. ONDA, *La posizione costituzionale del C.S.M. e i rapporti con gli altri poteri*, in *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionale*, a cura di B. Caravita, Roma – Bari, 1994, p. 30.

<sup>727</sup> G. D'ELIA, *Magistratura, Polizia giudiziaria e Costituzione*, *op. Cit.*

<sup>728</sup> Le parole: "416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474" sono state inserite dall'art. 15, comma 4, della L. 23 luglio 2009, n. 99.

601, 602<sup>729</sup>, 416-bis e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152<sup>730</sup>, le funzioni indicate nel comma 1 lettera a) sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. Nei casi previsti dal comma 3-bis e dai commi 3-quater e 3-quinquies<sup>731</sup>, se ne fa richiesta il procuratore distrettuale, il procuratore generale presso la corte di appello può, per giustificati motivi, disporre che le funzioni di pubblico ministero per il dibattimento siano esercitate da un magistrato designato dal procuratore della Repubblica presso il giudice competente. Anche per i procedimenti per i delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente<sup>732</sup>, quinquies<sup>733</sup>. Quando si tratta di procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 615-ter, 615-quater, 615-quinquies, 617-bis, 617-ter, 617-quater, 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 640-ter e 640-quinquies del codice penale, le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), del presente articolo sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente<sup>734</sup>.

#### IV.2.3.1. Il Pubblico Ministero funzioni

L'articolo 52 c.p.p. si riferisce alla astensioni del Pubblico Ministero<sup>735</sup>:

1. Il magistrato del pubblico ministero ha la facoltà di astenersi quando esistono gravi ragioni di convenienza.

2. Sulla dichiarazione di astensione decidono, nell'ambito dei rispettivi uffici, il procuratore della Repubblica presso il tribunale e il procuratore generale.

3. Sulla dichiarazione di astensione del procuratore della Repubblica presso il tribunale e del procuratore generale presso la corte di appello decidono, rispettivamente, il procuratore generale presso la corte di appello e il procuratore generale presso la corte di cassazione.

4. Con il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione, il magistrato del pubblico ministero astenuto è sostituito con un altro magistrato del pubblico ministero appartenente al medesimo ufficio. Nondimeno, quando viene accolta

<sup>729</sup> Le parole: "416, sesto comma, 600, 601, 602" sono state inserite dall'art. 6, comma 1, lett. b), della L. 11 agosto 2003, n. 228.

<sup>730</sup> Le parole: "e dall'articolo 291-quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43" sono state così sostituite dall'art. 11 della L. 13 agosto 2010, n. 136 L. 13 agosto 2010, n. 136.

<sup>731</sup> Parole inserite dall'art. dall'art. 2, comma 1, lett. 0a), n. 1), del D.L. 23 maggio 2008, n.92, convertito con modificazioni nella L. 24 luglio 2008, n. 125.

<sup>732</sup> Le parole: "Si applicano le disposizioni del comma 3-ter" sono state soppresse dall'art. 2, comma 1, lett. 0a), n. 2) del D.L. 23 maggio 2008, n. 9, convertito con modificazioni nella L. 24 luglio 2008 n. 125.

<sup>733</sup> Comma aggiunto dall'art. 10-bis del D.L. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni nella L. 15 dicembre 2001, n. 438

<sup>734</sup> Comma aggiunto dall'art. 11 della L. 18 marzo 2008, n. 48

<sup>735</sup> G. SALVI, *Rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero*, op. Cit.

la dichiarazione di astensione del procuratore della Repubblica presso il tribunale e del procuratore generale presso la corte di appello, può essere designato alla sostituzione altro magistrato del pubblico ministero appartenente all'ufficio ugualmente competente determinato a norma dell'articolo 11.

Per tanto il magistrato del pubblico ministero esercita le sue funzioni con piena autonomia. (articolo 53 c.p.p.) Il capo dell'ufficio provvede alla sostituzione del magistrato nei casi di grave impedimento, di rilevanti esigenze di servizio e in quelli previsti dall'articolo 36 comma 1 lettere a), b), d), e). Negli altri casi il magistrato può essere sostituito solo con il suo consenso. Nel caso che il capo dell'ufficio omette di provvedere alla sostituzione del magistrato nei casi previsti dall'articolo 36 comma 1 lettere a), b), d), e), il procuratore generale presso la corte di appello designa per l'udienza un magistrato appartenente al suo ufficio<sup>736</sup>.

Se il pubblico ministero, durante le indagini preliminari ritiene che il reato appartenga alla competenza di un giudice diverso da quello presso cui egli esercita le funzioni, trasmette immediatamente gli atti all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente. Il pubblico ministero che ha ricevuto gli atti, se ritiene che debba procedere l'ufficio che li ha trasmessi, informa il procuratore generale presso la corte di appello ovvero, qualora appartenga a un diverso distretto, il procuratore generale presso la corte di cassazione.<sup>737</sup> Il procuratore generale, determina quale ufficio del pubblico ministero deve procedere e ne dà comunicazione agli uffici interessati. Gli atti di indagine preliminare compiuti prima della trasmissione o della designazione indicate nei commi 1 e 2 possono essere utilizzati nei casi e nei modi previsti dalla legge. Le disposizioni dei commi 1 e 2 devono essere applicati in ogni altro caso di contrasto negativo fra pubblici ministeri<sup>738</sup>.

L' articolo 54 bis c.p.p. segnala i contrasti positivi tra uffici del Pubblico Ministero: nel caso che il pubblico ministero riceve notizia che presso un altro ufficio sono in corso indagini preliminari a carico della stessa persona e per il medesimo fatto in relazione al quale egli procede, informa senza ritardo il pubblico ministero di questo ufficio richiedendogli la trasmissione degli atti a norma dell'articolo 54 comma 1. Il pubblico ministero che ha ricevuto la richiesta, informa il procuratore generale presso la corte di appello ovvero, qualora appartenga a un diverso distretto, il procuratore generale presso la Corte di cassazione. Il procuratore generale, assunte le necessarie informazioni, determina con decreto motivato, quale ufficio del pubblico ministero deve procedere e ne dà comunicazione agli uffici interessati. All'ufficio del pubblico ministero designato sono trasmessi gli atti da parte del diverso ufficio<sup>739</sup>.

Il contrasto si intende risolto quando, prima della designazione prevista dal comma 2, uno degli uffici del pubblico ministero provvede alla trasmissione degli atti a norma dell'articolo 54 comma 1. Gli atti di indagine preliminare compiuti dai diversi uffici del pubblico ministero sono comunque utilizzabili nei casi e nei modi previsti dalla legge. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 si applicano in ogni altro caso di contrasto positivo tra pubblici ministeri<sup>740</sup>.

Il contrasto previsto dagli articoli 54 e 54-bis, riguarda taluno dei reati indicati nell'articolo 51 comma 3-bis, pertanto se la decisione spetta al procuratore generale presso la Corte di cassazione, questi provvede sentito il procuratore nazionale antimafia;

---

<sup>736</sup> G. SILVESTRI, *Il P.M. quale era, qual è, dovrebbe essere*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, V, p. 960.

<sup>737</sup> F. CORDERO, *op. Cit.*

<sup>738</sup> L. VIGNA, *Le indagini preliminari*, *op.cit.*

<sup>739</sup> Art. 54 c.p.p. 1, 2.

<sup>740</sup> M. CHIAVARIO, *L' azione penale tra politica e diritto*, Milano, 1995.

se spetta al procuratore generale presso la corte di appello, questi informa il procuratore nazionale antimafia dei provvedimenti adottati<sup>741</sup>.

La persona sottoposta alle indagini che abbia conoscenza del procedimento ai sensi dell'articolo 335 o dell'articolo 369 e la persona offesa dal reato che abbia conoscenza del procedimento ai sensi dell'articolo 369, nonché i rispettivi difensori, se ritengono che il reato appartenga alla competenza di un giudice diverso da quello presso il quale il pubblico ministero che procede esercita le sue funzioni, possono chiedere la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente palesando le ragioni a sostegno della indicazione del diverso giudice ritenuto competente<sup>742</sup>. La richiesta deve essere depositata nella segreteria del pubblico ministero che procede con l'indicazione del giudice ritenuto competente.

Il pubblico ministero decide entro dieci giorni dalla presentazione della richiesta e, ove la accolga, trasmette gli atti del procedimento all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente, dandone comunicazione al richiedente. Se non provvede in tal senso, il richiedente, entro i successivi dieci giorni, può chiedere al procuratore generale presso la corte di appello o, qualora il giudice ritenuto competente appartenga ad un diverso distretto, al procuratore generale presso la Corte di cassazione, di determinare quale ufficio del pubblico ministero deve procedere. Il procuratore generale, assunte le necessarie informazioni, provvede alla determinazione, entro venti giorni dal deposito della richiesta, con decreto motivato dandone comunicazione alle parti ed agli uffici interessati. Quando la richiesta riguarda taluno dei reati indicati nell'articolo 51, comma 3-bis, il procuratore generale provvede osservando le disposizioni dell'articolo 54-ter<sup>743</sup>.

La richiesta non può essere riproposta a pena di inammissibilità salvo che sia basata su fatti nuovi e diversi. Gli atti di indagine preliminare compiuti prima della trasmissione degli atti o della comunicazione del decreto di cui al comma 3 possono essere utilizzati nei casi e nei modi previsti dalla legge<sup>744</sup>.

#### *IV.2.4. Organismos de lucha contra el blanqueo de capitales (La lotta contra il riciclaggio)*

##### IV.2.4.1. L'Ufficio Italiano Cambi

L'Ufficio Italiano Cambi (UIC), istituito nel 1945 e riformato nel 1998, è un ente pubblico, strumentale alla Banca d'Italia,<sup>745</sup> che attualmente svolge compiti diversi ed eterogenei tra i quali quelli collegati alle statistiche sulla bilancia dei pagamenti, alla gestione delle riserve valutarie e alla prevenzione e al contrasto del riciclaggio di denaro provento di reato<sup>746</sup>.

Le sue funzioni si sono trasformate a partire dal 1988, anno in cui il legislatore, attraverso il Testo Unico delle norme in materia valutaria<sup>747</sup>, ha modificato il sistema di controllo dei cambi e delle operazioni in valuta all'interno del quale l'UIC rivestiva un

---

<sup>741</sup> Articolo 54 ter . c.p.p.

<sup>742</sup> Articolo 54 quater. c.p.p.

<sup>743</sup> Art. 54 quater 3. c.p.p.

<sup>744</sup> Art. 54 ter 4, 5 c.p.p.

<sup>745</sup> L'UIC è, infatti, retto da un Consiglio composto dal Governatore della Banca d'Italia, che ne è il presidente, dal Direttore Generale dell'Istituto e da tre altri componenti nominati sempre dallo stesso Governatore. Lo statuto dell'UIC è approvato dal Consiglio Superiore della stessa Banca d'Italia.

<sup>746</sup> Sito ufficiale [www.uic.it](http://www.uic.it).

<sup>747</sup> D.P.R. 148/1988.



ruolo di vero e proprio monopolista, detentore, *ex lege*, del potere di comprare e vendere le divise straniere. In conseguenza, la ratifica del Trattato istitutivo della Comunità Europea<sup>748</sup> ha comportato la completa l'annullamento di ogni restrizione ai pagamenti e ai movimenti di capitale da e per l'estero.

I relativi compiti e prerogative sono principalmente indicati nella legge 197/1991, (la cui in vigore) versione che è il frutto del recepimento, da parte del legislatore nazionale, delle osservazioni in campo internazionale e in campo comunitario.

Nel anno 1991 è vista la luce, nel nostro paese, una vera e propria normativa antiriciclaggio<sup>749</sup>, il Parlamento ha proseguito ad accogliere, attraverso lo strumento della legge e del decreto legislativo, le indicazioni contenute in due direttive, la 1991/308 e la n. 2001/97, quest'ultima recepita nel D.lgs. 56/2004.

Finalmente con l'ultimo provvedimento, e con i relativi regolamenti attuativi, di cui agli artt. 2 e 3, ed emessi il 3 febbraio 2006<sup>750</sup>, si sono definitivamente estesi gli obblighi di identificazione, registrazione e custodia delle informazioni e di segnalazione delle operazioni sospette a tutte le categorie di operatori economici che, sono ritenuti «a rischio riciclaggio».

La legge 197/1991 segnalava intermediari bancari, oggetto d'attenzione in questo momento, trovano posto tutti gli operatori che rientrano nella definizione comunitaria di «impresa di investimento»<sup>751</sup>, i quali, in forma individuale o societaria, svolgono le attività già indicate nel D.lgs. 374/1999, gli iscritti negli albi e/o nei registri dei ragionieri, dei periti commerciali, dei revisori contabili, dei dottori commercialisti, dei consulenti del lavoro, dei notai e degli avvocati<sup>752</sup>, le società di gestione accentrata degli strumenti finanziari, comprese quelle che forniscono servizi di liquidazione dei medesimi.

Le leggi e i decreti, in questo momento, richiamati<sup>753</sup> assegnano all'UIC il compito di verificare il rispetto degli obblighi di cui agli artt. 2 e 3 della legge 197/1991 da parte di tutte le categorie economiche oggetto del D.lgs. 56/2004, avvalendosi, dell'intervento e della collaborazione anche degli organi di Polizia, quali il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria della Guardia di Finanza (NSPV) e la Direzione Investigativa Antimafia (DIA).

L'UIC è la legge 197/1991, sono il punto centrale di un sistema di scambio di notizie e di informazioni sia con i predetti organismi di Polizia, sia con le altre autorità di controllo di ogni specifico settore.

La centralità dell'UIC in questa materia è stata ribadita nell'art. 150<sup>754</sup> della legge 388/2000, anch'essa aggiornata e modificata dal D.lgs. 56/2004. In quest'articolo si

---

<sup>748</sup> Artt. 55 e 60 del Trattato istitutivo della Comunità Europea.

<sup>749</sup> Con tale norma vennero, infatti, meglio definiti, all'art. 2, gli obblighi di identificazione, registrazione e conservazione dei dati delle operazioni finanziarie sopra l'originaria soglia dei 20 milioni di lire (già stabilita da precedenti norme), e venne introdotto, all'art 3, l'obbligo della segnalazione delle operazioni sospette.

<sup>750</sup> Decreti del ministro dell'Economia nn. 141,142 e 143, tutti del 3 febbraio 2006. Giova in proposito ricordare che la sottoposizione agli obblighi di identificazione, registrazione, conservazione e segnalazione delle operazioni sospette delle categorie «a rischio», stabilita nel D.lgs. 374/1999, rimase a lungo non operativa causa la mancata emanazione dei provvedimenti attuativi. Tali provvedimenti furono appunto emanati solamente nel febbraio 2006, conseguentemente al D.lgs. 56/2004.

<sup>751</sup> Art. 1 della direttiva n. 2001/97.

<sup>752</sup> Questi ultimi due solamente in relazione al compimento, per conto dei propri clienti, di operazioni di natura immobiliare, e con le necessarie tutele previste in relazione all'esecuzione delle attività di tutela legale. La normativa comunitaria ha accolto le esigenze connesse al diritto di difesa.

<sup>753</sup> Legge 197/1991, D.lgs. 153/1997, D.lgs. 374/1999, legge 388/2000 e D.lgs. 56/2004.

<sup>754</sup> Intitolato «Attività dell'Ufficio Italiano dei Cambi in materia di prevenzione e contrasto della criminalità economica».

legge, in effetti, che esso svolge attività consultiva nei confronti del Parlamento e del governo in materia di prevenzione e contrasto sul piano finanziario della criminalità economica anche allo scopo di contribuire a una più completa attività di prevenzione del riciclaggio, può individuare i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale possono inserire condizioni favorevoli all'attività di riciclaggio, segnalandoli al ministero dell'Economia,<sup>755</sup> alle Commissioni parlamentari competenti e al Procuratore Nazionale Antimafia, esprimendo, oppure ne ravvisi l'opportunità, pareri circa le iniziative da adottare.

Nello sviluppo delle proprie funzioni in tema di usura e antiriciclaggio, anche sulla base delle informazioni trasmesse dagli organi investigativi (Guardia di Finanza e Direzione Investigativa Antimafia), fornisce ai soggetti tenuti alle segnalazioni di cui all'art. 3 della legge 197/1991, istruzioni utili per la rilevazione di operazioni sospette.

L'UIC interviene nel campo internazionale.

L'art. 151<sup>756</sup> della legge 388/2000, aggiornato dal D.lgs. 56/2004, fissa, che per ottemperare al disposto dell'art. 2, comma 3, della decisione del Consiglio dell'Unione Europea del 17 ottobre 2000, n. 2000/642/GAI, concernente le modalità di cooperazione tra le unità di informazione finanziaria degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni, l'Unità di informazione finanziaria (Financial Investigation Unit) di cui alla predetta decisione è costituita, per l'Italia, presso l'Ufficio Italiano Cambi.

In conformità al D.L. 12 ottobre 2001, n. 369, funzionari UIC partecipano, congiuntamente a rappresentanti di altre autorità ed enti, alle riunioni del Comitato di Sicurezza Finanziaria (CSF), istituito durante la riunione del G7 del 6 ottobre 2001 per creare, in ogni Stato membro, un organismo per il coordinamento dell'azione di rintraccio e di blocco dei beni dei terroristi e per lo scambio di informazioni in tema. L'UIC diffonde le liste dei soggetti riconducibili direttamente e indirettamente a organizzazioni terroristiche, liste prestabilite dall'ONU, dall'Unione Europea e dal governo statunitense.

Nell'anno 1989 funzionari dell'UIC partecipano alle riunioni del Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale<sup>757</sup>, all'interno del quale maturano, attraverso la discussione di casi concreti, indicazioni che sono poi suggerite ai paesi membri per il progresso e l'attualizzazione delle rispettive legislazioni in materia di prevenzione e repressione del riciclaggio. In quella sede sono state formulate le note «40 Raccomandazioni»<sup>758</sup> per la lotta al *money laundering*, comunque le «8 Raccomandazioni aggiuntive» specificatamente dedicate al contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale<sup>759</sup>.

---

<sup>755</sup> Art. 150 della legge 388/2000.

<sup>756</sup> Intitolato «Costituzione delle unità di informazione finanziaria e modifiche al decreto-legge n. 143 del 1991».

<sup>757</sup> Detto anche FATF (*Financial Action Task Force on Money Laundering*), è stato costituito durante il vertice dei sette paesi più industrializzati tenutosi a Parigi nel 1989.

<sup>758</sup> Pubblicate per la prima volta nel 1990, sono state aggiornate nel 1996. Esse costituiscono un piano operativo, diretto a tutte le nazioni mondiali, per la lotta internazionale al riciclaggio di denaro sporco e per la realizzazione e il miglioramento della cooperazione internazionale in materia. Tali raccomandazioni, globalmente riconosciute come riferimento per la valutazione dell'efficacia ed efficienza dei singoli sistemi di contrasto al *money laundering*, tanto da venire adottate anche da paesi che non appartengono al GAFI, furono redatte tenendo conto delle esperienze e delle difficoltà che i paesi più industrializzati si erano trovati, fin a quel momento, ad affrontare nella conduzione di indagini penali e amministrative in materia di riciclaggio.

<sup>759</sup> Pubblicate il 30 settembre 2001, giorno successivo all'emissione della risoluzione ONU n. 1373, contro il regime dei talebani.

#### IV.2.5. Gli organi investigativi

Al termine della sua istruttoria, l'UIC, se non lo archivia, trasmette il fascicolo della segnalazione al Nucleo Speciale di Polizia Valutaria della Guardia di Finanza e alla Direzione Investigativa Antimafia per lo sviluppo delle attività di rispettiva competenza.

##### IV.2.5.1. II Nucleo Speciale di Polizia Valutaria della Guardia di Finanza

L'influenza di questo ente rientra nel compito di polizia economica che la legge ha in questo momento affidato, al Corpo della Guardia di Finanza, di cui il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria è, oggi, la componente più specializzata per la prevenzione e la repressione del reato di riciclaggio e degli illeciti bancari, finanziari e di borsa<sup>760</sup>.

Dipendente dal Comando Investigazioni Economico-Finanziarie (CIEF) con sede a Roma, il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria ha una sede centrale nella capitale e due unità operative (Gruppi di Sezioni) a Milano e a Palermo.

I suoi funzionari, dispongono, alla Guardia di Finanza<sup>761</sup>, dei poteri previste per gli ufficiali di polizia giudiziaria e tributaria, sono estese le speciali prerogative di polizia valutaria previste, dall'art. 26 del D.P.R. 148/1988. I poteri sono d'accordo al NSPV di richiedere direttamente ai soggetti segnalanti documentazione riguardante le operazioni in esame (per esempio, copia degli estratti conto, copia degli assegni, copia dei bonifici ecc), senza l'altrimenti necessario provvedimento dell'Autorità giudiziaria.

L'art. 3 della legge 197/1991, alla lett. f) del comma 4, stabilisce che il NSPV può delegare lo sviluppo delle segnalazioni ai Nuclei di Polizia Tributaria dislocati in tutti i capoluoghi di provincia. Nell'ambito di quei reparti, spiegano tali accertamenti, possono anch'essi impiegare i citati poteri di polizia valutaria.

Il decreto 56/2004 ha ampliato il campo d'azione della Guardia di Finanza nella particolare materia della repressione delle violazioni amministrative alla legge 197/1991. La Guardia di Finanza, in presenza di violazioni amministrative, con precedenza a questo decreto si limitava ad accertare i fatti e a trasmettere i propri atti all'UIC, che in via esclusiva<sup>762</sup> provvedeva alla controversia delle violazioni in argomento.<sup>763</sup>

L'art. 6, comma 7, del D.lgs. 20 febbraio 2004 ha introdotto, anche in questa materia, il fondamento, già contenuto nella legge 689/1981, pertanto, la violazione, se possibile, deve essere contestata immediatamente.

Dall'inizio in vigore del decreto in argomento, tutte le autorità di vigilanza di settore, tutte le Amministrazioni interessate, l'UIC e la Guardia di Finanza quando, nei limiti delle rispettive attribuzioni, accertano le violazioni alla legge antiriciclaggio, provvedono immediatamente alla loro contestazione ai sensi proprio della legge 689/1981.

La Guardia di Finanza diventa soltanto obbligata a trasmettere all'UIC i verbali redatti, richiedendo di fornire un giudizio qualificato al ministero de'U'Economia e delle Finanze che provvede all'erogazione della sanzione pecuniaria.

---

<sup>760</sup> Come l'UIC, anche il NSPV era nato per la repressione degli illeciti valutari.

<sup>761</sup> Prevista dal Codice di Procedura Penale, dalla legge 7 gennaio 1929, n. 4, e dalle altre leggi tributarie.

<sup>762</sup> Tale esclusività era, infatti, espressamente sancita, in relazione all'omessa segnalazione di operazioni sospette, al comma 6 dell'art. 3 del D.lgs. 374/1999, poi, infatti, abrogate dal D.lgs. 56/2004.

<sup>763</sup> Legge 197/1991, D.lgs. 153/1997, D.lgs. 374/1999, legge 388/2000 e D.lgs. 56/2004.

#### IV. 2.5.2. La Direzione Investigativa Antimafia

La Direzione Investigativa Antimafia, nasce nel 1991, è un organismo interforze<sup>764</sup> collocato nell'ambito del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, al quale la legge istitutiva ha affidato il compito di svolgere investigazioni preventive e giudiziarie riguardanti le associazioni mafiose o di stampo mafioso, i cui lineamenti principali sono definiti nell'art. 416-*bis* c.p. Nel quadro dell'azione di individuazione, sequestro e confisca dei patrimoni illecitamente accumulati, la DIA è stata incastrata tra gli organi investigativi per quello il legislatore ha affidato il compito di sviluppare le segnalazioni di cui alla legge 197/1991.

Gli segnalazioni sono ricevute dal II Reparto della Direzione, con sede a Roma, che, dopo un esame, le trasmette ai Centri o alle Sezioni Operative disposte sul territorio. Il fascicolo accoglie, oltre all'originaria relazione dell'UIC, ulteriori elementi di cui il II Reparto fissa, come organo di coordinamento per tutte le attività investigative eseguite e in corso da parte della stessa Direzione. Il II Reparto sviluppa un'importante funzione di coordinamento qualora, ad esempio, le operazioni segnalate riguardino più soggetti collocati in diversi luoghi del paese.<sup>765</sup>

La Guardia di Finanza e la DIA possono decidere di archiviare la segnalazione, per quello deve comunicare in forma tempestiva all'UIC, di procedere all'eventuale contestazione delle violazioni amministrative o tributarie<sup>766</sup> (solo la Guardia di Finanza), o di informare l'Autorità giudiziaria qualora siano stati ravvisati estremi di reato. Anche per questi organismi investigativi vale l'obbligo di riservatezza di cui all'art. 3-*bis*; pertanto i dati del segnalante saranno forniti solo a seguito di provvedimento emesso dalla competente magistratura.

Gli estremi di reato ravvisati o ravvisabili riguardino la criminalità organizzata, Guardia di Finanza e DIA hanno l'obbligo di informare il Procuratore Nazionale Antimafia<sup>767</sup>, che, deciderà se delegare le indagini alle singole Direzioni Distrettuali operanti sul territorio.

All' fini degli accertamenti, gli organi investigativi devono informare l'UIC dell'esito delle proprie indagini. Per espressa previsione dell'art. 3, l'UIC deve inviare copia della segnalazione e della propria relazione tecnica sia al NSPV sia alla DIA.

Anche per evitare inutili sovrapposizioni, i due organismi si sono dati uno specifico protocollo d'intesa firmato nel 1998, è periodicamente rinnovato.

Secondo questo documento<sup>768</sup>, la DIA procede:

*a.* per le segnalazioni che risultino attinenti ai fenomeni associativi di tipo mafioso;

*b.* quando i soggetti segnalati siano, o siano stati, oggetto di indagini riguardanti

---

<sup>764</sup> La DIA è composta, in pari misura, da personale appartenente alla Polizia di Stato, all'Arma dei Carabinieri e al Corpo della Guardia di Finanza. Alla Direzione vengono anche assegnati impiegati civili del ministero dell'Interno con compiti di supporto logistico.

<sup>765</sup> Legge 197/1991.

<sup>766</sup> Qualora le violazioni tributarie siano individuate dal NSPV, ai sensi dell'art. 19 della legge 413/1991, le notizie in questione devono essere comunicate al Comando della Guardia di Finanza territorialmente competente in relazione al luogo di rilevazione degli illeciti. Non esiste, infatti, alcuna norma che, vincolando le informazioni in questione alla sola repressione del riciclaggio, ne impedisca l'uso per il contrasto di altri illeciti penali e amministrativi.

<sup>767</sup> Art. 3, comma 4, lett./), della legge 197/1991.

<sup>768</sup> Protocollo d'intesa DIA - Guardia di Finanza.

associazioni mafiose o di stampo mafioso.

In questi casi, la Guardia di Finanza termina i propri accertamenti e procede alla trasmissione di tutti gli atti e della documentazione eventualmente già acquisita.

Se nel corso dei accertamenti le Fiamme Gialle rilevano collegamenti con attività di stampo mafioso, o la DIA rileva fenomenologie di criminalità economica, i due organismi attivano uno scambio informativo sotto l'egida del Procuratore Nazionale Antimafia. Il coordinamento è gestito dal NSPV di Roma e dal II Reparto della DIA.

#### IV.2.6. *Il giudice della indagatoria preliminare*

La giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario secondo le norme di questo codice.

Il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito<sup>769</sup>. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo. Nell caso che la decisione dipenda dalla risoluzione di una controversia sullo stato di famiglia o di cittadinanza, il giudice, se la questione è seria e se l'azione a norma delle leggi civili è già in corso, può sospendere il processo fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce la questione. La sospensione è disposta con ordinanza soggetta a ricorso per cassazione. La corte decide in camera di consiglio. La sospensione del processo non impedisce il compimento degli atti urgenti. La sentenza irrevocabile del giudice civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza ha efficacia di giudicato nel procedimento penale<sup>770</sup>.

Per decidere la competenza si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale<sup>771</sup>.

La corte di assise è competente<sup>772</sup>:

a) per i delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a ventiquattro anni, esclusi i delitti, comunque aggravati, di tentato omicidio, di rapina, di estorsione e di associazioni di tipo mafioso anche straniere, e i delitti, comunque aggravati, previsti dal decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309<sup>773</sup>.

b) per i delitti consumati previsti dagli articoli 579, 580, 584<sup>774</sup> del codice penale;

c) per ogni delitto doloso se dal fatto è derivata la morte di una o più persone, escluse le ipotesi previste dagli articoli 586, 588 e 593 del codice penale;

---

<sup>769</sup> Articolo 2 c.p.p.

<sup>770</sup> CORDERO F., *Procedura Penale*, Milan, 1991.

<sup>771</sup> Articolo 4 c.p.p.

<sup>772</sup> Articolo 5 c.p.p.

<sup>773</sup> Lettera così sostituita dall'art. 1, comma 1, lett. a), del D.L. 12 febbraio 2010 n. 10 convertito con modificazioni nella L.6 aprile 2010, n. 52. . La lettera che è stata sostituita recitava: "per i delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a ventiquattro anni, esclusi i delitti di tentato omicidio, di rapina e di estorsione, comunque aggravati, e i delitti previsti dall'articolo 630, primo comma, del codice penale e dal decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309;"

<sup>774</sup> Le parole: "600, 601 e 602" sono state soppresse dall'art. 6, comma 1, lett. a), della L.11 agosto 2003, n. 228.

d) per i delitti previsti dalle leggi di attuazione della XII disposizione finale della Costituzione, dalla legge 9 ottobre 1967 n. 962 e nel titolo I del libro II del codice penale, sempre che per tali delitti sia stabilita la pena della reclusione non inferiore nel massimo a dieci anni.

d bis) per i delitti consumati o tentati di cui agli articoli 416, sesto comma, 600, 601, 602 del codice penale, nonché per i delitti con finalità di terrorismo sempre che per tali delitti sia stabilita la pena della reclusione non inferiore nel massimo a dieci anni<sup>775</sup>.

Il tribunale è competente per i reati che non appartengono alla competenza della corte di assise o del giudice di pace.

La competenza per territorio è determinata dal luogo in cui il reato è stato consumato. Se si tratta di fatto dal quale è derivata la morte di una o più persone, è competente il giudice del luogo in cui è avvenuta l'azione o l'omissione. Se si tratta di reato permanente, è competente il giudice del luogo in cui ha avuto inizio la consumazione, anche se dal fatto è derivata la morte di una o più persone. Se si tratta di delitto tentato, è competente il giudice del luogo in cui è stato compiuto l'ultimo atto diretto a commettere il delitto<sup>776</sup>.

I procedimenti in cui assume la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato cioè di persona offesa o danneggiata dal reato un magistrato addetto alla Direzione nazionale antimafia di cui all'articolo 76-bis dell'ordinamento giudiziario, approvato con regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, sono di competenza del giudice determinato ai sensi dell'articolo 11<sup>777</sup>.

Nel corso delle indagini preliminari il giudice, se riconosce la propria incompetenza per qualsiasi causa, pronuncia ordinanza e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero<sup>778</sup>. L'ordinanza pronunciata a norma del comma 1 produce effetti soltanto al provvedimento richiesto. In seguito la chiusura delle indagini preliminari il giudice, se riconosce la propria incompetenza per qualsiasi causa, la dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente.

Se nel dibattimento di primo grado il giudice ritiene che il processo appartiene alla competenza di altro giudice, dichiara con sentenza la propria incompetenza per qualsiasi causa e ordina la trasmissione degli atti al giudice competente<sup>779</sup>. Se il reato appartiene alla cognizione di un giudice di competenza inferiore, l'incompetenza è rilevata o eccepita, a pena di decadenza, entro il termine a norma dall'articolo 491 comma 1. Il giudice, se ritiene la propria incompetenza, decide secondo lo stabilito per il comma 1.

Il giudice di appello pronuncia sentenza di annullamento e ordina la trasmissione degli atti al giudice di primo grado competente quando riconosce che il giudice di primo grado era incompetente per materia a norma dell'articolo 23 comma 1 oppure per territorio o per connessione, purché, in tali ultime ipotesi, l'incompetenza sia stata rilevata a norma dell'articolo 21 e l'eccezione sia stata riproposta nei motivi di appello<sup>780</sup>. Negli altri casi il giudice di appello pronuncia nel merito, salvo che si tratti di decisione inappellabile.

La decisione della corte di cassazione sulla giurisdizione o sulla competenza è vincolante nel corso del processo, salvo che risultino recenti fatti che comportino una

---

<sup>775</sup> Lettera aggiunta dall'art. 1, comma 1, lett. b), del D:L.12 febbraio 2010, n. 10, convertito con modificazioni nella L. 6 aprile 2010, n.52

<sup>776</sup> Articolo 8 c.p.p.

<sup>777</sup> Articolo 11 bis c.p.p.

<sup>778</sup> Articolo 22 c.p.p.

<sup>779</sup> Articolo 23 c.p.p.

<sup>780</sup> Articolo 24 c.p.p.

diversa definizione giuridica da cui derivi il cambiamento della giurisdizione o la competenza di un giudice superiore<sup>781</sup>.

### IV.3. Aspectos procesales. Medios de investigación y medios de prueba

#### IV.3.1. Diferencia entre medios de investigación y medios de prueba

Los medios de prueba son el instrumento de que dispone el juez o tribunal para comprobar las afirmaciones de las partes acerca de los hechos de la causa. En párrafos posteriores desarrollaremos esta cuestión más ampliamente.

Los medios o diligencias de investigación tienen un objeto diferente, para ello nos remitimos a las diversas acepciones del verbo "investigar": "hacer diligencias para descubrir una cosa", o "realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia"<sup>782</sup>.

La investigación por consiguiente es el conjunto de actos que se emplean para descubrir o conocer algo sobre una determinada cuestión empleando la inteligencia y la experiencia conforme a un sistema y pautas científicas.

Por ello es necesario la aplicación de un método científico propio del objeto de conocimiento sobre el que se aplicará, aunque se aportará una cantidad en general de instrumentos disponibles, suministrados por las distintas ciencias en cualquier investigación, con sus lógicas adaptaciones. Desde el punto de vista del proceso penal la investigación "comprende todos los actos encaminados a averiguar la existencia de un hecho conocido que tuviere apariencia de delito, de sus circunstancias y de sus posibles autores"<sup>783</sup>. La obtención de la información deseada, del autor de un hecho delictivo y de las circunstancias en que lo cometió es fundamentalmente una actividad empírica, realizada sobre el terreno y proyectada sobre objetos materiales, que primero como "fuentes de prueba", luego que se introduzcan en el proceso como "medios de prueba" y, por último, y como "pruebas válidas", permitirán obtener el *factum* del caso, al que aplicar la calificación jurídica y sus consecuencias correspondientes<sup>784</sup>.

La investigación, genera elementos probatorios, de cargo como de descargo, los cuales pasan por una primera evaluación conforme se van obteniendo a fin de proceder a su aportación; pero ello es algo distinto, y no debe confundirse, con su valoración, no olvidemos que la apreciación de la prueba, es tarea exclusiva del órgano enjuiciador<sup>785</sup>.

#### IV. 3.1.1. Medios de investigación

##### IV.3.1.1.1. Regulación legal

La regulación legal de los medios de investigación de interés en el caso del delito que nos ocupa será tratada detalladamente en el análisis que se realice de cada uno de ellos. Podemos en este punto poner de relieve la normativa general inherente a

---

<sup>781</sup> Artículo 25 c.p.p.

<sup>782</sup> Diccionario de la Lengua Española, de la RAE, 21.a edición, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

<sup>783</sup> BENITO LÓPEZ - SÁEZ VALCÁRCEL en "La Investigación Penal", p. 205, en *Hacia un nuevo proceso penal*, Director. Miguel Carmona Ruano, CGPJ, 2005.

<sup>784</sup> J. DIAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Madrid, 1991.

<sup>785</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal, su práctica ante los tribunales*, Madrid, 1999.

cada uno de ellos, destacando su desigual regulación y escasa atención a los medios de investigación de naturaleza tecnológica:

- La identificación del delincuente se encuentra regulada principalmente en los arts. 368 y ss de la LECrim. (Título V del Libro II).
- La declaración del imputado, en los arts. 385 y ss.
- Las declaraciones testificales, en los arts. 410 y ss., y del agente encubierto, como ya analizamos, en el art. 282 *bis* de la LECrim.
- Los informes periciales, en los art. 456 y ss.
- Para la entrada y registro en lugar cerrado, debemos tener en cuenta los arts. 545 y ss. de la LECrim. (Título VIII del Libro II). Sin perjuicio de otras leyes complementarias.
- Y la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, en los arts. 579 y ss., amén del art. 18.3 de la Constitución española, sin perjuicio de otras. reglamentaciones.

#### IV.3.1.2. Medios de investigación más comunes en la persecución del delito de blanqueo de capitales

Por su especial aplicación al tema que nos ocupa, centraremos nuestro análisis en los siguientes aspectos:

##### IV. 3.1.2.1. La valoración de los indicios y las escuchas telefónicas en el tipo penal de blanqueo de capitales

Respecto las investigaciones sobre el blanqueo de capitales -un comportamiento criminal novedoso desde la perspectiva del derecho positivo pero conocido ya en los inicios de la moderna delincuencia surgida al amparo de las asociaciones criminales de corte empresarial<sup>786</sup> permite sostener en numerosísimas ocasiones que la efectiva aplicación de las normas penales que regulan y definen semejante actividad criminal arts. 546 *bis.f*), 344 *bis.h*) y 344 *bis.i*) en el antiguo Código Penal<sup>787</sup> y arts. 301 a 304 en el Código Penal de 1995, depende esencialmente de la interpretación que los Tribunales de Justicia efectúen al respecto a dos cuestiones extraordinariamente relevantes para la adecuada construcción del tipo penal y para el eficaz desarrollo de las tareas de investigación de este ilícito, la determinación del

---

<sup>786</sup> C. GIMENEZ VILLAREJO, *Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal*, en *Estudios de Derecho Judicial*, n. 6, Madrid, 1997

<sup>787</sup> El control casacional en la prueba indiciaria se dirige a comprobar la estructura racional del proceso valorativo seguido por el Tribunal y su adecuación a las reglas de la lógica y de la experiencia, función ésta que es mucho más limitada en el caso de la prueba directa al quedar excluido de la misma todo lo concerniente a la percepción sensorial de la prueba derivada de la inmediación. La doctrina constitucional en la materia (SSTC 105/1988, 283/1994, 24/1997, 45/1997, 68/98, 157/1998, 189/1998 y 220/1998 entre otras) constriñe el control en vía de amparo a la constatación de la existencia de una prueba de cargo suficiente y lícitamente practicada: la licitud requiere que no se hayan quebrantado las garantías constitucionales; y la suficiencia exige que la inferencia realizada por el Tribunal sea razonable, pues la irrazonabilidad de la inferencia produce la vulneración de la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo. La STC 220/98 de 16 de noviembre de 2998, (Pn. VIVER PISUNYER) cita como supuestos de irrazonabilidad los siguientes: 1) la falta de lógica o de coherencia en la estructura del proceso valorativo del Tribunal, y 2) el carácter no concluyente de los indicios por ser excesivamente abiertos, débiles o indeterminados (lo que posibilita conclusiones alternativas razonables).



origen delictivo de los bienes que son objeto de la infracción y el conocimiento del origen ilícito de los mismos<sup>788</sup>.

La importancia de estos dos problemas en la aplicación judicial de las normas reguladoras de este ilícito penal es evidente. El blanqueo es una actividad criminal muy compleja, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento, en el cual la vinculación con el delito previo que le precede no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriadad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma. Analizando esto objetivamente, la constatación de este delito es una tarea relativamente sencilla puesto ya que el uso necesario del sistema financiero legal para dar apariencia de licitud a los productos y ganancias con un origen delictivo trae como consecuencia la constancia documental de tales operaciones<sup>789</sup>.

Las dificultades probatorias se incrementan cuando es necesario delimitar los aspectos concretos a los que antes hemos hecho referencia. Es por ello que resulta de una importancia incuestionable la denominada prueba de indicios, también llamada prueba indirecta, circunstancial o de presunciones (antiguos arts. 1.249 y 1.253 del Código Civil), una clase de prueba especialmente idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa en los procesos penales relativos a éstas y otras actividades delictivas encuadradas en lo que se conoce como criminalidad organizada, y evitar así las parcelas de impunidad que podrían generarse en otro caso respecto a los integrantes de estas organizaciones delictivas. La práctica procesal penal demuestra que es habitual que no exista prueba directa de estas circunstancias, por consiguiente deberá ser inferido de los datos externos y objetivos acreditados conforme a los arts. 1.249 y 1.253 del Código Civil (prueba de presunciones o prueba de indicios). Corresponde señalar que, el art. 3.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988<sup>790</sup>, y el art. 6.2.c) del Convenio de Estrasburgo sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, de 8 de noviembre de 1990<sup>791</sup>, recuerdan que “*el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso*”<sup>792</sup>.

La STS de 10 de enero de 2000 confirma el valor de la prueba indirecta, la más usual en estos casos, para demostrar el conocimiento del origen ilícito, y la dificultad de encontrar prueba directa, debido a la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de lavado del dinero procedente de aquéllas<sup>793</sup>. El aspecto subjetivo del tipo penal del delito de blanqueo podemos identificarlo por las expresiones “*sabiendo*” y “*a sabiendas*”, expresiones comprensivas tanto del dolo directo como del dolo eventual, respecto al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes. Es por ello que tanto como en la receptación propia no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre su procedencia, será precisa la certeza respecto al origen ilícito. Al utilizar el precepto la denominación “delitos graves” al referirse al delito antecedente, el nivel de exigencia en cuanto a este elemento cognoscitivo normativo no podrá superar el dato de que los bienes proceden de una actividad delictiva grave sin más precisiones. La característica

<sup>788</sup> C. ARANGUEZ SANCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000.

<sup>789</sup> D. ALVAREZ PASTOR – F. EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención en el blanqueo de capitales*, Navarra, 1998.

<sup>790</sup> BOE de 10 de noviembre de 1990.

<sup>791</sup> BOE de 21 de octubre de 1998.

<sup>792</sup> ARANGUEZ SANCHEZ, *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Barcelona, 2000, p. 294 ss.

<sup>793</sup> I. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, 2002.

fundamental de esta figura delictiva, a los efectos de su aplicación práctica, es su naturaleza autónoma e independiente, sin accesoriedad respecto al delito previo, lo que en buena lógica no exige la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados. La determinación de la procedencia criminal de los bienes que son objeto de los actos típicos de blanqueo, y que el propio precepto penal, circunscribe a los delitos graves (cuyo concepto encontramos en el art. 13.1 en relación con el art. 33.2 del CP de 1995), no necesita de otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva grave de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto excluir otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico ni de los concretos partícipes en el mismo<sup>794</sup>.

Pero en aquellos supuestos en que su origen proceda de delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, en la medida en que tal circunstancia determinará la aplicación de un subtipo agravado (art. 301.1.II) será imprescindible un mínimo presupuesto indiciario que apunte hacia esa actividad delictiva concreta. La ya citada STS de 10 de enero de 2000<sup>795</sup>, aun reconociendo que la sentencia de instancia estimaba probado “*el hecho de desconocer las concretas operaciones de tráfico de drogas de las que procedía el dinero*”, estima suficiente a estos efectos la afirmación de que ese era el origen del dinero y que era conocido por el recurrente, “*sin que el conocimiento del autor exija, ni por lo tanto sea precisa prueba al respecto, el cumplido y completo conocimiento de las anteriores operaciones de droga generadoras de tal beneficio, pues ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución*”. Como elementos indiciarios de interés<sup>796</sup>, se debe valorar para demostrar el conocimiento del origen ilícito, entre otros muchos, datos tales como el uso de identidades supuestas, la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, la utilización de testaferros sin disponibilidad económica real sobre los bienes, la vinculación con sociedades ficticias carentes de actividad económica alguna, muy especialmente si radican en países conceptuados como paraísos fiscales, la realización de alteraciones documentales, el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía, la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido la simulación de negocios u operaciones comerciales que no responden a la realidad, la percepción de elevadas comisiones por los intermediarios y en definitiva cualesquiera otras circunstancias concurrentes en la ejecución de tales actos que sean susceptibles de ser calificadas como irregulares o atípicas desde una perspectiva financiera y mercantil<sup>797</sup>.

No obstante el carácter omnicompreensivo de las anteriores descripciones parte de la doctrina, como ARANGUEZ SÁNCHEZ<sup>798</sup>, considera que no son punibles los comportamientos que consistan en la mera utilización de bienes conociendo su ilícita procedencia, cuando no concurren actos de ocultación o de encubrimiento. Tampoco se comprende la posesión injustificada de bienes cuyo origen no pueda referirse a un delito previo de grave entidad. Los incrementos no justificados de patrimonio constituyen presunción a efectos solo tributarios, a fin de considerarlos rendimientos generados en el ejercicio en que afloran o se ponen de manifiesto (art. 37 de la Ley de Renta 40/1998), pero no sirven de prueba en el proceso penal para presumir otro tanto en

---

<sup>794</sup> ARANGUEZ SANCHEZ, *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, cit. p. 296-297.

<sup>795</sup> STS de 10 de enero de 2000 (RJ 433/2000).

<sup>796</sup> E. AVILA SOLANA, *Las tipologías del blanqueo en España (II)* en *Estudios de Derecho Judicial*, 28 – 2000, p. 95 ss.

<sup>797</sup> F. PASTOR ALCOY ., *Escuchas telefónicas*, Valencia 2003.

<sup>798</sup> C. ARANGUEZ SANCHEZ ., *El delito de blanqueo de capitales*, Barcelona, 2000.

cuanto al blanqueo por ser contrario a la presunción constitucional de inocencia (Sentencias del Tribunal Supremo 17 de enero de 1999 y 14 de julio de 2000 y de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 14 de septiembre de 2000)<sup>799</sup>.

Cuando los activos a blanquear provengan del tráfico de drogas, los indicios más determinantes son:

- El incremento inusual del patrimonio, manejo de dinero que por su cuantía, transmisión y tratarse de efectivo hacen patente que no responden a prácticas comerciales ordinarias.

- La no existencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento del patrimonio o las transmisiones económicas.

- La constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de drogas, personas o grupos relacionados con las mismas<sup>800</sup>.

Tanto el Tribunal Constitucional como la Sala 2ª del Tribunal Supremo<sup>801</sup> han reconocido que la convicción del juzgador puede formarse sobre la base de una prueba de indicios. Los requisitos exigidos son que existan indicios plenamente acreditados; además, que éstos estén relacionados entre sí; que no estén desvirtuados por otras pruebas o contraindicios; y, por último, que se haya explicitado el juicio de inferencia, de modo razonable. Respecto de estos indicios que llevan al juicio de inferencia, reiterada jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo afirma que “*se trata de elementos que se sustraen a las pruebas de testigos y periciales en sentido estricto. Por tanto el Tribunal debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias, mediante un proceso inductivo, que, por lo tanto, se basa en principios de la experiencia general.*” Por último, los elementos que se tendrán en cuenta respecto al delito de blanqueo de capitales son<sup>802</sup>:

- La cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación.

- La vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas.

- El aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación.

- La inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial.

Además y en relación con el conocimiento del origen ilícito del dinero se valoran, entre otros:

- La apertura de cuentas por cortos periodos de tiempo.

- La ausencia de movimientos basados en actividades comerciales legítimas.

- El fraccionamiento de los ingresos que se realizaban en aquellas cuentas.

- La conversión inmediata en talones bancarios nominativos y la utilización de documentos falsos.

- La presencia de elevados ingresos en divisas,

- La ocultación de identidad en documentos y operaciones bancarias.

- La utilización de sociedades de fachada constituidas en paraísos fiscales.

---

<sup>799</sup> D. DELGADO GARCIA, *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*, Madrid, 2006.

<sup>800</sup> STS de 22 de septiembre de 2007, 771/2007 (RJ 2007/6518); STS de 8 de abril de 2008, R. 154/2008 (RJ 2708/2008).

<sup>801</sup> STS de 8 de septiembre de 2005, 1611/2005 JUR 227984/2005; STS de 3 de julio de 2008, R. 619/2008 JUR 232124/2008.

<sup>802</sup> SSTs de 14 de abril de 1998 (RJ 4084/1998); STS de 17 de abril de 2006 (RJ 3102/2006).

Cada indicio debe ser plenamente probado. Pese a que la prueba de indicios no es una prueba directa, no debe reducirse el rigor de la prueba. No podemos basarnos en sospechas policiales, desestimadas judicialmente, es contrario a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo y Constitucional. Las sospechas judicialmente rechazadas de modo expreso no pueden servir de base de indicio alguno contra el acusado<sup>803</sup>. De esta manera nos situamos en una posición que si bien no se denomina inversión de la carga de la prueba, se le parece mucho, pero como señalan algunos autores, estamos bordeando el límite que el art. 24 CE establece<sup>804</sup>. Pudiendo considerarse esto factible respecto al silencio del imputado y la falta de una explicación lógica de determinados hechos, que no siendo suficiente para determinar la condena del acusado, sí puede serlo unida a otros indicios, como así lo recoge la STS de 26 de junio de 2003<sup>805</sup>, asumiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en los casos MURRAY<sup>806</sup> contra el Reino Unido (Sentencia de 6 de febrero de 1996) y TELFNER contra Austria<sup>807</sup> (Sentencia de 20 de marzo de 2001)<sup>808</sup>.

El sinnúmero de modalidades de comisión del delito de blanqueo de capitales, junto con la ausencia de víctima e inexistencia de denuncia, provocan una dificultad específica en la persecución de este tipo de delitos y han motivado la implicación en su descubrimiento de los denominados sujetos obligados, como los notarios o registradores<sup>809</sup>. Las investigaciones sobre blanqueo de activos se centran en los denominados “*puntos vulnerables del blanqueo*”, pudiéndose señalar tres categorías: el acceso de los fondos al sistema financiero, los flujos internacionales de activos y las transferencias dentro del sistema financiero. La determinación del momento o fase del blanqueo en que nos encontremos va a tener una importancia extraordinaria. Ya que el modo de afrontar las investigaciones va a ser diferente; y también lo va a ser el material probatorio a utilizar en función de ello para acreditar el acto típico de blanqueo y la participación de los investigados<sup>810</sup>.

El delito de blanqueo se puede constatar a través del empleo de sociedades con residencia en paraísos fiscales, para beneficiarse de la opacidad que caracteriza a estas jurisdicciones. Los obstáculos a la investigación de estos delitos se fundamentan en la dificultad de seguir el flujo del dinero, sobre todo cuando tiene su origen o destino en paraísos fiscales, lo que garantiza la confidencialidad de las transacciones financieras. Otro problema es el empleo para estos movimientos de filiales de entidades bancarias ubicadas en paraísos fiscales, garantizando el ocultismo, escondiéndose la titularidad real de los bienes y créditos de sus clientes. Sumándose a esto el uso de sociedades pantalla, con residencia en una de estas jurisdicciones, participadas por un entrecruce de

---

<sup>803</sup> STS (Sala 2.a) de 5 de octubre de 2006 ( RJ 6626/2006).

<sup>804</sup> A. CALDERÓN CERESO, *El blanqueo de capitales: aspectos penales y administrativos*, op. cit., p. 8.

<sup>805</sup> STS de 26 de junio de 2003 (RJ 7408/2003).

<sup>806</sup> Sentencia del TEDH de 6 de febrero de 1996.

<sup>807</sup> Sentencia del TEDH de 20 de marzo de 2001.

<sup>808</sup> D. DELGADO GARCÍA, *Configuración jurisprudencial del delito de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas*, op.cit., p. 1026. Este razonamiento puede observarse también en las SSTS (Sala 2.a) de 8 de mayo de 2003 y núm. 154/2008/, de 8 de abril. dad real de los bienes y créditos de sus clientes. Además, el empleo de sociedades pantalla, con residencia en una de estas jurisdicciones, participadas por un entrecruce de sociedades, administradas por testaferros, que dificultan la identificación de la persona física propietaria real. Por último, se emplean determinadas sociedades que impiden la identificación del verdadero propietario (*trust*, fiducias, IBCs).

<sup>809</sup> M. T. PALACIOS CRIADO, *Blanqueo de capitales. Agentes intervinientes: el deber de colaboración. Especial mención de los Notarios*, en *Judicatura y Notariado ante los delitos económicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p 43-59.

<sup>810</sup> D. DELGADO GARCÍA, *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*, op. cit.,p. 4.

sociedades, administradas por testaferros, que dificultan la identificación de la persona física propietaria real. También se emplean determinadas sociedades que impiden la identificación del verdadero propietario (trust, fiducias, IBCs)<sup>811</sup>.

En el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la investigación por blanqueo de activos es una parte más de la investigación del delito subyacente. Para la investigación del blanqueo suelen emplearse técnicas de ingeniería inversa, es decir, se trata de localizar los activos en el momento presente y tratar de reconstruir el camino que han seguido, hasta llegar a su origen. La información necesaria se obtiene de entidades y organismos públicos y privados, algunos de los cuales requieren mandamiento judicial para su acceso, lo que implica, en dicho momento, la necesidad de que el asunto se encuentre judicializado. Se recurrirá al Registro Mercantil Central y a los Registros Mercantiles Provinciales, a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, al Instituto Nacional de la Seguridad Social, al Servicio de índices y a los respectivos Registros de la Propiedad, entidades bancarias y financieras, Banco de España, Ayuntamientos, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores, Compañías de seguros. A nivel policial, los funcionarios encargados de las investigaciones de blanqueo de capitales consideran que los problemas en las investigaciones vienen generados por muchos factores, uno de los cuales deriva de la rentabilidad de las mismas<sup>812</sup>.

Un problema específico en la investigación de esta clase de delitos es el aluvión de comisiones rogatorias que se reciben, vía diversas organizaciones internacionales (Interpol, Europol, Eurojust, etc.), lo cual indica la necesidad de la filtración de las mismas.

#### IV.3.1.2.2. Las diligencias de investigación en España. Las intervenciones telefónicas

##### IV.3.1.2.2.1. Introducción

La intervención de las comunicaciones personales constituye una de las diligencias de investigación más útiles en orden a la persecución y represión del blanqueo de capitales. Ello es así, dada la calidad y cantidad de elementos que pueden ser aprehendidos por esta vía, ya fueran fuentes de prueba directas, ya datos o informaciones que permitan continuar eficazmente la investigación<sup>813</sup>.

Tal actuación comporta una grave intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones del apartado tercero del art. 18 CE, pudiendo afectar extensivamente al derecho a la protección de los datos personales contemplado en el apartado cuarto de ese mismo precepto.

La utilidad investigativa a que se hacía referencia es especialmente predicable en el caso de las comunicaciones telefónicas, que centrarán nuestra atención en las páginas siguientes. El resto de comunicaciones telemáticas (*e-mail*, *chats*,...) seguirán un régimen similar, sin perjuicio de que en las exposiciones se pongan de relieve sus singularidades<sup>814</sup>.

---

<sup>811</sup> J. ZARAGOZA AGUADO, *Análisis sustantivo del delito (II). Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria*, en *Estudios de Derecho Criminal*, 28- 2000, p. 291 ss.

<sup>812</sup> L. LOMBARDEO EXPOSITO, *Blanqueo de capitales*, cit. p. 224.

<sup>813</sup> Sobre esa doble proyección, entre otros, véase: COBO DEL ROSAL, M., *Derecho procesal español*, Madrid, 2006, p. 321 ss; y NARVAEZ RODRIGUEZ, M., *Intervenciones telefónicas (Comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril)*, en RJ del TC. Vol. II, Parte Estudio, 1999, p. 1757 a 1782.

<sup>814</sup> J. RODRÍQUEZ LAINZ, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Barcelona, 2002.

#### IV.3.1.2.2.2. Concepto de observación/intervención telefónica.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial por intervención o escucha telefónica hemos de entender<sup>815</sup>:

*“...una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales este se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios. ”*

Definición en que abunda GIMENO SENDRA<sup>816</sup>:

*“...Todo acto de investigación limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal decide mediante auto especialmente motivado, que, por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y dilucidar la participación del autor ”*<sup>817</sup>.

Interesa de esta segunda conceptualización la distinción entre observación de las comunicaciones e intervención, propiamente dicha. Y es que en cualquier acto de comunicación es posible diferenciar varios componentes: su contenido, los denominados datos de tráfico (origen de la comunicación, destino, fecha,...)<sup>818</sup> y la información personal de los abonados entre los que, supuestamente, se efectúa la transmisión.

La utilidad de cualquiera de estos datos en orden a la persecución de conductas delictivas es evidente y no merece mayores comentarios. Por otra parte, el hecho de que los datos de tráfico y la información del abonado tengan un carácter estático al tratarse de información almacenada en los archivos correspondientes del prestador del servicio de comunicaciones, potencialmente en el caso de los primeros pues nada impide que se capten en el mismo proceso de transmisión, no es óbice para considerarlos componentes del propio acto de comunicación pues tienen su razón de ser en función del mismo<sup>819</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, la observación tan solo afecta al denominado registro de llamadas o recuento, esto es, tiene como objeto conocer los sujetos que intervienen en la comunicación y a los datos de tráfico de la misma. Más agresiva, la segunda, supone la captación completa del acto de comunicación, comprendidos los datos de tráfico y la información de los abonados. Ciertamente, el grado de afectación

---

<sup>815</sup> STS de 8 de febrero de 1997 (RJ 888/1997). Vid. también las SSTS 22 de julio (RJ 6072/1996); 26 de octubre de 1996 (RJ 7846/1996); 4 de febrero de 1997 (RJ 1380/1997).

<sup>816</sup> V. GIMENO SENDRA, *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo*, en *La Ley*, Madrid, 1996 – 2, p. 1618.

<sup>817</sup> SSTS del 2 de abril y 19 de octubre de 1996.

<sup>818</sup> Según el art. 1 del Convenio sobre *Cibercrimen* serán los relativos al «origen de la comunicación, el destino, la ruta, el tiempo, la fecha, el tamaño, la duración el tipo de servicio de que se trate».

<sup>819</sup> B. RODRIGUEZ RUIZ, *El secreto de las comunicaciones, tecnología e intimidad*, Madrid, 1998.

de los derechos fundamentales difiere en una y otra modalidad; aspecto éste que habrá de ser tomado en cuenta por el juez en orden a su autorización<sup>820</sup>.

#### IV.3.1.2.2.3. El bien jurídico protegido: la irrelevancia del medio de comunicación

A pesar de la mención expresa a las comunicaciones “*postales, telegráficas y telefónicas*”, el art. 18.3 CE, garantiza el secreto de todo tipo de transmisión de ideas o información entre personas, sin tener en cuenta el medio o canal que se utilice para ello.

Por ello debemos tener en cuenta la irrelevancia del medio utilizado en el acto de comunicación. Así se desprende de la doctrina jurisprudencial y se proyecta en las normas penales. Esta última idea está presente en la tipificación del delito de descubrimiento y revelación de secretos en el art. 197.1 CP. Este precepto sanciona a quien intercepte las comunicaciones de otro o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación<sup>821</sup>. Semejante grado de generalidad permite incluir cualquier dispositivo de comunicación sea alámbrico o inalámbrico, que sirva para transmitir por cable o espacio radioeléctrico, (telefonía digital y por satélite incluida), el sonido identificable en mensajes<sup>822</sup>.

Abundando en la cuestión, el propio Tribunal Constitucional en Sentencia 34/1996, de 11 de marzo de 1996, señaló que la interceptación de los teléfonos inalámbricos se podía encuadrar en el anterior tipo penal del art. 497 *bis*, sin que con ello se vulnerase el principio de legalidad por analogía *in malam partem*<sup>823</sup>; y el Tribunal Supremo, en su Sentencia del 8 de febrero de 1999, intentó eliminar toda duda sobre la interceptación de teléfonos móviles mediante escáner u otro artificio adecuado:

*”El ámbito de protección de este medio de comunicación no tiene limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. No sólo la primitiva telefonía por hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas – scanner u otro artificio técnico adecuado – se encuentra bajo la tutela judicial”.*

Son innovaciones tecnológicas las que añadirán y perfilarán el concepto de dispositivo de comunicación de acuerdo con el art. 3.1 del Código Civil.

Diferente cuestión es si el derecho al secreto de las comunicaciones tan sólo ampara las efectuadas a distancia o no. Esa parece ser la postura de parte de la doctrina española, toda vez que solamente en estos casos el secreto está garantizado desde un punto de vista técnico<sup>824</sup>.

Por otro lado, quedan excluidas las comunicaciones emitidas en canal abierto, ya que, si bien necesitan un soporte técnico, no existen garantías técnicas que aseguren el

---

<sup>820</sup> Al respecto véase N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, “*La Administración de Justicia ante las innovaciones tecnológicas. Del entusiasmo a la desconfianza pasando por el olvido legal*”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 7 (octubre 2005), pp. 180 y ss. También RODRIGUEZ LAINS, *op. cit.* p. 155.

<sup>821</sup> M. MARCHERENA GOMEZ, *Código Penal de 1995, (Comentarios y jurisprudencia)*, en *V.V.A.A.* coordinado por I. SERRANO BUTRAGUEÑO, Granada, 1998, p. 1100 a 1101.

<sup>822</sup> F. MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, en *V.V.A.A.*, dirigido por G. Quintero Olivares, Aranzadi, 1996, p. 948.

<sup>823</sup> F. MORALES PRATS, *op. loc. ult. cit.*

<sup>824</sup> STS de 1 de abril de 2002 (RJ 591/2002).

secreto de lo comunicado<sup>825</sup>. El problema radica en determinar cuando la comunicación es abierta y cuando cerrada. En este punto no cabe sino una interpretación casuística<sup>826</sup>.

Decíamos precedentemente que, a efectos analíticos, es posible distinguir tres componentes en el acto de comunicación: el mensaje, los datos de tráfico y la información del abonado. Actualmente es indiscutible la dimensión constitucional de todos estos frentes, aunque los denominados datos de tráfico cuando no se aprehenden en el propio acto de comunicación interceptado en tiempo real suscitaran, en momentos pasados algunas dudas<sup>827</sup>. Esta última cuestión fue resuelta entre otras vías por la terminante y acertada declaración de la Fiscalía General del Estado, contenida en la Consulta 1/1999, de 22 de enero<sup>828</sup>, sobre el tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones, donde se transpone la doctrina general aplicable a toda modalidad de intervención, extendiéndola también a los datos almacenados:

*“La garantía constitucional de la inviolabilidad tampoco es co-extensa con el proceso de comunicación pues no se extingue a su fin”.*

Como resultado de lo anterior, todos los datos relativos a la comunicación, contenido y datos de tráfico, quedarían amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), mientras que la información atinente al abonado descansaría bajo el manto protector del derecho al secreto de los datos personales (art. 18.4 CE)<sup>829</sup>.

Los correos electrónicos una vez ya recibidos y almacenados pueden plantear ciertos problemas más aparentes que reales. En definitiva, estamos ante un soporte físico, si bien informático que cumple los presupuestos básicos para ser tratados como piezas de convicción. En tales circunstancias, la diligencia de recogida de instrumentos y efectos del delito e inspección de libros y papeles es la que más se adecua a esa naturaleza (arts. 573 a 578). Su cobertura constitucional nace pues del derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE y se somete al régimen legal previsto para la entrada y registro<sup>830</sup>.

---

<sup>825</sup> STC 128/1988, de 27 de junio de 1988 (RTC 128/1998); TS 591/ 2002, del 1 de abril de 2002 (RJ 5444/2002).

<sup>826</sup> A modo de ejemplo, las comunicaciones efectuadas en un locutorio durante las visitas a los internos de un establecimiento penitenciario deben considerarse cerradas. Vid. R. MARTIN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, 1995, p. 52

<sup>827</sup> N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, “La Administración de Justicia ante las innovaciones tecnológicas. Del entusiasmo a la desconfianza pasando por el olvido legal”, *op.cit.*, pp. 180- 183. También J. RODRIGUEZ LAINZ, *La intervención de las comunicaciones telefónicas (su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)* Barcelona, 2002, p. 31; y E. VELASCO NUÑEZ, *Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema*, en *Actualidad Penal*, n. 3, 18/3, del 9 de mayo de 1993, p. 258.

<sup>828</sup> Este documento se puede obtener en [www.mju.es/guia\\_fiscalia.htm#col](http://www.mju.es/guia_fiscalia.htm#col).

<sup>829</sup> Vid. STC 292/2000, de 30 de noviembre, y su comentario en el trabajo de PÉREZ GIL, “Medidas de investigación y...”, *op.cit.*, p. 914 y 915. Entre la literatura especializada empiezan a oírse voces que claman contra la devaluación de este derecho en función de actuaciones judiciales o policiales escasamente reguladas. Vid. J. ETXEBERRÍA GURIDI, *La protección de datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*, Madrid, 1998, págs. 19 y ss.

<sup>830</sup> Aunque también es valorable la incidencia del derecho a la intimidad en sentido estricto (art. 18.1 CE). Así MARCHENA GÓMEZ, M., “Dimensión jurídico-penal del correo electrónico”, en *La Ley*, núm. 6475, edición digital (laley.net). Sin perjuicio de las eventuales implicaciones de derecho a la privacidad de los datos personales ajenos en circunstancias particulares de utilización compartida del dispositivo info-telemático. Al respecto véase GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, “Garantías constitucionales...”, *op.cit.*, p. 894.



#### IV.3.1.2.2.4. Régimen constitucional y legal de la intervención de las comunicaciones. Especial referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos

Partiendo del enunciado del art. 18.3 CE, podemos dividir la evolución normativa y jurisprudencial de la intervención de las comunicaciones en tres etapas<sup>831</sup>:

- Práctica de las intervenciones telefónicas sin base legal alguna hasta 1988.
- Reforma del art. 579 LECrim. por mediación de la Ley Orgánica 4 /1988 de 25 de marzo, lo que supuso ya la existencia de un mínimo sustento legal.
- Establecimiento de criterios jurisprudenciales, complementarios del régimen legal, desde ATS de 1992, relativo al Caso Naseiro, hasta la actualidad.

Hasta el año 1988 el ordenamiento español no contenía ninguna disposición procesal relativa a la intervención telefónica. Aunque el art. 579 LECrim hacía referencia tan sólo a la correspondencia privada, postal y telegráfica, la falta de sustento legal obligaba a utilizar analógicamente este precepto también para la intervención telefónica. Tras LO 7/ 1984 de 15 de octubre, esa normativa se completó con lo previsto en los arts. 192 *bis* y 497 *bis*, ambos del antiguo Código Penal de 1973. Esta línea interpretativa encontró apoyo jurisprudencial, a pesar de que el TS no dejó resaltar la necesidad de una normativa que regulara las intervenciones<sup>832</sup>.

Con la LO 4/1988, de 25 marzo, se da cierta cobertura legal a las intervenciones telefónicas al introducir dos nuevos apartados en el art. 579 LECrim:

“...2. Asimismo el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.”...

No obstante lo cual, la reforma no consiguió proporcionar suficiente cobertura legal a esta medida limitativa de derechos fundamentales, como insistentemente ha puesto de relieve el TEDH.

En los últimos años pueden citarse otras normas de menor relevancia, pero no menos importantes, donde se recogen reglamentaciones parciales de esta diligencia, tales como la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia<sup>833</sup>; la LO 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>834</sup>; el art. 33 de la Ley General de Comunicaciones<sup>835</sup>, las disposiciones de desarrollo del

---

<sup>831</sup> A. MONTON REDONDO, *Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas*, en *La Ley*, 1995, n. 4.

<sup>832</sup> N. GONZALEZ et.al., *Investigación y prueba en el Proceso penal*, Madrid, 2006, p. 156.

<sup>833</sup> BOE del 7 de mayo de 2002.

<sup>834</sup> BOE del 10 de julio de 2003.

<sup>835</sup> Ley 32 / 2003, de 3 de noviembre, BOE 4 de noviembre, n. 264.

mismo establecidas en los arts. 66 y ss. del correspondiente reglamento<sup>836</sup>; o los arts. 188 y ss. LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar<sup>837</sup>.

Esta normativa se completa con todo un elenco de convenios y tratados internacionales suscritos por España, que una vez ratificados se han incorporado al ordenamiento interno *ex artículo* 96 CE, además de aportar criterios interpretativos de los derechos y libertades fundamentales como se establece en el art. 10 del texto constitucional.

Y es que, desde mediados del siglo pasado, los textos internacionales han incluido en su catálogo de derechos el derecho a la privacidad. Esa mención podemos encontrarla en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948; el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante instrumento de 13 de abril de 1977<sup>838</sup>.

Siendo el texto más importante sobre este tema el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su importancia se debe, a que su art. 8 se refiere específicamente a la vida privada; y, en segundo, porque el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha señalado desde los años 70 los requisitos y condiciones necesarias para proceder a la intervención de las comunicaciones, postales, telegráficas o telefónicas.

#### IV.3.1.2.2.5. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

El mencionado art. 8 del Convenio expresa:

*“Art. 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar.*

*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás”<sup>839</sup>.*

En su apartado primero reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar del domicilio y de la correspondencia, en su apartado segundo introduce una regulación detallada, cuya finalidad consiste en eliminar la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos que pueda afectar a estos derechos fundamentales. Este precepto ha sido la base para el desarrollo de una fructífera doctrina jurisprudencial por el TEDH<sup>840</sup>.

Uno de los primeros pronunciamientos del TEDH sobre el requisito de legalidad, se refirió a la interpretación del término “ley” contemplado en el apartado 2, para concluir afirmando que por tal habría que entender la “ley” en sentido material, de esta

<sup>836</sup> Real Decreto 424 / 2005, de 15 de abril. BOE 29 de abril de 2005, n. 102.

<sup>837</sup> BOE del 18 de abril de 1989, n. 92 p. 11118.

<sup>838</sup> BOE del 30 de abril 1989, n. 103.

<sup>839</sup> Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, revisado de conformidad con el Protocolo n. 11. Completado por los Protocolos n. 1. y 11, septiembre de 2003.

<sup>840</sup> J. RODRIGUEZ LAINZ, *La intervención de las comunicaciones telefónicas (su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)*, Barcelona, 2002.

forma se incluyó las disposiciones de rango inferior al legislativo y el derecho no escrito<sup>841</sup>.

Primeramente, se excluían las disposiciones de carácter interno de la Administración, tales como circulares. No obstante se tendrían en cuenta siempre que fuesen conocidas por los interesados, a fin de averiguar si al aplicar la norma correspondiente se había respetado el requisito de la previsión<sup>842</sup>.

Si bien el TEDH equiparó ley y derecho no escrito, la costumbre no es considerada como medio apto y no vulnerador del art. 8 CEDH a fin de prever y regular la injerencia. Evidentemente al referirse al derecho no escrito se refería al derecho anglosajón y no a la costumbre.

Por lo general no son frecuentes las condenas a los Estados por no prever en su ordenamiento la injerencia, ya que suele contenerla el derecho interno. Fue a través del Caso MALONE, en el año 1984 en que el requisito de cobertura legal apareció. Con anterioridad el TEDH, no distinguía entre previsión en derecho interno y cobertura legal en sentido estricto. Si bien la distinción se deducía en el Caso KLASS y otros contra Alemania<sup>843</sup>.

En el caso precedentemente mencionado en el punto 50 se manifestaba lo siguiente:

*“...Cualquiera que sea el sistema de vigilancia adoptado, el Tribunal debe convencerse de la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos. Esta apreciación reviste un carácter relativo: depende de todas las circunstancias que envuelven el caso, por ejemplo, la naturaleza, el alcance y la duración de las eventuales medidas, las razones requeridas para ordenarlas, las autoridades competentes para autorizarlas, ejecutarlas y controlarlas y el tipo de recursos previstos por el derecho.”*

El TEDH señaló en la Sentencia MALONE, que el art. 8.2 del CEDH, no se remite solamente al derecho interno sino que se refiere también a la “calidad de la ley”. Es decir, la ley debe ser compatible con la preeminencia del derecho. Esto implica que el Derecho interno debe ofrecer alguna protección contra la injerencia de los poderes públicos en los derechos garantizados en el art. 8.1<sup>844</sup>.

No podemos olvidar que las escuchas y el resto de los procedimientos para interceptar la comunicación en general son un grave ataque a la vida privada y a la correspondencia. Las escuchas y los procedimientos utilizados para escuchar las comunicaciones deben fundarse en una ley detallada y precisa, teniendo en cuenta sobre todo que los procedimientos técnicos se perfeccionan continuamente<sup>845</sup>.

La cobertura legal implica claridad así lo estableció el TEDH:

*“... la ley debe ser lo suficientemente clara para señalar a todas las circunstancias y condiciones en que autoriza a los poderes públicos a recurrir a una injerencia así, secreta y posiblemente peligrosa, en el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia.”*<sup>846</sup>.

Es importante destacar que no se requiere una ley que establezca en forma detallada todos y cada uno de los requisitos y procedimientos correspondientes. Lo

---

<sup>841</sup> STEDH de 24 abril de 1990, Caso HUVIG y KRUSLIN c. Francia.

<sup>842</sup> STEDH del 25 de marzo de 1983, Caso SILVER.

<sup>843</sup> STEDH del 6 de septiembre de 1978.

<sup>844</sup> STEDH del 24 de abril de 1990. Caso HUVIG c. Francia. (punto 29)

<sup>845</sup> Sentencia del TEDH del 24 de abril de 1990. Caso KRUSLIN (punto 33 ) y HUVIG (punto 32) c. Francia.

<sup>846</sup> STEDH Caso KRUSLIN (punto 30, párrafo 3·) y HUVIG (punto 29, párrafo 3·).

importante es la definición de la forma, el alcance y el contenido de dicha potestad claramente a fin de que el individuo cuente con suficiente protección frente a una injerencia arbitraria<sup>847</sup>. La ley aplicable debe estar publicada a través de los medios normales de difusión del Derecho en cada Estado concreto o en su caso, debe encontrarse a disposición de los ciudadanos.

La insuficiente cobertura legal en España ha obtenido la atención del TEDH en el Caso PRADO BUGALLO, que fundamentalmente hacia hincapié en la insuficiente cobertura legal de las intervenciones telefónicas, su falta de motivación y de las pruebas ilícitas e independientes<sup>848</sup>.

#### IV.3.1.2.2.6. La titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones y la condición de imputado del sujeto intervenido

El objeto personal de este medio de investigación según el art. 579.3 LECrim, son las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, mayores o menores de edad, que resulten implicadas en la comisión delictiva, con independencia de que sean titulares o simples usuarios permanentes o esporádicos de los teléfonos intervenidos judicialmente<sup>849</sup>.

De manera general, la titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones no presenta problema interpretativo alguno, ya que este derecho ampara a todas las personas, sean nacionales o extranjeros. No obstante, hemos de realizar ciertas precisiones, como se expone a continuación.

En primer lugar, que, a excepción de derechos políticos como el derecho de sufragio, la edad no condiciona la titularidad de derechos fundamentales. Por consiguiente los menores son titulares de derechos fundamentales como el derecho al secreto de las comunicaciones. La pregunta es si los padres o personas que ostentan la patria potestad del menor pueden intervenir por sí mismos o prestar su autorización para que se intervengan las comunicaciones de sus hijos. El art. 162.1 de CC, puede interpretarse como un asentimiento a la intervención de las comunicaciones, pero a través de las excepciones previstas en el apartado segundo nos damos cuenta de que no es posible. La razón es simple el derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho personalísimo y el consentimiento de los padres es irrelevante. Siempre que el menor tenga suficientes facultades de discernimiento que le permitan conocer el alcance de sus derechos<sup>850</sup>.

En segundo lugar, constar que las personas jurídicas también gozan de la protección que les depara este derecho. La sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1998, en el caso KOPP, considera que están protegidas por el art. 8 del Convenio las llamadas de teléfono desde o a entidades empresariales como un bufete de abogados al alcanzarles la noción de vida privada<sup>851</sup>.

Y, finalmente y en cuanto a la eventual intervención de comunicaciones practicada por uno de los intervinientes en el propio acto de comunicación, este supuesto está excluido del ámbito de protección del derecho al secreto de las

---

<sup>847</sup> STEDH SILVER y otros del 25 de marzo de 1983.

<sup>848</sup> STC 184/ 2003.

<sup>849</sup> SSTS del 15 de junio de 1993 (RJ 5113/1993); SSTS del 15 de enero de 1995 (RJ 465/1995).

<sup>850</sup> B. RODRIGUEZ RUIZ, *El secreto de las comunicaciones tecnología e intimidad*, Madrid, 1998.

<sup>851</sup> L. RODRIGUEZ RAMOS, *op. loc. ult. cit.*

comunicaciones. En este sentido, el TC en su STC 114/ 1984, de 29 de noviembre de 1984 marcó el lineamiento a seguir:

*“...El derecho al secreto de las comunicaciones ... salvo resolución judicial no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional frente a quién tomó parte en la comunicación misma así protegida... la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar impenetrabilidad de la comunicación por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia **erga omnes** ) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos en los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado. No hay secreto para aquel a quién la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio, del contenido del mensaje... pues sobre las comunicaciones no pesa el deber de secreto”.*

La persona que entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar la conversación de otras personas presentes no viola el secreto de las comunicaciones<sup>852</sup>.

En cualquier caso, la interceptación de las comunicaciones sólo afectará aquellos que tengan la condición de imputados por cuanto concurren contra ellos indicios racionales de responsabilidad criminal en el proceso penal en que se acuerde. Ello no excluye la intervención de teléfonos de personas no imputadas e incluso teléfonos públicos en el caso de existir elementos de juicio suficientes para considerar que puede ser utilizado por el imputado<sup>853</sup>.

#### IV.3.1.2.2.7. Los requisitos procesales

##### a. El momento procesal

Sobre la cuestión referente al ámbito procedimental en que debe producirse la interceptación de las comunicaciones telefónicas es necesario acudir a la jurisprudencia emanada del TS.

En esta línea, que no cabe la realización de esta clase de intervenciones en las diligencias de investigación que puede practicar el Ministerio Fiscal en virtud del art. 773.2 LECrim. (anterior artículo 875 *bis*) y en el artículo 5 de su Estatuto Orgánico<sup>854</sup>:

*“...el Ministerio Fiscal agota las posibilidades de investigación preliminar en el momento en que se dirige a la autoridad judicial para que adopte medidas de limitación de los derechos fundamentales poniendo en su conocimiento la existencia de unos hechos que presentan caracteres delictivos. Desde ese momento las facultades de investigación se traspasan al Juez Instructor.”...*

Tampoco cabe su realización en el ámbito de las diligencias indeterminadas:

*“...es obligatorio tomar nota de las peticiones de intervención telefónica, procedan de la policía o del Ministerio Fiscal, en el libro registro de Diligencias Previas,*

<sup>852</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 349.

<sup>853</sup> L. RODRIGUEZ RAMOS, *Las intervenciones telefónicas*, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, p. 456.

<sup>854</sup> M. ESTRELLA RUIZ, *Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales telefónicas*, en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial XII, Madrid, 1996, p. 380.

*sirviendo de base para la iniciación de un procedimiento de investigación judicial que sólo corresponde al juzgado de instrucción que adopta la medida “... ”*<sup>855</sup>.

En Sentencia de 4 de marzo de 1994, el TS avaló lo precedentemente expuesto:

*“... las actuaciones encaminadas a la intervención de un número telefónico para escuchar las conversaciones que se produzcan a través de su línea no son una mera diligencia burocrática que pueda solventarse con un número de registro en el libro de asuntos indeterminados. Las decisiones adoptadas por la autoridad judicial que afecten a los derechos fundamentales de la persona deben poner en marcha un verdadero procedimiento criminal en forma de Diligencias Previas o de sumario según la naturaleza y entidad del hecho que sea objeto de la investigación.”*<sup>856</sup>

Pero en una nueva Sentencia de 26 de septiembre de 1995 cambió la orientación, al sostener:

*“...la utilización de un libro registro especial para las denominadas Diligencias Indeterminadas es contrario a la normativa vigente, ya que sólo se admite la incoación de asuntos penales por la vía de las Diligencias Previas o Sumarios...”*<sup>857</sup>.

Se justifica la incoación de dichas Diligencias Indeterminadas a fin de acordar la intervención telefónica en ciertas circunstancias:

*“...cuando existan razones apremiantes que fuercen su utilización, ya que lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida, siempre que, el que definitivamente decida la cuestión, sea el juez competente para conocer del proceso...”*<sup>858</sup>.

Asimismo otra sentencia de octubre de 1994 entendió que:

*“... no afecta a la corrección de la intervención la forma que adopten las diligencias judiciales (pero siempre judiciales), si de alguna manera responden a un cause procesal adecuado a su control, por lo que el término causa ha de entenderse en sentido amplio...”*<sup>859</sup>.

De ahí la importancia de la STS de 18 de enero de 1996:

*“...importa muy poco, a efectos de la validez de la intervención telefónica, el que las actuaciones se tramitasen bajo la denominación procesal de sumario ordinario, procedimiento abreviado, diligencias previas o diligencias indeterminadas que, como se sabe, requieren un libro especial de registro de las mismas en Secretaría en cuanto que, todos ellos están sujetos al control del órgano jurisdiccional correspondiente, sin que pueda pensar que por ser una u otra la clase de proceso seguido se genere, para la parte, algún tipo de indefensión o se quebrante el art. 238.3 de la LOPJ, pues este precepto se refiere a la nulidad de los actos procesales cuando se prescinda de las normas de procedimiento establecidas en la ley y se cause indefensión...”*<sup>860</sup>.

Esta postura se mantuvo posteriormente<sup>861</sup>.

---

<sup>855</sup> STS de 25 de junio de 1993 (RJ 5244/1993).

<sup>856</sup> RJ 2592/1994.

<sup>857</sup> STS de 26 de septiembre de 1995 (RJ 6746/1995).

<sup>858</sup> STS de 26 de septiembre, cit.

<sup>859</sup> STS del 11 de octubre de 1994 (RJ 8170/1994).

<sup>860</sup> STS del 18 de enero de 1996 (RJ 291/1996).

<sup>861</sup> STS del 11 de abril de 1997 (RJ 2802/1997).

#### b. La declaración de secreto de la diligencia de intervención

Es evidente la imposibilidad de la notificación de la resolución que establece la intervención telefónica por cuanto sino frustraría sus fines. Otra cuestión es si es necesario que la resolución judicial recoja expresamente la declaración de secreto y qué efectos ha de tener la omisión de este pronunciamiento. En este punto la jurisprudencia no es uniforme.

De este modo, el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de noviembre de 1994<sup>862</sup> expresa:

*“...la intervención telefónica debe acompañarse de la declaración de secreto para el procedimiento conforme el art. 302 de la LECrim., aunque la contravención de tal disposición no determina indefensión alguna ya que el secreto aun cuando no se adopte expresamente es inherente a la naturaleza de la interceptación telefónica.”*

Sosteniendo, lo contrario en la STS de 5 de mayo de 1997<sup>863</sup>, la ley está para cumplirla y los arts. 118 y 302 de la LECrim no dejan otra opción que la obligatoriedad de su cumplimiento. Y así, no cabría excluir la comunicación de la resolución a los imputados, impuesta por el art. 118, si no se adopta al mismo tiempo la medida de secreto permitida por el art. 302<sup>864</sup>.

#### c. La motivación del auto de intervención

La fundamentación de la resolución judicial, por la que se acuerda la medida es el requisito de mayor importancia, al punto de condicionar la validez de la intervención. Conforme los arts. 24.1 y 120.3 de la CE, 248 de la LOPJ en relación a los arts. 141 y 142 de la LECrim y expresamente art. 579 de la LECrim, la motivación es exigible en todas las resoluciones jurisdiccionales<sup>865</sup>.

Como asevera el propio TS, este deber de motivación supone:

*“...la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión judicial; en la que también actúa la proporcionalidad, pues a mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación sin que sea correcto extender autorizaciones prácticamente en blanco, siendo preciso por el contrario una motivación razonable, lo que no quiere decir, desde luego exhaustiva, que habrá de mantenerse en secreto mientras la investigación se realiza.”<sup>866</sup>*

Siendo indispensable porque:

*“...al margen del art. 120.3 de la CE, cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales, es preciso encontrar una causa lo suficientemente explicada que haga comprender al titular del derecho limitado, las razones por las que ese sacrificio necesario se consuma.”<sup>867</sup>*

La motivación permite que los destinatarios de una resolución conozcan las razones e intereses por los que su derecho se sacrificó, es el resultado de un juicio de

---

<sup>862</sup> RJ 1994/8395.

<sup>863</sup> RJ 3625/1997.

<sup>864</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 333.

<sup>865</sup> M. COBO DEL ROSAL, *op. cit.* p. 323 ss.

<sup>866</sup> ATS del 18 de junio de 1992 (RJ 6102/1992).

<sup>867</sup> STS del 11 de abril de 1997 (RJ 2802/1997).

razonabilidad<sup>868</sup>. La necesaria motivación del auto habitante obedece a una doble garantía: en primer lugar, evitar la arbitrariedad judicial; en segundo, someter su actuación al imperio de la ley.

El Tribunal Constitucional desde siempre ha mantenido el criterio de que toda resolución judicial limitativa de cualquier derecho fundamental debe ser motivada (STC de 4 de noviembre de 2010<sup>869</sup>; STC de 28 de septiembre de 2009<sup>870</sup>; STC de 15 de junio de 2009<sup>871</sup>). Desde un punto de vista analítico estamos ante reglas que operan *ex ante* o de modo coetáneo a la propia resolución judicial y *ex post*, esto es, en su plasmación material. También a la jurisprudencia debemos la distinción entre unas y otras<sup>872</sup>. De esta forma a las primeras exigencias se las considera requisitos de legalidad constitucional que afectarán al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), cuyo incumplimiento haría inservibles los elementos de convicción judicial que se obtuvieran, comprendidos aquéllos derivados indirectamente de la diligencia viciada ya en origen (art. 11.1 LOPJ); mientras que en el caso de las segundas, calificadas como requisitos de legalidad ordinaria, su infracción tan sólo afectaría al concreto medio de prueba aquejado de nulidad (arts. 238.3 y 243.1 LOPJ<sup>873</sup>).

Sin embargo, el art. 579 no especifica los requisitos que ha de cumplir la norma habilitadora, y han tenido que ser los tribunales quienes colmaran esta laguna, comenzando con el conocido auto del caso NASEIRO, de 18 de junio de 1992<sup>874</sup>, donde se fijaba:

*“...sólo el Juez puede acordar una intervención telefónica, pero no a su libre albedrío, sino siempre de acuerdo con la Ley y conforme a sus principios; que no es ni puede ser un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad y que de alguna manera ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que esta se abra, sobre la existencia de tales indicios, precisamente con la intervención telefónica, inmediatamente después de la incoación, pues sólo cabe la intervención – observación telefónica abierto un proceso penal y dentro de él”.*

Esta doctrina fue completada posteriormente, y así el Tribunal Supremo sostuvo:

*“...la adopción de la medida exige la previa existencia de indicios delictivos no equivalentes a las meras sospechas o conjeturas, en tanto que es la probabilidad de la presunta infracción la que marcará la pauta a seguir, que en eso precisamente consiste la proporcionalidad<sup>875</sup> todo lo cual descarta desde luego las escuchas predelictuales o de prospección si van desligadas de la realización de hechos delictivos concretos”<sup>876</sup>.*

Es el órgano instructor quién en virtud de la gravedad de los delitos y la necesidad de la medida, ponderará su utilidad. Ya que la misma implicará la violación

---

<sup>868</sup> STS 57/ 1994 del 28 de febrero, FJ n.6 ; STS 53 / 1986, del 5 de mayo FJ n.3.

<sup>869</sup> STC 87/2010.

<sup>870</sup> STC 197/2009.

<sup>871</sup> STC 148/2009.

<sup>872</sup> Véase, entre otras, las SSTS de 6 de octubre de 1995, cit.; 20 de enero de 2003 (RJ. 889), FJ. ; y 17 de marzo de 2003 (RJ. 2686), FJ. 4.

<sup>873</sup> En su redacción conforme a la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

<sup>874</sup> (RJ 6102/1992).

<sup>875</sup> STS del 1 de diciembre de 1995 (RJ 9031/1995). También la STS de 23 de diciembre de 1994 (RJ 10266/1994).

<sup>876</sup> STS del 11 de abril de 1997 (RJ 2802/1997).



de la intimidad del investigado, en el auto judicial se plasmará su fundamento, esto es, la resolución en cuestión debe ser expresiva y razonada.

En dicha resolución se analizará el por qué de la decisión, constatando la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos en el caso concreto. Así se dará cumplimiento al juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del fundamental derecho a la intimidad y la causa a la que obedece<sup>877</sup>. Ello significa que cualquier limitación de derechos fundamentales debe perseguir un fin legítimo y constitucionalmente protegido, pero además que esa limitación sea necesaria e indispensable para alcanzar ese fin, y siempre que no existan medios alternativos menos gravosos<sup>878</sup>. De esta forma, debe quedar acreditado que sin dicha intervención podría probarse el hecho, a través de otros medios menos lesivos para el libre ejercicio de éste u otro derecho fundamental<sup>879</sup>. Pero además, la motivación de la resolución judicial debe perdurar desde el primer momento de la adopción de la medida, en auto inicial y en los sucesivos que puedan prorrogar la intervención.

Así lo expuso claramente el STC:

*“... Las exigencias en la limitación de un derecho fundamental no pueden estimarse cumplidas con una motivación ofrecida en el momento inicial de la adopción de la medida restrictiva, sino que tales garantías deben ser observadas en todas aquellas resoluciones en las que se acuerde la continuación o modificación de la limitación del ejercicio del derecho expresándose en todo momento las razones que llevan al órgano judicial a estimar procedente lo acordado. No puede aceptarse al estar en juego el ejercicio de un derecho fundamental, la validez de la decisión de prórroga en cuanto pudiera contener una remisión implícita a los motivos y fundamentos manejados para autorizar inicialmente la intervención telefónica, entre otras razones porque la motivación ha de atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento, aún cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las mismas razones que en su día determinaron la decisión, pues sólo así pueden ser conocidas y supervisadas...”<sup>880</sup>.*

De acuerdo con la jurisprudencia, el auto por el que se acuerde la intervención deberá contener los siguientes extremos<sup>881</sup>:

- Justificación suficiente en orden a la obtención de las informaciones precisas para la persecución de un hecho punible.
- El tiempo por el cual se autoriza la intervención.
- El destinatario de la medida y los números de teléfono intervenidos.
- Los funcionarios de la policía judicial que han de efectuar las escuchas.
- El plazo en el cual se debe dar cuenta de las investigaciones realizadas.

Además deben remitirse al juzgado las cintas originales, que se conservarán a disposición del juzgador por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de ser transcritas literalmente ante el secretario del juzgado y en presencia de las partes interesadas que podrán realizar las observaciones que estimen pertinentes.

---

<sup>877</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 225.

<sup>878</sup> STC 7 / 1994, del 17 de enero, FJ n. 3 (RTC 7/1994); 57 /1994, del 28 de febrero, FJ n. 6 (RTC 57/1994).

<sup>879</sup> V. GIMENEZ SENDRA, *Las intervenciones telefónicas*, cit. p. 1620.

<sup>880</sup> STC 181 / 1995, del 11 de diciembre (RTC 181/1995); el Tribunal Supremo mantuvo la postura contraria en Sentencias del 3 de noviembre de 1993 (RJ 8395/1993) y del 17 de marzo de 1995 (RJ 2033/1995).

<sup>881</sup> STS del 12 de abril de 1997 ( RJ 2817/1997).

#### IV.3.1.2.2.7.1. La motivación por remisión

En principio el Juez no puede delegar expresa o tácitamente su función judicial en nadie, ni en funcionarios policiales. Ni tampoco en el caso de remitirse a los razonamientos que los mismos le hayan expuesto al interesarle la adopción de la intervención, ni tampoco a otras resoluciones de las propias actuaciones ni a otras diligencias de investigación que puedan depender de otro o del mismo órgano judicial<sup>882</sup>.

Sin embargo en el año 1996, el STS, admitió la validez de la motivación por remisión al oficio policial de solicitud de la autorización judicial de intervención:

*“...con lo que incorpora, en forma que debe estimarse, correcta y suficiente, a la resolución cuestionada, las razones que podían justificar la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones...”*<sup>883</sup>.

Posteriormente sentencias sucesivas, han admitido que la motivación del auto que accede a la interceptación de las conversaciones pueda basarse en las razones expresadas en el oficio policial de solicitud de la medida. Lo esencial es que dichas razones sean conocidas y fundadas, la motivación del acto es entonces implícita. La misma debe hallarse indirectamente contenida en la solicitud que integra y complementa la resolución<sup>884</sup>.

La razón obedece como lo aclara el TS:

*“...ubicándose las intervenciones telefónicas en una fase prejudicial caracterizada por la búsqueda de datos para consolidar sospechas cada vez más fundadas, se traduce inevitablemente en el alcance y contenido de una motivación que ha de apoyarse en las alegaciones mismas de la policía judicial única conocedora hasta entonces de la mayor o menor solidez de sus pesquisas en una dirección determinada.”*...<sup>885</sup>.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha avalado esta interpretación<sup>886</sup>.

#### IV.3.1.2.2.7.2. La motivación de las prórrogas

El art. 579. 3 LECrim, establece que la intervención de las comunicaciones telefónicas podrá tener una duración que no exceda los tres meses. La misma podrá prorrogarse por el mismo período, lo cual no significa que la duración sea indefinida<sup>887</sup>, sino proporcionada con la especial gravedad del delito objeto de la investigación.

La resolución que acuerde la prórroga también debe ser motivada. Sin embargo, el TS no ha sostenido esta interpretación siempre. Así en la STS de 10 de marzo de

---

<sup>882</sup> F. FREIXAS GUTIERREZ, *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Barcelona, 2001.

<sup>883</sup> STS del 4 de marzo de 1996 (RJ 2405/1996).

<sup>884</sup> SSTs del 31 de octubre de 1994 (RJ 9076/1994); 11 de diciembre de 1995 (RJ 9235/1995); 27 de febrero de 1997 (RJ 1460/1997); 20 de febrero de 1998 (RJ 1466/1998).

<sup>885</sup> STS del 28 de noviembre de 1996 (RJ 8737/1996).

<sup>886</sup> STC 123/ 1997, del 1 de julio de 1997 (RTC 123/1997).

<sup>887</sup> Caso KLASS Y OTROS c. Alemania. Sentencia del TEDH, 6 de septiembre de 1978.

1995, admitió la validez de la prórroga acordada por medio de providencia y no de auto, al considerar que:

*“...no siendo aquella más que la continuación de una decisión adoptada, no era necesario repetirla por resultar superflua...”*<sup>888</sup>.

La Audiencia había considerado válida la actuación, entendiendo que dicha providencia se integraba con el auto que acordaba la inicial intervención, extendiéndose la motivación contenida en éste para autorizar la medida a la posterior decisión de prórroga. Al tratarse del mismo sujeto pasivo subsistirían de manera implícita y por remisión, los mismos motivos que se expusieron al adoptar la medida<sup>889</sup>.

El Tribunal Constitucional estimó que las garantías observadas al autorizar la intervención deben observarse en las resoluciones en las que se acuerde la continuación o modificación de la limitación del ejercicio del derecho. La motivación debe responder a las circunstancias concretas concurrentes en todo momento que legitiman la restricción del derecho. No importa que sea para expresar las mismas razones que determinaron la decisión, solamente de esta manera pueden ser conocidas y supervisadas<sup>890</sup>.

En consecuencia la prueba fue declarada nula por vulneración de un derecho fundamental por lo que concede el amparo, resultó revocada la sentencia de condena, pues en el caso mencionado no existía otro material probatorio. Esta doctrina fue seguida por la STS de 2 de abril de 1996, que reproduce textualmente el fundamento anterior<sup>891</sup>. Pero la STS de 17 de diciembre de 1996, señala que<sup>892</sup>:

*“...en cuanto a la prórroga por providencia, como señaló la STS de 27 de septiembre de 1994, RJ 1994, 1415, el defecto sustancial no radica tanto en la utilización de la fórmula de providencia, sino en la falta de fundamento en la resolución que habilita la prórroga pero la intervención de la autoridad judicial en la prórroga elimina cualquier debate sobre la inadecuación constitucional de la medida y traslada la cuestión al campo de la legalidad ordinaria, añadiendo la STS de 15 de diciembre de 1994, RJ 1994, 9765, que el criterio debe ser más laxo con referencia a las prórrogas al contar, como referente próximo, con la motivación de la resolución central porque lo que proscribire la ley es la sucesión indiscriminada de prórrogas o la falta de intervención y de control judicial en ellas, pero incluso ello, como expresó la STS de 16 de abril de 1996 RJ 1996, 3706, tales defectos no afectan a la constitucionalidad de la medida.”...*

#### IV.3.1.2.2.7.3. El control Judicial

Como más arriba hemos subrayado, el control judicial obliga al juez instructor a vigilar que se cumpla con lo ordenado en el auto habilitante. Así lo estableció el Tribunal Supremo en su sentencia del mes diciembre de 1996:

*“...en primer lugar velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto autorizante, los agentes policiales deben ser fieles observantes de*

<sup>888</sup> STS del 10 de marzo de 1995 (RJ 1826/1995).

<sup>889</sup> A. MONTON REDONDO, *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*, en *La Ley*, Madrid 1995 – 4, p. 1049 ss.

<sup>890</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el Proceso Penal*, cit. p. 338.

<sup>891</sup> STS del 2 de abril de 1996 ( RJ 2847/1996).

<sup>892</sup> STS del 17 de diciembre de 1996 ( RJ 9178/1996).

*aquellas no permitiéndose discrecionalidades en su ejecución sin el debido beneplácito judicial; en segundo término, la escrupulosidad más exquisita en la recepción del material grabado, garantizándose su integridad y autenticidad, y por último la adopción de las medidas convenientes para la vertencia escrita de las grabaciones obtenidas, selección de cuanto pueda ser importante a los fines investigadores y de comprobación que persiguen...*<sup>893</sup>.

Es lógico el control judicial de la medida ante la imposibilidad de que el Juzgado con los medios materiales de los que dispone pueda actuar directamente en las complejas operaciones técnicas que toda intervención telefónica conlleva<sup>894</sup>.

El Tribunal Supremo en su sentencia de enero de 1997 fue mucho más preciso al referirse al proceso de la intervención telefónica:

*“...debe estar sometido a un riguroso control judicial, por lo que si se detecta una clamorosa indiferencia e inactividad judicial ante la actuación policial en la práctica de la escucha, se puede decir que no se cubren las expectativas constitucionales y nos encontramos ante una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales con el efecto contaminante que ello comporta sobre las pruebas directamente obtenidas y sobre aquellas que traigan causa de la intervención telefónica”*<sup>895</sup>.

El juez instructor debe velar a fin de que las prescripciones y mandatos establecidos en la resolución autorizante sean cumplidos por los funcionarios autorizantes. Es decir tanto en relación a los plazos, entrega de cintas, dación de cuenta de curso de las investigaciones. Así lo afirma el Tribunal Supremo en sucesivas sentencias<sup>896</sup>:

*“...Como el afectado no conoce la medida y por ello no la puede impugnar el Juez a de garantizar sus derechos futuros, por lo que el control debe ser exquisito y riguroso...”*<sup>897</sup>.

De acuerdo al ATS de 18 de junio de 1992:

*“...el control judicial en la práctica de la intervención, habrá de hacerse mediante un examen de las conversaciones grabadas en períodos razonables para comprobar la progresión de la investigación policial diciendo la necesidad o no de continuar sucesivamente, a través de prórrogas, la intervención observación que habrá de tener también un límite razonable en el tiempo, siguiendo los principios de la LECrim...”*<sup>898</sup>.

Una vez grabadas en las cintas las conversaciones, el Juez en presencia del Secretario judicial debe periódicamente proceder a su examen. Una vez oídas las voces transcritas decidir ordenando la continuación o no de la intervención y establecer en su caso las pautas de comportamiento para quienes hayan de ejecutar la medida. En el caso de ordenarse el cese de la medida debe ponerse en conocimiento de las personas

---

<sup>893</sup> STS 20 de diciembre de 1996 (RJ 9038/1996).

<sup>894</sup> STS del 6 de febrero de 1995 (RJ 754/1995).

<sup>895</sup> STS del 25 de enero de 1997 (RJ 109/1997).

<sup>896</sup> V. OCHOA MONZÓ, *Sujetos de la investigación en el proceso penal español*, Madrid, 2006

<sup>897</sup> SSTS del 11 de octubre de 1994 (RJ 8170/1994); 8 de febrero de 1997 (RJ 888/1997).

<sup>898</sup> ATS del 18 de junio de 1992 (RJ 6102/1992).

afectadas por la medida la operación llevada a cabo. Ya que la o las personas afectadas tienen derecho de ejercitar las acciones que les corresponden si así lo decidieran<sup>899</sup>.

En casos excepcionales el secreto podrá mantenerse hasta finalizar la investigación y no frustrar el interés legítimo que con ella se persigue. Teniéndose en cuenta el límite temporal del fin de la misma investigación, recordemos, no obstante, que ese secreto se alzarán al menos 10 días antes de concluir la instrucción (art. 302.II).

Es necesario que el instructor reciba las cintas originales y se proceda a la transcripción bajo fe judicial en los períodos determinados precisamente en la resolución autorizante y su inmediato examen por parte de la autoridad judicial. De este modo, el TS declaró irregulares las autorizaciones en que se entregaron las cintas al Juzgado tres años después de las grabaciones, habiendo sido efectuadas esas transcripciones y las propias grabaciones por funcionarios de la policía en su sede<sup>900</sup>.

Cuando se realicen intervenciones legitimadas constitucionalmente por autorizaciones judiciales correctamente otorgadas pero en el desarrollo posterior de las diligencias no se han satisfecho las garantías propias del proceso debido, lo primero impide declarar la nulidad de las diligencias de investigación y de las pruebas que derivan. Pero lo segundo no permite conceder eficacia probatoria a lo resultante de las grabaciones efectuadas. No son nulas ni las investigaciones efectuadas a partir de lo que la policía pudo conocer a través de la interceptación telefónica, ni las pruebas que se celebraron en el juicio oral sobre la base de dichas investigaciones<sup>901</sup>.

El control judicial será necesario en aquellos casos en que el resultado de la escucha obliga a ampliar el ámbito de investigación a otras demarcaciones judiciales. El Juzgado de Instrucción, primero en iniciar la investigación debe ser informado de las autorizaciones concedidas por otros juzgados de instrucción. Deben tener conocimiento de la investigación existente e intervención judicial. Asimismo está obligado a verificar los términos de la solicitud del primero<sup>902</sup>.

En cuanto a la limitación temporal y el secreto de las actuaciones haremos una breve referencia ya que en párrafos anteriores al referirnos a la motivación de la medida hemos hablado sobre el tema. Según el art. 579 de la LECrim el plazo de intervención será de tres meses y prorrogables por períodos trimestrales. En cuanto al secreto de las actuaciones el art. 302 LECrim señala que el Juez deberá decretar el secreto de las actuaciones cuyo plazo máximo será de un mes. El problema es determinar cuál de los dos plazos puede ser considerado como límite temporal en la práctica de observaciones telefónicas y si la intervención durante el tiempo que dure debe ir acompañada del secreto sumarial<sup>903</sup>.

La doctrina es controvertida al respecto, MONTÓN REDONDO considera que debe tenerse en cuenta la posición del TEDH en los casos AXEN y PRETTO<sup>904</sup>. En los casos citados se afirma que es constitucional y compatible la prórroga del secreto sumarial por encima de los límites legales con los derechos fundamentales que pudieran afectarse con esa prórroga<sup>905</sup>. El art. 302 de la LECrim según MONTÓN REDONDO

---

<sup>899</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el Proceso Penal*, cit. p. 341.

<sup>900</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 239 ss.

<sup>901</sup> STS del 18 de febrero de 1999 (RJ 1464/1999).

<sup>902</sup> L. RODRIGUEZ RAMOS, *La intervención de las comunicaciones*, op.cit.

<sup>903</sup> J. RODRIGUEZ LAINS, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, op. cit.

<sup>904</sup> TEDH, Caso AXEN del 20 de febrero de 1984; Caso PRETTO del 8 de diciembre de 1983.

<sup>905</sup> A. MONTON REDONDO, *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*, en *La Ley*, Madrid, 1995 – 4, p. 1049 ss.

no puede aplicarse estrictamente sino teniendo en cuenta las distintas prioridades en conflicto y estableciendo cual debe prevalecer<sup>906</sup>.

Otro sector de la doctrina como GIMENO SENDRA y RODRÍGUEZ RAMOS son partidarios de que la duración de la medida debe ser como máximo de un mes prorrogable. Ya que al tener que declararse secreto el procedimiento según el art. 302, este plazo más favorable al imputado será el aplicable<sup>907</sup>.

Otra de las posiciones a resaltar es la de MORENO CATENA, el cual está a favor de esta tesis indicando el plazo de la intervención telefónica como máximo de un mes. Pues salvo disposición de la ley no es posible extender el secreto del sumario más allá del plazo del art. 302.1 de la Ley<sup>908</sup>.

No obstante lo anteriormente expuesto y en virtud de la jurisprudencia y la práctica forense es plenamente admitido que las escuchas se amplíen y se prorroguen por encima del plazo del mes que establecen el art. 302 de la LECrim.

#### IV.3.1.2.2.8. Normativa internacional

La intervención de las comunicaciones carecía de base normativa en el ámbito internacional, complicándose la eventual cooperación entre Estados, es por ello que se recurrió al art. 1 del Convenio del Consejo de Europa de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959, el cual rezaba:

*“Las Partes Contratantes se comprometen a prestarse mutuamente, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio, la asistencia judicial más amplia posible en los procedimientos relativos a infracciones cuya represión, en el momento de pedir asistencia, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente”.*

Pero para muchos Estados este precepto no constituía un fundamento jurídico suficiente para limitar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones<sup>909</sup>.

Era necesaria una reglamentación urgente de este tema. La Recomendación R (85) 10 del Comité del Consejo de Europa, no tenía carácter vinculante pero contenía una regulación clara y concisa. La misma exhortaba a los Estados miembros a la aplicación del art. 1 del Convenio de 1959 para las comisiones rogatorias. Se refería concretamente a aquéllas que tenían por objeto la interceptación de las comunicaciones consistentes en la interceptación de mensajes emitidos por teléfono, fotocopiadoras o teletransmisores u otros medios similares de comunicación<sup>910</sup>. La misma vía de la Recomendación fue utilizada posteriormente, como en la R (95) 13 de 11 de septiembre de 1995, pero, dado su carácter era no vinculante, su aplicación práctica fue inexistente.

Entre los trabajos del Consejo de la Unión Europea relacionado con este tema cabe citar los siguientes:

---

<sup>906</sup> M. ESTRELLA RUIZ, *Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas*, en AA. VV. *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial XII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 380.

<sup>907</sup> L. RODRIGUEZ RAMOS, *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, concordancias y comentarios*, Madrid, 1997, p. 406.

<sup>908</sup> V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 464.

<sup>909</sup> J. DE PRADA SOLAESA, *Las técnicas de cooperación judicial reguladas en el Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II- 2001, Ministerio de Justicia, p. 596.

<sup>910</sup> N. GONZALEZ et.al., *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006, p. 172.

- -La Decisión del Consejo de 12 de diciembre de 1991 por la que se establece un programa destinado a establecer un mercado de servicio de la información<sup>911</sup>.
- -La Resolución del Consejo de 17 de enero de 1995 sobre la interceptación legal de las comunicaciones<sup>912</sup>.
- -La Directivas 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos<sup>913</sup>; y 97/66 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones<sup>914</sup>; ambas derogadas por la Directiva 2002/58 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002. Esta última relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas<sup>915</sup>.

Pero ninguna de las normas mencionadas trata el tema de la protección de los derechos y libertades fundamentales en relación con las actividades no regidas por el Derecho Comunitario. Esto significa que no afectan la capacidad de los Estados Miembros para interceptar legalmente las comunicaciones electrónicas o adoptar otras medidas para cualquiera de estos fines. Siempre de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la interpretación que se hace de éste en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>916</sup>.

También hemos de mencionar el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre Estados Miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000<sup>917</sup>; y la Decisión Marco del Consejo relativa al exhorto de obtención de prueba para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal de 30 de mayo de 2006.

El Convenio, en su Título III, se refiere a la intervención de las telecomunicaciones, y contiene una serie de disposiciones relativas a la obtención y creación de material probatorio, en concreto a la intervención de cualquier tipo de comunicación privada, incluyendo la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

Contempla en su art. 18.1 dos tipos de intervenciones que los Estados pueden solicitar: la intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones, que es la regla general; y la intervención, grabación, y ulterior transmisión de la grabación de las telecomunicaciones, siendo ésta la excepción. El Convenio fue ratificado por más de 20 países entre ellos España.

La Decisión Marco surge ante la posibilidad de que el Convenio no entrase en vigor. Excluyéndose de su ámbito de aplicación la obtención de pruebas en tiempo real, como en el caso de la intervención de las comunicaciones establecido en su art. 3.2. Pero se podrá utilizar a fin de conseguir elementos probatorios preexistentes obtenidos mediante una intervención telefónica, siempre que se hubiese practicado con anterioridad al exhorto, según el art. 3.3<sup>918</sup>.

<sup>911</sup> DO n. L. 377 del 31 de diciembre de 1991, p. 0041 a 0047.

<sup>912</sup> DO n. 339 del 4 de noviembre de 1996, p. 0001 al 0006.

<sup>913</sup> DO L. 281 del 23 de noviembre de 1995, p. 31.

<sup>914</sup> DO L. 24 del 30 de enero de 1998, p. 1.

<sup>915</sup> DOCE L. 201 del 31 de julio de 2002, p. 37.

<sup>916</sup> Artículo 3 de la Directiva de 1995, considerando n.º 12 de la Directiva de 1997 y considerando n.º 11 de la actual Directiva de 2002.

<sup>917</sup> DOCE C 197 del 12 de julio de 2000.

<sup>918</sup> N. GONZALEZ et.al., *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006, p. 174.

Finalmente, tenemos el Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad, de 23 de noviembre de 2001<sup>919</sup>. El presente Convenio dedica al secreto de las comunicaciones desde el art. 23 al 35 y regula la prestación de cooperación judicial en todas las modalidades de injerencia. También incluye el acceso a datos transfronterizos a datos almacenados con consentimiento o cuando estén a disposición del público<sup>920</sup>.

El art. 25.1 indica claramente:

*“Las Partes se concederán asistencia mutua en la mayor medida de lo posible... para la obtención de pruebas en formato electrónico de un delito.”...*

El art. 21 establece la adopción de medidas legislativas o de otro tipo por parte de los Estados firmantes a fin de autorizar a las autoridades competentes para recoger o grabar los datos relativos al contenido de las comunicaciones. Dichas comunicaciones pueden tener lugar en su territorio, los datos pueden obtenerse a través de un sistema informático sea directamente o por medio de la colaboración de los prestadores de servicio 53.1. y 25.1 de la CE y en la consideración privilegiada que en este cuerpo legal tienen los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE<sup>921</sup>.

#### IV.3.1.2.3. Entrada y Registro domiciliario

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoció el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio el cual no es absoluto sino relativo y limitado, por encontrarse sometido a las excepciones que de modo taxativo, se establecen en el art. 18 de la Constitución Española (CE) y que son consideradas como auténticas causas de restricción constitucional del derecho<sup>922</sup>. El art. 18.2 CE dice claramente que el domicilio es inviolable y que ninguna entrada o registro podrá producirse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito.

Pero la Constitución no define que debemos de entender por domicilio, pero sí establece las condiciones en que el derecho a la inviolabilidad domiciliaria cede a favor de otros intereses prevalentes<sup>923</sup>. De los tres supuestos contemplados en el art. 18 de la CE, sólo dos suponen excepción al derecho fundamental, el primero es una consecuencia natural del mismo.

El art. 545 de la LECrim. al referirse a la entrada y registro en lugar cerrado, establece que:

*“...nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes.”*<sup>924</sup>.

---

<sup>919</sup> Con fecha 21 de abril del 2008 las ratificaciones habían sido realizadas por 22 países.

<sup>920</sup> J. RODRIGUEZ LAINZ, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Barcelona, 2002, p. 147.

<sup>921</sup> GONZALEZ – N. CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, p. 58 ss.

<sup>922</sup> I. LOPEZ REQUENA, *La evidencia del delito flagrante, en la jurisprudencia constitucional sobre la inviolabilidad del domicilio*, ( STC 94/1996, de 28 de mayo ), A.J. Aranzadi, n. 255, 18-7-1996, con cita SSTC 199/1989 y 160/1991.

<sup>923</sup> M. FIGUEROA NAVARRO, *Entrada y registro en domicilio*, Madrid, 1994.

<sup>924</sup> Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 8 del Convenio de Roma de 1950 y artículo 17 del Pacto de Nueva York de 1966.



Los problemas de interpretación comienzan en la determinación del propio concepto de consentimiento y en relación al momento en que debe considerarse acreditada su existencia y cuándo operan las exenciones a su prestación.

La Sala Segunda, ha considerado que el problema de si hubo o no consentimiento ha de ser interpretado de manera restrictiva y del modo más favorable para el titular del domicilio (*in dubio libertatis*), se necesita analizar racionalmente el comportamiento del propio interesado, antes, durante y después, así como las manifestaciones de cuantos pudieron estar presentes cuando el registro se llevó a cabo<sup>925</sup>.

No podemos descartar la actuación de las autoridades judiciales y fiscales encargadas de velar por el escrupuloso respeto de los derechos fundamentales. Por consiguiente se ha considerado que no es comprensible que quien ha sufrido un agravio tan importante como es del de penetrar por la fuerza su domicilio, no diga nada ni en el momento, ni después, a los dos días, ante el juez, y en presencia de su abogado y del Ministerio Público presentes, en el momento de prestar su primera declaración o en el juicio oral, esta situación no se comparece con la afirmación de haber obrado inicialmente bajo coacción<sup>926</sup>.

El art. 551 de la LECrim. se refiere al consentimiento presunto, dice claramente que:

*“Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quién hubiere de efectuar la entrada y el registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin provocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el art. 6 de la Constitución del Estado”*<sup>927</sup>.

En principio el consentimiento prestado por una persona mayor de edad y capaz sólo será considerado nulo si concurre alguna de las causas que lo invalidan conforme a derecho, error esencial, violencia o intimidación<sup>928</sup>.

En relación al error sobre el derecho a oponerse al registro, la Sala Segunda ha considerado que en la cultura popular está muy arraigada la idea que para acceder al domicilio de las personas es preciso el consentimiento del interesado o la previa autorización judicial. Por ello se sostiene que no pasa de ser una simple manifestación de parte, carente de prueba la afirmación de que el acusado desconocía que podía oponerse al registro<sup>929</sup>.

En referencia a la existencia de violencia o intimidación relacionada con el consentimiento prestado por la persona detenida en dependencias policiales. La Sala Segunda ha dicho:

*“...se prestaría a una crítica insinuándose un vicio de consentimiento, la coerción ilegal.”*<sup>930</sup> ... en cuanto *“...situación proclive a que la libertad de consentimiento sea perturbada y que en todo caso hace que como han subrayado algunas resoluciones de esta Sala, el consentimiento no se produzca en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias para autorizar la invasión de un derecho fundamental como es la inviolabilidad del propio domicilio, aunque la prestación de tal autorización se haga reflexivamente y se exprese por escrito”*<sup>931</sup>.

<sup>925</sup> SS de 24 de enero de 1995, De Vega Ruiz (RJ 75/1995); SS de 18 de octubre de 1996, Conde-Pumpido Tourón, (RJ 721 / 1996).

<sup>926</sup> SS de 24 de enero de 1995, De Vega Ruiz, cit.

<sup>927</sup> Artículo 18. 2 de la Constitución española.

<sup>928</sup> S de 18 de febrero de 1994, Conde – Pumpido, (RJ 308/1994).

<sup>929</sup> S de 3 de octubre de 1996, Puerta, (RJ 669/1996).

<sup>930</sup> Pon. Carrero (RJ 8135/1991).

<sup>931</sup> STS de 18 de febrero de 1994, Conde – Pumpido, cit.

El verdadero problema reside en determinar si un detenido o preso está en condiciones de expresar libremente su consentimiento o si por el contrario esa situación personal de En la Sentencia de 27 de enero de 1992, el TS estableció con claridad que el privación de libertad viciaría *per se* esa voluntad (art. 1267 Código Civil). El Alto Tribunal expresó que al no estar impuesta por la Ley la inhabilidad del detenido a prestar su consentimiento para la entrada y registro en su domicilio, es el Juez quien debe determinar como existe en el campo del Derecho privado cuando existe y cuando no intimidación<sup>932</sup>.

El TS hace hincapié en la existencia de asistencia letrada, y así sostiene:

*“...la autorización de entrada en el domicilio otorgada por una persona durante su detención y sin asistencia de Letrado carece en principio de los requisitos de validez procesal que autorizan dicha diligencia....La asistencia de Letrado es, en todo caso decisiva para la validez de una decisión del detenido que afecta sus derechos fundamentales y que puede comprometer seriamente su defensa”<sup>933</sup>.*

La asistencia de Letrado es un derecho del detenido el cual se reputa necesario para convalidar su autorización<sup>934</sup>. El mismo criterio sostiene el Tribunal Constitucional en relación con la Sala Segunda, declarando la necesidad de asistencia de Letrado para que un detenido manifieste dicho consentimiento, sin necesitar la autorización judicial<sup>935</sup>.

Pero es necesario mencionar la excepción a la inviolabilidad de domicilio, del art. 553 LECrim. Que establece:

*“Los agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas... cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa...”*

En relación a la excepción de flagrancia, contemplada también en los arts. 273; 490.2; 751; 790.1 y 792.2 LECrim.<sup>936</sup>, la Sala Segunda del TS ha sostenido que:

*“...el delito flagrante es el que no necesita prueba dada su evidencia”<sup>937</sup>.*

El profesor LOPEZ REQUENA, basándose en la doctrina constitucional relativa a que la evidencia delictiva considera que no puede limitarse únicamente a un conocimiento empírico de captación de la realidad a través de los sentidos, sino que admite para su apreciación la racionalidad y la deducción lógica basada en datos objetivos es decir el conocimiento “evidente”<sup>938</sup>.

La solicitud de una medida tan excepcional debe siempre ser precedida de una actividad de investigación policial suficiente para acreditar la concurrencia de indicios<sup>939</sup> o bien de datos objetivos en los que pueda fundarse debidamente la autorización judicial<sup>940</sup>.

---

<sup>932</sup> STS de 13 de junio de 1992, Ruiz Vadillo (RJ 340/ 1997).

<sup>933</sup> STS de 2 de julio de 1993, Bacigalupo (RJ 1629/1993).

<sup>934</sup> STS de 20 de noviembre de 1996, Moner (RJ 910/ 1996).

<sup>935</sup> STS de 18 de diciembre de 1997, Granados, (RJ 1585/1997).

<sup>936</sup> La L.O. 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar se refiere en los arts. 205 y 398 a flagrante delito y en el 399 a personas sorprendidas *in fraganti*.

<sup>937</sup> S de 11 de diciembre de 1992, De Vega Ruiz, *cit*.

<sup>938</sup> LOPEZ REQUENA, *La evidencia del delito flagrante*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, *op. cit.* p. 1 ss.

<sup>939</sup> J. DELGADO GARCÍA, *La prueba en el proceso penal*, *Prueba de indicios*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 396-397. : “Nuestra LECrim. nada dice sobre la prueba de indicios.

El instructor debe tener en cuenta el nivel de proporcionalidad en orden a acordar la entrada y registro, verificando pues su necesidad e idoneidad<sup>941</sup>, es decir la medida debe ser indispensable para obtener el fin perseguido e insustituible por otra menos grave<sup>942</sup>.

El requerimiento policial debe ser acompañado de un informe donde el responsable de la investigación enuncie los hechos investigados, las razones que justifican la intervención de esta medida de carácter excepcional, sin la cual no es posible garantizar el descubrimiento de otros indicios, efectos o el cuerpo del delito relevantes para el resultado de la investigación.. La solicitud debe tener en cuenta los intereses en juego, la adecuación de la medida en relación con los hechos investigados y la imposibilidad de poder continuar con la investigación si esta diligencia no se pudiera llevar a cabo. Es necesario manifestar la necesidad de la protección de la seguridad ciudadana, la persecución de graves delitos y la defensa de la legalidad<sup>943</sup>.

En este informe es necesario identificar las comprobaciones que se hallan llevado a cabo en torno a la vivienda y sus ocupantes, el o los domicilios o lugares cerrados donde se llevará a cabo, de tal manera que se solicite la autorización para registrar todas o parte de sus dependencias, las personas físicas o jurídicas que deberán soportar la medida, el delito investigado y el tipo de efectos que se esperan encontrar vinculados a la actividad delictiva de que se trate<sup>944</sup>.

Debe asimismo determinarse y concretar, hasta donde sea posible, la acción penal a la que la investigación está encaminada<sup>945</sup>. La jurisprudencia aún sigue considerando que la necesidad de que el presunto delito investigado constituya el único objetivo de la diligencia de entrada y registro, que en ningún caso debe extenderse a otras infracciones<sup>946</sup>.

La resolución judicial debe contemplar los siguientes extremos:

a) Delimitación de la persona titular del domicilio que resulta afectada por la medida siendo irrelevante el título jurídico que posea respecto de aquél<sup>947</sup>.

b) Determinación del domicilio: La autorización judicial para la entrada en un determinado domicilio se circunscribe al local o dependencia expresamente determinado en el mandamiento, sin que pueda ser ampliado o extendido a otros domicilios distintos, aunque sean próximos al especificado<sup>948</sup>.

---

Cuando utiliza la expresión indicios (por ejemplo, en los arts. 384, 589, 546, 573 y 579.2) [...] lo hace puede servir para afirmar una sospecha, más o menos creíble, incluso a veces sin exigirse ninguna diligencia de investigación procesal que pudiera corroborarla, bastando incluso en ocasiones la mera afirmación policial que concreta unos resultados de sus actuaciones, como ocurre cuando se autoriza una intervención telefónica o la entrada y registro en el domicilio de un particular..."

<sup>940</sup> Como expresa la Sentencia del TS 10 de enero de 1996 con cita en la de 22 de marzo: "la existencia de noticias confidenciales constituye un grado de sospecha suficiente para acordar la entrada y registro."

<sup>941</sup> SSTS de 27 de abril de 1998 y 30 de abril de 1999.

<sup>942</sup> STS Sala Segunda de 21 de enero de 1994: "Adquiere aquí su mayor relevancia el principio de proporcionalidad como eje central de todo acontecer judicial, si de la jurisdicción penal se trata. Conforme al mismo, la investigación judicial en sentido amplio ha de acomodar el fin perseguido, la seguridad jurídica o la prueba procesal, al "costo" que tales objetivos comportan, *bis* la proporcionalidad entre la tensión judicial perseguida de un lado y los perjuicios, los daños o las limitaciones de derecho, de otro."

<sup>943</sup> J. LOPEZ ORTEGA, *La protección de la intimidad en la investigación penal*, Madrid, 1996, p. 303.

<sup>944</sup> M. ENTRELLA RUIZ, *Entrada y registro* op. cit.

<sup>945</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 febrero 1984 habla de que el mandamiento debe reflejar las actividades que una vez dentro del domicilio puedan ser realizadas.

<sup>946</sup> SSTS de 2 de julio de 1993 y 21 de enero de 1994.

<sup>947</sup> STS de 27 de enero de 1992 : "El mandamiento judicial se expide respecto a una persona independientemente del título jurídico que posea respecto del domicilio."

<sup>948</sup> STS de 23 de abril de 1993.

c) Motivación de la resolución: El art. 120.2 de la Constitución, en relación con el art. 24 exige que las resoluciones judiciales sean motivadas. La exigencia de motivación no se limita a las sentencias como se podría deducir haciendo una interpretación literal y restrictiva del art. 120.3 de la Constitución Española, sino que alcanza también a los autos a los que afecta igualmente.

El art. 558 de la LECrim. Establece que el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado. La motivación exige, que la resolución contenga una fundamentación suficiente para pueda ser reconocido en ella la aplicación razonable del derecho a un supuesto específico. Es necesario conocer cuáles son las razones que le sirven de apoyo a la decisión adoptada, la finalidad es dejar en claro que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación no es un requisito formal sino un imperativo de razonabilidad de la decisión<sup>949</sup>.

En cuanto a la normativa internacional podemos señalar:

— Art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183.a Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 (III) A:

*“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”*

— Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

*“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

*2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*

— Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950).

— Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre de 1979).

*“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

#### **IV. 4. Las diligencias de investigación en Italia. Mezzi di ricerca della prova**

A efectos de una mejor comprensión del tema presentaremos un breve resumen de cada uno de los medios de prueba a los cuales nos referiremos en forma extensiva en idioma italiano.

##### **a. Inspección**

---

<sup>949</sup> J. QUERALT, *Manual de la policía judicial*, Madrid, 1987.

Entre los medios de búsqueda de la prueba se encuentra la inspección<sup>950</sup> de personas, de lugares y de cosas que pueden ser dispuestas con decreto motivado por el Ministerio Público o por el juez del proceso en el sentido del artículo 244 c.p.p.. La autoridad judicial puede disponer < relevamientos de señales (huellas y todo tipo de rastro, etc.), descriptivos y fotográficos, y otras operaciones técnicas >, artículo 244 inciso 2 c.p.p.<sup>951</sup>.

La jurisprudencia ha dicho que puede ser realizado < con el auxilio de un experto al cual a diferencia de cuanto ocurre con la pericia, no es solicitado el parecer para la investigación para la cual se necesita el conocimiento particular de determinada ciencia o arte ><sup>952</sup>.

En tema de inspección y de registro a iniciativa de la policía judicial el artículo 356 c.p.p. prevé precisamente la facultad del defensor de asistir al registro y a las verificaciones urgentes asimismo a los eventuales secuestros sin derecho de ser preventivamente avisado<sup>953</sup>.

## b. Registro

Los registros son regulados por los artículos 247 y 252 c.p.p. de manera análoga en cuanto es previsto por los artículos 332 y 336 c.p.p. del derogado código, con la prescripción de ulteriores garantías para los registros personales que son realizados en el respeto de la dignidad. Más allá del pudor de la persona registrada, la cual puede hacerse asistir por otra persona de confianza, según el artículo 249 inciso 1 c.p.p. a condición de que sea localizable e idónea para ser testigo de los actos procesales, artículo 120 c.p.p.<sup>954</sup>.

Hablamos de acto de búsqueda, de registro, palabra que evoca también a quién era un ojo explorador. El que efectúa el registro usa las manos hurgando en virtud de las posibilidades de ocultamiento, su adverbio designa búsqueda implacablemente meticulosa<sup>955</sup>. El registro o cacheo es dispuesto por decisión judicial, compete al juez,

---

<sup>950</sup> P.TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, p. 244: “L'ispezione è quel mezzo di ricerca della prova che ha prevalentemente una finalità "descrittiva" di persone, luoghi e cose. Essa è disposta, di regola, dall'autorità giudiziaria quando occorre «accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato» (art. 244, comma 1). Se il reato non ha lasciato tracce o effetti materiali (o se questi sono scomparsi). Para l'autorità giudiziaria, se possibile, cerca di individuare il modo, il tempo e le cause delle eventuali modificazioni (art. 244, comma 2); in ogni caso può disporre rilievi ed ogni altra operazione tecnica.

<sup>951</sup> P.TONINI, *op.cit.* p. 244: “L'ispezione di persone, di luoghi o di cose è disposta dall'autorità giudiziaria; se necessario, essa si svolge con l'impiego di poteri coercitivi. Sia il giudice, sia il pubblico ministero possono chiedere l'intervento della polizia giudiziaria e, se necessario, della forza pubblica (artt. 131 e 378). Poichè il potere coercitivo incide su libertà protette dalla Costituzione, il codice prevede determinate formalità per le ispezioni delle persone o dei luoghi; in ogni caso, l'ispezione è disposta con decreto motivato.”

<sup>952</sup> Cass. Sez. I, 14 gennaio 1993, Strati, m. 193509.

<sup>953</sup> In dottrina la nozione di ispezione è ricondotta ad un'osservazione della realtà, F.CORDERO, *Procedura penale*, IV ed.1998, p. 750.

<sup>954</sup> A. NAPPI, *op. cit.* p. 258.

<sup>955</sup> Secondo Cass., Sez. II, 10 settembre 1997, n. 84, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.297, può farsi ricorso alla perquisizione quale mezzo coattivo di ricerca della prova solo se sia stato individuato il tema nel cui ambito tale ricerca ha un suo contenuto di concretezza e specificità, posto che, diversamente, la perquisizione da strumento di ricerca di una prova utile per determinati reati si trasformerebbe in un mezzo di acquisizione della *notitia criminis*. In termini analoghi, a proposito della necessità che la motivazione dei provvedimenti che autorizzano le perquisizioni (ed i sequestri) specifichi le imputazioni a

de todas maneras también al Ministerio Público indagante, si no procede personalmente puede delegarlo en un oficial de la policía<sup>956</sup>.

La disposición de registro puede prever la posibilidad de registrar también las personas que están presentes en el desarrollo del acto o aquellas que se suman al mismo<sup>957</sup>. No transforma los terceros extraños a las investigaciones y de los cuales la misma existencia se ignora en personas investigadas<sup>958</sup>.

#### c. Secuestro

El secuestro del cuerpo del delito y de las cosas pertinentes al delito necesarias para la investigación de los hechos es disciplinado entre los medios de búsqueda de la prueba por los artículos 253 y 265 c.p.p. Disposiciones análogas a aquellas establecidas por el Código Rocco en los artículos 337 y 347 c.p.p., en caso de restitución los artículos 622 y 626 c.p.p. Además para todos los tipos de secuestro es previsto un único procedimiento de reexamen disciplinado entre las disposiciones sobre las medidas cautelares reales, artículos 324 y 325 c.p.p. en el caso de secuestro dispuesto a los fines de prueba se debe tener en cuenta el artículo 257 c.p.p.

Según el artículo 253 inciso 2 c.p.p.<sup>959</sup> < son cuerpo del delito las cosas sobre las cuales o mediante las cuales el delito ha sido cometido, asimismo las cosas que constituyan el producto, la ganancia o el precio > .

#### d. Interceptación de conversaciones o comunicaciones

La interceptación consiste en la captación, mediante adecuados medios mecánicos o electrónicos, de comunicaciones o conversaciones que se desarrollan a distancia, por medio del teléfono o de otros instrumentos de telecomunicaciones ( interceptación de telecomunicación) o entre personas presentes en un mismo contexto ambiental ( interceptación ambiental ), de parte de quién no es partícipe al coloquio ni es destinatario de las comunicaciones interceptadas.<sup>960</sup>

La interceptación es dispuesta con decreto motivado por el magistrado del Ministerio Público, previa autorización del juez para las investigaciones preliminares. El recurso es un instrumento investigativo que incide sobre el derecho constitucionalmente protegido, a la libertad y secreto de las comunicaciones, artículo 15

---

fondamento della ricerca dei corpi del reato e delle cose pertinenti al reato mediante l'indicazione delle fattispecie criminose contestate e dei fatti specifici imputati, si vedano anche: Cass., sez. V, 30 novembre 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2174.

<sup>956</sup> Cass. Sez. VI, 10 maggio 1991, Zampano, m. 187367 (inedita).

<sup>957</sup> Cass., Sez. V, 30 novembre 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2174: «i provvedimenti dispositivi di perquisizioni e sequestri ex art. 247 c.p.p. devono, tra l'altro, enunciare, sia pure in forma approssimativa, le ragioni per le quali si ritiene probabile che le cose oggetto di ricerca si trovino in un determinato luogo» (fattispecie relativa ad un decreto di perquisizione locale). Secondo Cass., Sez. I, 8 febbraio 1995, in *Giust. pen.*, 1996, III, 98, è essenziale l'indicazione delle ragioni per le quali si «ritiene» (non bastando più il semplice «sospetto» cui si riferiva l'art. 332 c.p.p. abr.) che le cose da ricercare siano reperibili nel luogo in cui la perquisizione viene disposta.

<sup>958</sup> Cass. Sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Foro it.* 1993, II, p. 85.

<sup>959</sup> «In tanto è possibile presumere le finalità tipiche del sequestro probatorio - sicché l'autorità giudiziaria procedente ha soltanto l'onere di giustificare la qualificazione giuridica di corpo del reato della res appresa - in quanto il provvedimento tenda a rendere materialmente indisponibile la cosa che, ex art. 253, comma 2, c.p.p., necessariamente assuma rilievo ai fini di prova in quanto caratterizzata da un rapporto di fisica immediatezza con il reato stesso». Così, Cass., Sez. V, 21 aprile 1997, n. 1933(inedita).

<sup>960</sup> M. FERRAIOLI, *op. cit.* p. 469.

de la Constitución<sup>961</sup>. Son incluidas entre los medios de búsqueda de la prueba, el código detalla los presupuestos y el procedimiento de admisión y de ejecución de las operaciones. Fundamentalmente el artículo 266 c.p.p. es en el que se basa la misma.

Por interceptación debe entenderse la captación, actividad de terceros, mediante escucha directa y secreto atenuado con el auxilio de instrumentos mecánicos o electrónicos idóneos a superar las naturales capacidades de los sentidos de comunicaciones o conversaciones reservadas<sup>962</sup>.

No entra en el concepto de interceptación el registro de una conversación de parte de aquel que participa, < cuando el registro de conversaciones es desarrollado mediante aparatos de retrasmisión, los cuales no son consentidos > ni reservados<sup>963</sup>.

Podemos decir que los límites de admisibilidad son la posibilidad de disponer interceptaciones sea de telecomunicaciones como de comunicaciones entre presentes, en los procedimientos penales relativos a los delitos, que en razón de la gravedad del hecho y de las modalidades de ejecución el legislador individualiza. En los delitos no culposos por los cuales sea establecida la pena de prisión perpetua o de la reclusión superior en el máximo a cinco años; en los delitos contra la administración pública castigado con la pena de la reclusión no inferior en el máximo a cinco años; en los delitos concernientes a las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, las armas y las sustancias explosivas, el contrabando; en los delitos de injuria, amenaza, molestia o perturbación a las personas con el medio telefónico; en los delitos de usura y de abusiva actividad financiera; en los delitos de distribución o publicaciones también por vía telemática, de material pornográfico relativo a los menores o de informaciones o noticias con finalidad al señuelo o a la explotación sexual de menores<sup>964</sup>.

#### e. Encuadramiento de la actividad del agente secreto

El análisis desarrollado ha conducido a la delimitación de las video – registros ocultas tanto de los medios de investigación afines cuanto de los registros realizados por los particulares. Se ha observado que personal de la policía oportunamente disimulados forman parte de esta actividad de control. No es para nada claro cual sea la correcta calificación de una operación similar ni si ella indica una consideración unitaria o una diferencia en razón de las variables ejecutivas.

El argumento a diferencia del caso de las captaciones fónicas, no ha formado objeto de pronuncia jurisprudencial pero es destinado a imponerse a la atención del interprete y produce dificultad. Es posible inscribir tales técnicas de investigación dentro de un encuadramiento teórico que tenga en cuenta algunas distinciones.

Primeramente podemos decir que se debe tener en cuenta el objeto de aprensión, cumplir la captación de imágenes por así decirlo mudas, mediante una microscopia visiva emplear un instrumento en grado de incluir el dato fónico. También es importante señalar el perfil de la seriedad del operador y la modalidad de aprensión pudiendo el

---

<sup>961</sup> RIZIERO ANGELETTI, *Le invalidità nel procedimento penale*, Torino, 2005, p. 414: “la giurisprudenza maggioritaria, sostiene, che le prove acquisite sono legittime ed utilizzabili se le operazioni sono state ritualmente intraprese con riferimento al reato per il quale si procede nel momento in cui è stata chiesta ed ottenuta l'autorizzazione del giudice.”

<sup>962</sup> G. FUMU, *Articoli 266- 271*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, II, 1990, p. 774.

<sup>963</sup> Cass. Sez. I, 10 maggio 1991, Franceschini, in *Giur. It.* 1992, II, p. 223.

<sup>964</sup> M. FERRAIOLI, *op. cit.* p. 469-470.

agente transmitir a una central operativa en tiempo real cuanto ha captado o sea limitarse a un registro. El encuadramiento suele hacerse dentro del artículo 189 c.p.p.<sup>965</sup>.

## Mezzi di ricerca della prova

I mezzi di prova sono quelli previsti nel titolo II del libro III, cioè la testimonianza, l'esame delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziari, la perizia e i documenti. Sono mezzi di ricerca della prova quelli previsti nel titolo III del libro III: le ispezioni, le perquisizioni, i sequestri e le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

### IV.4.1. *Ispezioni*

Tra i mezzi di ricerca della prova è disciplinata l'ispezione<sup>966</sup> di persone, di luoghi e di cose che può essere disposta con decreto motivato dal P.M. o dal giudice di dibattimento ai sensi dell'articolo 244 c.p.p.. L'autorità giudiziaria può disporre < rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica >, articolo 244 comma 2 c.p.p.<sup>967</sup>.

La giurisprudenza ha detto può essere fatto *“con l'ausilio di un esperto al quale, a differenza di quanto accade per la perizia, non viene richiesto il parere per indagini che impegnano particolari cognizioni di determinate scienze o arti”*<sup>968</sup>.

In tema di ispezione e di perquisizione ad iniziativa della polizia giudiziaria l'articolo 356 c.p.p. prevede soltanto la facoltà del difensore di assistere alla perquisizione e agli accertamenti urgenti ed all'eventuale sequestro senza diritto di essere preventivamente avvisato<sup>969</sup>.

Non costituisce violazione dei diritti di difesa dell'indagato, né il mancato avviso al difensore né l'aver proceduto da parte della p.g. senza attendere l'arrivo del difensore qualora questi abbia comunque avuto notizia dell'imminente perquisizione e intenda parteciparvi<sup>970</sup>.

L'avvertimento del diritto all'assistenza del difensore così come previsto dall'articolo 114 c.p.p. disp. att., deve essere dato senza necessità di pronuncia o

---

<sup>965</sup> A. SCAGLIONE, *L'attività atipica di polizia giudiziaria e controllo satellitare*, in *Foro it.*, 2002. II. C. 635.

<sup>966</sup> P.TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, p. 244: “L'ispezione è quel mezzo di ricerca della prova che ha prevalentemente una finalità "descrittiva" di persone, luoghi e cose. Essa è disposta, di regola, dall'autorità giudiziaria quando occorre «accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato» (art. 244, comma 1). Se il reato non ha lasciato tracce o effetti materiali (o se questi sono scomparsi). Para l'autorità giudiziaria, se possibile, cerca di individuare il modo, il tempo e le cause delle eventuali modificazioni (art. 244, comma 2); in ogni caso può disporre rilievi ed ogni altra operazione tecnica.

<sup>967</sup> P.TONINI, *op.cit.* p. 244: “L'ispezione di persone, di luoghi o di cose è disposta dall'autorità giudiziaria; se necessario, essa si svolge con l'impiego di poteri coercitivi. Sia il giudice, sia il pubblico ministero possono chiedere l'intervento della polizia giudiziaria e, se necessario, della forza pubblica (artt. 131 e 378). Poiché il potere coercitivo incide su libertà protette dalla Costituzione, il codice prevede determinate formalità per le ispezioni delle persone o dei luoghi; in ogni caso, l'ispezione è disposta con decreto motivato.”

<sup>968</sup> Cass. Sez. I, 14 gennaio 1993, Strati, m. 193509.

<sup>969</sup> In dottrina la nozione di ispezione è ricondotta ad un'osservazione della realtà, F.CORDERO, *Procedura penale*, IV ed.1998, p. 750.

<sup>970</sup> Cass. 23 ottobre 1992, Torcazo, in *Cass. pen.* 1994, p. 676.



attestazione di alcuna formula rituale, purché esso sia idoneo al raggiungimento dello scopo<sup>971</sup>.

Tuttavia “*nei casi di assoluta urgenza quando vi è fondato motivo di ritenere che il ritardo possa pregiudicare la ricerca o l’assicurazione delle fonti di prova*“ il P.M. può procedere all’ispezione prime del termine di ventiquattro ore, dandone senza ritardo tempestivo avviso al difensore secondo l’articolo 364 comma 5 c.p.p.. E se “*vi è fondato motivo di ritenere che le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati*” può essere omesso anche l’avviso al difensore, che conserva il diritto di intervenire all’atto, ex -articolo 364 comma 5 c.p.p.

A norma dall’articolo 364 comma 6 c.p.p., quando viene solo anticipato il compimento delle operazioni sia quando viene anche omesso l’avviso al difensore, il P.M. deve specificamente indicare, a pena di nullità, le giustificazioni della deroga e se è stato dato avviso deve indicarne le modalità.

Una volta conseguita l’autorizzazione, il P.M. rimane legittimato a regolare nei tempi l’inizio e lo svolgimento delle operazioni, avvalendosi eventualmente anche della polizia giudiziaria, che dovrà tuttavia operare alla sua presenza<sup>972</sup>.

Alle ispezioni e alle perquisizioni può procedersi soltanto in due casi, articolo 103 comma 1 c.p.p.: nel caso che i difensori oppure altre persone che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio sono imputati, limitatamente ai fini dell’accertamento del reato loro attribuito; per rilevare tracce o altri effetti del reato o per ricercare cose o persone specificamente predeterminate; nell’ispezione o la perquisizione l’autorità giudiziaria a pena di nullità, avverte il consiglio dell’ordine forense<sup>973</sup> del luogo perché il presidente o un consigliere da lui delegato fossi possibile assistere alle operazioni, ricevendo a richiesta trascrizione del provvedimento, articolo 103 comma 3 c.p.p.. I risultati delle ispezioni o delle perquisizioni eseguite in violazione di tali garanzie di libertà del difensore sono assolutamente inutilizzabili<sup>974</sup>.

L’applicabilità, i tali garanzie supporrebbe (presuppone) l’esistenza di un mandato già conferito al professionista dalla persona nei cui confronti si svolgono le indagini<sup>975</sup>. La giurisprudenza si è orientata nel senso di riconoscere la garanzia a tutti i professionisti altrettanto se non impegnati nel procedimento in cui l’ispezione sia disposta ma limitatamente ai locali dei loro uffici<sup>976</sup>.

L’accertamento dei residui di polvere da sparo sul corpo di una persona è un atto di ispezione personale, appartenente alla categoria dei mezzi di ricerca della prova, articolo 244 comma 1 c.p.p.<sup>977</sup>.

Esso si decide nella constatazione descrittiva e statica di elementi obiettivi acquisita con l’ausilio di un esperto al quale a differenza di quanto accade per la perizia

---

<sup>971</sup> Nella specie è stata ritenuta formula idonea a soddisfare l’obbligo di cui all’articolo 114 c.p.p. disp. att. l’aver la p.g. domandato all’indagato se voleva avvocato. Cass. 23 ottobre 1992, Torcazo, cit.

<sup>972</sup> Cass. Sez. II, 22 maggio 1997, Acampora, in *Gazz. giur.* 1997, n. 31, p. 52.

<sup>973</sup> P. TONINI, *op. cit.* p. 244. “L’ispezione personale ha una normativa tutta particolare (art. 245). Prima che si proceda a questo atto l’interessato è avvertito della facoltà di farsi assistere da una persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell’art. 120 (ad esempio, deve avere almeno quattordici anni). L’ispezione personale è eseguita, nei limiti del possibile, nel rispetto del pudore (art. 245, comma 2); è eseguita sempre nel rispetto della dignità della persona che vi è sottoposta. L’ispezione può essere effettuata anche per mezzo di un medico. In questo caso l’autorità giudiziaria può astenersi dall’assistere alle operazioni (art. 245, comma 3).”

<sup>974</sup> A. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Giuffrè, 2000, VII ed., p. 256.

<sup>975</sup> Cass. Sez. III, 1 giugno 1984, Guarducci, in *Cass. pen.* 1986, p. 124.

<sup>976</sup> Cass. Sez. Un., 12 novembre 1993, Grollino, in *Cass. pen.* 1994, p. 910. In senso contrario, Cass. Sez. II, 5 aprile 1995, Scialpi, m. 201270 (inedita).

<sup>977</sup> Cass. Sez. Un. 12 novembre 1993, De Gasperini, m. 195626 (inedita).

non viene richiesto il giudizio per indagini che impegnano particolari cognizioni di determinate scienze o arti<sup>978</sup>.

Pertanto trattandosi di un mezzo di ricerca della prova, l'ispezione è atto irripetibile per definizione, perciò il relativo verbale va inserito nel fascicolo per il dibattimento e può essere utilizzato come prova nella fase accusatoria del processo, articolo 431 comma *lettera c.* c.p.p.

In tema di ispezione personale l'accertamento radiografico è una delle legittime modalità di esecuzione a cui può farsi ricorso coattivamente, purché sia eseguito per mezzo di personale medico specialistico nel rispetto delle corrette metodologie tecniche. La Suprema Corte ha valutato legittimo l'accertamento radiografico stabilito coattivamente da personale di polizia giudiziaria della guardia di finanza previa autorizzazione del p.m. nel corso dei controlli previsti dall'articolo 103 c.p.p.<sup>979</sup>.

#### IV.4.2. Perquisizione

Le perquisizioni sono disciplinate dagli articoli 247 e 252 c.p.p., in maniera analoga a quanto previsto dagli articoli 332 e 336 c.p.p. codice abrogato con la prescrizione di ulteriori garanzie per le perquisizioni personali, che vanno eseguite nel rispetto della dignità, oltre che della riservatezza della persona perquisita, la quale può farsi assistere da altra persona di fide articolo 249 comma 1 c.p.p. purché prontamente reperibile e idonea a fare le veci da testimone agli atti processuali articolo 120 c.p.p.<sup>980</sup>.

Parliamo di atto perquisente, parole evocative anche qui, era un occhio esplorante, il perquirente usa le mani, cercando nei possibili nascondigli; l'avverbio perquisite designa ricerche implacabilmente meticolose.<sup>981</sup> La perquisizione è disposta con decreto, compete al giudice, comunque al pubblico ministero indagante, se non vi procedono personalmente, sono in grado di delegarvi ufficiali di polizia<sup>982</sup>.

Il provvedimento di perquisizione può prevedere la eventualità di perquisire anche le persone che sono presenti all'espletamento dell'atto oppure quelle che sopraggiungano.<sup>983</sup> Però non converte i terzi estranei alle indagini e di cui si ignora la stessa esistenza in persone indagate<sup>984</sup>.

---

<sup>978</sup> Cass. 14 gennaio 1993, Strati, in *A. n. proc. pen.* 93, p. 812.

<sup>979</sup> Cass. 2 dicembre 2005, Euchì, in *Cass. pen.* 2006, p. 3555.

<sup>980</sup> A. NAPPI, *op. cit.* p. 258.

<sup>981</sup> Secondo Cass., Sez. II, 10 settembre 1997, n. 84, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.297, può farsi ricorso alla perquisizione quale mezzo coattivo di ricerca della prova solo se sia stato individuato il tema nel cui ambito tale ricerca ha un suo contenuto di concretezza e specificità, posto che, diversamente, la perquisizione da strumento di ricerca di una prova utile per determinati reati si trasformerebbe in un mezzo di acquisizione della *notitia criminis*. In termini analoghi, a proposito della necessità che la motivazione dei provvedimenti che autorizzano le perquisizioni (ed i sequestri) specifichi le imputazioni a fondamento della ricerca dei corpi del reato e delle cose pertinenti al reato mediante l'indicazione delle fattispecie criminose contestate e dei fatti specifici imputati, si vedano anche: Cass., sez. V, 30 novembre 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2174.

<sup>982</sup> Cass. Sez. VI, 10 maggio 1991, Zampano, m. 187367 (inedita).

<sup>983</sup> Cass., Sez. V, 30 novembre 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2174: «i provvedimenti dispositivi di perquisizioni e sequestri ex art. 247 c.p.p. devono, tra l'altro, enunciare, sia pure in forma approssimativa, le ragioni per le quali si ritiene probabile che le cose oggetto di ricerca si trovino in un determinato luogo» (fattispecie relativa ad un decreto di perquisizione locale). Secondo Cass., Sez. I, 8 febbraio 1995, in *Giust. pen.*, 1996, III, 98, è essenziale l'indicazione delle ragioni per le quali si «ritiene» (non bastando più il semplice «sospetto» cui si riferiva l'art. 332 c.p.p. abr.) che le cose da ricercare siano reperibili nel luogo in cui la perquisizione viene disposta.

<sup>984</sup> Cass. Sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Foro it.* 1993, II, p. 85.

La dottrina ritiene del provvedimento che è “un plausibile sospetto”. “Indizi di un certo rilievo” quanto richiede talvolta la giurisprudenza, che esclude la rilevanza di meri sospetti<sup>985</sup>.

Il provvedimento deve precisare fondati motivi che lo giustificano e le ipotesi di reato cui appartengono le cose ricercate<sup>986</sup>. È indispensabile il riferimento a una plausibile ipotesi criminosa che individua il tema della prova da ricercare, però non si richiede l'esistenza di indizi di colpevolezza, “*posto che il fumus necessario per la ricerca della prova è quello inerente all'avvenuta commissione dei reati, nella loro materiale accezione*”<sup>987</sup>.

Discussa è la delegabilità alla polizia giudiziaria della perquisizione, presso secondo l'articolo 248 comma 2 c.p.p.. Una parte della dottrina ritiene che è delegabile sia l'attività ricognitiva e informativa presso le banche che la perquisizione disposta dall'autorità giudiziaria in occasione di rifiuto della banca a munire le informazione richiesta<sup>988</sup>.

La dottrina prevalente afferma che finché è delegabile alla polizia giudiziaria l'esame degli atti, dei documenti e della corrispondenza custoditi presso le banche non si può incaricare in caso di negazione, la perquisizione, cui dovrà procedere direttamente l'autorità giudiziaria<sup>989</sup>.

Il difensore della persona costretta alle indagini sempre ha diritto di partecipare a norma dall' “articolo 365 comma 2 c.p.p.”, se non altro, contestualmente all'inizio delle operazioni deve essere comunicata l'informazione di garanzia<sup>990</sup>. L'interpretazione giurisprudenziale che esclude l'obbligo dell'informazione di garanzia, non considera che il difensore ha diritto di intervenire alla perquisizione altrettanto al sequestro, però non ha diritto al preavviso e in mancanza dell'informazione di garanzia tale intervento non è possibile<sup>991</sup>.

Nel processo della perquisizione il P.M. sollecita alla persona sottoposta alle indagini, che sia presente, se è assistita da un difensore di fiducia e, qualora ne sia priva, designa un difensore di ufficio secondo il articolo 97 comma 3 c.p.p.. È rilevante segnalare che il difensore non ha diritto al preavviso e perciò la perquisizione può avere corso anche prima del suo arrivo<sup>992</sup>.

La perquisizione è atto singolare per definizione, anche se eseguita nel processo delle indagini preliminari, il relativo verbale va introdotto nel fascicolo per il dibattimento e può essere utilizzato come prove nella fase accusatoria del processo, articolo 431 *lettera c* c.p.p.<sup>993</sup>.

Contro il provvedimento con il quale viene disposta la perquisizione, sia essa personale o locale, gli articolo 247 ss. c.p.p., non prevedono alcuna impugnazione. Ne consegue che il principio della tassatività delle impugnazioni stabilito dal 1-comma

<sup>985</sup> Cass. Sez. I, 22 aprile 1993, Zappoli Thyron, m. 194420 (inedita).

<sup>986</sup> Cass. Sez. VI, 6 aprile 1993, Caputi, m. 194374 (inedita).

<sup>987</sup> Cass. Sez. I, 14 gennaio 1994, Corona, m. 196563 (inedita).

<sup>988</sup> Cass. Sez. II, 16 gennaio 1997, Becacci, m. 208468 (inedita).

<sup>989</sup> F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, 1998, IV ed. p. 756.

<sup>990</sup> Cass. Sez. I, 20 maggio 1998, Molinu, m. 210875 (inedita).

<sup>991</sup> Cass. Sez. II, 28 ottobre 1997, Cesetti, m.209927 (inedita).

<sup>992</sup> Cass. Sez. I, 20 gennaio 1993, Mattiuzzi, m. 193088 (inedita).

<sup>993</sup> A proposito del dovere di motivazione del decreto di perquisizione, soddisfatto tutte le volte in cui sia possibile ricavare dal contesto del provvedimento l'esistenza dei «fondati motivi» che fanno ritenere che il corpo del reato o le cose pertinenti al reato si trovino sulla persona o in un determinato luogo, si veda anche Cass., Sez. V, 15 dicembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, p.1539. Secondo Cass., Sez. I, 22 aprile 1993, in *Cass. pen.*, 1994, p.2192, e Cass., Sez. V, 13 marzo 1992, in *Cass. pen.*, 1994, p.117, occorrono indizi di un certo rilievo convergenti nella funzionale prospettiva di accreditare la probabilità che l'oggetto da ricercare si trovi sulla persona da perquisire o nel luogo ove sarà effettuata la perquisizione

dell'articolo 568 c.p.p. contro il detto provvedimento non è esperibile alcuna forma di riesame oppure impugnazione<sup>994</sup>.

Possiamo affermare che nessuna forma di impugnazione è proponibile avverso il decreto con cui viene disposta una perquisizione locale ne consegue che il predetto provvedimento in base al principio di tassatività sancito dall'articolo 568 comma 1 c.p.p., è inoppugnabile e in particolare non può essere sottoposto a riesame<sup>995</sup>.

La richiesta di consegna di cosa determinata è prevista nell'articolo 248. Sia l'invito ad esibire previsto dall'articolo 335 c.p.p. abr. È necessario evitare la perquisizione personale, sia la richiesta di consegna prevista dall'articolo 248 c.p.p. allo stesso scopo di evitare la perquisizione personale o locale proprio nella misura in cui possono provocare un sequestro consensuale, ed evitare un sequestro coattivo per quello devono essere preventivamente autorizzati, se rivolti contro un parlamentare.

Il decreto con il quale il p.m. richiede ad una banca<sup>996</sup> la consegna di documentazione<sup>997</sup> relativa a libretti al portatore ed a rapporti bancari connessi finanche la disposta estrazione di riproduzione autentiche da detta documentazione con restituzione degli originali non possono valutarsi provvedimenti abnormi<sup>998</sup>.

#### IV.4.3. *Sequestri*

Il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti è regolato tra i mezzi di ricerca della prova dagli articoli 253 e 265 c.p.p.. Disposizioni analoghe a quelle dettate nel codice Rocco agli articoli 337 e 347 c.p.p., per la restituzione agli articoli 622 e 626 c.p.p.. Nei casi di tutti i tipi di sequestro è previsto un unico procedimento di riesame disciplinato tra le disposizioni sulle misure cautelari reali, articoli 324 e 325 c.p.p., per il sequestro disposto a fini di prova dobbiamo guardare l'articolo 257 c.p.p.<sup>999</sup>

---

<sup>994</sup> Cass. 19 gennaio 1994, p. m. in c. Frignani, in *R. Pen.* 1995, p. 479.

<sup>995</sup> «In forza del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione stabilito dall'art. 568 c.p.p., l'istituto del riesame non è applicabile al decreto di perquisizione poichè manca l'espressa previsione di tale rimedio con riferimento al provvedimento de quo. Tuttavia, qualora la perquisizione sia finalizzata al sequestro ed i due decreti siano inseriti in un unico contesto, il riesame coinvolge anche la perquisizione nei limiti però di un'indagine strumentale all'accertamento della legittimità del sequestro medesimo. Conseguentemente in sede di riesame i motivi che costituiscono autonoma censura della perquisizione non possono essere presi in considerazione»; così Cass., Sez. un., 20 novembre 1996, n. 23, in *Cass. pen.*, 1997, 1673. Resta invece controverso se il provvedimento di perquisizione sia ricorribile per cassazione. A fronte della tesi *tout court* negativa ancora una volta fondata sul principio di tassatività delle impugnazioni ex art. 568.

<sup>996</sup> «La richiesta alla banca di consegna di cose utili alle indagini può riguardare anche quanto è nella disponibilità indiretta della banca quale gestrice del servizio di cassette di sicurezza. Un provvedimento, emesso ai sensi dell'art. 248 c.p.p. dal pubblico ministero, di blocco delle cassette di sicurezza, non costituisce un sequestro atipico, ma una misura temporanea a scopo conoscitivo richiesta alla banca e dalla stessa adottanda al fine di consentire l'esame del loro contenuto». Così Cass., Sez. III, 1 ottobre 1996, in *Fisco*, 1996, 9941, ed, in termini analoghi, Cass., Sez. III, 31 luglio 1996, in *Riv. dir. trib.*, 1997, II, 293; Cass., Sez. III, 3 luglio 1996, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 904.

<sup>997</sup> Secondo Cass., sez. VI, 14 luglio 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 2328, il decreto con cui il pubblico ministero richiede ad una banca la consegna di documentazione relativa a libretti al portatore ed ai rapporti bancari connessi, nonché la disposta estrazione di copie autentiche da tale documentazione, non sono provvedimenti abnormi, trattandosi di attività disciplinate ex artt. 248, comma 2, 255 e 258 c.p.p. La parte potrà in proposito far valere le proprie ragioni difensive nella fase di acquisizione dei documenti al processo.

<sup>998</sup> Cass. 14 luglio 1995, Berlusconi, in *Cass. pen.* 1996, p. 2328.

<sup>999</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.

Secondo l'articolo 253 comma 2 c.p.p.,<sup>1000</sup> «sono corpo del reato le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo». La giurisprudenza considera cose pertinenti al reato quelle necessarie o anche solo utili ai fini dell'accertamento dei fatti<sup>1001</sup>.

Cose pertinenti al reato è per esempio quella su cui un ladro va all'incursione e trasporta il bottino, non pertinenti al reato l'automobile con cui N agevola la prostituzione esercitata da P<sup>1002</sup>.

Ciò refurtiva, arma omicida, moneta falsificata sono fisica del reato, alla cui storia evocata nel processo, attengono anche prezzo ad esempio, compensi al sicario, e profitto esempio flussi monetari raccolti dal racket estorsore<sup>1003</sup>. È importante sapere che il sequestro non è una misura cautelare, ma un mezzo di ricerca della prova, non presuppone una delibazione circa l'esistenza del reato.

La motivazione<sup>1004</sup> del decreto deve riscontrare la natura e la destinazione delle cose da sequestrare, più che l'esistenza e la configurabilità del reato<sup>1005</sup>. Anche l'indicazione di elementi dai quali possa individuarsi il rapporto diretto o pertinente tra cosa sequestrata e delitto ipotizzato è indispensabile<sup>1006</sup>.

Però il sequestro probatorio richiede sempre una valutazione di necessità ai fini dell'accertamento del fatto. L'articolo 262 c.p.p. prevede la restituzione delle cose sequestrate quando non è più necessario mantenere il sequestro ai fini di prova<sup>1007</sup>.

È necessario ricordare che il sequestro del corpo del reato non è sempre obbligatorio, per giustificarne l'acquisizione, non è necessario dimostrarne la rilevanza ai fini della prova, salva la possibilità che esso venga restituito, mentre il sequestro non sia necessario ai fini della prova e non venga sostituito da un sequestro preventivo<sup>1008</sup>.

La giurisprudenza ha valutato sufficiente la rilevanza probatoria che assume il corpo del reato, si aggiunge che la distinzione tra sequestro probatorio e preventivo non si pone per il corpo del reato, non rientra nella previsione dell'articolo 321 c.p.p.. Invece va sempre sequestrato a prescindere da ogni finalità probatoria, la formulazione dell'articolo 253 c.p.p. indica chiaramente che la valutazione circa la necessità per l'accertamento dei fatti va riferita alle cose pertinenti al reato e non al corpo del reato<sup>1009</sup>.

---

<sup>1000</sup> «In tanto è possibile presumere le finalità tipiche del sequestro probatorio - sicché l'autorità giudiziaria procedente ha soltanto l'onere di giustificare la qualificazione giuridica di corpo del reato della res appresa - in quanto il provvedimento tenda a rendere materialmente indisponibile la cosa che, ex art. 253, comma 2, c.p.p., necessariamente assuma rilievo ai fini di prova in quanto caratterizzata da un rapporto di fisica immediatezza con il reato stesso». Così, Cass., Sez. V, 21 aprile 1997, n. 1933 (inedita).

<sup>1001</sup> Cass. Sez. VI, 11 gennaio 1991, Carollo, in Riv. pen. 1992, p. 200; Cass. Sez. IV, 21 giugno 1996, Ricci, m. 206546 (inedita).

<sup>1002</sup> Cass. 26 ottobre 1979, in CP. 1981, p. 513, 541.

<sup>1003</sup> Cass. 22 maggio 1978, in CP. 1980, p. 47, 25.

<sup>1004</sup> La perquisizione ed il sequestro probatorio, che sono mezzi di ricerca della prova e non strumenti di acquisizione di una *notitia criminis*, postulano la sussistenza di concrete esigenze probatorie. Pertanto la motivazione dei provvedimenti, che autorizzano le perquisizioni ed i sequestri, deve specificare le imputazioni che sono a fondamento della ricerca dei «corpi del reato» e delle «cose pertinenti al reato», mediante la indicazione delle fattispecie criminose contestate e dei fatti specifici imputati, in relazione ai quali si effettua la ricerca. In tal senso, Cass., Sez. V, 2 marzo 1995, in Cass. pen., 1996, p. 892.

<sup>1005</sup> Cass. Sez. V, 10 novembre 1997, Signorelli, in Gazz. giur. 1998, n. 9, p. 26.

<sup>1006</sup> F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, cit. p. 301 ss.

<sup>1007</sup> F. LATTANZI, *Brevi considerazioni sul sequestro del corpo del reato*, in Cass. pen. II, n. 271, 1991, p. 758.

<sup>1008</sup> E. SELVAGGI, *L'oggetto nel sequestro probatorio e nel sequestro preventivo*, in Cass. pen. 762, p. 937.

<sup>1009</sup> Cass. Sez. VI, 28 novembre 1990, Patelli, in Arch. n. proc. pen. 1991, p. 468.

Altro orientamento ha sostenuto che è necessario verificare e motivare la sussistenza delle esigenze probatorie anche nel caso in cui il sequestro abbia per oggetto il corpo del reato, in caso contrario si finisce per costruire una quarta categoria di sequestro che non ha finalità né probatorie né preventive né conservative<sup>1010</sup>.

La Sezione unite della Corte di cassazione, in un primo intervento aveva acetato questo orientamento giurisprudenziale, ha detto che la formula dell'articolo 253 comma 1 c.p.p., non giustifica la conclusione che quando il sequestro concerne il corpo del reato non occorre che le esigenze probatorie siano indicate nel provvedimento e siano controllate in sede di riesame<sup>1011</sup>.

Parlare di corpo del reato non suppone che sia necessaria una materia, ciò non esclude che possa essere disposto il sequestro probatorio anche di beni immateriali, come i diritti di credito.<sup>1012</sup> Quando l'oggetto del sequestro sia un bene immateriale, la finalità probatoria del provvedimento debba essere sempre oggetto di specifica ed esplicita motivazione. Un credito può essere, sequestrato soltanto come cosa pertinente al reato, poiché è necessario che se ne dimostri in concreto la destinabilità alla prova. Corpo del reato può essere considerato il documento rappresentativo del credito, però non il credito in se<sup>1013</sup>.

Altro materia considerevole è il sequestro di denaro. La recente giurisprudenza ha detto che *“una somma di denaro può essere definita cosa che costituisce profitto del reato”* solo se è proprio quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa, dal momento che essa perde tale identità, ad esempio attraverso il suo deposito presso un istituto di credito, per disporre il sequestro occorre dimostrare la necessità dell'acquisizione ai fini dell'accertamento dei fatti, motivare sul punto il provvedimento e trasmettere al tribunale del riesame in caso di impugnazione, gli atti su cui il provvedimento si fonda<sup>1014</sup>.

---

<sup>1010</sup> Cass. Sez. I, 2 febbraio 1993, Gennari, m. 193105 (inedita).

<sup>1011</sup> Cass. Sez. Un., 18 giugno 1991, Racciah, in *Cass. pen.* 1991, p. 330.

<sup>1012</sup> Contra, v. Cass., Sez. V, 21 aprile 1997, n. 1933 (inedita): «un diritto di credito, pur potendo essere oggetto di un vincolo probatorio in quanto idoneo a fornire elementi utili per l'accertamento di un fatto ma consistendo, per sua natura, in un bene immateriale, non può costituire "corpo del reato" (potendo il sequestro probatorio cadere soltanto sul documento rappresentativo del credito) ed è pertanto sequestrabile solo ove suscettibile di essere qualificato come "cosa pertinente al reato" necessaria per l'accertamento dei fatti». Ritengono che i beni immateriali non appaiano configurabili come corpo del reato MELCHIONDA, *Sequestro per il procedimento penale*, in *Ene. Dir.*, XLII, 1990, p.150 e NAPPI, *Sull'ammissibilità del sequestro probatorio di un credito*, in *Gazz. giur.*, 1997, p.19, 10.

<sup>1013</sup> Specifica Cass., Sez. I, 12 maggio 1993, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, p.6, che il corpo del reato è configurato, secondo la definizione fattane dall'art. 253, comma 2 c.p.p., non solo dalle cose sulle quali il reato è stato commesso ma anche da quelle che ne sono il prodotto o il prezzo. Questa seconda locuzione comprende sia le cose acquisite direttamente con il reato o da questo create, sia qualsiasi vantaggio patrimoniale e non patrimoniale ricavato dal reato, sia i beni valutabili economicamente dati o promessi al colpevole per la consumazione del reato. Non occorre offrire la dimostrazione della necessità del sequestro del corpo del reato in funzione dell'accertamento dei fatti, atteso che l'esigenza probatoria del corpus delicti è in re ipsa essendo necessario e sufficiente che risulti a tal fine giustificata la suddetta qualificazione. Così, Cass., Sez. III, 23 novembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, II, p. 510; Cass., sez. un., 11 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1995, II, p.24. La Cassazione ha negato la legittimità del sequestro del corpo del reato basato sulla sola astratta configurabilità di un'ipotesi di reato, rilevando che la stessa nozione normativa di corpo del reato impone la concreta sussistenza di un collegamento col reato stesso (Cass., Sez. un., 29 gennaio 1997, Bassi, in *Guida dir.*, 1997, p.14, 70). Per Cass., Sez. VI, 20 gennaio 1998, n. 103, Gulino, (inedita) «se è vero che non è necessario offrire la dimostrazione della necessità del sequestro in funzione dell'accertamento dei fatti, atteso che la esigenza probatoria del "corpus delicti" è "in re ipsa", è anche vero che, ai fini della qualificazione come corpo di reato delle cose in sequestro, il provvedimento deve dare concretamente conto della relazione di immediatezza descritta nel comma 2 dell'art. 253 c.p.p. tra la "res" e l'illecito penale».

<sup>1014</sup> Cass. Sez. VI, 18 aprile 1996, Barbaro, m. 205235 (inedita).

Nel caso di sequestro l'autorità giudiziaria procede personalmente oppure delegando un ufficiale di polizia giudiziaria, copia del decreto di sequestro è consegnata all'interessato. Speciale cautele sono previste per il sequestro di oggetti particolarmente tutelati, come la corrispondenza custodita presso uffici postali o telegrafici, articolo 254 c.p.p. e i documenti i valori e in genere, le cose custodite presso le banche, articolo 255 c.p.p.<sup>1015</sup>

In tema di sequestri dei documenti coperti da segreto di Stato, da segreto di ufficio o da segreto professionale è prevista una disciplina corrispondente a quella della testimonianza, articolo 256 c.p.p.

Dobbiamo ricordare che la libertà e la segretezza della corrispondenza costituiscono un diritto inviolabile anche nei confronti dei detenuti. Le lettere indirizzate a loro pertanto possono essere assoggettate a visto o a sequestro nei casi previsti dalla legge, mentre è abnorme l'atto col quale il p.m. disponga, senza autorizzazione del giudice, l'acquisizione in copia di tutta la corrispondenza diretta ad un detenuto<sup>1016</sup>.

Corrispondenza sequestrabile, è tale quando sia presumibilmente diretta all'imputato o da lui spedita oppure in ogni modo attenga al reato, ad esempio, la lettera dove N riferisca confidenza sui fatti de quibus. Il luogo del sequestro può essere negli uffici postali e telegrafici, ma niente esclude intervento sulla posta in transito o nella borsa dell'addetto al recapito<sup>1017</sup>.

L'articolo 103 comma 2 c.p.p., prevede che presso il difensori e i consulenti tecnici non si può procedere a sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa salvo che costituiscano corpo del reato. Sono vietati il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra imputato e il proprio difensore in quanto riconoscibile dalle indicazioni prescritte nell'articolo 35 c.p.p. disp. att. (articolo 103 comma 6 c.p.p.), a meno che la autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato<sup>1018</sup>.

Il decreto previsto dall'articolo 253 c.p.p. deve dar conto delle esigenze probatorie perseguite. È possibile disporre il sequestro solo di cose determinate, in quanto il Decreto deve indicare sia pure sommariamente e far comprendere sul piano razionale il rapporto<sup>1019</sup> intercorrente tra le cose sottratte alla disponibilità del soggetto e il reato per cui si procede<sup>1020</sup>.

Tuttavia l'articolo 247 c.p.p. prevede che l'autorità giudiziaria possa disporre perquisizioni personali o locali, giacché v'è fondato motivo di ritenere che esse si trovino in determinati luoghi e su determinate persone. Dobbiamo ricordare che l'invalidità della perquisizione si trasferirebbe al sequestro perché renderebbe inutilizzabili a fini di prova le cose rinvenute in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 247 e ss. c.p.p.<sup>1021</sup>

---

<sup>1015</sup> L. D'AMBROSIO, *La pratica di polizia giudiziaria*, Milano, 2003.

<sup>1016</sup> Cass. 23 maggio 2006, Albereto, in *Dir. Giust.* 2006, f. 33, p. 40.

<sup>1017</sup> F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, cit. p. 295.

<sup>1018</sup> A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 2002.

<sup>1019</sup> Requisito indispensabile per l'emissione del provvedimento di sequestro è l'astratta configurabilità del reato con riferimento ad una fattispecie tipica. Così non può ritenersi legittimo il sequestro della documentazione contabile relativa ad un intero gruppo di società finalizzato alla ricerca di prove relative all'awenuta corruzione di un ufficiale della guardia di finanza incaricato di controlli relativamente ad alcune società del medesimo gruppo in mancanza di indicazioni che consentano di correlare l'asserita corruzione ad un ipotizzabile falso in bilancio. In tal senso, Cass., Sez. VI, 12 giugno 1997, n. 1950, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 298.

<sup>1020</sup> Cass. Sez. VI, 14 luglio 1994, Greco, m. 199545 (inedita).

<sup>1021</sup> M. DEGANELLO, *I criterio di valutazione Della prova penale*, Milano, 2005.

Pertanto, solo quando perquisizione e sequestro possono considerarsi disposti contestualmente con un provvedimento complesso l'invalida della perquisizione si trasmetta al sequestro<sup>1022</sup>.

È molto interessante fare la differenza tra sequestro preventivo e conservativo. Il sequestro preventivo e quello probatorio hanno identiche modalità di esecuzione, essendo tutti e due destinati a ostacolare oppure evitare la disponibilità materiale della cosa<sup>1023</sup>. Il sequestro conservativo, ha lo scopo di impedire la disponibilità anche giuridica della cosa articolo 317 comma 3 c.p.p.. L'esecuzione del sequestro preventivo e del sequestro probatorio non sono di per sè idonee a realizzare lo scopo di quello conservativo, pertanto deve ammettersi la coesistenza di questo tipo di sequestro e di alcuno degli altri<sup>1024</sup>.

Secondo l'articolo 431 *lettera h)* c.p.p., il corpo del reato e le cose pertinenti al reato che siano state sequestrate compresi i documenti vanno inseriti nel fascicolo per il dibattimento altrettanto il verbale di sequestro in quanto documentazione di un atto irripetibile per definizione, articolo 431 *lettera c)* c.p.p.

#### IV.4.4. *Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*

L'intercettazione consiste nella captazione, mediante appositi mezzi meccanici od elettronici, di comunicazioni o conversazioni che si svolgono a distanza, per mezzo del telefono o di altri strumenti di telecomunicazione (intercettazione di telecomunicazioni) o tra persone presenti, in un medesimo contesto ambientale (intercettazione ambientale), da parte di chi non è partecipe al colloquio, né è destinatario delle comunicazioni intercettate<sup>1025</sup>.

L'intercettazione è disposta con decreto motivato dal magistrato del pubblico ministero, previa autorizzazione del giudice per le indagini preliminari. Il ricorso ad uno strumento investigativo inevitabilmente incidente sul diritto, costituzionalmente protetto, alla libertà e segretezza delle comunicazioni, articolo 15 della Costituzione<sup>1026</sup>.

Sono incluse tra i mezzi di ricerca della prova; il codice dettaglia i presupposti e il procedimento di ammissione e di esecuzione delle operazioni.

Pertanto per intercettazione deve intendersi la captazione, attività di terzi, mediante ascolto diretto e segreto attenuato con l'ausilio di strumenti meccanici o

---

<sup>1022</sup> Cass. Sez. V, 27 novembre 1995, Melillo, m. 203593 – 203594 (inedita)

<sup>1023</sup> «Il sequestro, sia probatorio, sia preventivo, può riguardare tanto i beni mobili quanto quelli immobili tra cui va annoverato anche il *locus commissi delicti* sempre che ricorrano in concreto i presupposti legittimanti l'adozione dei due provvedimenti ex artt. 253 e 321 c.p.p.»: Cass., Sez. VI, 30 settembre 1993, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, p.5.

<sup>1024</sup> P. TONINI, *op. cit.* p. 252: «Nel sequestro probatorio il vincolo di indisponibilità serve per conservare immutate le caratteristiche della cosa, al fine dell'accertamento dei fatti. Si richiede un requisito "naturalistico", e cioè che vi sia un bene materiale; altri sono i mezzi per creare vincoli a posizioni giuridiche soggettive o a beni immateriali (ad esempio, il sequestro conservativo di un saldo di conto corrente o il sequestro preventivo di una quota di partecipazione in una società). Si richiede anche un requisito "giuridico", e cioè che si tratti del corpo del reato o di una cosa pertinente al reato e, soprattutto, che la cosa sia "necessaria" per l'accertamento dei fatti.»

<sup>1025</sup> M. FERRAIOLI, *op. cit.* p. 469.

<sup>1026</sup> RIZIERO ANGELETTI, *Le invalidità nel procedimento penale*, Torino, 2005, p. 414: «la giurisprudenza maggioritaria, sostiene, che le prove acquisite sono legittime ed utilizzabili se le operazioni sono state ritualmente intraprese con riferimento al reato per il quale si procede nel momento in cui è stata chiesta ed ottenuta l'autorizzazione del giudice.»



elettronici idonei a superare le naturali capacità dei sensi di comunicazioni o conversazioni riservate<sup>1027</sup>.

Affinché non rientri nel concetto di intercettazione la registrazione di una conversazione da parte di colui che vi partecipa, non vi rientra la “registrazione di conversazione svoltesi mediante apparecchi ricetrasmittenti, le quali non sono consentite” né riservate<sup>1028</sup>.

Possiamo dire che i limiti di ammissibilità sono la possibilità di disporre intercettazione, sia di telecomunicazioni che di comunicazioni tra presenti, solo nei procedimenti penali relativi ai reati, che, in ragione della gravità del fatto e delle modalità di esecuzione, il legislatore individua; nei delitti non colposi per i quali sia comminata la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni; nei delitti contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena edittale della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; nei delitti concernenti le sostanze stupefacenti o psicotrope, le armi e le sostanze esplosive, il contrabbando; nei reati di ingiuria, minaccia, molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono; nei reati di usura e di abusiva attività finanziaria; nel reato di distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione, anche per via telematica, di materiale pornografico relativo ai minori o di informazioni o notizie finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale de minori<sup>1029</sup>.

Esistono casi particolari che la giurisprudenza anche il codice segnala. L'intercettazione di conversazioni tra persone presenti è vietata se esse si svolgono nei luoghi tutelati dal articolo 614 c.p. salvo che in tali luoghi sia in corso la attività criminosa ciò che si proceda per un delitto di criminalità organizzata. Neanche è consentita in alcun caso, inoltre, l'intercettazione di conversazioni o di comunicazioni dei difensori, consulenti tecnici e loro ausiliari, né di quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite, articolo 103 comma 5 cp.p.

È importante segnalare che l'impedimento esiste anche nel caso in cui l'attività difensiva concerna procedimento diverso da quello in cui le intercettazioni vengono disposte<sup>1030</sup>.

Deve esistere un mandato professionale poiché riguarda soltanto le conversazioni concernenti il lecito esercizio della funzione difensiva. Però non è vietata la documentazione di conversazioni estranee all'attività del difensore<sup>1031</sup>.

È proibita la registrazione di colloqui tra l'imputato detenuto e il suo difensore. Secondo la giurisprudenza non sono luoghi di privata dimora, ai fini delle intercettazioni ambientali, né la cella del carcere<sup>1032</sup>.

Possiamo dire che i presupposti necessari perché si possa disporre un'intercettazione di conversazioni o comunicazioni sono tre secondo il codice di procedura penale: che si proceda per alcuno reati indicati nell'articolo 266 comma 1 c.p.p., cioè per un reato commesso mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, articolo 266- bis. c.p.p.; che sussistano gravi indizi di reato articolo 267 comma 1 c.p.p.; che l'intercettazione sia assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini, articolo 267 comma 1 c.p.p.<sup>1033</sup>

---

<sup>1027</sup> G. FUMU, *Articoli 266- 271*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, II, 1990, p. 774.

<sup>1028</sup> Cass. Sez. I, 10 maggio 1991, Franceschini, in *Giur. It.* 1992, II, p. 223.

<sup>1029</sup> M. FERRAIOLI, *op. cit.* p. 469-470.

<sup>1030</sup> Cass. Sez. Un., 12 novembre 1993, Grollino (inedita).

<sup>1031</sup> GROLLINO, *op. cit.*

<sup>1032</sup> Cass. Sez., II, 20 novembre 1996, Marras, m. 209929 (inedita).

<sup>1033</sup> G. DI PAOLO, *Tecnologia del controllo e prova penale*, Milano, 2008.

In ogni modo nel primo caso si delimita l'ambito di ammissibilità delle intercettazioni escludendone l'utilizzabilità nelle investigazioni per reati di minori gravità o privi di specifico collegamento con l'uso del mezzo telefonico. Nel secondo anche nel terzo caso si richiede che la configurabilità di un reato che legittimi l'intercettazione non sia meramente ipotetica. Dall'altro caso che l'intercettazione risulti strumento investigativo irrinunciabile<sup>1034</sup>.

Tuttavia il procedimento di ammissione dell'intercettazione richiede due distinti provvedimenti, l'uno del G.I.P. l'altro del P.M. Il P.M. deve richiedere l'autorizzazione al giudice, il quale le concede con decreto motivato<sup>1035</sup>, se accerta che ne sussistono i presupposti, l'eventuale decreto di rigetto della richiesta non è impugnabile<sup>1036</sup>.

Il decreto del magistrato del pubblico ministero che dispone la intercettazione indica la durata e le modalità delle operazioni. La permanenza non può essere superiore a quindici giorni altrettanto può essere prorogata sempreché persistano i gravi indizi e la esigenza di proseguire le indagini, dal giudice per le indagini preliminari, per periodi successivi di quindici giorni<sup>1037</sup>.

Comunque nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il P.M. dispone immediatamente l'intercettazione con proprio decreto motivato, che sarà comunicato entro ventiquattro ore al giudice<sup>1038</sup>. Entro quarantotto ore dal decreto del P.M. deve decidere il giudice se convalidarlo. Però nel caso che il giudice non provvede entro il termine indicato o se nega la convalida del decreto del P.M., l'intercettazione non può essere proseguita e i suoi risultati sono assolutamente inutilizzabili. Il provvedimento che rifiuta la convalida non è impugnabile<sup>1039</sup> neppure per abnormità<sup>1040</sup>.

---

<sup>1034</sup> C. FANUELE, *Il concetto di privata dimora ai fini delle intercettazioni ambientali*, in *Cass. Pen.* 2001, p. 2746.

<sup>1035</sup> “La motivazione del decreto autorizzativo delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, anche se non necessariamente analitica, deve comunque indicare, oltre il titolo del reato che legittima il ricorso a tal strumento, le fonti degli elementi indiziari (che possono essere rappresentate anche da materiale probatorio non successivamente utilizzabile e destinate a rimanere all'interno delle indagini preliminari) e la loro idoneità a connotare gli indizi stessi del requisito della gravità, come richiesto dall'art. 267 c.p.p. (In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto, l'inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 271 c.p.p., dei risultati delle operazioni eseguite sulla base di un provvedimento autorizzativo la cui motivazione si limitava ad indicare il titolo del reato e a dare atto dell'indispensabilità delle intercettazioni per l'ulteriore corso delle indagini, senza alcun riferimento alla fonte ed alla rilevanza degli indizi, ed ha altresì precisate che l'illegittimità del decreto si estendeva, ai sensi dell'art 185, comma 1, c.p.p. ai successivi diritti di proroga)” (Cass., Sez. un., 26 settembre 1996, n. 8718, inedita).

<sup>1036</sup> Cass. Sez. VI, 11 dicembre 1989, Baglio, in *Cass. pen.* 1989, II, p. 10.

<sup>1037</sup> “Il limite di durata delle intercettazioni telefoniche previsto dall'art. 267, comma 3, c.p.p. opera in via generale, donde va riferito anche alle intercettazioni autorizzate in via ordinaria dal g.i.p., le quali, se non prorogate, ove eseguite dopo la scadenza di detto termine, sono inutilizzabili e tale inutilizzabilità è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento” (Cass., Sez. VI, 10 marzo 1995, n. 5415, inedita).

<sup>1038</sup> “Processualmente irrilevanti le ragioni che in concreto possono avere determinato la situazione di urgenza. In materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, l'utilizzabilità dei risultati delle operazioni che siano state direttamente disposte dal p.m. è subordinata al presupposto dell'urgenza di provvedere, a prescindere dalla ragione che l'abbia determinata. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte dal p.m. "facendo salva l'applicazione di sanzioni extraprocessuali a suo carico" che, per inerzia, non aveva provveduto a richiedere tempestivamente la proroga di quelle autorizzate dal giudice delle indagini preliminari)”. (Cass., Sez. 1, 12 ottobre 2000, n. 5720 inedita).

<sup>1039</sup> “In virtù del principio di tassatività delle impugnazioni, desunto dall'art. 568 c.p.p., il provvedimento con cui il g.i.p. rigetta la richiesta di intercettazione telefonica avanzata dal p.m. è inoppugnabile non essendo previsto contro di esso alcun mezzo di gravame” (Cass., Sez. 1, 22 settembre 1992, inedita).

<sup>1040</sup> Cass. Sez., I, 11 aprile 1997, Ricco, in *Gazz. giur.* 1997, n. 23, p. 29.

Altro caso importante è l'articolo 13 comma 2 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 il quale stabilisce che l'intercettazione può protrarsi per quaranta giorni, per il caso in cui si proceda in ordine a delitti di criminalità organizzata e di minaccia con il mezzo telefonico. Ma può essere prorogata<sup>1041</sup> per periodi successivi di venti giorni, anche con provvedimento diretto del P.M. nei casi di urgenza salva la convalida del giudice a norma dell'articolo 267 comma 2 c.p.p.. I termini decorrono dalla data di effettivo inizio delle operazioni<sup>1042</sup>.

Alle operazioni il magistrato del pubblico ministero procede personalmente, ma può anche avvalersi dell'ausilio di un ufficiale di polizia giudiziaria. Deve essere qual è trascritto, sommariamente il contenuto.

Dobbiamo segnalare che il verbale contiene l'indicazione degli estremi del decreto che ha disposto la intercettazione. Questa indicazione sono: la descrizione della modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione, anche i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni. I nastri contenenti le registrazioni sono racchiusi in apposite custodie numerate e sigillate e collocati in un involucro sul quale sono indicati: 1) il numero del apparecchio controllato, 2) i nomi, se possibile delle persone le cui conversazioni sono state sottoposte ad ascolto 3) il numero che con riferimento alla registrazione consentita, risulta dal registro delle intercettazioni (articolo 268 c.p.p. e articoli 89 e 90 dsip. a.c.t.). Il registro delle intercettazioni è il registro custodito presso l'ufficio del pubblico ministero predisposto per l'annotazione in ordine cronologico, di tutti i decreti relativi alle intercettazioni, articolo 267 comma 5 c.p.p.<sup>1043</sup>. Le registrazioni delle conversazioni acquisite come prova vengono trascritte e le informazioni contenute nei flussi di comunicazione informatiche o telematiche stampate in forma intellegibile, a cura del giudice. Se le parti non optano per l'alternativa inquisitoria sono inserite nel fascicolo per il dibattimento. Le parti possono estrarre copia delle trascrizioni o dei flussi intercettati e di riprodurre le registrazioni che sono conservate sino alla pronuncia della sentenza definitiva, secondo l'articolo 269 comma 2 c.p.p.<sup>1044</sup>.

Interessante è segnalare che le registrazioni e i verbali che non sono inutilizzabili, però non sono stati neppure acquisiti come prova sono di regola conservati anch'essi fino alla pronuncia di sentenza non più soggetta a impugnazione. Gli interessati giacché la documentazione non è necessaria per il procedimento possono chiederne la distruzione a tutela della riservatezza<sup>1045</sup>.

---

<sup>1041</sup> "In tema di intercettazioni, l'obbligo di motivazione del provvedimento di autorizzazione o proroga non può ritenersi correttamente adempiuto dal giudice attraverso il semplice riferimento alla richiesta del p.m.; tuttavia, in presenza di una richiesta, proveniente dall'organo dell'accusa, che appaia esaustiva ed ampiamente argomentata, non incorre nel vizio di motivazione il provvedimento del giudice che ne recepisca il contenuto, facendo emergere che esso è stato criticamente valutato ed assimilato". Cass., Sez. III, 3 settembre 1999 (inedita).

<sup>1042</sup> Cass. Sez. II, 16 aprile 1993, Ciampà, cit.

<sup>1043</sup> RIZIERO ANGELETTI, *op. cit.* p. 416: "La giurisprudenza maggioritaria richiede, una motivazione specifica ed analitica, che dia adeguata ragione della sussistenza dei gravi indizi di reato e dell'assoluta indispensabilità delle intercettazioni ai fini della prosecuzione delle indagini: il primo requisito richiesto riguarda la rilevanza della questione penale oggetto d'indagine così come indicato dall'art. 266 c.p.p., il secondo, invece, attiene all'effettiva utilità dei risultati, visto che l'intercettazione deve essere autorizzata solo se si dimostri essenziale per la prosecuzione delle indagini e non sia possibile raccogliere elementi rilevanti ai fini dell'indagine attraverso altri mezzi di ricerca della prova. Il difetto di motivazione su di uno o sull'altro punto determina nullità del decreto autorizzativo e in virtù del richiamo effettuato dall'art. 271 c.p.p. all'art. 267 c.p.p."

<sup>1044</sup> Articolo 268 comma 8 c.p.p., così come modificato dall'articolo 12 legge 23 dicembre 1993, n. 547.

<sup>1045</sup> Cass. Sez. I, 20 novembre 1995, Stasi, m. 203558 (inedita).

Sulla richiesta provvede in camera di consiglio, nelle forme previste dall'articolo 127 c.p.p., il giudice ha autorizzato oppure convalidato l'intercettazione oppure in ogni modo il giudice che procede al momento in cui la distruzione venga richiesta<sup>1046</sup>.

Eppure le registrazioni e i verbali di cui è vietata l'utilizzazione, salvo che costituiscano corpo del reato, sono distrutti, su ordine del giudice secondo articolo 271 comma 3 c.p.p. e sotto il suo controllo, articolo 269 comma 3 c.p.p.

In tema di distruzione delle registrazioni delle conversazioni telefoniche intercettate e ritenute irrilevanti ai fini del procedimento, richiesto dall'interessato a tutela della propria riservatezza è necessario prima di decidere sull'istanza che sia esaurita la procedura prevista dall'articolo 268 c.p.p.. Il solo deposito degli atti e la conseguente possibilità da parte degli indagati di prenderne visione e di ascoltare il testo delle telefonate non è sufficiente per poter procedere immediatamente all'esame della richiesta.<sup>1047</sup> Ma la procedura per la distruzione della documentazione relativa ad intercettazioni telefoniche ritenute non necessarie deve avvenire nel contraddittorio di tutte le parti interessate e non solo degli interlocutori delle conversazioni in esame. La Suprema Corte ha ritenuto che nel disciplinare tale procedura il 1° comma dell'articolo 61, 140 c.p.p.- tramite il rinvio all'articolo 269 c.p.p.- richieda ai sensi del 2° comma di tale disposizione, l'applicazione della formalità previste dall'articolo 127, c.p.p. con la conseguenza che le parti processuali non avvisate sono in grado, ai sensi del 7° comma dell'articolo 127 c.p.p., di presentare ricorso in cassazione avverso l'ordinanza emessa dal g.i.p. al termine della procedura stessa<sup>1048</sup>.

Il termine all'utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi è necessario al fine di evitare la trasformazione dell'intervento del giudice in un'autorizzazione in bianco, incompatibile con l'articolo 15 Cost.<sup>1049</sup>. Il limite di utilizzazione non dovrebbe operare quando tra i procedimenti esista una connessione che ne giustificherebbe la riunione.<sup>1050</sup> Però non è un problema di rapporti tra procedimenti quanto di fatti di vicende in relazione alle quali l'intercettazione viene autorizzata<sup>1051</sup>.

Se deve segnalare che il divieto di utilizzazione posto dall'articolo 271 comma 1 c.p.p. si riferisce a qualsiasi intercettazione abusiva inoltre a quella illecitamente compiuta da privati<sup>1052</sup>.

Diversa è la previsione che regola la utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni regolarmente disposte, essi valgono solo nel procedimento in relazione al quale le intercettazioni sono state ordinate e non possono essere utilizzati in procedimenti penali diversi. Salvo che non siano dispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. In questa ipotesi e ai fini della prescritta utilizzazione parziale i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono

<sup>1046</sup> Cass. Sez. I, 30 marzo 1993, Grosoli, m. 194010 (inedita).

<sup>1047</sup> Cass. 30 aprile 1997, Tosti, in *A. n. proc. pen.* 1998, p. 296.

<sup>1048</sup> Cass. 5 febbraio 2007, Guido ed. a. in *A. n. pen.* 2008, p. 112.

<sup>1049</sup> Cass. cost. 24 febbraio 1994, n. 63 (inedita).

<sup>1050</sup> "In materia di intercettazioni telefoniche, le condizioni di validità delle operazioni vanno valutate con particolare rigore, poiché esse sono commisurate a un diritto personale di carattere inviolabile previsto dall'art. 15 Cost., quale è quello della libertà e della segretezza delle comunicazioni, sicché il giudice deve fornire concreta dimostrazione del corretto uso del potere conferitogli tramite un'adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo. Ne consegue che detto obbligo motivazionale non può ritenersi assolto con il ricorso a citazioni o perifrasi apodittiche del contenuto delle norme che disciplinano l'assunzione del mezzo probatorio, né con il mero richiamo del contenuto delle richieste inoltrate dagli organi investigativi" (Cass., Sez. VI, 25 novembre 2003, n. 727, inedita).

<sup>1051</sup> D. POTETTI, *L'art. 270 del codice di procedura penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova*, in *Riv. Pen.* 1993, p. 785.

<sup>1052</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, p. 209 ss.

depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento penale. La quale assicurerà agli interessati l'esercizio del diritto di difesa. Esempio sarebbe l'esame degli atti, l'ascolto delle registrazioni, la presenza alle operazioni di trascrizione<sup>1053</sup>.

Il magistrato del pubblico ministero altrettanto i difensori delle parti hanno facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento penale in cui le intercettazioni furono autorizzate, articolo 270 c.p.p.

La deroga autorizza a prescindere in alcune ipotesi sia dai presupposti che dal preventivo intervento autorizzato del giudice e in altre a consentire intercettazioni di maggior durata<sup>1054</sup>.

Intercettazioni in deroga sono consentite, giacché le indagini hanno ad oggetto un delitto di criminalità organizzata, un delitto per cui procede la direzione distrettuale antimafia o un reato di minaccia con il mezzo del telefono.

Intercettazioni in deroga sono, alcune forme di intercettazione telefonica preventiva ancora tollerate dal legislatore come retaggio di disposizioni in proposito contenute nel codice precedente. Dobbiamo ricordare rispetto alle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche l'articolo 266 *bis* c.p.p.. Ma l'intercettazione di flussi telematici riconducibili ad un determinato utente mediante la procedura di monitoraggio del percorso, disposta dal g.i.p. comporta la legittima captazione dei flussi informatici gestiti dal soggetto titolare di un determinato nome utente che contraddistingue sia l'account di posta elettronica che quello di commissione<sup>1055</sup>.

Nell'attuale formulazione, la norma consente, applicazioni che non richiedono l'introduzione clandestina nel domicilio al fine di installare gli apparecchi di intercettazione<sup>1056</sup>. Altre all'impiego di microfoni direzionali che pare consentano di intercettare le conversazioni a distanze anche notevoli, vanno considerate le seguenti possibilità: installazione di apparecchi di intercettazione capaci di captare attraverso le pareti le conversazioni in corso in alloggi confinanti; introduzione di microfoni – spia nascosti all'interno di oggetti spediti o comunque inviati presso il domicilio interessato; applicazione di microfoni spia su oggetti personali di alcuno dei frequentatori del domicilio interessato; il domicilio può essere violato con le garanzie giurisdizionali soltanto allo scopo di eseguire ispezioni perquisizioni o sequestri. Importante è la opinione della dottrina e la giurisprudenza costituzionale che affermano che è esclusa la possibilità di limitare la libertà domiciliare con provvedimenti diversi da quelli espressamente indicati nell'articolo 14 C. Cost.<sup>1057</sup>.

#### IV.4.5. *Inquadramento dell'attività dell'agente segreto*

L'analisi sviluppata ha condotto alla delimitazione delle video –riprese occulte tanto dei mezzi di indagine affini quanto dalle riprese realizzate dai privati. Si è osservato che personale degli organi di polizia, opportunamente dissimulati, prendano parte all'attività da registrare. Non è per niente chiaro quale sia la corretta qualificazione di una simile operazione né se ad essa si addica una considerazione unitaria o una differenziazione in ragione delle variabili esecutive. L'argomento a differenza del caso delle captazione foniche, non ha formato oggetto di pronunce giurisprudenziali però è destinato ad imponesse all'attenzione dell'interprete e produrre difficoltà. È possibile

---

<sup>1053</sup> M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, Milano, 2000, III ed.

<sup>1054</sup> M. FERRAIOLI, *op. cit.* 2000, III ed. p. 472.

<sup>1055</sup> Cass. 14 febbraio 2005, Palmara, in *A. n. proc. pen.* 2006, p. 452.

<sup>1056</sup> L. VELANI, *Nuove tecnologie e prova penale*, in *Giur. It.* 2003, p. 2373.

<sup>1057</sup> C. Cost. 23 giugno 1969, n. 104 (inedita).

inscrivere tali tecniche di investigazione entro un inquadramento teorico che tenga conto alcuni distinzioni<sup>1058</sup>.

Prima possiamo dire che dobbiamo riguardare l'oggetto di apprensione; compiere la captazione di immagini per così dire mute, mediante una microscopia visiva; impiegare uno strumento in grado di includere il dato fonico. Anche è importante segnalare il profilo della serietà dell'operatore è la modalità di apprensione potendo l'agente trasmettere ad una centrale operativa in tempo reale quanto captato cioè limitarsi ad una registrazione<sup>1059</sup>.

Tuttavia si fossi una captazione esclusivamente visiva, l'operazione non potrà ricondursi al novero dei mezzi di ricerca della prova atipici. Questa qualificazione è il risultato dalla limitazione al dato visivo a prescindere dal tipo di attività filmata e dal grado di protezione che l'ordinamento riservi al luogo di esecuzione<sup>1060</sup>.

Altro problema di maggiore significato investigativo è che questa è un'attività complessa. Alla sua utilità concorrono due canali conoscitivi incorporati nel medesimo dispositivo. Uno atipico è destinato a filmare le immagini; l'altro che consente l'ascolto delle conversazioni non si presta ad un inquadramento unitario. L'ultimo caso dipende dalla sussistenza dei requisiti che definiscono l'istituto di cui all'articolo 266 c.p.p., in particolar modo la riservatezza della conversazione e la terzietà dell'operatore. Nel caso che l'analisi sia positivo, non vi sono ostacoli a ravvisare nella componente fonica una intercettazione, come tale soggetta alla relativa disciplina. La qualifica di tali elementi è diversa<sup>1061</sup>.

La registrazione di una comunicazione da parte di uno degli interlocutori, priva d'idoneità a escluderne la conoscibilità da parte di terzi, lasciando il concetto di intercettazione e in assenza di un istituto tipico di riferimento se ne dovrà affermare l'atipicità. Il riferimento alla terzietà è importante perché la Corte di Cassazione esclude l'ammissibilità dell'operazione perché l'agente che si limiti a registrare il colloquio a cui prende parte, violi o eluda le previsione di cui agli articoli 62;63 comma 2; 195 comma 4 e 203 c.p.p.<sup>1062</sup>.

Nonostante nell'impossibilità di invocare una qualificazione ai sensi dell'articolo 266 c.p.p. si dovrebbe, ripiegare sulla categoria residuale dell'articolo 189 c.p.p. e diversi sul piano della legittimità in funzione del luogo di esecuzione delle riprese. Tuttavia senza limiti in spazi pubblici e consentite previo provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria in quelli riservati<sup>1063</sup>.

Dovrebbero precludere negli ambienti protetti dall' articolo 14 Cost. Sotto pena di inutilizzabilità dei risultati.

Dobbiamo dire che documentare gli atti investigativi compiuti mediante videocamera coinvolge la definitiva risoluzione delle premesse teoriche in ordine alla linea di demarcazione in dottrina anche incerta in sede giurisprudenziale tra i mezzi che assicurano la memoria degli atti e il documento inteso quale mezzo di prova<sup>1064</sup>.

In presenza della videoregistrazione di atti sprovvisti di comunicazioni non riservate troverà applicazione la previsione dell'articolo 189 c.p.p.. Ma in difetto di una normativa specifica, per la modalità di documentazione dobbiamo ripiegare sulla previsione generale di cui all'articolo 357 c.p.p. Giacché le riprese occulte si svolgano

---

<sup>1058</sup> A. LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Milano, 2002.

<sup>1059</sup> A. MORGIGNI, *L'attività della polizia giudiziaria*, Milano, 2002.

<sup>1060</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 218 ss.

<sup>1061</sup> G. RICCI, *Le prove atipiche*, Giuffrè, 1999, p. 535 -537.

<sup>1062</sup> Cass. Sez. Un. 28 maggio 2003, Torcasio (inedita).

<sup>1063</sup> Cass. Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco (inedita).

<sup>1064</sup> F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni per immagini*, in *Giur. Cost.* 2002, p. 2188.

negli suazi domiciliari, l'indirizzo in esame non riconosce l'intercettazione quale legittimo strumento investigativo. Dovrà farsi esclusivo riferimento non soltanto in ordine ai presupposti dell'atto investigativo ma anche per la sua documentazione<sup>1065</sup>.

Una captazione atipica comunque fosse realizzata sarebbe illegittima e la relativa memorizzazione, compiuta sarebbe inutilizzabile.

Qualora l'operazione investigativa prende carattere complesso per il fatto di coniugare una intercettazione con le video riprese non si potrà fare applicazione delle previsioni relative alla prima con gli adattamenti imposti dalla presenza della immagini<sup>1066</sup>.

## CAPITULO V – LOS MEDIOS DE PRUEBA EN ESPAÑA E ITALIA

### V.1. Los medios de prueba en España

#### V.1.1. Régimen legal

Los medios de prueba<sup>1067</sup> en España se encuentran regulados en diversas Leyes, siendo la principal la propia LECrim., reglamentación específica que debido a sus deficiencias ha de ser completada por otras disposiciones tales como la LEC u otras Leyes de contenido sustancial como el propio CC y el CP.

Con carácter general, el tratamiento legal de la prueba queda como sigue:

- La prueba documental se regula en los arts. 726 y ss de la LECrim., lo cual no impide que deba tenerse también en cuenta la definición que de documento se efectúa en el art. 26 del CP, así como la clasificación de los documentos que se lleva a cabo en el CC (art. 1216 y 1225).

- La pericia se contempla en los arts. 456 a 485 de la LECrim. (Título I del Libro III) y los arts. 723 a 725 (Título III del Libro III).

- La prueba testifical se corresponde con el Capítulo V del Título V, Libro II, de la LECrim. (art. 410 y ss.) y el Título III del Libro III (arts. 701 y ss.).

- En el caso de los indicios debemos recurrir principalmente al art. 741 de la LECrim. y a los arts. 1249 y 1253 del CC, preceptos estos últimos que, a pesar de su derogación, nos brindan un valioso aporte al concepto de esta prueba.

#### V.1.1.1. Prueba documental

La prueba documental es un medio de prueba esencial en el delito de blanqueo de capitales, como lo pone en evidencia numerosas sentencias sobre el tema.

Dentro del concepto de documento se incluyen no sólo los papeles escritos, sino también cualesquiera otros objetos o materiales que representan o dan a entender algo

---

<sup>1065</sup> A. LAORONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Milano, 2002.

<sup>1066</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 222.

<sup>1067</sup> L. MORILLAS CUEVA, *Derecho Penal. Parte General*, vol. I, p. 50. cit. : “La importancia del estudio del Derecho Penal junto con el sistema procesal es de vital importancia en la aplicación práctica del Derecho. El Derecho material va de la mano del Derecho formal”.

que tiene interés probatorio<sup>1068</sup>, tanto en papeles no escritos (planos, croquis, dibujos, proyectos técnicos, fotografías, etc.) como en otros soportes materiales cuyo contenido puede ser perceptible por la vista, el oído o el tacto mediante el uso de medios técnicos adecuados (rollos fotográficos o cinematográficos, vídeos, discos, cintas magnetofónicas, disquetes o discos compactos para ordenadores, etc.)<sup>1069</sup>.

El punto de partida en la definición del documento a efectos penales se encuentra en el art. 26 del Código Penal, donde se define al documento como:

“...*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.*”

Podemos decir que a efectos penales es la resultante de combinar un soporte material y datos, hechos o narraciones caracterizándose por ciertos rasgos, que serán expuestos más adelante<sup>1070</sup>.

Por su parte, el TS en Sentencia de 10 de noviembre de 1995 también nos ofrece un concepto perfectamente válido de documento que se define como aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados por los medios legalmente previstos<sup>1071</sup>.

---

<sup>1068</sup> STS 22 de enero de 1998, (RJ 78/1998),...”Por lo tanto, si el documento tiene que constituirse mediante una declaración humana de forma razonablemente perdurable, pues de lo contrario no podría entrar en el tráfico jurídico y su finalidad probatoria no llegaría a conseguirse, no se ve obstáculo para reservar sólo al papel la posibilidad de ser soporte físico de la corporeización de dicha declaración. Cualquier otro soporte de idéntica vocación indeleble puede ser susceptible de considerarse documento y, por tanto, ser susceptible de falsificación; así, una grabación en vídeo o cinematográfica o sonora (disco o cinta magnetofónica). Lo que sucederá es que algunos de estos soportes, en ocasiones, pueden ser poco fiables; su susceptibilidad de manipulación, sin que se advierta la misma, puede ser grande. Ahora bien, si en el caso concreto esa posibilidad no se ha podido dar, no existe obstáculo para admitir un documento así materializado. Hoy día, empero, la pretendida fiabilidad del papel ha desaparecido y todos los documentos son igualmente vulnerables, por lo que ese pretendido requisito no puede ser *conditio sine qua non* para dejar de admitir lo que es de uso común en el tráfico jurídico”.

<sup>1069</sup> C. CLIMENT DURAN, *La prueba penal*, Valencia, 1999, p. 336.

<sup>1070</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo 78/1998, de 22 de enero (Sr. Montero Fernández-Cid), en la que se exponen in extenso los elementos integrantes del concepto de documento a efectos penales, con especial consideración de lo establecido en el artículo 26 del Código Penal, aunque en puridad es extensivo a cualquier otro ámbito jurídico. Así, se dice que en reiterada serie de sentencias viene estimando que en la actualidad el concepto ya legal (artículo 26 del nuevo Código Penal) se integra por las notas siguientes: que se trate de un documento en sentido estricto, entendiéndose por tal el escrito, en sentido tradicional, o aquella otra cosa que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo, por ejemplo, un disquete, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc., con un criterio' GÓMEZ COLOMER, J. *Derecho jurisdiccional*, tomo II, vol. I, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1981, p. 255, señala que «cualquier definición de documento es válida siempre que' refleje a su autor, al material y su contenido. Así, podríamos decir que documento es un objeto, por tanto, algo material, de naturaleza real, en el que consta por escrito una declaración de voluntad de una persona o varias, o bien la expresión de una idea, pensamiento, conocimiento o experiencia.»

<sup>1071</sup> L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 2ª ed. Aranzadi, 1985, p. 709. Indica M. DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil español*, vol. I, 3ª ed, Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1951, p. 494, que si el documento está destinado a facilitar al Juez una representación permanente de los hechos que en él han de hacerse constar, «la experiencia enseña que tal representación puede ser directa (la fotografía, la impresión fonográfica) o indirecta (como en la escritura en sentido amplio, que supone ya una traducción, más o menos fiel, de los hechos que el Juez ha de percibir indirectamente, esto es, a través de la persona que autoriza el documento).» Podemos remitirnos a MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., *Las falsedades en documentos oficiales*, en *Las falsedades documentales*, en *AA.VV.* (BENÉYTEZ MERINO, L., MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., LUZÓN CUESTA, J. M., SOTO NIETO, F., Y VARGAS CABRERA, B.), Granada, 1994, p. 83 y ss.



Siendo una característica esencial del documento la aseveración de su contenido sin necesidad de otros medios probatorios<sup>1072</sup>, con carácter previo deseamos subrayar que no gozarán de esta naturaleza ni los atestados policiales<sup>1073</sup>, ni los informes de la Guardia Civil<sup>1074</sup>, ni, por supuesto, los informes médicos<sup>1075</sup> o la diligencia de autopsia<sup>1076</sup>. Se tratará de actos documentados, cuya eficacia probatoria pasará por su debida incorporación al juicio oral a través del medio de prueba personal legalmente establecido, testifical o pericial.

El Código Civil en su artículo 1216 se refiere al documento público que son aquellos autenticado por un notario público o empleado competente.

El mismo cuerpo legal en su artículo 1225 se refiere al documento privado reconocido legalmente tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscripto y sus causahabientes.

Acerca del documento son destacables los siguientes aspectos:

A) El documento al ser una materialización, debe constar en un soporte indeleble<sup>1077</sup>.

No hay documento sin un soporte material que sirva para portar la información contenida. Este soporte está integrado por dos elementos, de un lado la materia o sustancia que es el sustento físico del documento (papel, cinta, disco etc.) y del otro lado los signos expresivos del lenguaje empleados para transmitir la información (escritura, imagen, sonido etc.)<sup>1078</sup>.

El documento escrito es el documento por antonomasia, actualmente este carácter lo tienen otros documentos diverso de los escritos. Cualquier otro soporte de vocación indeleble puede considerarse documento por consiguiente susceptible de falsificación. Es el caso de una grabación en video o sonora o cinematográfica, aunque en algunos casos estos soportes son poco fiables, algunos pueden ser fácilmente manipulados. Pero la fiabilidad del papel se ha perdido y todos los documentos son igualmente vulnerables, de manera que ese requisito no puede constituirse en una condición que se exija para dejar de admitir lo que es de uso común en el tráfico<sup>1079</sup>.

B) Otro elemento importante es que debe tener procedencia humana, es decir el documento es atribuido o atribuible a una persona.

En principio es indiferente si se trata de una manifestación de voluntad o una declaración de conocimiento por ejemplo un certificado médico, siempre que su autor sea un ser humano<sup>1080</sup>. Ello tendrá como consecuencia necesaria que haya que establecer un autor determinado o determinable. Se excluye por lo tanto un documento anónimo, es decir que no sea atribuible a nadie por no constar expresamente su autor<sup>1081</sup>. La deducción del autor debe realizarse a través de los sentidos, no a través de mecanismos diversos como una prueba grafológica, pruebas dactilares, etc.

C) El contenido de la declaración debe ser comprensible de acuerdo a los usos sociales, es decir que tenga significado en sí mismo. Un documento extranjero con efectos en España, es documento y su falsedad punible. Sin embargo un escrito

---

<sup>1072</sup> STS del 9 de febrero de 1995 (RJ 801/1995).

<sup>1073</sup> STS del 31 de octubre de 1995 (RJ 7698/1995).

<sup>1074</sup> STS del 19 de enero de 1994 (RJ 7419/1994).

<sup>1075</sup> STS del 16 de marzo de 1996 (RJ 1916/1996).

<sup>1076</sup> STS del 25 de noviembre de 1991 (RJ 8549/1999).

<sup>1077</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 292.

<sup>1078</sup> C. CLIMENT DURAN, *La prueba documental en el proceso penal*, Valencia, 1999, p. 339.

<sup>1079</sup> C. CLIMENT DURAN, *La prueba documental en el proceso penal*, en *Poder Judicial*, n. 41 – 42, 1996.

<sup>1080</sup> C. CLIMENT DURAN, *La prueba documental en el proceso penal*, cit. p. 340.

<sup>1081</sup> C. CLIMENT DURAN, *La prueba penal (doctrina y jurisprudencia)*, Valencia, 1998, p. 343.

encriptado no se considera documento, ya que con su confección se pretende todo lo contrario, es decir que no signifique nada para quien no posea la clave, a no ser que se descrypte. En definitiva podemos sostener que son documentos todas aquellas declaraciones de voluntad o de conocimiento que se confeccionen por procedimientos manuscritos, electrónicos o lógicos y que puede ser entendidos bien directamente bien mediante el uso de dispositivos o medios que están a disposición de cualquiera, ya fueran ordenadores, fax, Internet, entre otros<sup>1082</sup>.

D) El documento válido es el documento original, por consiguiente se dejan de lado las copias y fotocopias. Aunque esta afirmación es cada vez más relativa al aumentar el tráfico jurídico y el número de documentos. A ciertos documentos que no son originales se les reconoce su valor documental bajo ciertas condiciones, es el caso de la copia de una demanda (art. 525 de la LEC) o la copia autenticada por un sujeto provisto de fe pública, como secretarios, notarios etc.<sup>1083</sup>

*“... la fotocopia de documentos es un medio de reprografía hoy admitido en el tráfico jurídico que puede alcanzar autenticidad una vez cotejada con el original por fedatario público.”<sup>1084</sup>*

Lo mismo se sigue respecto a las comunicaciones remitidas vía fax no autenticadas<sup>1085</sup>

#### V.1.1.1.1. El documento privado. Valor probatorio

Es necesario que el documento privado sea reconocido por su firmante para tener valor probatorio<sup>1086</sup>.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de mayo de 1989 declaró:<sup>1087</sup>

*“...el documento privado para hacer prueba en juicio debe reunir un mínimo de garantías materiales de expresión de voluntad formalmente emitida sobre la obligación a que se refiera, tales como legibilidad, datación de fecha, identificación de partes, comprobabilidad de firmas, contenido concreto finalístico; tipificable que le permitan surtir efectos fidedignos al fin de que se trate; además de la forma especial exigida por la ley cuando se trate de contrato así regulados.”*

Pero debe tenerse también en cuenta que el documento privado por sí mismo no los documentos narrativos son aquellos que reflejan acredita su legitimidad, ni su veracidad, su calidad de real y de cierto depende de la aseveración en plenario de su autor<sup>1088</sup>.

#### V.1.1.1.2. El documento narrativo. Valor probatorio

La constatación por escrito de pruebas testimoniales, que no se practican oralmente y con observancia del principio de inmediación deben ser valoradas por el

<sup>1082</sup> N. GONZALEZ et.al, *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006.

<sup>1083</sup> E. GOMEZ ORBANEJA – V. HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., Madrid, 1975, p. 26.

<sup>1084</sup> STS del 18 de julio de 1987 (RJ 5555/1987); 25 de febrero de 1997 (RJ 1737/1997).

<sup>1085</sup> STS del 30 de abril de 1998 (RJ 4254/1998).

<sup>1086</sup> STS del 13 de noviembre de 1996 ( RJ 8249/1996).

<sup>1087</sup> STS del 11 de mayo de 1989 (RJ 4170/1989).

<sup>1088</sup> STS del 31 de octubre de 1995 (RJ 7698/1995).

Tribunal. Este documento es el elemento necesario para el auxilio judicial cuando falte el principio de inmediación. La constatación escrita hecha ante el Juez instructor o la ratificación llevada a cabo ante la policía judicial en la declaración prestada por la víctima es el punto de análisis y de constatación por parte del Tribunal<sup>1089</sup>.

La jurisprudencia ha abordado su virtualidad probatoria respecto a diversos supuestos, tales como el reconocimiento del imputado efectuado antes del juicio oral,

*“... el reconocimiento entraba bajo los auspicios de tales aseveraciones en el juicio oral unidas a la doctrina del denominado documento narrativo definido en la sentencia antes citada toda vez que los reconocimientos de la persona del procesado fueron documentados en trámite sumarial y todo él fue admitido como prueba sui generis para el juicio oral”*<sup>1090</sup>.

O los testimonios procedentes de otras causas judiciales.

*“... no le fue recibida al procesado en el Juzgado declaración específica para la averiguación de los hechos que dieron origen a ese sumario, al constar por fotocopia testimoniada procedente de otro procedimiento”*<sup>1091</sup>.

#### V.1.1.1.3. Impugnación de la prueba documental

La impugnación de los documentos depende, fundamentalmente, de dos factores: el momento en que acceden al proceso (criterio de la temporalidad) y el cumplimiento de los requisitos legales para ello (criterio de la legalidad).

En sede jurisdiccional penal, los documentos pueden ser aportados como pieza de convicción a lo largo de la instrucción de la causa y, en el procedimiento abreviado, en el trámite de diligencias previas una vez abierto el juicio oral (art. 786.2 LECrim.). Fuera de estos momentos, no es posible la aportación de prueba documental<sup>1092</sup>.

Las partes pueden impugnar la autenticidad del documento, en cuyo caso operan las reglas previstas al respecto en la LEC. Situación extrema es la que se plantea cuando la prueba documental es impugnada en una acción de falsedad. En esta tesitura hemos de distinguir entre falsedad ideológica y material. La falsedad ideológica se refiere a la inexactitud del contenido del documento, se impugna la veracidad del documento, es decir la concordancia del contenido del documento con la realidad. La falsedad material, se refiere a la autenticidad del documento y a los demás extremos cubiertos por la fe pública (hecho, acto o estado de cosas documentadas, intervinientes y fecha). Se comete también falsedad documental simulando un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad (art. 390.1, 2·Código Penal), mediante la invención, falsificación completa de todo o parte de un documento previamente inexistente<sup>1093</sup>.

#### A. La prueba documental en el juicio oral

---

<sup>1089</sup> J. DÍAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Madrid, 1999.

<sup>1090</sup> STS del 27 de enero de 1987 (RJ 465/1987).

<sup>1091</sup> STS del 30 de noviembre de 1987 (RJ 8631/1987).

<sup>1092</sup> J. DÍAZ CABIALE, *op. Cit.*

<sup>1093</sup> J. SILVA SANCHEZ, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Barcelona, 2006, p. 294.

En el caso de la prueba documental debemos recordar que no cabe en fase de conclusiones de juicio oral aportar nueva prueba documental, la cual no haya sido propuesta oportunamente, tampoco se podrá suspender el juicio para oficiar el Tribunal en solicitud de la misma<sup>1094</sup>.

La práctica de la prueba documental consiste en documentos convencionales en soporte papel pudiendo producirse mediante su lectura en el acto del juicio, lectura la cual será sometida, a contradicción de las partes. Asimismo es necesario recalcar que la eficacia de la prueba documental requerirá su examen "de visu" por el Tribunal, examen sometido a contradicción -y valoración en fase de conclusiones- siendo conveniente o necesario que dicho acto pueda realizarse, siempre que la misma no afecte a la esencia de la prueba, a través de medios de proyección o ampliación, en virtud de la eficacia de dicho principio de contradicción<sup>1095</sup>.

#### V.1.1.2. Prueba pericial

El concepto legal de prueba pericial<sup>1096</sup> se contiene en los arts. 456 a 485 y los arts. 723 a 725 LECrim. y bien puede definirse como aquella que tiene por objeto la aportación de máximas de experiencia que el juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de hechos concretos objeto del debate<sup>1097</sup>.

La doctrina más prestigiosa admite que, salvo peculiaridades accidentales, no existen diferencias entre la pericia civil y la penal. El proceso penal presenta, como particularidad digna de mención, la pericia practicada en fase de instrucción sumarial, que se sujeta a unas reglas muy específicas, tal y como más adelante se verá; pero la prueba pericial practicada en la fase plenaria del proceso penal no ofrece especialidad alguna que la diferencie verdaderamente de la pericia practicada en el proceso civil<sup>1098</sup>.

Los peritos son terceros, es decir no intervienen en el proceso como partes, sino que prestan su colaboración con el Tribunal en virtud de los conocimientos especializados que poseen, pudiendo ofrecer determinadas conclusiones para el enjuiciamiento de los hechos que no son vinculantes para el juzgador<sup>1099</sup>. El perito informa, asesora, descubre al Juez los procesos técnicos o las reglas de experiencia de las cuales él puede carecer pero nunca le sustituye. Es un colaborador importante, mas no determinante por sí mismo de la resolución judicial. En palabras de FONT SERRA, la prueba de peritos "consiste en una declaración de ciencia, pues el perito no hace otra cosa que manifestar sus percepciones, sus deducciones o sus percepciones y deducciones a la vez, obtenidas a través del prisma de sus conocimientos especializados"<sup>1100</sup>.

Para la admisión de la prueba deben observarse las formalidades legales entre las que se encuentra la designación de los peritos en los escritos de calificación provisional,

<sup>1094</sup> STS de 29 de septiembre de 1998 (RJ 7368/1998).

<sup>1095</sup> V. FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, 1990.

<sup>1096</sup> E. FONT SERRA, *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona, 1975, p. 19.

<sup>1097</sup> E. GOMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Madrid, 1976, p. 354

<sup>1098</sup> E. FONT SERRA, *La prueba de peritos en el proceso civil español*, Barcelona, 1975, p. 19.

<sup>1099</sup> M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Madrid, 1993, p. 702, que : "las normas de experiencia de que se halla provisto el perito en virtud de sus conocimientos técnicos o artísticos han de adecuarse al hecho concreto de que se trata, por lo que ha de introducir un elemento o hecho indicador que la permita la aplicación a un caso concreto de las normas de experiencia; la menor, el hecho incierto obtenido del examen del objeto, de la peritación, y la conclusión, que es el dictamen en sentido estricto".

<sup>1100</sup> E. FONT SERRA, *op. cit.* p. 16.

máxime cuando se pretende la práctica anticipada de la prueba o resulta determinante para la suspensión del juicio oral<sup>1101</sup>.

Pero debemos tener en cuenta que la necesidad de realizar un informe pericial está condicionada a que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia de importancia en las actuaciones sea necesario o conveniente conocimientos científicos o artísticos o practicar operaciones o análisis desarrollados conforme a los principios y reglas de una ciencia o arte<sup>1102</sup>.

Un peritaje supone la realización de diversas actividades que consisten en la descripción del objeto a peritar, la relación de las operaciones técnicas efectuadas y las conclusiones obtenidas o dictamen. Esto se encuentra claramente establecido en la LECrim y está doctrinariamente reconocido por unanimidad<sup>1103</sup>.

Según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la actividad pericial comprende un acto pericial (así llamado en los arts. 474, 476 y 477 de dicha Ley) y un informe pericial (art. 478)<sup>1104</sup>.

El acto pericial comprende el reconocimiento o percepción del objeto a peritar, la realización de las necesarias operaciones técnicas o análisis, y la deliberación y redacción de conclusiones como sigue<sup>1105</sup>:

1) El reconocimiento o percepción del objeto a peritar consiste en “*la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle*” (art. 478.1). Tengamos en cuenta que las partes asistentes al reconocimiento podrán hacer a los peritos las observaciones que estimen convenientes, todas las cuales se harán constar en la diligencia que se levante para que conste la realización de tal reconocimiento (art. 480).

2) Las operaciones técnicas o el análisis a realizar por el o los peritos son todas aquellas actividades especializadas, ciencia, arte o práctica del perito o de los peritos actuantes, las cuales permiten hacer unas apreciaciones o valoraciones específicas, que ayudan al juez en su tarea (arts. 478.2 y 479).

3) La deliberación y la redacción de conclusiones es la consecuencia final de todo lo anterior, y supone una exposición racional e inteligible de los resultados derivados de los análisis y operaciones realizadas por los peritos conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte (art. 478.3). Las aclaraciones que ulteriormente puedan dar a las preguntas que les formulen las partes o sus defensores “*se considerarán como parte de su informe*” (art. 483).

El informe pericial no es otra cosa que la formalización por escrito de todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el art. 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>1106</sup>.

El informe pericial debe aportarse durante el sumario o antes del acto del juicio oral, y es necesario que se produzca con contradicción o con posibilidad de

---

<sup>1101</sup> STS del 23 de mayo de 1996 (RJ 4543/1996).

<sup>1102</sup> STS del 20 de abril de 1990 (RJ 3294/1990).

<sup>1103</sup> E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil* cit., p. 357, que “la práctica de la prueba pericial comprende: el examen, análisis, recogida de datos y estudio pertinente (reconocimiento); la deliberación de los peritos, y la emisión del dictamen”.

<sup>1104</sup> C. LESSONA, *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, traducido y anotado por E. Aguilera de Paz, tomo IV, 4a edición, Ed. Reus, Madrid, 1964, p. 689, señala que la prueba pericial no se divide en las dos partes —operaciones y dictamen— que habitualmente suelen mencionarse, sino que comprende varias: «la averiguación o comprobación material de las cosas o de las personas —las indagaciones y experimentos científicos o técnicos para comprar y valorar aquéllas, la discusión entre los peritos—y el dictamen o relación pericial.»

<sup>1105</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal, su práctica ante los tribunales*, Madrid, 1999.

<sup>1106</sup> C. LÓPEZ-PUIGCERVER, *Naturaleza jurídica de la pericia*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1951, p. 50.

contradicción. Pero la prueba pericial se produce en el acto de juicio oral, con acatamiento de los principios de oralidad, publicidad e inmediación y también con respecto al principio de contradicción que queda ultimado en este acto<sup>1107</sup>.

Es menester destacar una diferencia, la valorabilidad de la prueba y la valoración de la misma. La valorabilidad es el necesario paso previo que hay que dar para entrar en la valoración, porque solo puede ser valorada aquella prueba que reúne los requisitos para ello. Siendo susceptibles de valoración aquellas pruebas que han sido realizadas con sujeción al ordenamiento jurídico<sup>1108</sup>. El Tribunal Supremo se basa en la libertad del Juzgador en la apreciación de las pruebas, dirección que aún actualmente se sustenta<sup>1109</sup>.

En la actualidad constituye doctrina consolidada la de que en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los Gabinetes y laboratorios oficiales se propicia la validez *prima facie* de sus dictámenes e informes sin necesidad de su ratificación en juicio oral, siempre que no hayan sido objeto de impugnación expresa en los escritos de conclusiones. En estos casos han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria<sup>1110</sup>.

#### A. La prueba pericial en el juicio oral

La prueba pericial es regulada, para el proceso ordinario, en los arts. 723 a 725 LECrim. Debemos tener en cuenta que en el procedimiento abreviado, es suficiente con la intervención de un solo perito. Los peritos intervendrán juntos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos. En el supuesto de que para responder a las preguntas que les formulen las partes, precisen realizar un reconocimiento, lo llevarán a cabo en el propio local del Tribunal, si fuera posible. De no ser factible, se suspenderá por el tiempo necesario, sin perjuicio de que puedan continuar celebrándose otras diligencias de prueba en el intervalo.<sup>1111</sup>

Existe una reiterada doctrina jurisprudencial en virtud de la cual, cuando la prueba pericial deba emitirse por peritos encuadrados en organismos oficiales (Instituto Nacional de Toxicología, Gabinetes de Policía Científica de Policía Nacional y de la Guardia Civil) no será precisa su expresa ratificación en el acto del juicio oral a no ser que fuera solicitada por el Ministerio Fiscal o por las partes. En dicho sentido STS 15-9-1999,<sup>1112</sup> 30-5-1998,<sup>1113</sup> 6-5-1997<sup>1114</sup> y 30-5-1997<sup>1115</sup> que indican que "*el resultado analítico obtenido por peritos oficialmente asignados a estos menesteres en forma colegiada y gozando de la permanencia e inamovilidad del funcionario público con altos niveles de especialización y adscritos a organismos dotados de los medios costosos que exigen las modernas técnicas de análisis no necesitan ratificación a no ser*

<sup>1107</sup> C. CLIMENT DURAN, *La prueba penal*, cit. p.523.

<sup>1108</sup> STS del 14 de abril de 1989 (RJ 3189/1989).

<sup>1109</sup> STS del 18 de noviembre de 1966, RA 5002 : "En materia penal no hay prueba dirimente de peritos ni de clase alguna porque la función de dirimir o resolver es propia del Tribunal al pronunciar su fallo al proponerse su práctica sin la concurrencia de todos los peritos que se habían pronunciado con anterioridad, pero aunque esa unanimidad se lograra no sería decisiva a efectos penales, porque entonces serían los peritos los que resolverían y no el órgano jurisdiccional, que es el que ha de examinar todas las pruebas y del conjunto de ellas apreciadas libremente y en conciencia, dictar sentencia. La prueba es impertinente por considerarla una repetición de informes ya practicados."

<sup>1110</sup> SSTS de 18 de septiembre de 1995 (RJ 6379/1985).

<sup>1111</sup> GIMENO SENDRA V., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, p. 662 ss.

<sup>1112</sup> STS de 15 de septiembre de 1999 (RJ 7040/1999).

<sup>1113</sup> STS de 30 de mayo de 1998 (RJ 9206/1998).

<sup>1114</sup> STS de 6 de mayo de 1997 (RJ 4309/ 1997).

<sup>1115</sup> STS de 30 de mayo de 1997 (RJ 4547/1997).

que sea solicitada de modo concreto y con justificación de la necesidad por las partes interesadas". Debemos tener en cuenta el artículo 788.2 LECrim. el cual expresa :

*"... El informe pericial podrá ser prestado sólo por un perito.*

*En el ámbito de este procedimiento tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas".*

La jurisprudencia ha contemplado incluso el supuesto en que el informe pericial de un centro oficial no este firmado por el perito interviniente - en el caso de que se trate de un documento fotocopiado - señalando que los informes escritos surten plena validez en juicio aunque no consten firmados por el perito, señalando que *"al tratarse de un establecimiento en el que trabajan gran número de profesionales, basta con que los responsables del mismo transmitan a las autoridades que lo requieren, sus resultados"*<sup>1116</sup>.

Asimismo, también se ha considerado <sup>1117</sup> que en tales casos ni siquiera es preciso que el número de peritos sea el de dos que se exige como regla general en el procedimiento ordinario.

En relación de la pericial analítica de drogas tóxicas, el TS ha señalado<sup>1118</sup> que, cuando dicha prueba analítica haya sido realizada en el extranjero, procede dar lugar a la pretensión de la defensa de que se solicite del Centro extranjero una muestra de las sustancias analizadas a fin de poder ejecutar un contra-análisis en un Centro español. Otorgando así validez a la practicada en el extranjero al amparo del Convenio Europeo sobre Asistencia Judicial en materia penal de 1959.

### V.1.1.3. Prueba de testigos

La declaración del testigo ha de llevarse a cabo en presencia del órgano judicial, quien debe valorarla sin intermediación alguna ya que lo que realmente importa es la impresión inmediata del juez a la hora de recibir y apreciar la prueba<sup>1119</sup>. La oralidad y la inmediación del testigo permiten observar y captar por el Tribunal, no sólo la veracidad o la mendacidad de la declaración sino también el timbre de voz, reacciones emotivas, etc.<sup>1120</sup>. Esa intermediación desaparece si lo practicado en el sumario se convierte en prueba, pues el tribunal no logra su convencimiento de la impresión inmediata que le ha causado su relación sino de una referencia ajena a través de lo que ha quedado reflejado en su escrito por el juez instructor<sup>1121</sup>.

*"El valor de la persistencia en la declaración debe ser modelado porque lo natural es que el testimonio, según sus análisis críticos nunca es mimético y absolutamente coincidente. Por el contrario, una similitud o igualdad de las diferentes versiones no entran en los parámetros propios de la representación del pasado por la mente humana"*<sup>1122</sup>.

---

<sup>1116</sup> STS de 16 de enero de 1997 (RJ 183/1997).

<sup>1117</sup> STS de 10 de junio de 1999 (RJ 5436/1999).

<sup>1118</sup> STS de 15 de abril de 1997 (RJ 2826/1997).

<sup>1119</sup> I. EISNER, *La intermediación en el proceso*, Buenos Aires, 1963, p. 33ss.

<sup>1120</sup> F. GORFHE, *La crítica del testimonio*, 3ª ed., Madrid, 2003, p.63.

<sup>1121</sup> J. MONTERO AROCA, *El principio de oralidad y su práctica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en *Justicia*, n. II, 1983, p. 269 ss.

<sup>1122</sup> STS de 25 de noviembre de 2008 (*Tol 1413504*), FJ. 3º.

Cabe señalar que la verosimilitud del testimonio, en el sentido de que sea aceptable, por lógico y coherente, y, además, resulte corroborado externamente, lo que comportará una actividad de contraste entre las afirmaciones vertidas por el testigo con los demás datos de carácter objetivo que bien de una manera directa o bien de forma periférica sirvan de apoyo a sus manifestaciones<sup>1123</sup>.

*"...aunque es cierto que la apreciación probatoria de los medios de acreditación que se ofrecen y practican ante el Tribunal sentenciador, corresponde de forma exclusiva al mismo, sin que dicho órgano jurisdiccional pueda declinar la responsabilidad que esta materia le encomienda el art. 741 LECrim, desarrollo penal del art. 117 CE, no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmadura de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su forma de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en tabulaciones o inexactitudes, y lo mismo ocurre, como en el caso enjuiciado, cuando se trata de la declaración inculpatoria de deficientes mentales, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos) rindiendo su informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio referido, víctima de un delito de naturaleza sexual. Pero no basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración o, en su caso, declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión convectiva..."<sup>1124</sup>.*

Según los estudiosos, las seguridades del testimonio se colocan en tres categorías principales<sup>1125</sup>, siendo la primera la que atiende a la regulación de la ley, que necesariamente deberá dar al testigo los motivos más poderosos para cumplir con su obligación de declarar y de ser veraz; la segunda categoría tiene que ver con el modo de efectuar el interrogatorio y, por último, dar al Juez los medios para poder apreciar si el testigo es merecedor de confianza y su testimonio debe atenderse como exacto. En la primera categoría acostumbran a realizarse dos de las previsiones legales: el juramento y la publicidad de las deposiciones.<sup>1126</sup> El juramento es garantía que tiene su origen en las fuertes convicciones religiosas, pensando que la eventual sanción de esa naturaleza empuja a manifestar la verdad. Aunque nuestra LECrim (art. 434) indica que *"El juramento se prestará en nombre de Dios. Los testigos prestaran el juramento con arreglo a su religión"*, que Ley de 24 de diciembre de 2010 amplió a promesa, la relevancia actual de esa garantía de veracidad difícilmente podemos ligarla a las convicciones religiosas, e incluso encaja mal con el contenido del art. 16 de nuestra Constitución.

---

<sup>1123</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La valoración judicial...*, cit. p. 101-115, quien aboga por la generalización de los criterios interpretativos enunciados a cualquier declaración testifical, analiza pormenorizadamente la jurisprudencia relativa al concepto de "corroboración" destacando su enfoque casuístico y una creciente rebaja en su exigencia, al punto de que bastará con que *"la declaración esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración"* (p. 112).

<sup>1124</sup> STS de 31 de enero del 2005 (Tol 648719), F J 2º.

<sup>1125</sup> C. MITTERMAIER, *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*, 10º ed. Madrid, 1999.

<sup>1126</sup> V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, p. 659 ss.



El juramento o promesa se presta anticipadamente a la declaración y tras la admonición judicial (art. 433 de LECrim) de la obligación de ser veraces y de la respuesta penal para el supuesto de falso testimonio, aunque la eventual responsabilidad criminal por tal delito sólo se producirá cuando la declaración se presta en juicio (art. 715 de LECrim).<sup>1127</sup>

A los efectos que ahora nos interesan, el testimonio de los menores, la exigencia de prestación del juramento o promesa de decir todo lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado solamente opera a partir de los 14 años; testigo púber, dice el art. 433 de LECrim y testigo mayor de catorce años, dice art. 706 de LECrim. . La publicidad de las deposiciones tiene una regulación peculiar en nuestra Ley procesal. Mientras en fase de investigación el art. 435 indica que "*los testigos declararán separada y secretamente a presencia del Juez instructor y del Secretario*", la regulación de la prestación de testimonio en juicio oral realza la publicidad que, bajo pena de nulidad, previene el art. 680 de LECrim, con las salvedades que prevé para supuestos especiales<sup>1128</sup>.

En sede de instrucción, el claro contenido del art. 302 de LECrim choca con el tenor literal de los arts. 435, 448 y 489 de LECrim. Con el primero de manera palmaria, pues la declaración a la sola presencia del Juez y Secretario contradice el derecho que reconoce el citado art. 302 de LECrim a participar en todas las diligencias del procedimiento. De los otros parece deducirse que sólo en caso de imposibilidad de asistencia al juicio oral será preceptiva la presencia del imputado y de su defensa.

Esta interpretación, aunque se ha sostenido por alguna Circular de la Fiscalía General del Estado (8/1978), no es acertada y la práctica de diligencia de declaración del menor, sin posibilidad de participación en ella de la parte, debería considerarse nula, por contradecir las garantías del proceso. Así se deduce de la STC 66/1989, de 17 de abril, donde esa intervención procesal resulta del derecho de defensa del imputado en todas las fases del procedimiento, aunque pueda restringirse en supuestos especiales y extraordinarios (STC 44/1985)<sup>1129</sup>.

En juicio oral, la obligatoriedad de la presencia del acusado refuerza la exigencia de contradicción y defensa ya requerida en la instrucción. Pero además, la oralidad, la inmediatez y la publicidad, con alcances bien diferentes de la etapa anterior, son garantías ineludibles del juicio oral. Así, la LECrim, y toda la jurisprudencia, configuran la prueba en el juicio oral como actividad contradictoria, oral, pública y producida a presencia del Tribunal sentenciador.

La Ley, aparte de las exigencias de juramento o promesa de veracidad, de las admoniciones judiciales al testigo y de la publicidad, también establece algunas formalidades al interrogatorio del testigo, algunas que resultan fundamentales y lógicas y otras que no lo son tanto, sobre todo en función de la naturaleza del hecho sobre el que se depone<sup>1130</sup>.

Las iniciales manifestaciones sobre nombre y apellidos, edad, estado, profesión, conocimiento y eventuales relaciones con el acusado y demás partes, que establecen tanto el art. 436 como el art. 708, ambos de LECrim, permiten una primera aproximación al crédito del testigo, porque permiten enterarse de quién es el testigo y los posibles intereses que pudieran viciar su testimonio<sup>1131</sup>.

---

<sup>1127</sup> J. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, Valencia, 2008, p.333.

<sup>1128</sup> J. MONTERO AROCA ., *op.cit.*p. 332.

<sup>1129</sup> V. GIMENO SENDRA, *op. Cit.* p. 661 ss.

<sup>1130</sup> GÓMEZ ORBANEJA - HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Vol. I, *Parte General*, Madrid, 1979.

<sup>1131</sup> J. DÍAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, *op. Cit.*

El testimonio es una de las pruebas más relevante. Frecuentemente, dependiendo de la naturaleza del hecho y sobre todo cuando el testigo es la propia víctima y se trata de delito que acostumbra a realizarse con mucha privacidad, el testimonio será la única o principal prueba de cargo, de la que dependerá la decisión judicial sobre la culpabilidad del acusado. En todos los casos, pero especialmente en el expuesto, la fiabilidad de la prueba testimonial es trascendente, y saber por qué le otorgamos credibilidad es de sumo interés<sup>1132</sup>.

Como se ha visto, en nuestro ordenamiento no hay norma que establezca bases sobre la capacidad del testigo ni tampoco tasa legal o jurisprudencial sobre este aspecto, relegándose todo al terreno de la valoración de la prueba.

Ya señalan acertadamente los estudiosos de la psicología del test<sup>1133</sup>, la fiabilidad que se les concede depende en gran parte de las creencias que sobre ellos tengamos (teorías implícitas), y que éstas son frecuentemente erróneas en legos y operadores jurídicos, o al menos no tienen un contraste con datos empíricos.

La credibilidad de un testigo depende de la percepción que tengamos sobre la exactitud de su testimonio, y lógicamente a mayor credibilidad del testigo mayor es la credibilidad que otorgamos a su testimonio. Una de las creencias más extendidas es que la seguridad del testigo sobre su propio testimonio predice su exactitud. Este factor de evaluación sobre la credibilidad de un testimonio tiene gran arraigo. La gente lo admite como pronóstico de exactitud y también se admite como criterio en la jurisprudencia de los tribunales; es un argumento que frecuentemente se utiliza en las resoluciones judiciales para motivar la acogida que se da a determinados testimonios frente a otros.

Sin embargo, los estudios realizados, sobre todo cuando se refieren a deposiciones testimoniales y no a reconocimientos, nos muestran que la correlación confianza-exactitud es débil o presenta resultados contradictorios<sup>1134</sup>. En definitiva, el factor confianza en la propia declaración, aunque deba considerarse como indicativo de exactitud, no puede estimarse definitivo, siendo posible que otras variables pudiesen también predecir la exactitud del testigo; el tiempo de reacción pudiera ser uno y, a nuestro juicio, resulta más interesante la explicación del proceso por el que ha llegado al conocimiento de los hechos sobre los que depone. Los factores que con más frecuencia influyen en las valoraciones de exactitud del testimonio son las precedentes creencias que tengamos sobre la memoria de los testigos, lo que habitualmente está cargado de subjetividad, haciendo comparación con nuestra propia capacidad. También es razonable atender a la información verbal que aporta. La finalidad de este artículo no es exponer la evolución de la doctrina jurisprudencial en materia de intervenciones telefónicas, sino examinar cuál es en estos momentos el estado de la cuestión en la jurisprudencia, y los problemas que todavía penden de solución, algunos de los cuáles pueden dar lugar a indeseables consecuencias en una sociedad democrática (quiebra del principio esencial de preeminencia del derecho y vulneración de derechos fundamentales)<sup>1135</sup>.

La valoración de las contradicciones está sometida al criterio general de libre apreciación de la prueba consagrado en el art. 741 de la LECrim.<sup>1136</sup>. El Tribunal Supremo ha dicho que el órgano decisorio ponderará la mayor o menor verosimilitud de

---

<sup>1132</sup> V. MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, II ed., Madrid, 1997.

<sup>1133</sup> M. ALONSO QUECUTY, *Creencias erróneas sobre los testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal*, Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1977.

<sup>1134</sup> I. IBADE, *Factores que influyen en la relación confianza-exactitud de los testigos presenciales*. *Revista Española de Psiquiatría Forense, Psicología Forense y Criminología*. N.º 9, septiembre 1999.

<sup>1135</sup> V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1999.

<sup>1136</sup> STS de 6 de noviembre de 1993 (RJ 8289/1993).

las versiones contrapuestas<sup>1137</sup> incluso a través del contraste con otras pruebas<sup>1138</sup>, y puede dar mayor credibilidad una vez analizada la contradicción a la declaración inicialmente prestada en la instrucción<sup>1139</sup>, si en la ejecución de esta última se observaron todas las garantías exigidas por la Constitución y el ordenamiento procesal<sup>1140</sup>.

El principio de inmediación reclama la presencia del testigo en el juicio oral única forma de apreciar según el ex art. 714 LECrim las posibles contradicciones del deponente<sup>1141</sup>.

El órgano judicial debe descubrir si las contradicciones observadas en el debate son producto de la mendacidad del testigo o por el contrario son debidas a disfunciones de las operaciones mentales que conforman el testimonio: la percepción, la memoria y la deposición<sup>1142</sup>.

Percepción y memoria han de ser llevadas a la última operación mental mencionada: la valoración de la declaración testifical. En la declaración confluyen una serie de particularidades capaces de llamar la atención en el juzgador o en los demás intervinientes<sup>1143</sup>. Así sucede por ejemplo con las omisiones y mentiras del deponente, las exitaciones de los testigos producidas ya sea por el escenario donde tienen lugar, o por la llamada intoxicación de la palabra (desvíos, complicaciones, agregados, rectificaciones, verborreas, etc.) que se presenta principalmente en sujetos anómalos o enfermos mentales<sup>1144</sup>, el rubor de los testigos etc.<sup>1145</sup>.

Las reacciones emotivas de los testigos, junto con la disfunción de las operaciones mentales, constituyen las vertientes endógenas determinantes del testimonio. Las exógenas tienden a concurrir con aquéllas otras y suelen ser decisivas en la valoración efectuada por el juzgador, aspecto externo, forma de contestar, actitud durante el juicio, las típicas desventajas de un interrogatorio no previsto, los antecedentes penales<sup>1146</sup>, etc..

Las citadas variables condicionan la valoración<sup>1147</sup>, llevan a la defensa o a la acusación a captar matices psicológicos de quien juzga a los fines de reconducir mejor su actuación.

Es necesario destacar la imposibilidad de atacar la credibilidad de los testigos o las contradicciones de los mismos en casación<sup>1148</sup>, en apelación ante la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, en este último caso cuando de la causa ha conocido el Tribunal del Jurado<sup>1149</sup>.

La valoración a través de la lectura, de la declaración testifical constatada documentalmente es una valoración distinta de la efectuada cuando el órgano

---

<sup>1137</sup> STS de 29 de octubre de 1996 (RJ 8890/1996).

<sup>1138</sup> SSTS de 18 de febrero de 1997 (RJ 2208/1997).

<sup>1139</sup> SSTS de 3 de octubre de 1993 (RJ)

<sup>1140</sup> STS de 24 de enero de 1996 (RJ 293/1996).

<sup>1141</sup> M. GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, *La suspensión del proceso*, Córdoba, 1986, p.172

<sup>1142</sup> F. GORFHE, *La apreciación de la prueba*, Santiago de Chile, 1998, p.362.

<sup>1143</sup> I. FERNANDEZ ENTRALGO, *Prueba ilegítimamente obtenida*, en *Revista general de Derecho* n.493-494, año XLII, 1995, La Ley, p. 5 ss.

<sup>1144</sup> VALLEJO- NÁGERA J., *Introducción a la psiquiatría*, Barcelona, 1963, p. 35.

<sup>1145</sup> L. MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a una semiótica probatoria*, RDP, n.1, 1980, p. 174.

<sup>1146</sup> J. MARTÍNEZ – PEREDA, *El convencimiento judicial en el proceso penal español*, en *Revista de derecho judicial*, n. 13, 1963, p. 42 -43.

<sup>1147</sup> J. ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal*, Lima, 2008, p. 64 y 160- 161.

<sup>1148</sup> SSTS de 30 de marzo de 1998 (RJ 4081/1998).

<sup>1149</sup> J. ALEMAN CANO, *La prueba de testigos en el proceso penal*, Murcia, 2002, p. 258.

sentenciador tiene presente al testigo<sup>1150</sup>, ha pesar de haberse practicado dicha prueba con las garantías exigidas por el ordenamiento jurídico.

El órgano sentenciador valora la prueba sumarial anticipada no por impresión personal sino mediatizadamente. Así pues los clásicos dos momentos, intermediación de la prueba y valoración en función de la misma se volatilizan<sup>1151</sup>, por ello siempre es preferible, la comparecencia del testigo en la sala de vistas<sup>1152</sup>. En un sistema donde rige el principio de libre valoración no es posible determinar el grado de eficacia persuasiva de la prueba escrita<sup>1153</sup>. Pero los avances técnicos pueden proporcionar la reproducción audiovisual de la íntegra declaración del testigo. Los principios de intermediación y publicidad se salvan con la reproducción de las grabaciones en las sesiones de la vista oral y ofrecerían al juez o tribunal los mismos criterios de credibilidad<sup>1154</sup>.

Es por ello que podemos concluir diciendo que la comparecencia del testigo en la sala de vista es preferible a dar lectura de sus manifestaciones obrantes en el sumario, art. 730 LECrim. Esto es importante ya que es práctica habitual en el foro proceder indiscriminadamente a la lectura con quebranto manifiesto de los principios de intermediación, oralidad y contradicción<sup>1155</sup> y en segundo lugar porque la prueba practicada con la habitualidad descrita puede llegar a destruir la presunción de inocencia. La presunción de inocencia es una regla política en cuanto garantiza de manera específica la posición de libertad del imputado frente al interés colectivo en la justa represión penal<sup>1156</sup>.

#### A- La prueba de testigos en el juicio oral

El art. 704 LECrim, al referirse a los testigos que deban declarar en el juicio oral considera que permanecerán hasta su declaración en un lugar apropiado sin comunicación con los demás testigos ni con otra persona. En el caso de que dicha circunstancia no se produzca, lo que segura y necesariamente ocurrirá cuando la larga duración del juicio oral -o de la espera de los testigos-, o el número plural de sesiones, o cualquier otra circunstancia pudieran impedirlo, no será suficiente para denegar la audiencia del testigo ni para invalidar su testimonio. Debemos aquí diferenciar el caso de la validez que pueda merecer el testimonio, teniendo en cuenta el tiempo en que ha permanecido en Sala, las personas con las que se ha comunicado, las pruebas que ha podido presenciar a valorar fundadamente por el Tribunal en cada caso específico<sup>1157</sup>.

No siendo en ningún caso procedente acreditar, por vía testifical, situaciones que han sido objeto de la elaboración de documentos públicos (como, por ejemplo, un acta de entrada y registro<sup>1158</sup>, no considerándose admisible la comparecencia del Secretario Judicial en calidad de testigo).

---

<sup>1150</sup> P. FERRUA, *Oralità del giudizio e le letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 319 ss.

<sup>1151</sup> J. ASECIO MELLADO, *op. cit.* p. 25.

<sup>1152</sup> SSTS 30 de noviembre de 1989, (R 201/1989).

<sup>1153</sup> P. FERRUA, *op. cit.* p.340 ss.

<sup>1154</sup> J. MARTÍN PALLÍN, *Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal*, en *Poder Judicial*, número especial VI, 1989, p. 132.

<sup>1155</sup> M. JAEN VALLEJO, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987, p. 34.

<sup>1156</sup> M. PISANI, *Introduzione al processo penale*, Milano, 1988, p. 44.

<sup>1157</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, III ed. Madrid, 1999.

<sup>1158</sup> STS de 7 de noviembre de 1997 (RJ 7910/1997), 20 de diciembre de 1996 (RJ 9035/ 1996), 30 de septiembre de 1998 (RJ 6410/ 1998).

Debemos tener en cuenta que la LECrim hace remisión en materia de personas que tienen obligación de declarar, a lo dispuesto en los arts. 410 a 412 de la misma estableciendo que todos ellos deberán acudir personalmente ante el Tribunal, con la única excepción de las personas a que se refiere el art. 412.1 (personas de la Familia Real no exentas por el art. 411), las precedentemente señaladas podrán declarar por escrito, situación que se extiende a las autoridades mencionadas en el art. 412.2 que, en el caso de tener conocimiento de los hechos enjuiciados en virtud de su cargo, podrán consignarlo por medio de informe escrito<sup>1159</sup>.

Los testigos deberán prestar juramento o promesa, salvo a quienes con arreglo a los arts. 416, 417 y 418, no tengan obligación de declarar (arts. 716 y 717 LECrim). Posteriormente a dichos juramento o promesa seguirán las "generales de la Ley" a que se refiere el art. 436 LECrim y a continuación la parte que los propuso iniciará el turno de interrogatorio, al que se incorporará la parte contraria, pudiendo finalizar el Presidente ("por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal"). Teniendo en consideración que a la vista de las preguntas o repreguntas de las partes e incluso de las preguntas del Tribunal, se conceda a cada una de ellas un nuevo turno de intervenciones, que atento al principio de contradicción, debería extenderse a las demás<sup>1160</sup>.

La LOTJ prevé en su art. 46.1 que el Jurado pueda dirigir a los testigos, así como también a los peritos y a los acusados, a través de escrito que entregará al Presidente, el mismo expondrá previamente la pertinencia de las mismas, las preguntas que considere viables. Para una efectiva participación del Jurado en las pruebas, puede ser necesaria y conveniente que dicha posibilidad se "instrumentalice" mediante un "turno" específico dirigido al Jurado cuando finalicen los turnos de interrogatorio de las partes. El art. 711 hace remisión a los arts. 440, 441 y 442 en relación al interrogatorio de los testigos sordomudos o que no conozcan el idioma español, en dichas situaciones subsiste la obligación de que la declaración se consigne en las dos lenguas: la utilizada por el mismo y la versión al castellano (o lengua española oficial) realizada por el intérprete<sup>1161</sup>.

Pero tengamos en cuenta que en el caso de que la versión del testigo en el juicio oral sea diferente de aquella llevada a cabo en el sumario o en las diligencias previas es posible en virtud a lo dispuesto en el art. 714 LECrim, solicitar la lectura de aquélla por cualquiera de las partes. Efectuada la lectura, el Juez o Presidente solicitará al testigo a que explique dichas diferencias o contradicciones.

Pero existe un régimen especial en materia de contradicciones de testigos, es el que rige a acusados y peritos, establecido en el Tribunal del Jurado. La LOTJ (46.5) permite a las partes interrogarles sobre tales contradicciones, pero pueda darse lectura en el acto de la vista a tales declaraciones en fase de instrucción, pero las mismas se unirán al acta (y por tanto podrán ser vistas por el Jurado), siempre que las partes aporten, presentándolos en el acto del juicio, los correspondientes testimonios, que deberán obtener de "*motus proprio*" del Juzgado de Instrucción. La LOTJ, dice que: "*las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ella afirmados*". Por consiguiente su trascendencia en juicio no será otra que el desvirtuar, por contraste, la verosimilitud de lo declarado en el juicio oral, considerándose por probado lo declarado en fase de instrucción y no ratificado en el plenario en el caso de que ello derive de prueba distinta. Pero tengamos en cuenta que, las declaraciones sumariales no tienen en

<sup>1159</sup> M. ORTELLS RAMOS, *Proceso Penal*, Barcelona, 1991.

<sup>1160</sup> J. DÍAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Madrid, 1991.

<sup>1161</sup> J. DÍAZ CABIALE, *op. Cit.*

el proceso del Jurado, sino un efecto, que desvirtúa lo que se declare en el juicio oral, a efectos de valoración de tal prueba.<sup>1162</sup>

Los arts. 718 a 720 LECrim tiene en cuenta la posibilidad de que el testigo no pueda comparecer ante el Tribunal, estableciendo un sistema análogo al previsto para el supuesto de inspección ocular en el art. 727 LECrim.. Nos referimos al desplazamiento a recibirle declaración de un solo miembro del Tribunal, lo precedentemente expuesto se hace extensible en el caso de la prueba testifical, a la posibilidad de que, cuando el testigo no residiera en el lugar del juicio, se pueda recibir su declaración mediante exhorto. Aunque forma puede no ser considerada respetuosa con los principios de inmediación, oralidad y contradicción propios del proceso penal por delito<sup>1163</sup>.

## 1. Los testigos de referencia

Son testigos de referencia quienes, no habiendo percibido por sí mismos lo que debe ser objeto de la prueba testifical, han obtenido indirectamente dicho conocimiento por manifestación de un tercero. Por consiguiente la validez de tal testimonio aparece, como norma general, como bien problemática, aunque dicha forma de testimonio es expresamente permitida por el art. 710, que dispone que los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueran de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuera conocida, a la persona que se le hubiera comunicado<sup>1164</sup>.

En virtud de las notorias limitaciones de este particular testimonio respecto a su credibilidad, la jurisprudencia ha fijado diversas reglas que condicionan su validez:

- Carecerá de virtualidad el testimonio de los testigos de referencia cuando pudieron ser traídos a juicio los testigos directos de los hechos correspondientes<sup>1165</sup>.
- Habiéndose negado el acusado a declarar no puede aportarse como prueba una manifestación suya por el testimonio de los Policías ante quienes la efectuó espontáneamente, y por tanto sin las garantías legalmente exigibles para la misma<sup>1166</sup>.
- Tampoco es posible hacer uso como prueba de cargo de la referencia que el testigo policial efectúe de lo que se le habría indicado por un "confidente" no identificado, al ser contrario al principio de contradicción<sup>1167</sup>.
- En el caso de la aportación de testimonios vertidos en la fase sumarial al juicio oral por lectura al plenario la misma, en cualquier caso debe ser efectiva, no siendo suficiente la consabida fórmula de "dar por reproducida"<sup>1168</sup>.
- Finalmente, no procederá cuando, vistas las circunstancias personales del testigo, la prueba pudo y debió ser preconstituida con arreglo al art. 448 LECrim.<sup>1169</sup>.

## 2. La práctica de los careos en el juicio oral

---

<sup>1162</sup> LOTJ, art. 46.5.

<sup>1163</sup> F. BAÑERES SANTOS, *El desarrollo en el juicio oral: La prueba en el juicio oral*, Madrid, 2002, p. 289.

<sup>1164</sup> V. MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, II ed. , Madrid, 1997.

<sup>1165</sup> SSTS de 23 de enero de 1995 (RJ 18/1995), y de 27 de octubre de 1998 (RJ 8325/1998).

<sup>1166</sup> STS de 7 de diciembre de 1998 (RJ 9657/ 1998).

<sup>1167</sup> STS de 26 de septiembre de 1997 (RJ 7595/1997).

<sup>1168</sup> STS de 27 de septiembre de 1996 (RJ 6938/ 1996).

<sup>1169</sup> STS de 17 de junio de 1995 (RJ 4825/1995).

Los arts. 451 a 455 LECrim hacen referencia a la diligencia de careo, estableciéndose en el art. 729 de la misma Ley, que los incluye entre las pruebas que pueden practicarse en el juicio oral sin ser indispensable la previa proposición por las partes "los careos de los testigos entre sí o con los procesados que el Presidente acuerde de oficio o a propuesta de cualquiera de las partes". La jurisprudencia ha contemplado en forma muy limitada la posibilidad de que tales careos se realicen en el juicio oral (STS 11/7/1997)<sup>1170</sup>.

#### V.1.1.4. Prueba indirecta o de indicios

La prueba indiciaria, conocida también como prueba indirecta, circunstancial o conjetural, supone la acreditación de ciertos hechos base, en principio, desligados del hecho delictivo, pero aptos mediante una simple operación de inferencia para probar la existencia de un hecho principal. En el marco que nos ocupa, esos hechos principales se identificarían con los elementos del tipo<sup>1171</sup>. Para ello debe existir un nexo causal y coherente entre los hechos probados es decir los indicios, y el que se intenta probar, el delito<sup>1172</sup>.

La importancia de esta prueba es indudable y su virtualidad viene de lejos. En este sentido, aunque la Ley Octava del Título XIV de la Partida III, decía que las sospechas vagas no acertaban con la verdad, la Decimosegunda, admitía que el pleito criminal se resolviera por este medio cuando la verdad no pudiera ser conocida por otra vía. El art. 12 de la Ley Provisional para la reforma del procedimiento criminal, de 18 de junio de 1870, formuló un catálogo de pruebas, constando, en último, la de indicios graves y concluyentes. Eliminadas las pruebas a la cual hace referencia el art. 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 fue reproducido por el 741 de la hoy vigente<sup>1173</sup>.

La prueba de indicios fue utilizada por la jurisprudencia de la Sala Segunda, especialmente en los supuestos en que la criminalidad de un hecho dependía de un elemento subjetivo, que debía deducirse de datos externos reveladores de la intención del agente, regulada en el Código Civil con el nombre de prueba de presunciones (arts. 1215, 1249 a 1253 derogados por Ley 1/ 2000)<sup>1174</sup>. Tras la Constitución de 1978, centra la atención de los tribunales, dado el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en general, y de las sentencias, en particular (arts. 24.2 y 120.3).

Al respecto, ASECIO MELLADO dice que:<sup>1175</sup>

*"...por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa..."*.

Mientras, SILVA MELERO define a las presunciones:

---

<sup>1170</sup> STS de 11 de julio de 1997 (RJ 6010/1997).

<sup>1171</sup> F. PASTOR ALCOY, *Prueba de indicios credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, 2003.

<sup>1172</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal, (Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)*, Aranzadi, 3ª ed., Pamplona, p. 121.

<sup>1173</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, Pamplona, 1999, p. 121.

<sup>1174</sup> BOE de 8 de enero de 2000, n. 007 sec. 1 p. 575 a 728.

<sup>1175</sup> J. ASECIO MELLADO, *Presunciones de inocencia y prueba indiciaria*, en *Los principios de proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 168.

“...son conjeturas en virtud de las cuales, y para un caso concreto, se admite la existencia de un hecho no directamente probado, mediante la deducción de la experiencia común...”.

El indicio es una prueba indirecta, es aquella en la cual por la vía de la reflexión y el raciocinio a partir de un hecho que conocemos nos lleva a través de la inducción – deducción a otro desconocido. Algunos autores hacen la diferencia entre presunción e indicio, otros consideran que el indicio es igual a la presunción.

FRAMARINO es de los autores que diferencian el indicio de la presunción, considera que el raciocinio puede ser analítico con relación a la identidad y sintético con relación a la causalidad. Cuando este autor habla de presunción la identifica con el raciocinio en relación con la identidad. El raciocinio en relación con la causalidad lo denomina indicio. Podemos aclarar este concepto diciendo que el raciocinio de la presunción deduce de lo conocido lo desconocido por el camino del principio de identidad. En el caso del raciocinio indiciario lo hace por el principio de causalidad. FRAMARINO considera que:

“...Por lo que hace a nosotros, ratificamos nuestro concepto de que indicio es el raciocinio probatorio indirecto que mediante la relación de causalidad deduce lo desconocido de lo conocido...”<sup>1176</sup>.

Refiriéndose al indicio concretamente dice:

“...El indicio es una cosa conocida que consiste en el hecho indicador y que sirve para indicar una desconocida, o sea el hecho indicado”<sup>1177</sup>.

Por su parte, CARRARA considera que:

“...La palabra indicio, en su significado natural, expresa todo hecho que sirve para señalar otro...”<sup>1178</sup>.

Sin embargo, HEUSLER Y SCHMIDT, consideran a los indicios como fuente de deducción y no como fuente de prueba<sup>1179</sup>.

Finalmente, para PAVÓN GÓMEZ indicio en materia penal es:

“...un fenómeno que, como eslabón intermedio, expresa acabada o inacabadamente una esencia, conducta concreta y determinada, a la cual se halla ligado en vínculo indisoluble...”<sup>1180</sup>.

#### V.1.1.4.1. Concepto y Requisitos de los indicios

La eficacia probatoria de los indicios viene condicionada por la satisfacción de ciertos requisitos que han sido evidenciados por la doctrina y la jurisprudencia. El objetivo final es el de lograr una mayor certeza con respecto al hecho objeto de la prueba, aunque es necesario destacar que la apreciación está sujeta a las reglas de la sana crítica<sup>1181</sup>. El problema es tratar de determinar si esos requisitos son exigidos con

<sup>1176</sup> N. FRAMARINO, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Madrid, 2009, p. 255.

<sup>1177</sup> N. FRAMARINO, *op. cit.* p. 278.

<sup>1178</sup> F. CARRARA, *Programa de derecho criminal*, parte general Vol. II, Bogotá, p. 446.

<sup>1179</sup> H. LEGUISAMON, *Las presunciones judiciales y los indicios*, Buenos Aires, 1991, p. 6

<sup>1180</sup> G. PABON GOMEZ, *Lógica del indicio en materia criminal*, Colombia, 2007, p. 450.

<sup>1181</sup> E. LEGUISAMÓN, *op. Cit.* p. 7 ss.



respecto a las presunciones judiciales o a los indicios o bien a ambos. FASSI asegura que:

*“...La más prestigiosa doctrina considera que una sola presunción puede ser admitida como prueba dentro del sistema de las libres convicciones...”<sup>1182</sup>.*

Una sola presunción puede servir para formar la prueba compuesta, aunque la práctica judicial exige un número de ellas para que las torne eficaces. De ahí que a esa pluralidad de indicios se sume que ellos vengan sustentados por hechos suficientemente acreditados. Esta es la postura de PALACIO quien considera que:

*“...el primer requisito al cual se haya supeditado el valor probatorio de la presunción consiste en que los hechos o indicios tomados como punto de partida por el juez se encuentren debidamente comprobados...”<sup>1183</sup>.*

Otros autores como FENOCHIETTO Y ARAZI aseveran:

*“...Naturalmente que un solo indicio e inclusive más de uno en ocasiones, son insuficientes para presumir la certeza del hecho. Por ello, la jurisprudencia viene exigiendo una trilogía recibida en la ley: los indicios deben ser graves, precisos y concordantes y para probarlos las partes pueden apelar a todos los medios de prueba.....Los indicios conformarán, en definitiva, un conjunto a fin de ser ponderados, relacionados unos con los otros y todos entre sí... Sin embargo excepcionalmente, un solo indicio puede constituir prueba de conformidad no sólo con las reglas de la sana crítica, sino también del tipo procesal, la conducta de las partes y los hechos controvertidos...”<sup>1184</sup>.*

DEVIS ECHANDÍA, distingue la validez de la eficacia probatoria de los indicios. Por ello aclara que para que procesalmente se pueda decir que existe un indicio con fines probatorios es necesario:

*“... a) la prueba plena del hecho indicador destacando con ello que la prueba debe aparecer completa, ya que de una base insegura no puede resultar una conclusión segura; b) que el hecho probado tenga alguna significación probatoria respecto del hecho que se investiga, por haber alguna conexión lógica entre ellos por cuanto es indispensable que de él sea posible obtener la inferencia lógica que conduzca al hecho que se investiga en virtud de la conexión necesaria o probable que entre ellos haya...”<sup>1185</sup>.*

Una vez cumplidos los requisitos arriba indicados su eficacia pasará porque las pruebas del hecho indicador o indiciario hayan sido ordenadas y practicadas o bien presentadas y admitidas en forma legal, comprendida la exclusión de las pruebas ilícitas o prohibidas.

Podemos sistematizar estos requisitos de acuerdo con la doctrina jurisprudencial española como sigue<sup>1186</sup>:

---

<sup>1182</sup> S. FASSI, *Código Procesal Civil y Comercial*, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 1978, p. 443 ss.

<sup>1183</sup> L. PALACIO – A. ALVARAZO VELLOSO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fé, República Argentina, Vol. IV, 1989, p. 419.

<sup>1184</sup> C. FENOCHIETTO – ARAZI, *Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación*, comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Vol. I, 1983, p. 568 a 569.

<sup>1185</sup> H. DEVIS ECHANDIA, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1981, p. 628 a 637.

<sup>1186</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 124.

1 - El primer requisito es que el indicio no sea aislado, debe existir una pluralidad de indicios.

*“...Tal requisito se explica precisamente porque individualmente considerado cada indicio no es prueba acabada e irrefutable. Por el contrario la acumulación de indicios en un mismo sentido es lo que permite formar la convicción del Tribunal excluyendo toda duda...”* (STS de 9 de mayo de 1996<sup>1187</sup>).

Pero en las SSTs de 5 de marzo<sup>1188</sup> y 3 de abril de 1998<sup>1189</sup> se precisa que hay casos en que un solo hecho base se puede diversificar en una pluralidad de indicios.

La doctrina del Tribunal Constitucional, como de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es similar en el sentido que el solo indicio de la ocupación en poder del acusado de los objetos procedentes de un apoderamiento patrimonial no es por sí mismo prueba indirecta suficiente para estimar la existencia de aquel. La razón de lo precedentemente expuesto es que son compatibles varias versiones, entre ellas la de la receptación y por ello no debe escogerse la menos favorable para el acusado.

2 – Los hechos base deben estar absolutamente probados en la causa y demostrados por prueba de carácter directo.

*“...Ningún otro sentido cabe dar a la exigencia contenida en el art. 1249 del Código Civil: que estén completamente acreditados. Y ello es obvio, por cuanto la admisión de lo contrario comportaría una especie de creación ex nihilo y por ello incurra en el área de la arbitrariedad...”*<sup>1190</sup>.

3- Los indicios deben tener relación material y directa con el hecho criminal y su agente. De lo contrario entraríamos en el ámbito de las presunciones en contra del reo, infringiendo el derecho fundamental a la presunción de inocencia. No basta que aparezcan probados en número plural, es necesario que examinados en conjunto produzcan la certeza sobre el hecho investigado. Si los indicios son leves o de poco valor probatorio porque la relación de causalidad con el hecho indicado no es clara ni precisa, tampoco resultará la certeza necesaria para que el Juez base en ellas su decisión<sup>1191</sup>:

*“...No todo hecho puede ser relevante así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de circum y stare, implica estar alrededor y esto supone ópticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella...”*<sup>1192</sup>.

4- Es necesario que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado. El hecho indicador, puede estar constituido por un conjunto si son varios indicios contingentes.

*“...Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de la prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas repercute sobre los restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de*

---

<sup>1187</sup> RJ 3808/1996.

<sup>1188</sup> RJ 1768 / 1998 y 2383 /1998.

<sup>1189</sup> A. RIVES SEVA, *op. cit.* p. 124.

<sup>1190</sup> A. RIVES SEVA, *op. cit.* p. 125, con base en las SSTs de 13 mayo de 1996 (RJ 3817/1996), 21 de mayo de 1996 (RJ 3941/1996), 24 de mayo de 1996 (RJ 4089/1996), y 13 de julio de 1996 (RJ 5930 /1996).

<sup>1191</sup> H. LEGUISAMON, *Las presunciones judiciales y los indicios*, Buenos Aires, 1991, p. 79.

<sup>1192</sup> A. RIVES SEVA, *op. cit.* p. 125 a 126, con base en las SSTs de 13 de mayo de 1996, 21 de mayo de 1996, 24 de mayo de 1996 y 13 de julio de 1996.

*convicción de esta prueba dimana no sólo de la adicción o suma sino también de esta imbricación...<sup>1193</sup>”.*

5- Y, finalmente, entre los indicios y la conclusión debe existir una correlación que descarte toda irracionalidad en el proceso deductivo. El juicio de inferencia no debe ser arbitrario o absurdo, debe ser coherente y ajustarse a las normas del criterio humano. Ese proceso de deducción debe ser explicado en la sentencia a fin de cumplir con las exigencias de motivación derivadas del art. 120.3 · de la Constitución.

Resumiendo los requisitos son:

1- Que el indicio no sea aislado, debe existir una pluralidad de indicios.

2-Los hechos base deben estar absolutamente probados en la causa y demostrados por prueba de carácter directo.

3-Los indicios deben tener relación material y directa con el hecho criminal y su agente.

4- Es necesario que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado.

5- Entre los indicios y la conclusión debe existir una correlación que descarte toda irracionalidad en el proceso deductivo.

#### V.1.1.4.2. Diferencia entre indicios y presunciones

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua no aporta demasiados criterios de distinción al definir el indicio del siguiente modo:

*“...Indicio: (Del latín indicium) m. Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido...Indicios vehementes: Der. Aquellos que mueven de tal modo a creer una cosa, que ellos solos equivalen a prueba semiplena...”<sup>1194</sup>.*

Mientras el otro concepto analizado se define como:

*“...Presunción: (Del latín praesumptio, - önis). Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado.”*

A efectos de clarificar esta cuestión parece conveniente acudir a las diversas posturas doctrinales.

Muy clarificador resulta MUÑOZ SABATÉ quien al respecto asevera:

*“...El indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de diferencia como lo es en cambio, la presunción, sino que equivale solamente a la afirmación base, de la cual parte precisamente aquella... Se trata pues de un elemento de la presunción. Si la presunción es monobásica se compondrá de un solo indicio; si es polibásica de varios...; en el lenguaje corriente indicio es sinónimo de signo, señal o huella, indicio es la cosa, el suceso, el hecho conocido. Debemos pues, prescindir en absoluto de considerar el indicio como una forma lógica de pensar al modo de la presunción. Decir que un indicio es una presunción resulta tan absurdo como, por ejemplo, afirmar que una cerilla es el fuego...”<sup>1195</sup>.*

O FENOCHIETTO Y ARAZI quienes añaden:

---

<sup>1193</sup> A. RIVES SEVA, *op. loc. ult. cit.*, con cita de las SSTs de 13 de mayo de 1996, 21 de mayo de 1996, 24 de mayo de 1996 y 13 de julio de 1996.

<sup>1194</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Vol. II, 20· ed., 1984, p. 767.

<sup>1195</sup> L. MUÑOZ SABATE, *Curso de probática judicial*, Buenos Aires, 2009,p. 26.

“...Cabe, por tanto, distinguir el indicio de la presunción. El indicio es una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno; en cambio, cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituyen una presunción. Por lo tanto, la presunción es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos...”<sup>1196</sup>.

Y Carlos COLOMBO que considera:

“...Indicio es el hecho real, cierto (probado o notorio), del que se puede extraer críticamente la existencia de otro hecho no comprobable por medios directos según el material existente en el proceso. Presunción es el resultado de un raciocinio en cuya virtud de la valoración de los indicios se concluye que ese otro aconteció. Los indicios constituyen el presupuesto lógico de la presunción...”<sup>1197</sup>.

Este autor reitera que la distinción entre indicio y presunción tiene importancia para determinar a qué categoría corresponden los requisitos establecidos en el art. 163, inc. 5° del Código Penal Argentino. Aunque, a la postre, aclara que el indicio debe ser un hecho real y probado en él debe fundarse la presunción<sup>1198</sup>.

Por su parte, los tribunales españoles han sostenido que:

“...La mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados, por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 del Código Civil, un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; enlace que consiste en que los hechos base o indicios no permitan otras interferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente...”<sup>1199</sup>.

Los hechos básicos o indicios deben quedar acreditados por medio de prueba practicada en el acto del juicio oral, que en definitiva es el trámite a través del cual el proceso penal se desarrolla. El mismo proceso debe satisfacer las garantías básicas que derivan de los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción. En este punto, no olvidemos que las diligencias sumariales no constituyen verdaderas pruebas es por ello que carecen de la capacidad suficiente para destruir la presunción de inocencia, salvo supuestos excepcionales. Como regla general, la condena del acusado debe fundarse en pruebas directas, ya fueran personales o reales; y sólo no es posible obtener esa prueba directa se abre camino la prueba indiciaria, indirecta, circunstancial, mediata de interferencias, de presunciones o derivadas de indicios<sup>1200</sup>.

Es necesario que diferenciamos entre indicio, sospecha y conjetura, ya que sólo el primero reúne las condiciones para que, en su caso, resulte enervada la presunción de inocencia. De este modo en la STS de 1 de diciembre de 1989, se distingue:

“...la sospecha consistiría en la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad, la conjetura que sería el juicio que con ciertas probabilidades de acierto, se forma de las cosas o acaecimientos por las señales que se ven u observan y finalmente el indicio, que es la acción o señal que

<sup>1196</sup> C. FENOCHIETO – R. ARAZI, *op. cit.*, p. 566.

<sup>1197</sup> C. COLOMBO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, anotado y comentado, Buenos Aires, 4ª ed., 1975, p. 286.

<sup>1198</sup> C. COLOMBO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, anotado y comentado, Buenos Aires, Vol. II, 1969, p. 34.

<sup>1199</sup> A. RIVES SEVA, *op. cit.* p. 126, con cita de las SSTS de 21 de mayo de 1996 (RJ 3817/1996), 24 de mayo de 1996 (RJ 4089/1996) y 13 de julio de 1996 (RJ 5930/1996).

<sup>1200</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal, su práctica ante los tribunales*, Madrid, 1999, p. 283.

da a conocer lo oculto en virtud de las circunstancias que concurren en un hecho, dándole carácter de verosimilitud...”<sup>1201</sup>.

En definitiva podemos concluir con las definiciones que a nuestro juicio resultan más clarificadoras:

CARLOS COLOMBO que considera:

“...Indicio es el hecho real, cierto (probado o notorio), del que se puede extraer críticamente la existencia de otro hecho no comprobable por medios directos según el material existente en el proceso”...

Al respecto, ASECIO MELLADO dice que:<sup>1202</sup>

“...por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de éstos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa...”.

Mientras, SILVA MELERO define a las presunciones

“...son conjeturas en virtud de las cuales, y para un caso concreto, se admite la existencia de un hecho no directamente probado, mediante la deducción de la experiencia común...”.

#### V.1.1.4.3. Naturaleza de los indicios

Acercas de la naturaleza de los indicios existe una diversidad de opiniones doctrinales. La idea en este punto es resaltar el pensamiento de la doctrina para así comprender más el valor del indicio como prueba.

Para FLORIÁN y SCHÖNKE los indicios no son prueba sino objeto de prueba<sup>1203</sup>. La confesión judicial y extrajudicial, los testimonios, entre otros, constituyen medios de prueba. Como sostiene DEVIS ECHANDÍA los indicios son una de las varias clases de prueba que deben ser a su vez probados por otros medios<sup>1204</sup>.

Pero no siempre el indicio no es objeto de prueba, ya que los hechos reconocidos o los admitidos no constituyen objeto de prueba.

ROSEMBERG habla de “argumentos de prueba”, no incluidos entre las pruebas *stricto sensu*<sup>1205</sup>. Al respecto podemos decir que, es cierto que los indicios sirven de base a argumentos probatorios, pero no olvidemos que son argumentos basados en un hecho probado y no en la prueba de tal hecho. Asimismo, debemos agregar que es preferible no hablar de argumentos de prueba ya que puede confundir<sup>1206</sup>.

---

<sup>1201</sup> J. PAZ RUBIO, *op. cit.* p. 84.

<sup>1202</sup> J. ASECIO MELLADO, *Presunciones de inocencia y prueba indiciaria*, en *Los principios de proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 168.

<sup>1203</sup> A. SCÖNKE, *Derecho procesal civil*, Barcelona, n.º 57, 1950, p. 201.

<sup>1204</sup> H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Vol. II, 1981, p. 603 a 604.

<sup>1205</sup> L. ROSEMBERG, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Vol. II, 1955, p. 111, 117 a 121.

<sup>1206</sup> El control casacional en la prueba indiciaria se dirige a comprobar la estructura racional del proceso valorativo seguido por el Tribunal y su adecuación a las reglas de la lógica y de la experiencia, función ésta que es mucho más limitada en el caso de la prueba directa al quedar excluido de la misma todo lo concerniente a la percepción sensorial de la prueba derivada de la intermediación. La doctrina constitucional en la materia (SSTC 105/1988, 283/1994, 24/1997, 45/1997, 68/98, 157/1998, 189/1998 y 220/1998 entre otras) constriñe el control en vía de amparo a la constatación de la existencia de una prueba de cargo suficiente y lícitamente practicada: la licitud requiere que no se hayan quebrantado las garantías constitucionales; y la suficiencia exige que la inferencia realizada por el Tribunal sea razonable, pues la irrazonabilidad de la inferencia produce la vulneración de la presunción de inocencia por falta de prueba

HEUSLER y SCHMIDT, consideran a los indicios como fuente de deducción y no como fuente de prueba. CARNELUTTI con respecto a estos autores ha dicho:

*“...El indicio puede ser admitido (cuando no requiera prueba) o percibido por el Juez; la admisión o percepción del indicio no es, en manera alguna la misma cosa que la percepción o la admisión del hecho a probar; es cosa distinta precisamente porque en el primer caso el Juez debe desplegar una actividad deductiva, que no desenvuelve en el segundo. Sólo merced a esta actividad deductiva conoce el Juez el hecho a probar que es discutido y que no cae bajo sus sentidos; ¿Cómo negar entonces que el indicio sea un hecho del que el Juez extrae el conocimiento, o sea la prueba?...”*<sup>1207</sup>

Volviendo sobre DEVIS ECHANDÍA, considera este autor al hilo de lo anterior que indicio puede ser cualquier hecho siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio que puede ser fuerte o débil, pleno o completo para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba mediante una operación lógica crítica<sup>1208</sup>. Este mismo autor aclara que el legislador no autoriza a tener por acreditado un hecho por medio de indicios, sino por medio de una o más presunciones judiciales. Si realmente el indicio fuera un medio de prueba, no se necesitaría clasificarlos, ni tampoco exigirles doctrinariamente y legislativamente ciertos requisitos. Los indicios son fuente de presunciones judiciales, ya que dan sustento a éstas<sup>1209</sup>.

Como ha dicho el Tribunal Supremo<sup>1210</sup>:

*“...la prueba indiciaria significa que los jueces llegan a la fehaciencia de una realidad después de un proceso mental y racional a cuyo través se prueba un hecho consecuencia deducido de dos o más hecho base o indicios. Es decir se trata de lograr la deducción de un hecho desconocido por medio de varios hechos conocidos...”*

Por consiguiente podemos decir que los indicios constituyen un elemento más en el cual pueden basarse los jueces en busca de la realidad del hecho y del posible imputado.

#### V.1.1.4.4. Pluralidad de los hechos base

La propia naturaleza periférica del hecho base hace que falten los elementos necesarios para fundar la convicción judicial en la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter. Aceptar lo contrario consistiría en un retroceso del Estado de Derecho e incidiría dentro del área del art. 9.3 CE. La STC 111/1990 de 18 de junio establece que los indicios deben ser varios, consistentes y plurales. La STS de 24 de noviembre de 1994, afirmó que un solo hecho periférico no sería suficiente por su

---

de cargo. La STC 220/98 de 16 de noviembre (Pn. VIVER PI-SUNYER) cita como supuestos de irrazonabilidad los siguientes: 1) la falta de lógica o de coherencia en la estructura del proceso valorativo del Tribunal, y 2) el carácter no concluyente de los indicios por ser excesivamente abiertos, débiles o indeterminados (lo que posibilita conclusiones alternativas razonables).

<sup>1207</sup> F. CARNELUTTI, *La prueba civil*, traducción de Alcalá – Zamora y Castillo, Buenos Aires, n. 45, 1955, p. 195.

<sup>1208</sup> H. DEVIS ECHANDIA, *op. cit.* p. 602.

<sup>1209</sup> H. LEGUISAMON, *Las presunciones judiciales y los indicios*, Buenos Aires, 1991, p. 69.

<sup>1210</sup> STS 15 de abril de 1997, 535 / 1997.

carácter equívoco<sup>1211</sup>. Un indicio aislado, que se aproxime a la sospecha o a la conjetura no puede servir de basamento para un dictado de culpabilidad (STS 12 de marzo de 1998)<sup>1212</sup>.

Podemos citar las SSTs de 14 de enero<sup>1213</sup> y 5 de marzo de 1998<sup>1214</sup> establece:

*“...esta regla general debe ser matizada. Existen supuestos en los que un solo hecho-base se puede diversificar en una pluralidad de indicios pues tal multiplicidad o pluralidad no necesariamente deriva de hechos distintos, sino de que todos recaigan sobre un mismo objeto, existiendo también el concurso cuando se completan y esclarecen unos por otros. Un solo ejemplo aclarará tal matización. Es numerosa la doctrina legal tanto del TC como de este TS en orden a que el solo indicio de la ocupación en poder del acusado de los objetos procedentes de un apoderamiento patrimonial no es por sí sólo prueba indirecta suficiente para estimar la existencia de aquel, pues son compatibles varias versiones (entre ellas la de una receptación) y por ello no deben escogerse la menos favorable para el acusado. Sin embargo cuando esta ocupación ocurre inmediatamente después de cometido el tipo injusto de apoderamiento y a escasa distancia del lugar de éste, este único hecho-base de la ocupación o aprehensión se descompone en varios, como son las circunstancias de tiempo y lugar que conducen a que el hecho-base único se descomponga en varios...”*

No obstante lo expuesto, encontramos sentencias en las que un solo hecho, indicio como medio acusatorio es suficiente para una sentencia de condena<sup>1215</sup>. Para la aplicación de la prueba de indicios, la jurisprudencia exige que debe existir pluralidad de los mismos, un mínimo de dos indicios. No deja de sorprender que algunas legislaciones europeas del siglo pasado fueran mucho más restrictivas. Las mismas exigían como mínimo tres y hasta seis indicios, asimismo que confluyeran indicios anteriores posteriores y concomitantes al delito.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1994<sup>1216</sup> dejó en claro el principio precedente:

*“...La prueba indiciaria precisa la concurrencia acreditada de dos o más indicios no constitutivos en sí del delito, de los que racional y lógicamente, no de manera arbitraria, puedan inferirse (la deducción no es suposición) la realidad de los hechos criminales objeto de la correspondiente investigación...”*

En la misma línea, STS de 30 de abril de 2001<sup>1217</sup>, expone:

*“...Han de existir unos hechos básicos que como regla general han de ser plurales, concordantes e interrelacionados, porque es precisamente esa pluralidad apuntando hacia el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) la que confiere a ese medio probatorio su eficacia, ya que ordinariamente de ella (de esa pluralidad) depende su*

---

<sup>1211</sup> L. MUÑOZ SABATE, *Técnica probatoria, estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Barcelona, 1993, p. 214. – Este autor está a favor de esta afirmación, pero no descarta la fuerza probatoria de la presunción cuando ésta se asienta en un único indicio.

<sup>1212</sup> J. PAZ RUBIO, *op. cit.* p. 285.

<sup>1213</sup> RJ 17/1998.

<sup>1214</sup> RJ 1998/1768.

<sup>1215</sup> M. SERRA DOMINGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XVI, Vol. 2., Art. 1214ª 1253 del Código Civil, 2ª ed. Edersa, 2005, p. 426.

<sup>1216</sup> RJ 292/1994.

<sup>1217</sup> RJ 3586/2001.

*capacidad de convicción. Todos y cada uno de estos hechos básicos para que puedan servir como indicios, han de estar completamente acreditados...*<sup>1218</sup>.

REYES ALVARADO clasifica a los indicios en indicios de capacidad física (aptitud física o psíquica del agente para la comisión del delito), moral (propensión al delito del agente), de oportunidad (momento concreto, lugar, coparticipación), de manifestaciones (lo depuesto en un primer momento y a lo largo del procedimiento contradicciones, etc.)<sup>1219</sup>. También podemos citar otros: indicios de huellas materiales objetos que se le encuentran al acusado como armas, disfraces o los provenientes de un delito contra la propiedad, instrumentos que aparecen en el lugar de comisión (por ej.: huellas dactilares, semen, sangre...)<sup>1220</sup>. Lo que se denomina *modus operandi*, de manera que la reiteración de conductas delictivas de forma semejante y en lugares concretos, por parte de uno o varios sujetos puede dar lugar a que la acreditación de la participación de todos o alguno de ellos en uno de los delitos sirva de indicio de autoría para los restantes<sup>1221</sup>.

Existen, como ya hemos puesto de manifiesto, excepciones a la mencionada regla. Y así en la STS del 30 de abril de 2001 se afirma:

*“...Excepcionalmente pueden existir supuestos concretos en que al efecto baste con un solo indicio por su especial valor de convicción, como ocurre en los casos en que, para el delito de posesión de drogas para el tráfico, es necesario acreditar ese destino (el tráfico), y se utiliza como hecho básico en la correspondiente prueba de indicios, el de la cuantía de la sustancia tóxica poseída que, cuando rebasa determinados límites, diferentes según la clase de droga y demás circunstancias concretas, vale por sí solo para dejar de manifiesto ese destino...*

*...Podemos distinguir entre indicios fuertes y débiles (S. de 25.11. 1999) y entre ellos podemos establecer tantas categorías intermedias como diferente significación pudiera concederse a cada uno, pues se trata de una distinción meramente cuantitativa, y en esta valoración alguno puede ser tan importante que por sí sólo valga como prueba de cargo, ello, repetimos de modo excepcional.*

*...Ciertamente en el caso actual hubo un solo indicio y entendemos que éste no pueda reputarse suficiente para condenar...*<sup>1222</sup>.

Por consiguiente y volvemos a repetir que un solo indicio no es suficiente que para que la prueba indiciaria tenga el peso suficiente deben cumplirse los requisitos arriba mencionados.

#### V.1.1.4.5. Hechos bases y su acreditación

El indicio debe haberse obtenido a través de una prueba directa y ello lleva a que dicha prueba halla sido obtenida de forma lícita y con todas garantías legales. Cada hecho base debe probarse inexcusablemente por medio de cualquier hecho probatorio admitido en el medio procesal. La base legal se encuentra en el art. 1249 Código Civil (el cual fue derogado por ley 1/2000) se afirma que las presunciones no son admisibles,

<sup>1218</sup> F. PASTOR ALCOY, *Prueba de indicios credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, 2003, p. 40 a 41.

<sup>1219</sup> Y. REYES ALVARADO, *La prueba indiciaria*, Bogotá, p. 244 ss.

<sup>1220</sup> J. PAZ RUBIO et al., *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1999, p. 286.

<sup>1221</sup> J. RUBIO, *op. cit.* p. 286.

<sup>1222</sup> F. PASTOR ALCOY, *op. cit.* p. 40 a 41.



salvo que el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado. La admisión de lo contrario implicaría una especie de creación *ex nihilo* y por ello dentro del ámbito de lo arbitrario. De este modo, en la STS de 7 de julio de 1993 se estableció<sup>1223</sup>:

“...Los hechos o datos indiciarios han de ser recogidos en virtud de prueba directa...”

Siendo corroborado por la STS de 6 de marzo de 1993<sup>1224</sup>

“...Es preciso como se deduce del citado art. 1249 CC, que el hecho base esté demostrado por prueba de carácter directo. Es preciso pues que el indicio esté plenamente acreditado en su existencia, naturalmente dentro de los parámetros propios de la esfera penal del art. 741 LECrim; pero lo que lastraría ya de entrada esta prueba presuntiva sería llegar a una deducción partiendo de otra *ex nihilo*, *nihil facit*...”<sup>1225</sup>.

Para la correcta motivación de la sentencia se requiere determinar cuales son los hechos base concretos que el Juzgador ha individualizado como indicios, y que deben consignarse entre los hechos probados de la sentencia<sup>1226</sup>.

Todas las sentencias deben estar motivadas, según lo establece la ley. El art. 386 LECrim. la obligación de la motivación siempre que se use la prueba de indicios a efecto de que la resolución judicial no se transforme en una evasiva apreciación conjunta de las pruebas. La motivación de la prueba indiciaria es necesaria ya que si en determinado tipo de prueba se requiere poca motivación, la prueba de indicios requiere que el Juez explique el razonamiento de la inducción. Para que la motivación sea correcta es necesario determinar los hechos base concretos que el Juzgador ha individualizado como indicios y que deben consignarse entre los hechos probados de la sentencia<sup>1227</sup>.

La necesidad de la motivación de la condena obtenida por prueba indiciaria tiene la finalidad de permitir al Tribunal Superior controlar la racionalidad del juicio de inferencia o proceso de formación de la convicción. El mismo es revisable en casación por la vía del número 1 del art. 849 de la Ley Procesal. La sentencia debe explicar la conexión entre los indicios, el delito que se considera demostrado y el razonamiento o inferencia que los une:

“...En este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo aunque sea indiciaria o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia. Conviene convenir que no se trata de coartar la libre apreciación de la prueba que establece el art. 741 de la LECrim, pues no se impone al juzgador regla alguna sobre el valor de cada medio de prueba, es decir que no se vuelve a ningún sistema de prueba legal o tasada, sino que se le pide únicamente que exprese los criterios que han prescindido la valoración de los indicios para llevarla a considerar probados los hechos constitutivos de delito...”<sup>1228</sup>.

#### a. Necesidad de que sean periféricos respecto del dato fáctico a probar

<sup>1223</sup> RJ 5941/1993.

<sup>1224</sup> RJ 2301/1993.

<sup>1225</sup> F. PASTOR ALCOY, *op. cit.* p. 42.

<sup>1226</sup> J. DELGADO GARCIA, *Prueba de indicios*, en *La prueba en el proceso penal II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 399.

<sup>1227</sup> J. DELGADO GARCIA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1228</sup> BOE 15 de enero de 1986, Sentencia del Tribunal Constitucional 174 /85, 17 de diciembre, FJ BOE 15-1- 86.

Todo hecho no es relevante, es preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar<sup>1229</sup>. Esto en virtud de lo dicho es denominado circunstancial, pues el propio sentido semántico implica estar alrededor, esto significa estar relacionado con proximidad a ella<sup>1230</sup>.

#### b. Interrelación

Este requisito exige que los datos estén no sólo relacionados con el hecho preciso de la prueba sino interrelacionados, de modo que sean parte de un mismo sistema. Dicho de otra manera la naturaleza periférica exige que los datos estén no sólo relacionados<sup>1231</sup> con el hecho central de la prueba sino también interrelacionados entre sí<sup>1232</sup>.

#### c. Racionalidad de la inferencia

La prueba indiciaria, como dijimos en párrafos anteriores, no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Es por ello que suele decirse que debe existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, conforme lo requerido por el art. 1253 del Código Civil (dicho art. fue derogado). El enlace consiste en que los hechos base o indicios no permitan otras inferencias opuestas aunque igualmente válidas epistemológicamente. Entre el hecho indiciario y el hecho delictivo debe existir una conexión natural que permita realizar la inferencia sin ninguna otra posibilidad y en el caso de existir se debe expresar la razón por la cual se acepta una y se rechaza otra<sup>1233</sup>.

Conforme la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1993<sup>1234</sup>:

*“...Se puede decir que tal conexión lógica existe, con la seguridad exigible para las pruebas de cargo en materia penal (in dubio pro reo), cuando, dados los hechos directamente probados, ha de entenderse que realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa, que pudiera reputarse razonablemente, compatible con estos indicios, y a tal fin normalmente habrán de examinarse la coartada o explicaciones ofrecidas por el acusado...”*

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 174/85, de 17 de diciembre, ha señalado que:

*“...Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De estos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos del delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso*

<sup>1229</sup> SSTS de 13 de mayo de 1996, 21 de mayo de 1996, 24 de mayo de 1996 y 13 de julio de 1996.

<sup>1230</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 125.

<sup>1231</sup> SSTS de 13 de mayo de 1996 (RJ 3817/1996); 21 de mayo de 1996 (RJ 3441/1996); 24 de mayo de 1996 (RJ 4020/1996) y 13 de julio de 1996 (RJ 5930/1996).

<sup>1232</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 286.

<sup>1233</sup> GOMEZ ORBANEJA – HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Vol. I, Parte General, *El proceso declarativo ordinario*, Madrid, 1979, p. 287.

<sup>1234</sup> RJ 5099/1993.

*interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente...”.*

El Juzgador o Tribunal debe valorar el significado de que tales hechos básicos puedan tener en relación con el hecho una consecuencia. De manera que partiendo de la afirmación de aquellos pueda afirmarse la realidad de este último. Pero no desde el punto de vista meramente subjetivo, sino porque objetivamente cualquiera puede comprenderlo así. Ningún observador objetivo puede dudar de aquel o de aquellos hechos indiciarios por consiguiente ha de inferirse necesariamente la certeza de este último<sup>1235</sup>.

La existencia de conexión entre todos los indicios será examinada de forma global, siendo necesario averiguar si tal conexión es precisa, finalizando así con la consecuencia<sup>1236</sup>. En el caso de existir una posibilidad razonable de una solución alternativa para el acusado se aplicará ésta, conforme el principio *in dubio pro reo*, según la SSTS de 6 de octubre de 1994, 3 de octubre de 1995 y 29 de enero de 1998. Cuando se trate de cuestiones de *iure*, siempre que la norma aplicada sea equívoca y no unívoca en su contenido y alcance podría sostenerse que ante la existencia de una duda razonable puede descartarse el aspecto penal de la infracción<sup>1237</sup>.

#### d. Motivación de la inferencia

La motivación además de ser una exigencia de los arts. 24.2 y 120.3 de la Constitución Española (CE) es imprescindible como garantía para el condenado. El condenado debe conocer el juicio razonado que sustenta la convicción alcanzada por el Juez. En la Sentencia del Tribunal Constitucional se expresa claramente el alcance de la motivación de la inferencia<sup>1238</sup>:

*“...En este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo aunque indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia. Conviene convenir que no se trata de coartar la libre apreciación de la prueba que establece el art. 741 de la LEcrim., pues no se impone al juzgador regla alguna sobre el valor de cada medio de prueba, es decir que no se vuelve a ningún sistema de prueba legal o tasada, sino que se le pide únicamente que exprese los criterios que han presidido la valoración de los indicios para llevarle a considerar probados los hechos constitutivos de delito...”.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1985, resalta la importancia en la motivación de la valoración de los indicios<sup>1239</sup>:

*“...La valoración libre o en conciencia no equivale a valoración de indicios carente de razonamiento alguno, cuando es precisamente a través de la actividad de*

---

<sup>1235</sup> J. DELGADO GARCIA, *La prueba de indicios*, en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de derecho judicial. CGPJ, Madrid, 1996, p. 380.

<sup>1236</sup> A. RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 12 a 126, con cita de las SSTS de 6 de octubre de 1994, 3 de octubre y 19 de diciembre de 1995.

<sup>1237</sup> J. PAZ RUBIO, *op. cit.* p. 287, con cita de las SSTS de 22 de noviembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992, 28 de octubre de 1993 y 18 de enero y 24 de junio de 1994; y STC 68/1998 de 30 de marzo.

<sup>1238</sup> STC 174 /1985, 17 de diciembre, FJ BOE 15/1/86 (RTC 174/1985).

<sup>1239</sup> F. PASTOR ALCOY, *op. cit.* p. 47.

*juicio sobre los hechos probados como el órgano judicial llega a deducir otros que le permiten subsumir la conducta en el tipo penal...”.*

La Sentencia debe contener no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a las mismas y el razonamiento que ha llevado a entender probados los hechos constitutivos de delito. Todo lo precedentemente expuesto a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso seguido<sup>1240</sup>.

Es necesario distinguir entre suposición y deducción en la valoración de la prueba, es importante resaltar que la suposición nunca será suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. El Juez realiza una labor de inducción porque en la prueba de indicios no puede hablarse de demostración de la verdad<sup>1241</sup>. Puede hablarse de un razonamiento fundado en la realidad de los hechos básicos, proporciona respecto del hecho - consecuencia, una convicción subjetiva, a fin de ser explicada en el texto de la sentencia<sup>1242</sup>.

La suposición es simplemente una creencia de culpabilidad, es una opinión personal, subjetiva sin apoyo de datos objetivos fiables. La deducción constituye un raciocinio lógico e inteligible, que a través de indicios objetivos, permite llegar al hecho consecuencia del precepto penal. Es la existencia de prueba frente a la mínima actitud probatoria obtenida de forma directa o indirecta, es por ello que es necesario que en la operación de deducción se establezcan cuales son los indicios probados y como se deduce la participación del acusado en el tipo penal<sup>1243</sup>.

En síntesis, el Tribunal de instancia debe precisar cuales son los indicios probados y como deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal. De esta manera cualquier Tribunal que intervenga a posteriori podrá entender el juicio formulado a partir de dichos indicios<sup>1244</sup>. Pero también es necesario tener en cuenta de que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, como asevera el Tribunal Constitucional<sup>1245</sup>:

*“...la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes...”.*

De este modo, el juicio de inferencia puede ser poco razonable o excesivamente abierto, lo cual excluye su valoración. Y así, la mera tenencia de útiles para el robo no puede servir de fundamento para deducir que se ha participado del mismo. Tampoco el hecho de estar escondido en las inmediaciones de un robo equivale a la comisión del mismo, o del hecho de que por ser el propietario de la embarcación desde la cual se pescaba ilegalmente dicha persona sea el autor de la infracción administrativa<sup>1246</sup>.

Los contraindicios, utilizados por el inculpado en su defensa o descargo y que resultan ser falsos, pueden llegar a tornarse inculpatórios si resultan ser falsos<sup>1247</sup>. La

<sup>1240</sup> F. PASTOR ALCOY, *op. cit.* p. 48.

<sup>1241</sup> J. DELGADO GARCIA, *La prueba de indicios*, en *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, p. 389 a 390.

<sup>1242</sup> SSTC 221/ 1988 (RTC 221/1988).

<sup>1243</sup> J. DELGADO GARCIA, *op. cit.* p. 389 a 390.

<sup>1244</sup> STC 229/ 1988, 1 de diciembre FJ 2, BOE 23 de diciembre de 1988.

<sup>1245</sup> STC 124/ 2001, 4 de junio de 2001, BOE 3 de julio de 2001 (RTC 124/2001).

<sup>1246</sup> STC 124/ 2001, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1247</sup> J. PAZ RUBIO, *La prueba en el proceso penal*, cit. p. 289.

jurisprudencia del Alto Tribunal afirmó que la denominada coartada o contraindicio es fuente de prueba indirecta o circunstancial, siempre que se acredite su inconsistencia o falsedad<sup>1248</sup>. Esto es, si el imputado introduce en su defensa un dato nuevo en el proceso y falso, su resultado negativo no puede ser reputado irrelevante o intrascendente. Es al Juez a quien le incumbe valorar la inferencia del indicio por el cual tendrá por probado el hecho indiciario y a su vez tendrá por acreditado el hecho a probar.

La misma regla se formula respecto de los testigos, los indicios se pesan más que contarse, es por ello que sólo un indicio informativo, el *alibi* o negativa *loci*, destruye todo un sistema de cinco o más indicios graves, precisos y concordantes<sup>1249</sup>.

#### V.1.1.4.6. Clasificación de los indicios

La doctrina ha elaborado varias clasificaciones sobre los indicios. Hemos de advertir que dada la variabilidad de éstos y la amplia libertad de que goza el juez en orden a su apreciación para algunos autores tales clasificaciones son consideradas artificiales. De este modo, FENOCHIETTO Y ARAZI afirman que:

“...Este tipo de presunción o mejor dicho indicios<sup>1250</sup>, como lo hace notar Carnelutti, no se presta al análisis ni a la clasificación; su función probatoria es meramente accidental y surge por la eventualidad de una relación suya, indefinible a priori con el hecho a probar...”<sup>1251</sup>.

No obstante podemos referir los siguientes criterios. Otras clasificaciones tienen en cuenta otros elementos<sup>1252</sup>:

1- Por su relación temporal con el delito:

a) Anteriores al delito: son hechos que sirven de preparación del delito. Adquisición de un arma, veneno, amenazas, etc.

b) Concomitantes al delito: son hechos que solamente pueden producirse en el mismo lapso temporal de la ejecución material del delito. Presencia en el lugar de los hechos a la hora de la comisión, rastros de manchas de sangre del agresor en el cuerpo de la víctima o viceversa, etc.

c) Posteriores: son actos o hechos a posteriori de ocurrido el delito. Darse a la fuga, amenazas a testigos, destrucción de las ropas, etc.

MITTERMAIER, considera que la presente clasificación es inútil a efecto del valor probatorio de los indicios. Este autor niega la necesidad de la existencia de indicios anteriores, concomitantes o posteriores, ya que considera que un delito puede quedar demostrado solamente con hechos anteriores, concomitantes o posteriores. Niega también que unos tengan mayor eficacia probatoria que otros<sup>1253</sup>.

La legislación española no exige la existencia de indicios anteriores, concomitantes y posteriores. Algunos autores consideran que a mayor indicios o pruebas existe una mayor fiabilidad, los indicios temporales (todos son temporales, se dan en un momento determinado) mencionados tienen una fiabilidad superior. Los

<sup>1248</sup> SSTS de 22 de abril de 1987, 16 de septiembre y 12 de diciembre de 1996.

<sup>1249</sup> A. DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, 1994, p. 106 a 108.

<sup>1250</sup> F. CARNELUTTI, *op. cit.* p. 192.

<sup>1251</sup> C. FENOCHIETTO – R. ARAZI, *op. cit.* p. 564.

<sup>1252</sup> Vid., entre otros: C. CLIMENT DURAN, *La prueba penal*, Valencia, 1999, p. 625; F. GORPHE, *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, pp. 265 a 266; K. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, 3ª ed. Madrid, 1977, p. 373; F. PASTOR ALCOY, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, 2003, pp. 50 y ss.

<sup>1253</sup> K. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal, op.cit.*, p. 373

indicios posteriores son los menos fiables, los anteriores en el caso de ser los únicos existentes provocan dificultad en atribuir la consumación del delito<sup>1254</sup>.

Al respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de marzo de 2001, pone de relieve:

“...los hechos indiciarios de criminalidad que resultan en el tiempo muy posteriores a la comisión de los hechos y cuando ya está en marcha la investigación contra determinada persona conocedora de ello pueden ser erróneamente interpretados como incriminadores cuando en realidad se trata de hechos realizados por el acusado en su descargo, ante el acoso al que se siente sometido...”.

2- Por su ámbito de aplicación<sup>1255</sup>:

- a) Generales: pueden aparecer en todos los delitos.
- b) Particulares: pueden aparecer únicamente en determinados delitos.

3- Por la intensidad de su conexión<sup>1256</sup>:

- a) Próximos: guardan una relación clara y directa con el delito.
- b) Remotos: son posibilidades alejadas del hecho base que indican hechos fácilmente engañosos.
- c) Excepcionales: son aquellos cuya intensidad, puede excepcionalmente valer para fundamentar la condena sin necesidad de que existan varios<sup>1257</sup>.

4- Por su origen normativo<sup>1258</sup>:

- a) Legales: aquellos que se encuentran en las leyes como ejemplos.
- b) No legales: la ley no hace referencia a los mismos.

5- Por la prueba por la que proceden<sup>1259</sup>:

El hecho base puede proceder de cualquier medio probatorio, prueba testimonial, documental, etc. La prueba de indicios debe partir de una sólida base, siempre que queden consignados los concretos elementos probatorios que han servido para acreditar el hecho base más reforzada quedará la prueba. En el caso de que la sentencia no concrete el fundamento probatorio del hecho base la ulterior nulidad de un determinado medio probatorio puede resultar sin valor alguno.

6- Por el hecho demostrado<sup>1260</sup>:

- a) Elementos subjetivos: los constituyen las intenciones, conocimientos, sentimientos, o datos que se encuentran en la psiquis de cada persona y que pudieran haberlos manifestado a otras personas o no.
- b) Elementos objetivos: son hechos, actos y manifestaciones exteriores de la persona. Los elementos subjetivos son los más difíciles de probar, si fueron manifestados de forma expresa resulta difícil y a veces imposible conocer los pensamientos íntimos de un sujeto. Nadie está obligado a una prueba sobre elementos imposibles de demostrar. Las pruebas que pueden exigirse son de acuerdo al actual estado de la técnica y conocimiento humano.

---

<sup>1254</sup> F. PASTOR ALCOY, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, *op.cit.*, p. 50.

<sup>1255</sup> C. CLIMENT DURAN, *op. Cit.*

<sup>1256</sup> C. CLIMENT DURAN, *op. cit.*

<sup>1257</sup> O manifiestos, aproximados y alejados.

<sup>1258</sup> C. CLIMENT DURAN, *op. cit.*

<sup>1259</sup> C. CLIMENT DURAN, *op. cit.*

<sup>1260</sup> C. CLIMENT DURAN, *op. cit.*

7- Por su inferencia<sup>1261</sup>:

a) Inferencia admitida: son aquellas inferencias concretas que son generalmente admitidas, cuentan con precedentes jurisprudenciales, psicológicos, científicos o son máximas o pautas de vida recogidas por refranes o proverbios.

b) Inferencia novedosa: son razonamientos o deducciones innovadoras que merecen una atención especial y pueden constituir cambios en el comportamiento humano en los hábitos sociales o fruto de adelantos técnicos. Como dicen algunos autores los indicios son testigos mudos del crimen<sup>1262</sup>.

V.1.1.4.7. Eficacia probatoria de la prueba indiciaria: casuística. Especial consideración del blanqueo de capitales.

Podemos citar algunos indicios que la sentencia del 20 de septiembre de 2005<sup>1263</sup>, consideró suficientemente válidos para el encuadramiento del delito analizado de ntro de la figura de blanqueo de capitales, sin perjuicio de que en párrafos posteriores se amplíen los mismos:

1. Incremento inusitado de patrimonio u operaciones dinerarias manifiestamente anómalas.

2. Inexistencia de actividades negociales lícitas que justifiquen los incrementos inusuales de patrimonio, la tenencia de cantidades insólitas de dinero en efectivo o las transmisiones patrimoniales anómalas.

3. Constatación de la relación con personas implicadas en actividades de tráfico de estupefacientes.

La utilidad de la prueba indiciaria en orden a la acreditación de una amplia variedad de delitos se evidencia en los párrafos subsiguientes:

A) Homicidio: En el caso de un arma blanca encontrada en el domicilio del procesado días después de la muerte y de que en la misma hubieran restos de sangre que coincidiera con el perfil genético del ADN de la víctima se relacionó con:

- El dictamen forense del cual se extrajo que las lesiones de la víctima fueron causadas por una navaja igual al del procesado.

- El procesado conoció a la víctima horas antes de su muerte.

- Fue el procesado el cual estuvo con la víctima la noche de su muerte, siendo la última persona vista en compañía de la víctima.

- El dato significativo de que no fuera posible encontrar la camisa del procesado cuando los hechos tuvieron lugar<sup>1264</sup>.

B) Receptación: La convivencia de la acusada con los ahora declarados en rebeldía, el alto costo económico de su vida privada y la compra del local por 6.000.000 de pesetas, a pesar de no poseer recursos económicos. También se suma la compra de una joya con dinero dudoso, hablan claramente del origen de ese dinero. La recurrente vivía con un especialista en el robo con butrón<sup>1265</sup>, compañero de una de las acusadas madre de dos de las recurrentes<sup>1266</sup>.

<sup>1261</sup> C. CLIMENT DURAN, *op. cit.*

<sup>1262</sup> F. PASTOR ALCOY, *op. cit.* p. 53.

<sup>1263</sup> RJ 7501/12005

<sup>1264</sup> STS 5 de febrero de 1998 (RJ 64/1998).

<sup>1265</sup> Butrón, así se denomina el agujero que los ladrones realizan en techos o paredes para robar.

<sup>1266</sup> STS 20 de febrero de 1998 (RJ 2341/1998).

Los objetos receptados fueron proporcionados por reconocidos delincuentes, la pluralidad de estos objetos cuya procedencia delictiva fue acreditada las poseía el acusado en su casa. Asimismo se suma a esto el cambio de identificación en una esclava de oro, y la reiterada poco creíble versión del acusado sumada a la falsedad demostrada de su declaración<sup>1267</sup>.

La sentencia fue absolutoria por el hecho de la venta de la pulsera pocos días después de cometido el delito. La pulsera vendida era de características similar a la robada pero no puede acreditarse que sea la misma, y de ser la misma es necesario probar como llegó a manos del acusado<sup>1268</sup>.

C) Falsificación: Los recibos fueron extendidos por el acusado, no en la fecha consignada en los mismos sino con posterioridad a fin de acreditar haber trabajado, ante la seguridad social. La firma al pie del sello de la empresa no fue puesta por el Sr. M. Los recibos estaban en poder del acusado y este los aportó al acto del juicio celebrado en el Juzgado en lo Social. Los mismos sólo beneficiaban al acusado, siendo la explicación dada por el acusado sobre tales recibos, carente de fundamento lógico.<sup>1269</sup>

D) Complicidad:

*“...En el caso de ahora, a) no puede seriamente achacarse al recurrente participación delictiva alguna en cuanto a la droga incautada al otro acusado, porque su presencia, junto a éste, cuando la detención ha la relación habida entre los dos, no son causa suficiente para sumir la conclusión condenatoria; b) los restos de heroína en el molinillo de café encontrados en el domicilio de quien impugna la sentencia, constituye un indicio, aparte de débil, no acreditado en cuanto a la persona que utilizara aquél, tanto más cuanto que el primero de los inculpados, no recurrente, había visitado en varias ocasiones tal vivienda...”<sup>1270</sup>.*

E) Insolvencia punible:

*“...Así se cuenta con los siguientes hechos indubitadamente acreditados:*

*a) La transacción se realiza dos días después del embargo. El inmueble se embarga el día 2 de Octubre de 1996 y la venta se consumó el día 4 del mismo mes y año.*

*b) El parentesco existente entre el matrimonio vendedor y el comprador. Los compradores son la hermana y cuñado del vendedor.*

*c) El precio señalado en la venta, es menos de la mitad, que el de mercado, según tasación judicial, debidamente practicada, con intervención de los acusados.*

*d) La contradicción de los acusados, en sus declaraciones sumariales y en el plenario, entre unos y otros, en extremos relevantes, como el precio pagado, modo de abonarlo, etc.*

*e) Carencia de motivo razonable de la adquisición<sup>1271</sup>.*

F) Cohecho:

*“...Por la entidad del delito de cohecho, sólo puede inferirse a partir de indicios estos indicios se manifiestan en las declaraciones sumariales legítimamente efectuadas por dos testigos ante la brigada de delitos monetarios, primero y ante la autoridad judicial después, por la relación de conocimiento entre los diversos implicados, todos ellos funcionarios de la Delegación de Hacienda de Barcelona, y*

---

<sup>1267</sup> STS 12 de mayo de 1977.

<sup>1268</sup> AP Cuenca 5 de febrero de 1998 (RJ 646/1998).

<sup>1269</sup> STS 12 de marzo de 1998 (RJ 2353/1998).

<sup>1270</sup> STS 31 de enero de 1994 (RJ 594/1994).

<sup>1271</sup> STS 24 de abril de 2001, RJ 3568/2001.



*finalmente, por el hecho de que todos los pagos se efectuaban desde una misma cuenta corriente bancaria...»<sup>1272</sup>.*

#### V.1.1.4.8. Casuística del blanqueo de capitales<sup>1273</sup>:

Existen una pluralidad de acciones que, consideradas en su conjunto, sirven para acreditar indiciariamente este ilícito, a saber:

- Llevar doble contabilidad.
- Duplicar los estados financieros.
- Hacer partidas falsas, alteraciones o falsificaciones.
- Preparar documentos y facturas falsas.
- Destruir intencionalmente libros y registros.
- Ocultar el monto u origen de los ingresos.
- Manejar grandes sumas de dinero.
- Utilizar prestanombres (esposa, hijos, socios y amigos).
- Abrir cuenta bancarias con nombres ficticios.
- Hacer declaraciones falsas, inconsistentes, erróneas y contradictorias.
- No seguir el consejo del preparador de la información.
- No exponer totalmente los hechos relevantes al preparador de la información al contador o al abogado.
- Ejercer influencia sobre testigos.
- Sobornar o intentar sobornar a un agente.
- Intencionalmente omitir llevar registros financieros.
- Retener registros, cuando se le solicite proporcionarlos.
- Declarar erróneamente ingresos durante más de un año.
- Aumento considerable e inexplicable de riqueza.
- Hacer partidas por préstamos falsos en los registros.
- Aceptar dinero sucio con el pretexto de que es un regalo.
- Declarar cantidades substancialmente diferentes en las ventas o en las compras.
- Manejar sus propios asuntos para evitar llevar registros que típicamente deben llevarse para ese tipo de negocio (evitar hacer registros).
- Omitir presentar declaraciones fiscales o intentar evadir la responsabilidad fiscal en años previos.
- Evadir una responsabilidad legal de reportar sus finanzas.
- Reportar todos los ingresos de una fuente o un cliente en particular, ingresos parciales de una segunda fuente o cliente en particular y ningún ingreso de otra fuente o cliente en particular.
- Hacer una confesión o admisión de evasión fiscal, fraude contable o alguna otra infracción o delito tipificado.
- Comprar cheques de caja en grandes cantidades, pero siempre por un monto ligeramente menor a 10.000 dólares de manera que el banco no se vea obligado de emitir un reporte.
- Tener el control y la responsabilidad total de los libros, registros y transacciones financieras<sup>1274</sup>.

<sup>1272</sup> STC 41 / 1991, 25 de febrero, FJ 3, BOE 18 de marzo de 1991 (RTC 41/1991).

<sup>1273</sup> E. BAUCHÈ, *Lavado de dinero*, cit. p. 96.

#### V.1.1.4.9. Valoración de los indicios

La apreciación de los indicios se realiza, en general, con base en las reglas de la sana crítica<sup>1275</sup>. No debemos olvidar que un hecho se convierte en indicio cuando una regla de experiencia lo sitúa con respecto al hecho a probar, en una relación que bajo cierta lógica permita deducir la existencia o inexistencia del mismo<sup>1276</sup>. Es por ello que en párrafos anteriores hemos señalado la necesidad de que aparezca en forma clara la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado o a la inversa. No es posible fijar el valor probatorio de los distintos indicios, es el magistrado quien debe aplicar el máximo rigor crítico. Cuanto mayor sea la cantidad de indicios de los cuales se infiera una conclusión determinada, la seguridad en la decisión será mayor. Pero un solo contraindicio puede destruir el razonamiento estructurado a partir de aquello. Los indicios deben ser apreciados en su conjunto, y juntamente con las restantes pruebas producidas en el proceso.

Entre el hecho indiciario y el hecho a probar debe existir una conexión de manera que se aleje la posibilidad de llegar a conclusiones distintas. Debe reducirse toda duda, aunque la certeza o evidencia absoluta no sea lograda. Es por ello que debemos distinguir las sustanciales contribuciones creadoras de presunciones trasmisoras de la verdad y las simples conjeturas impulsadas por la subjetividad<sup>1277</sup>.

Los indicios no pueden sustituir la ausencia de prueba directa exigida por la ley o por medios idóneos insustituibles<sup>1278</sup>.

Recordemos que la prueba en muchos casos resulta difícil o imposible, salvo la existencia de una confesión de parte. En dichos casos el indicio es el principal objeto de prueba, a fin de que en su mérito el juez pueda presumir el hecho a probar, en virtud de la dificultad probatoria que tiene el mismo.

En la actualidad ya no se utiliza el juicio de valor como expresión sustitutiva de la prueba de presunciones o prueba indiciaria, sino que se utiliza abiertamente esta última expresión<sup>1279</sup>. De este modo, en la sentencia de 20 de septiembre de 1991 el Tribunal Supremo sostiene que:

---

<sup>1274</sup> G. BAUCHÈ, *Lavado de dinero*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, pp. 95 ss.

<sup>1275</sup> El control casacional en la prueba indiciaria se dirige a comprobar la estructura racional del proceso valorativo seguido por el Tribunal y su adecuación a las reglas de la lógica y de la experiencia, función ésta que es mucho más limitada en el caso de la prueba directa al quedar excluido de la misma todo lo concerniente a la percepción sensorial de la prueba derivada de la inmediación. La doctrina constitucional en la materia (SSTC 105/1988, 283/1994, 24/1997, 45/1997, 68/1998, 157/1998, 189/1998 y 220/1998 entre otras) constriñe el control en vía de amparo a la constatación de la existencia de una prueba de cargo suficiente y lícitamente practicada: la licitud requiere que no se hayan quebrantado las garantías constitucionales; y la suficiencia exige que la inferencia realizada por el Tribunal sea razonable, pues la irrazonabilidad de la inferencia produce la vulneración de la presunción de inocencia por falta de prueba de cargo. La STC 220/1998 de 16 de noviembre (Pn. VIVER PI-SUNYER) cita como supuestos de irrazonabilidad los siguientes: 1) la falta de lógica o de coherencia en la estructura del proceso valorativo del Tribunal, y 2) el carácter no concluyente de los indicios por ser excesivamente abiertos, débiles o indeterminados (lo que posibilita conclusiones alternativas razonables).

<sup>1276</sup> F. CARNELUTTI, *op. cit.* p. 192.

<sup>1277</sup> C. CLIMENT DURAN, *La prueba penal*, Valencia, 1999, p. 594.

<sup>1278</sup> A. MORELLO, *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*, comentados y anotados, Vol. II – C, Buenos Aires, 1986, p. 71.

<sup>1279</sup> F. PASTOR ALCOY, *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*, cit. p. 17.

“...los juicios de valor, que se pueden combatir por los causes del error jurídico constituyen un estado de opinión ante pruebas indiciarias e indirectas. Los juicios de valor como actividad de la mente y el raciocinio, sirven para determinar los quererres y las intenciones, interpretando cuantas circunstancias se mueven alrededor de aquello que se quiere conocer deductivamente...”.

Una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1280</sup> ha consagrado la construcción del tipo penal del blanqueo de capitales sobre tres pilares o elementos, manifiestamente reveladores de la importancia y trascendencia de la prueba de indicios: 1. Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas. 2. Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales. 3. Vinculación con actividades de tráfico ilícito de estupefacientes, o con actividades delictivas graves<sup>1281</sup>.

Desde el punto de vista objetivo, la constatación de este delito es una tarea relativamente sencilla puesto que la casi obligada utilización del sistema financiero legal para dar apariencia de licitud a los productos y ganancias con un origen delictivo trae como consecuencia la constancia documental de tales operaciones.

Las dificultades probatorias aumentan a la hora de delimitar los aspectos concretos a los que antes hemos hecho referencia. En uno y otro caso resulta de una importancia incuestionable la denominada prueba de indicios, también llamada prueba indirecta, circunstancial o de presunciones ( arts. 1.249 y 1.253 del Código Civil actualmente derogados), una clase de prueba ésta especialmente idónea y útil<sup>1282</sup> para suplir las carencias de la prueba directa en los procesos penales relativos a éstas y otras actividades delictivas encuadradas en lo que se conoce como criminalidad organizada, y evitar así las parcelas de impunidad que podrían generarse en otro caso respecto a los integrantes de estas organizaciones delictivas. En la práctica procesal penal será habitual que no exista prueba directa de estas circunstancias, y al faltar ésta deberá ser inferida de los datos externos y objetivos acreditados conforme a los antiguos arts. 1.249 y 1.253 del Código Civil (prueba de presunciones o prueba de indicios)<sup>1283</sup>.

En el caso del principio de presunción de inocencia, es necesaria no sólo la legitimidad en la obtención de los indicios sino también la idoneidad de los mismos y la razonabilidad del proceso deductivo seguido por el órgano judicial. Ambos aspectos son revisables, a través del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional por entender que afectan de manera esencial al principio de presunción de inocencia que proclama el art. 24 de la Constitución española<sup>1284</sup>.

#### *V. 1.2. Requisitos de la incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos durante la investigación*

Dos artículos de la LECrim. adquieren relevancia en este tema a saber el art. 714 y el art. 730. El artículo 714 dice:

---

<sup>1280</sup> SSTs de 7-12-96, 23-5-97, 15-4-98, 28-12-99 y 10-1-00.

<sup>1281</sup> J. ZARAGOZA AGUADO, *Análisis sustantivo del delito (II)*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales, Estudios de Derecho Judicial*, 28 – 2000, p. 294.

<sup>1282</sup> C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000.

<sup>1283</sup> J. ZARAGOZA AGUADO, *op. cit.* p. 295.

<sup>1284</sup> M. MASCARELL NAVARRO, *La carga de la prueba y la presunción de inocencia*, en *Justicia* 1987- III, p. 617.

“Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de esta por cualquiera de las partes

Después de leída el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.

El artículo 730:

“Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que , por causas independientes de la voluntad de aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

Teniendo en cuenta estos dos artículos que son fundamentales en el tema a tratar avanzaremos en el tratamiento del mismo.

#### V. 1.2.1. Principios rectores

##### A) Principio acusatorio

La etapa del juicio oral está presidida por el principio acusatorio, en oposición a la instrucción, en que domina el inquisitivo. Estos principios tienen la propiedad de indicarnos mediante qué distribución de roles y bajo qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal<sup>1285</sup>.

El sistema acusatorio, como está establecido en los diferentes ordenamientos, no es equiparable al observado en el Derecho griego y romano primitivos<sup>1286</sup>. El sistema acusatorio, recordemos tiene su origen en la Roma de la Ley de las XII Tablas, producto, de un lado, del carácter privado de la persecución de los delitos y, de otro lado, del hecho reprochable en sí mismo, el cual pasaba prácticamente inadvertido ante la sociedad<sup>1287</sup>.

Pero el sistema acusatorio es uno de los sistemas que se ha propagado en toda Europa y puede encontrarse, no tan sólo en Roma, sino en el antiguo proceso alemán, anterior a la recepción del Derecho romano-canónico. El citado sistema evolucionó, hacia el inquisitorial amparado por el Estado Absoluto; sistema donde la pesquisa, previa a la acusación, era la piedra angular del proceso<sup>1288</sup>.

---

<sup>1285</sup> J. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal...*, cit., T. II (Vol. I), p. 64.

<sup>1286</sup> Anteriormente, en el Derecho griego, se configuró el sistema acusatorio sobre la idea de quien ha de erigirse directamente no solo como acusador, sino también como juez, es el pueblo. La administración manifestaba así su pasividad. El ofendido o cualquier ciudadano presentaba y sostenía la acusación ante el Arconte, el cual cuando se trataba de delitos privados —según el caso— convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Heliastas. Por su parte, el acusado se defendía por sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas. Cada parte presentaba sus pruebas, formulaba sus alegatos, y en esas condiciones el tribunal dictaba sentencia «ante los ojos del pueblo» (F.PAOLI, en *Studi sul processo attico*. Padova, 1992, cit., P.ARAGONESES ALONSO, *Curso de Derecho Procesal Penal...*, Madrid, 1986, págs. 34-35.

<sup>1287</sup> G.CONSO, *Accusa e sistema accusatorio, atti processuali, capacità processuale penale*, Milano, 1961.

<sup>1288</sup> Para ALONSO ROMERO en la época de implantación del Fuero Juzgo «las ideas que inspiran las nociones de delito y pena tan pronto están impregnadas del más riguroso sentido privatista como orientadas en razón de una clara finalidad social. Esta situación se pone de manifiesto en la regulación de dos tipos procesales muy diferentes: un proceso acusatorio que se presenta como la regla general, y un proceso iniciado y desarrollado de oficio, para ciertos delitos especialmente graves». En las Decretales una de las vías de iniciación del proceso era a través de la acusación la cual contenía un requisito indispensable: la «inscriptio»; esto es, el compromiso de sufrir la misma pena pretendida para el acusado

Pero legislador español de 1882, no tuvo opciones no podía ni estaba capacitado para crear un nuevo sistema eficiente y que avalara los derechos fundamentales, frente a un proceso inspirado por el principio inquisitivo, carente de sentido, y frente al sistema acusatorio puro, así que asumió una nueva recepción del derecho extranjero y optó por el denominado sistema acusatorio formal o mixto: inquisitivo en la fase sumarial y acusatorio en la fase decisoria<sup>1289</sup>. El texto, así nacido, es progresista para la época de su promulgación<sup>1290</sup>. Pero los legisladores posteriores, con reformas poco afortunadas como las de 1967 y 1980, evitaron en parte el consiguiente progreso del mismo<sup>1291</sup>. La posterior evolución de la Ley se ha visto marcada por sucesivos parches que hoy la hacen desconcertante.

La acusación, al ser concebida como forma de exteriorizar el reproche de la sociedad por la comisión de una infracción penal con la finalidad de aplicar al responsable unas determinadas medidas según el derecho sustantivo, condiciona el papel del órgano jurisdiccional, ya que no tiene sentido ni cabría la condena sin acusación.<sup>1292</sup>

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en innumerables ocasiones en relación al principio acusatorio. El proceso penal en el ordenamiento jurídico español obliga a que el juicio sólo pueda abrirse cuando se formula, por el Ministerio Fiscal o por los sujetos privados oportunamente comparecidos, una acusación, pues sin acusación en el proceso penal no puede funcionar<sup>1293</sup>. Tampoco es admitible ni una acusación implícita (ha de ser expresa) ni la actuación ex officio del juez situado por encima de las partes contendientes de manera independiente e imparcial.<sup>1294</sup>

## B) Principio de Igualdad

El principio de igualdad implica que las partes acusadoras y acusadas se encuentran, en la etapa del juicio oral, en un mismo plano<sup>1295</sup>. Pero lo realmente importante es que el juicio ofrezca a las partes, con iguales armas, la ocasión de desplegar sin restricciones sus medios de ataque y defensa.

---

cuando la acusación no pudiera probarse (M. ALONSO ROMERO, *El Proceso Penal en Castilla*., Salamanca, 1982, p. 9-11).

<sup>1289</sup> T. MUÑOZ ROJAS, *En torno al acusador particular en el proceso penal español*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1973, p. 108. «El ciudadano ha dejado de expiar faltas ajenas que no son suyas ni tiene que ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado» (Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La característica más notable del acusatorio puro residía en el propio poder de acusación, conferido sólo al ofendido o a su cónyuge.

<sup>1290</sup> IBÁÑEZ - GARCÍA-VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1969, p.12: “ la Ley de Enjuiciamiento Criminal dejó todavía excesivas puertas abiertas para que el Tribunal juzgador pueda inmiscuirse en la investigación, en la determinación de la persona contra quien sea posible dirigir la acción penal, en la prueba y, lo que es más importante, en el contenido mismo de la acusación, lo que hace que nuestro proceso penal sea sólo moderadamente acusatorio o parcialmente acusatorio..”

<sup>1291</sup> Ley 3/1967, de 8 de abril, procedimiento de urgencia (la cual modificó, a su vez, a la Ley 30 de julio de 1959, y ésta a la 8 de junio de 1957) y Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Vid., STC 145/88, de 12 de julio de 1988.

<sup>1292</sup> F. SOTO NIETO, *Correlación entre acusación y sentencia*. Madrid, 1979, pág. 100.

<sup>1293</sup> SSTC 40/1988, de 10 de marzo, y 25/1994, de 27 de enero.

<sup>1294</sup> STC 17/1989, de 30 de enero, STC 240/1988, de 19 de diciembre: “Para mantener al Tribunal en esta serena y elevada esfera y no desvirtuar el principio acusatorio que informa nuestro Código... únicamente al Ministerio Fiscal o al acusador particular si le hubiere, corresponde formular el acta de acusación» (Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). STC 18/1989, de 30 de enero.

<sup>1295</sup> T. MUÑOZ ROJAS, *El imputado en el Proceso Penal*, Pamplona, 1958, p 21; J. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional. III Proceso Penal*, Barcelona, 2000, p 390.

Pero sería bueno saber si el Ministerio Fiscal puede, como en la fase instructora, tener una posición privilegiada respecto de las demás partes<sup>1296</sup>. La idea del proceso de partes contribuye a potenciar el principio ahora en estudio<sup>1297</sup>, pero desde la óptica de la práctica forense resulta innegable la existencia de ciertas concesiones del órgano judicial a favor de aquél Ministerio, por ejemplo, en situaciones como de la solicitud de suspensión del juicio oral por la incomparecencia de algún testigo o la petición de diligencias complementarias. La igualdad de armas queda en entredicho en la llamada fase de preparación del juicio oral del procedimiento abreviado. En dicha etapa, los números primero y segundo del art. 780 LECrim. permiten al órgano judicial dar traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas con el fin de solicitar la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias<sup>1298</sup>. La desigualdad se encuentra en la imposibilidad para el imputado de oponerse a la formalización de la acusación concretada en el auto de apertura del juicio oral.

### C) El principio de contradicción

El principio de contradicción, se encuentra en paralelo con el de igualdad. El principio de contradicción ha de dominar por completo la fase del juicio oral, aunque la práctica forense se manifieste en contra de ello y prevalezcan los actos desarrollados en la fase instructora.

La dualidad de partes exige en la fase decisoria no tan sólo la presencia procesal de las partes, además la física del sujeto pasivo<sup>1299</sup>. Si así no fuere llevaría a la suspensión de la vista por la incomparecencia del acusado<sup>1300</sup>, a excepción de cómo lo establece la ley en los siguientes casos: a) en la celebración del llamado «juicio en ausencia» previsto para el procedimiento abreviado (art. 757 a 794.) y para el juicio de faltas (ar. 962 a 982 LECrim.) cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente y persista en ella a pesar de las advertencias del Presidente y del apercibimiento de hacerle abandonar el local. Ante tal comportamiento, el órgano judicial puede expulsarlo por cierto tiempo o por toda la duración de la sesiones (art.684 LECrim.)<sup>1301</sup>.

### D) El principio de intermediación

El principio de intermediación responde a la relación personal y directa entre jueces y partes (y jueces con testigos, peritos y otros participantes en el proceso), y facilita al juzgador la actividad oral de dichas personas<sup>1302</sup>.

La intermediación gobierna el juicio oral, pues el órgano decisorio es quien dirige los debates y pregunta al acusado acerca de su eventual conformidad.<sup>1303</sup> Dicho órgano

---

<sup>1296</sup> E.GÓMEZ ORBANEJA – V. HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1959,p. 251.

<sup>1297</sup> E. BELING, *Derecho Procesal Penal*, Chile, 2000, p.102-104.

<sup>1298</sup> La desigualdad vendría dada por la imposibilidad para el imputado de oponerse a la formalización de la acusación concretada en el auto de apertura del juicio oral.

<sup>1299</sup> M. IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1969, p.21.

<sup>1300</sup> J. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, cit, T. I, p. 386.

<sup>1301</sup> V. FAIRÉN GUILLEN, *Algunas notas sobre la problemática de la expulsión del acusado de las sesiones del juicio oral*, en *La Ley*, 1984, T. 2, p. 1.169-1180.

<sup>1302</sup> V. FAIREN GUILLEN, *Doctrina General*, Madrid, 1990 p. 398.

<sup>1303</sup> J. GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, Madrid, 1988, p. 191 ss.

ha de dictar sentencia fundamentada en la actividad probatoria desarrollada y concretada en el plenario (art. 741 LECrim.)<sup>1304</sup>.

#### E) El principio de oralidad

El principio de inmediación es de suma importancia en el proceso penal, promotor, además, del llamado principio de concentración<sup>1305</sup>. La oralidad es de gran importancia su importancia reside en mantener su propia identidad<sup>1306</sup>, se encuentra íntimamente relacionado con el de inmediación.

La oralidad no puede controlar ni dominar todo un proceso pero ello no debe excusar la tradicional y reprochable tendencia de la práctica forense de dar por reproducidos, como un ritual los legajos documentales, y favorecer así la existencia de un auténtico *dossier secret*<sup>1307</sup>.

El establecimiento del Tribunal del Jurado (L.0.5/1995), reafirma este principio en virtud de que los jueces legos no tienen conocimiento de las diligencias sumariales (art. 726 LECrim.), sin dejar de lado las previsiones contenidas en los arts. 34.1 y 46.2 LOTJ.

Es por ello que el Tribunal Supremo ha señalado la carencia de valor probatorio de los hechos afirmados en la instrucción, a excepción de los resultantes de prueba anticipada<sup>1308</sup>. Cuestionando así el principio de oralidad con la resolución final del órgano judicial y con una sobrecarga de trabajo de los juzgados y tribunales. La primera de las cuestiones citadas es concerniente a la resolución última del juzgador y la posibilidad de recurrir la misma, ya que con la oralidad no se constata de forma tan completa lo acaecido en la sala de vistas como si de un proceso dominado por el principio de escritura se tratara<sup>1309</sup>. Esta situación —a todas luces aparente— se podría solucionar con la grabación en «video tape», cinta magnetofónica o cualquier otro medio mecánico capaz de posibilitar la constatación de toda la sesión del juicio<sup>1310</sup>.

En cuanto al aumento del trabajo de los tribunales como consecuencia de dar entrada al principio de oralidad<sup>1311</sup>, es totalmente intrascendente. Por último, la oralidad, cuya presencia en el proceso hace espontánea la declaración<sup>1312</sup>, incidirá de forma decisiva en la resolución final de forma bien distinta a si el procedimiento estuviera presidido por el principio de escritura<sup>1313</sup>. Puede justificarse por las siguientes razones: a) por la importancia del diálogo, o mejor, de la comunicación directa e inmediata sin intermediación; y b) por la presencia física del juez y captar éste todas las reacciones, gestos de turbación y sorpresa del declarante.

<sup>1304</sup> J. GIMENO SENDRA, *El Proceso Penal*, cit. p. 92.

<sup>1305</sup> V. FAIRÉN GUILLEN, *Doctrina General*, cit., p. 266.

<sup>1306</sup> J. BAUMANN, *Derecho Procesal Penal*, 2000, p. 230.

<sup>1307</sup> E. CARLOS, *Introducción al Derecho Procesal*. Buenos Aires, 1959, p. 52-53.

<sup>1308</sup> STS de 2 de marzo de 2000.

<sup>1309</sup> MONTERO AROCA, J. *El principio de oralidad...*, cit., p. 539.

<sup>1310</sup> Artículos 229 y 230 LOPJ.

<sup>1311</sup> V. FAIRÉN GUILLEN, *Elaboración de una doctrina...*, cit., p. 266.

<sup>1312</sup> F. RAMOS MÉNDEZ, *El Proceso Penal*, cit., p. 198.

<sup>1313</sup> Es indudable la correlación del principio de oralidad con el art. 714 LECRIM, pues como tendremos oportunidad de comprobar en este mismo Capítulo, los actos de prueba realizados en la fase sumarial, trascendidos al juicio oral, de no darse por reproducidos como en la práctica forense se viene produciendo, han de provocar en los declarantes determinados «comportamientos» a tener en cuenta por el juzgador. Por contra, de introducirse algún «filtro» —«intermediación»— entre el declarante y el juzgador, ello distorsionaría la valoración a realizar por el órgano judicial. En este último caso, el «dar por reproducida la prueba», indudablemente, vulneraría el derecho de defensa (v.g., la lectura íntegra del intervención en el sumario de un intérprete).

## F) El principio de publicidad

La asistencia personal y física del público a las actuaciones judiciales, es decir la denominada publicidad inmediata, predomina en la fase del juicio oral.

Es necesario destacar la correlación del principio de oralidad con el art. 714 LECrim., ya que los actos de prueba realizados en la fase sumarial, trascendidos al juicio oral, de no darse por reproducidos como en la práctica forense ocurre, provocarán en los declarantes determinados comportamientos a tener en cuenta por el juzgador. Pero al introducirse algún filtro – intermediación - entre el declarante y el juzgador, se distorsionará la valoración que debe realizar el órgano judicial<sup>1314</sup>.

En este último caso, el dar por reproducida la prueba, indudablemente, vulneraría el derecho de defensa ( ej. La lectura íntegra del documento donde conste la intervención en el sumario de un intérprete).

## V. 1. 2. 2. La practica de la prueba en el juicio oral

En virtud de lo dispuesto por el art. 701 LECrim el orden de pruebas será el señalado por las partes en sus escritos, la excepción se produce cuando el Presidente altere dicho orden, a instancia de parte, de oficio, o cuando así lo considere conveniente para un mayor esclarecimiento de los hechos o para mayor seguridad en el descubrimiento de la verdad

La principal diferencia estructural entre un modelo de proceso penal de corte inquisitivo y un modelo acusatorio, surge como lo señala el profesor DÍAZ CABÍALE<sup>1315</sup>, en que la iniciativa para promover diligencias de prueba e interesar su práctica corresponde de manera exclusiva a las partes.

No obstante, los modelos de procedimiento penal más comunes en el ordenamiento español los denominados procedimiento abreviado (789 LECrim) y el conocido como procedimiento ordinario, o de sumario ordinario, (299 LECrim), se basan en un modelo de instrucción de corte inquisitivo, atribuyendo las funciones investigadoras de manera exclusiva al juez de instrucción, el cual es el único órgano competente para la investigación de los delitos. La instrucción judicial en el proceso penal español, implica que el Juez de instrucción es quien encamina las investigaciones sin hallarse sujeto a las orientaciones y mucho menos a los impulsos de las partes.<sup>1316</sup>

Por consiguiente el Tribunal Constitucional se ha encontrado obligado a modular el sentido y alcance de las facultades instructoras en una multitud de resoluciones, compatibilizando, la actual regulación procesal de la instrucción judicial con los principios que surgen del art. 24 y concordantes de la CE, con la finalidad de asegurar la presencia efectiva de los principios de igualdad de armas y contradicción. La STC 19/2000 expresa:<sup>1317</sup>

---

<sup>1314</sup> M. BLASCO SOTO, *El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo*, en *Documentos Penales y Criminológicos*, V. I., 2001, p. 469 ss.

<sup>1315</sup> J. DÍAZ CABÍALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal Español.*, Premio Poder Judicial 1992, Madrid 1992, pág. 35.

<sup>1316</sup> LOZANO – HIGUERO PINTO et.al., *La vulnerabilidad de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Granada, 1993.

<sup>1317</sup> LOZANO- HIGUERO PINTO et.al. *op.cit. ult.*



"...De suerte que cada una de las fases del proceso penal se halla sometida a exigencias constitucionales específicas, destinadas a garantizar, en cada estadio del desarrollo de la pretensión punitiva e incluso antes de que el mismo proceso penal comience..."

La doctrina establecida por el Alto Tribunal, en relación a este tema podríamos resumirla en las siguientes afirmaciones: — La instrucción judicial tiene por finalidad esencial delimitar la legitimación pasiva en el proceso penal. — Es necesario exigirse el cumplimiento escrupuloso de lo dispuesto en el art. 118 de la LECrim, dando inmediato traslado de la imputación o imputaciones. Finalmente, antes de la conclusión de las investigaciones debe existir al menos una audiencia que permita a los procesados o imputados dar cuantas razones consideren para su descargo<sup>1318</sup>.

En virtud de una distorsionada interpretación de la doctrina constitucional relativa al modo de practicarse la instrucción judicial y por la suma de otros factores - entre los que podemos citar en los últimos años de prolongadas y mediáticas instrucciones contra personalidades de la escena política y económica y la aparición de nuevos textos legales como la LOTJ-, en la última década ha ido ganando adeptos un modelo de instrucción judicial un tanto extraño que, si bien ha acentuado su carácter contradictorio -con excepción de aquellos casos en que se acuerda declarar el secreto-, no ha modificado la obligación del Juez de instrucción de acordar y practicar las diligencias que considere convenientes, con plena autonomía, al margen de las interesadas por las partes aunque las mismas sean contrarias a las que aquellas soliciten, en el caso de que interesen la práctica de alguna.

La implantación de este modelo de investigación contradictoria produce como consecuencia graves problemas<sup>1319</sup>:

a) Podemos citar en primer lugar, que la contemplación de la instrucción criminal como un procedimiento contradictorio, hace que adquieran realce e incrementen su "valor" las actuaciones sumariales, con una proporcional y correlativa mengua del protagonismo del Juicio Oral, consecuencia que la doctrina<sup>1320</sup> ya señalaba, esto implica arraigar más si cabe la proposición y admisión de pruebas en el proceso penal fundamentación de condenas basadas en la discrepancia entre la declaración sumarial, inculpativa o inculpativa, y lo manifestado en el acto de la vista oral.

Es decir, resumiendo, si los principales hitos de la investigación judicial se realizan con los mismos requisitos que exigiría una prueba anticipada o una preconstituída, será inevitable que su valoración por los órganos de enjuiciamiento resulte análoga a estas últimas.

b) El desarrollo de un proceso de investigación criminal, en modo de proceso contradictorio, produce un incremento de la dilación de los procesos. Es decir, cada impulso instructor suele verse contestado por la impugnación de aquella parte que lo considera lesivo a sus intereses, provocando el cúmulo de impugnaciones, por consiguiente una gran congestión en los procedimientos hasta límites exasperantes<sup>1321</sup>.

c) El uso aceptado y legítimo del ejercicio de los recursos puede comprometer – en aquellos casos que el órgano de revisión de la decisión de instrucción y de enjuiciamiento definitivo coincidan- la imparcialidad objetiva de los órganos sentenciadores como lo ha expresado la sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1998.

---

<sup>1318</sup> T. ARMENTA DEU, *El fiscal instructor*, en *Cuadernos de Derecho público*, núm. 16 ( mayo/ agosto 1982) p. 216 ss.

<sup>1319</sup> J. PAZ RUBIO J., *La prueba en el proceso penal, su práctica ante los tribunales*, Madrid, 1999.

<sup>1320</sup> T. MUÑOZ ROJAS Tomás en texto citado por DÍAZ CABÁLE en *op. cit.* Nota 44.

<sup>1321</sup> E. BACIGALUPO, *La posición del fiscal en la investigación penal*, Pamplona, 2005.

No podemos negar la importancia de las diligencias sumariales, que aunque carezcan de los requisitos exigidos para las pruebas preconstituidas o anticipadas, pueden servir, ya sea de fundamento directo, bien de prueba de contraste o indicio para el pronunciamiento de sentencias condenatorias sin que ello suponga mengua ni quebranto del principio de presunción de inocencia <sup>1322</sup>. Esto ha sido admitido por los Tribunales, p. ej: STS 6 de octubre de 1997 Sr. GRANADOS PÉREZ La ley, 1997, 10083: *Las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim) y no constituyen en sí mismas pruebas de cargo; sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida en los términos señalados en el art. 730 LECrim, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, con la observancia de las garantías necesarias para la defensa. Puede, en dicho caso el Tribunal tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, en el caso de ser imposible o no ser factible lograr la comparecencia del testigo, siempre que sus declaraciones en el sumario hayan sido prestadas de manera inobjetable, con resultados concluyentes y con acatamiento de las normas que las regulan y sin merma alguna de los derechos fundamentales, especialmente del derecho de defensa.* <sup>1323</sup>También en STS 19 de junio de 1999. Sr. PREGO DE OLÍVER.: *La relevancia probatoria de una declaración sumarial se puede manifestar de dos maneras: a) en primer lugar, como elemento de contraste para la debida ponderación de las afirmaciones y retractaciones del testigo que declara en el Juicio Oral. La doctrina admite que el juzgador conceda mayor fiabilidad a lo manifestado por los testigos en el sumario o a lo manifestado en el plenario, siempre que se den ciertos requisitos, que las manifestaciones de las que se toman los datos de cargo hayan sido practicadas con rigurosa observancia de las normas procesales aplicables, que se incorporen al debate del plenario de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre esos extremos, y que el Tribunal, caso de optar por el material sumarial, explique las razones que le han llevado a considerarlo verosímil y fiable, y b) en segundo lugar, como prueba valorable sin la comparecencia del testigo al Juicio Oral, en el caso de que dicho testimonio sea irreproducible por fuerza mayor ajena a la voluntad de las partes, es decir, en los casos en que el testigo haya fallecido o se encuentra en el extranjero, fuera de la jurisdicción del Tribunal, no siendo factible lograr su comparecencia, o bien cuando se encuentre en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación en forma legal y fallidas las gestiones policiales realizadas para su localización.*

Lo precedentemente expuesto indica que las partes no son ni pueden ser meros espectadores de la investigación judicial, deben interesar la práctica de las diligencias de investigación que consideren necesarias, si bien el Juez de instrucción podrá, motivadamente, rechazar su práctica cuando las considere superfluas, redundantes, cuando su realización suponga una demora excesiva de las investigaciones o que se trate de una diligencia desproporcionada en relación con el dato o datos que se pretenden

---

<sup>1322</sup> J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA , Valor Probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español, Madrid 1992. También L. ROMÁN PUERTA, "Eficacia Probatoria de las diligencias sumariales" en Principios del proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial 5/92, W.AA.

<sup>1323</sup> J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *Valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, Madrid 1992.

indagar.<sup>1324</sup> Es decir también en la fase sumarial y aun no tratándose propia y expresamente de pruebas, el instructor debe realizar un juicio ponderado respecto a la utilidad de las diligencias propuestas por las partes.<sup>1325</sup>

#### A) Momento y forma de la proposición

La proposición de pruebas consiste en un acto exclusivamente de parte, -con excepción de los dispuesto en el art. 729. 2 LECrim. – la misma se encuentra sujeta a unos estrictos requisitos legales, cuyo incumplimiento puede determinar la no admisión de las pruebas propuestas. Estas exigencias son de orden temporal, relativas al momento idóneo para la proposición, y de orden formal que responden al cómo deben proponerse las pruebas. El tiempo hábil para proponer, debe distinguirse entre procedimiento ordinario, que lo ubica en los escritos de calificación de las partes (art.656 LECrim.), del procedimiento abreviado en el que, además de los escritos de conclusiones, admite la proposición de pruebas al tiempo de iniciar las sesiones del juicio oral (art.791.1 y art.793.2 LECrim.), así como en el caso de el procedimiento ante el Tribunal del Jurado que admite la proposición de pruebas conjuntamente con el escrito de calificación (art. 29.1 de la LOTJ) o en trámite de cuestiones previas (art. 36.1 e.).

Las formalidades de dicha proposición incluye además de las recogidas en el artículo mencionado -expresión de sus nombres, domicilios e indicación de si deben ser o no citados judicialmente-, deben tenerse presentes las consecuencias de la doctrina sentada por la STDEH de 6 de diciembre de 1988 en relación al modo de proponer la prueba documental, que bien pueden resumirse en estas palabras de la FGE <sup>1326</sup>: "*Proposición concreta de la prueba documental sin invocación genérica a las diligencias del sumario. Al proponer la prueba documental el Ministerio Fiscal, especificará detalladamente cada uno de los folios del sumario o de las diligencias previas imprescindibles para la fundamentación jurídica de los particulares hechos imputados. En consecuencia, serán eliminadas las fórmulas abstractas o genéricas cualesquiera sea su forma de expresión*".

El incumplimiento de las presentes formalidades y sus consecuencias será estudiado con más detalle al tratar de la admisión de las pruebas.

#### B) La proposición de pruebas al inicio de las sesiones del juicio oral

En el procedimiento ordinario las partes sólo pueden proponer prueba al evacuar sus escritos de calificación; la proposición de nuevas pruebas está vedada salvo supuestos excepcionales (art. 729 LECrim. y Art.746.6 LECrim.). Pero en el procedimiento abreviado y en el seguido ante el Tribunal del Jurado, ocurre al inversa, las partes en el momento inmediatamente anterior al inicio de la vista oral pueden proponer nuevas pruebas o reproducir las anteriormente planteadas y no admitidas. La cuestión estribará en si la proposición de estas pruebas, en tanto que sorpresiva e inesperada, puede o no violar el principio de lealtad procesal y generar indefensión en la parte que no la ha propuesto. En relación a lo precedentemente expuesto podemos decir que: Al inicio de las sesiones del juicio oral, en los procedimientos que lo permiten es

<sup>1324</sup> E. BACIGALUPO, *La posición del fiscal en la investigación penal*, Pamplona, 2005.

<sup>1325</sup> L. ROMAN PUERTA, *Eficacia probatoria de las diligencias sumariales*, en *Principios del proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial 5/1992. VV.AA.

<sup>1326</sup> Fiscalía General del Estado. Instrucción 1/89, "A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988".

posible proponer pruebas de cualquier naturaleza. La práctica de las pruebas propuestas ha de poderse realizar en el acto del juicio. El Juez o Tribunal, una vez admitidas, vigilará de que las mismas no supongan un fraude procesal ni impliquen merma del principio de contradicción procesal<sup>1327</sup>. El momento de proposición es preclusivo, es decir no puedan proponerse pruebas en momentos del juicio posteriores al de la audiencia.<sup>1328</sup> Esto lo establece la LECrim. Claramente en los artículos precedentemente expuestos.

La doctrina establecida por el Tribunal Supremo entre otras en STS 13 de diciembre de 1996. Sr. PUERTA LUIS considera: *“En principio, la proposición de pruebas en el proceso penal ha de hacerse en los momentos especialmente previstos por la ley, que garantizan el principio de igualdad entre las partes y, al propio tiempo, favorecen las exigencias de la lealtad procesal”*.

Apoyádonos en un lineamiento estrictamente constitucional, en relación al derecho de defensa y a la proscripción de la indefensión (art. 24 CE), podemos decir que la posibilidad de proponer la prueba en el proceso penal ha de entenderse ampliada hasta el mismo acto del juicio oral –como expresamente es permitido –, en el procedimiento abreviado, en el art. 793.2 LECrim-, siempre que esté razonablemente justificado y no suponga un fraude procesal a la vez que no constituya un obstáculo al principio de contradicción. STS 22 de mayo de 1995 Sr MONTERO FERNÁNDEZ-CID: *“La proposición de prueba realizada en el juicio oral ha de ser para practicarse en el acto o inmediatamente”* (Cfr. TS 2.a S 23 de enero de 1995). STS 29 de septiembre 1998 Sr GARCÍA-CALVO MONTIEL: *“...al margen de lo que sea buena fe procesal, las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que pueden interrogar a acusados, testigos, peritos, etc., e incluso, y acto seguido de su proposición, todavía pueden proponer otras que las desvirtúen; no ocurre así cuando se proponen inmediatamente antes del trámite de conclusiones, pues ya no se puede someter a la prueba tan extemporáneamente incorporada más que a la contradicción dialéctica, pero no a la efectiva y real contradicción que vendría de la mano del interrogatorio de acusados, testigos, peritos o de otra prueba, también in extremis, de signo contrario, causando así a la parte que no la propuso una verdadera y material indefensión...”*<sup>1329</sup>

### C) La adhesión a las pruebas propuestas por otra de las partes

La proposición de pruebas implica un acto sujeto a estrictas formalidades legales; de modo que la cláusula usualmente empleada de proponer la prueba mediante una remisión genérica a las pruebas propuestas por las otras partes no se entiende como una verdadera y propia proposición, sino como una simple adhesión a la prueba interesada por otra parte. En el supuesto caso de que la parte que efectivamente la propuso renuncie a su práctica, no podrá oponer el adherido de objeción alguna, ni podrá argüir en su contra<sup>1330</sup>. STS 14 de septiembre de 1994 Sr MÓNER MUÑOZ: *“La defensa del acusado en su escrito de calificación provisional, no propuso como prueba la declaración del testigo referido, sino que se limitó a adherirse a la propuesta por el*

<sup>1327</sup> J. DÍAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Madrid, 1991.

<sup>1328</sup> J. BURGOS LADRON DE GUEVARA, *op.cit.ult.*

<sup>1329</sup> J. DÍAZ CABIALE, *op. Cit. ult.*

<sup>1330</sup> M. BLASCO SOTO, *El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo*, en *Documentos Penales Criminológicos*, V.I., 2001, p. 469.

*Ministerio Fiscal. Según ha Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal declarado reiteradamente esta Sala, la adhesión por una parte a la prueba solicitada por la otra, no significa proposición en sentido legal, sino sólo conformidad con que se practique aquella. En el caso que se examina, el Ministerio Fiscal, renunció concretamente a la prueba aludida en el acto del juicio oral, por lo que, su falta de práctica, no puede constituir el quebrantamiento de forma que se denuncia."*

*STS 20 de julio del 1998 Sr JIMÉNEZ VILLAREJO "... Aun admitiendo que sea correcta la proposición de prueba por remisión a la propuesta por las otras partes, es preciso reconocer, en el caso, que la defensa del recurrente se remitió a una prueba incorrectamente propuesta, por no cumplir los requisitos establecidos en el art. 656 LECrim; en consecuencia, dicha defensa asumió el riesgo de que los testigos no fuesen citados judicialmente y el de que la parte formalmente proponente no se cuidase de hacerlos concurrir... que la decisión del Tribunal, denegando la prueba, fue correcta y no vulnerante del derecho a utilizar los medios pertinentes para defensa, puesto que el mismo no fue correctamente ejercitado..."*

#### D) La "proposición" de pruebas por el Tribunal

La proposición de pruebas, como ya dijimos, resulta de la exclusiva competencia de las partes como principio rector del sistema acusatorio (art.728 LECrim.). Partiendo de esa premisa, podemos deducir que al Juez o Tribunal sentenciador le está prohibida cualquier iniciativa tendiente a proponer la práctica de pruebas en cualquier sentido, pues, de lo contrario vería comprometida su imparcialidad. Aunque el art. 729 establece dos excepciones a dicho principio general<sup>1331</sup>. La primera, que habilita al Presidente para acordar de oficio careos entre testigos, procesados o entre ambos, y, la segunda, que faculta al Tribunal a practicar: "*Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación*".

Pero es necesario recalcar que la facultad de acordar careos entre testigos y procesados, aun de oficio, no compromete la posición del Tribunal, la facultad que le confiere el párrafo 2 del art. 729 tiene mucho mayor calado<sup>1332</sup>. La interpretación Jurisprudencial de dicho precepto la resume perfectamente la STS 11 de mayo de 1999 (Sr. MONER MUÑOZ)"...*El art. 729.2 LECrim admite la posibilidad de que el Tribunal ordene ex officio una diligencia de prueba.... Ahora bien, tal precepto fue cuestionado desde la vigencia de la LECrim por la doctrina, al estimarse que podía constituir una quiebra del principio de imparcialidad en cuanto el Tribunal, supliendo omisiones o deficiencias, podría convertirse en acusador o defensor según que la prueba acordada fuera de cargo o descargo. La jurisprudencia ha seguido diversas posturas que pueden resumirse así: a) una que pudiera llamarse tradicional que mantuvo le legitimidad del Tribunal para proponer pruebas (Cfr. TS 2.a S 27 de enero de 1994); b) postura de la inconstitucionalidad, que supuso un cambio radical al considerar dicha prueba como obtenida con violación de derechos fundamentales y nula, conforme al art. 11 LOPJ. Siguiendo al criterio, se ha declarado que dicho precepto encuentra su límite en el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial*

<sup>1331</sup> Es cierto que el art. 729 LECrim. consta de tres apartados pero lo previsto en su n. 3º no se trata de una excepción al principio general de aportación de parte, sino que las diligencias de prueba a las que allí se refiere han de ser ofrecidas por las partes.

<sup>1332</sup> M. BLASCO SOTO, *El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo*, op. Cit.

(Cfr. TS 2.a SS 1 Dic. 1993 y 21 de marzo de 1994), y c) postura integradora, que proclama que la posibilidad que confiere el precepto tiene sólo como designio la comprobación de los hechos. Es decir, se dirige, no a probar la existencia, sino a comprobar –contraste o verificación- si la prueba sobre ellos es o no fiable desde el ángulo del art. 741 LECrim. Por el contrario, la prueba que sea manifiestamente de cargo es inconstitucional y vulnera los principios de imparcialidad objetiva del Tribunal y observancia del acusatorio (Cfr. TS 2.a SS 23 de septiembre de 1995 y 7 de abril de 1999)".

El TS debe de acomodar la potestad que confiere a los Tribunales la norma citada a una dimensión relacionada con el respeto al derecho a la imparcialidad de los jueces, a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de indefensión, al modo en que ya se hizo con otro precepto perturbador -el contenido en el art. 733 de la LECrim- cuando de su aplicación podría verse afectado el sistema acusatorio. (STC 17/88, 205/89, 70/99 y ATC 59/97 entre otras).<sup>1333</sup>

La única interpretación que se considera constitucionalmente compatible del texto del n.º 2.º del art. 729 LECrim es la que se refiere a que, las diligencias que a su amparo se practiquen, tengan como única finalidad la de verificar la fiabilidad de otras pruebas, estas sí, propuestas por las partes. En el caso de que el Tribunal utilice dicha potestad para suplir las deficiencias en la proposición de pruebas que realicen las partes, la prueba así practicada incurrirá en vicio de nulidad conforme al art. 11 LOPJ, acentuándose dicha consecuencia en caso de que la prueba resulte de cargo.<sup>1334</sup>

Pero también es menester mencionar que subsisten pronunciamientos jurisprudenciales que se apartan de la conclusión afirmada permitiendo una aplicación del texto difícilmente compatible con los principios citados, tal y como se aprecia en la STS 24 de marzo de 1999 Sr. GIMÉNEZ GARCÍA: "...Precisamente por ello, porque el Ministerio Fiscal no podía proponer la prueba de audición de las cintas telefónicas al no haberla propuesto en tiempo oportuno, pero sí podía acordar tal prueba el Tribunal, de acuerdo con el art. 729.2 LECrim, el cuestionamiento de dicha práctica que efectúan los recurrentes en autos no puede prosperar, porque la práctica de la misma, aunque a iniciativa extemporánea del Ministerio Público, fue acordada por la Sala dentro del ámbito de sus exclusivas facultades, argumentación esta que es la única admisible y que permite declarar la validez de la prueba..."

#### E) Admisión

Con referencia a los requisitos legales y su incumplimiento debemos señalar que la proposición de pruebas, se encuentra sujeta a estrictas formalidades de tiempo -deben plantearse en el momento procesal oportuno arts. 656, 790.5, 792.1 (LOTJ)- y forma -designación nominal de testigos y peritos con expresión de sus domicilios o lugares donde puedan ser citados, haciendo constar si han de ser citados por el Tribunal o se compromete la parte a traerlos por sí-. En relación estrictamente a la documental, deberá hacerse constar el folio o folios en los que se contenga, de manera que permita su individualización<sup>1335</sup>. Así lo considera p. ej; la STC 52/1998 "...El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y

<sup>1333</sup> M. CALDERON CUADRADO, *La prueba en segunda instancia*, en *La prueba en el proceso penal*, EJMF, Madrid, 1998.

<sup>1334</sup> DIAZ CABIALE, *op.cit.* p. 76 ss.

<sup>1335</sup> DÍAZ CABIALE, *op. Cit. ult.*

*forma dispuestos por las leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerde no podrá reputarse lesiva del art. 24.2 CE...", o la STS 28 de enero de 1994 Conde PUMPIDO FERREIRO"... Es condición sine qua non para reclamar el derecho a la prueba que ésta esté procesalmente propuesta en forma, lo que requiere, cuando de testigos se trata, identificarlos en forma precisa y señalar el lugar en que el Tribunal debe citarlos..."*

Es importante señalar que el juicio de admisión de pruebas comienza con la constatación del cumplimiento de dichos requisitos, pero en caso de que la proposición de prueba se plantee en forma defectuosa, ello no necesariamente implicará suponer inevitablemente la exclusión de la prueba propuesta.<sup>1336</sup>

Pero el Tribunal puede admitir una prueba que no esté correctamente propuesta, sin que tal decisión pueda ser impugnada, ya que el párrafo 3 del art. 659 LECrim. no admite recurso alguno frente a la resolución que se dicte en sentido positivo. Es decir las partes carecen de mecanismos para denunciar la incorrección de los medios de prueba propuestos de contrario. La decisión del Tribunal de admitir medios de pruebas interesados sin cumplir con las formalidades legalmente previstas no supone quebranto de su imparcialidad sino una manifestación más del principio "*pro actione*".<sup>1337</sup>

Al referirnos al pronunciamiento del Tribunal relativo a la no admisión de determinadas pruebas propuestas, debemos decir que dependerá de la naturaleza del procedimiento, mientras que para el caso del procedimiento ordinario se admite la posibilidad de preparar en su día recurso de casación, en lo relativo al procedimiento abreviado el art. 792.1 LECrim. no admitiéndose recurso alguno, aunque se autoriza a la parte que le fuera denegada la prueba propuesta a reproducir su proposición al inicio de la vista oral.<sup>1338</sup>

En cuanto a la subsanación de defectos formales el incumplimiento de requisitos estrictamente formales, debe implicar la aplicación por el Tribunal de la regla contenida en el art. 11.3 de la LOPJ, permitiendo de esta manera que la parte subsane el defecto o defectos en la proposición.

La doctrina constitucional al respecto resulta de todo punto uniforme: p. ej: STC 36/97 de 25 febrero "...Según reiterada jurisprudencia constitucional, el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consiste en el acceso a la jurisdicción, es decir, que un Tribunal resuelva en el fondo la controversia de derechos e intereses legítimos ante él planteada, salvo que se lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental; si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio "*pro actione*" que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (Cfr. TC120/1993 y 40/1996)..."

Por consiguiente y teniendo en cuenta las premisas citadas no cabe sorpresa en cuanto a las sentencias como la STS 5 de julio de 1999 Sr. BACIGALUPO ZAPATER:"...En el supuesto de autos, el Tribunal "*a quo*" no dio oportunidad al recurrente para subsanar el defecto de la pericia infringiendo el art. 11.3 LOPJ. En

<sup>1336</sup> L. ROMAN PUERTA, *op. Cit.*

<sup>1337</sup> LOZANO - HIGUERO PINTO et.al. *op.cit.*

<sup>1338</sup> V. GIMENO SENDRA, *El derecho procesal penal*, Madrid, 1999.

*efecto, por un lado el art. 656 LECrim no prevé como sanción procesal, para el incumplimiento de sus disposiciones, la pérdida del derecho a valerse de la prueba pericial o testifical. Por otro lado, la omisión del nombre y domicilio del perito es de carácter formal y, por lo tanto la pretensión de la defensa no debía ser desestimada, sin antes dar la oportunidad de subsanar el defecto. Finalmente, la consecuencia jurídica que, sin estar prevista en la ley, aplicó la Audiencia a la infracción nuevamente formal de la defensa es manifiestamente desproporcionada. En definitiva, se vulneró el principio de contradicción, toda vez que por razones formales y subsanables se impidió a la defensa contradecir los resultados de una pericia lofoscópica que había sido practicada infringiendo el art. 459 LECrim, sin ninguna razón que lo justificara”.*

Finalmente podemos decir respecto a la exigencia en el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 656 de la LECrim, que la omisión, de alguna de las circunstancias que allí se exigen, en orden a la proposición de peritos y testigos, no puede acarrear de manera automática la inadmisión de la diligencia de prueba, sino que el tribunal deberá indicar al proponente que subsane el defecto advertido en un plazo eminentemente razonable. En relación a lo expuesto respecto a testigos y peritos nada opone a que se extienda respecto de los defectos formales que puedan producirse en la proposición de la prueba documental (vid prf. 2 del n.º 5 del art. 790 LECrim)<sup>1339</sup>.

Una vez que las partes han elevado sus respectivas proposiciones de prueba, el Juez o Tribunal encargado del enjuiciamiento debe pronunciarse acerca de la admisión o denegación de tales diligencias de prueba. Efectuada concienzudamente la constatación de que las pruebas cumplen con los requisitos formalmente exigibles, el único motivo por el que el órgano jurisdiccional puede rechazar alguna o algunas de las pruebas propuestas (656 y 792.1 LECrim.), es el de no considerarlas "pertinentes"<sup>1340</sup>. Lo precedentemente expuesto nos lleva a citar dos cuestiones: una primera la de interpretar la dimensión procesal del concepto de prueba pertinente y otra, la de situar el momento idóneo para decidir sobre la admisión de aquellas diligencias de prueba que, aun siendo pertinentes pudieran estar viciadas en cuanto al modo de su obtención.

Relacionado con la idoneidad de las pruebas la CE, entre los derechos que consagra en su art. 24, sitúa el derecho a usar de "*los medios de prueba que resulten pertinentes para su defensa*", ya hemos dicho que los arts. 656 y 792.1 obligan al Tribunal a dictar "*...auto admitiendo las que estime pertinentes y rechazando las demás...*" El TC ha configurado el derecho fundamental citado en una multitud de resoluciones. Podemos resumirlas de la siguiente manera<sup>1341</sup>:

a) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, dentro de un encuadramiento de un derecho fundamental más genérico como es el derecho de defensa, adquiere relevancia constitucional cuando produce real y efectiva indefensión.

STC 198/97 "*...El rechazo irregular de la prueba por el órgano jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalización existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues, para que así ocurra, el*

---

<sup>1339</sup> DIAZ CABIALE, *op.cit.*

<sup>1340</sup> BAÑEROS SANTOS, *op. Cit.*

<sup>1341</sup> V. OCHOA MONZÓ, *Sujetos de la investigación en el proceso penal español*, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006.



*defecto procesal ha de tener una incidencia material concreta, por lo que si esta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional..."*

b) El juicio de pertinencia, puede ser considerado como un límite legal, al ejercicio del derecho, resultando de la exclusiva competencia de los tribunales ordinarios, los cuales están obligados a explicitar y motivar, las resoluciones en que rechacen las pruebas propuestas.

STC de 11 de febrero de 1997 (RTC 25/1997) "...El art. 24.2 CE permite que un órgano judicial no admita un medio probatorio *propuesto sin que ello lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no obliga, por consiguiente, al juez a admitir todos los medios probatorios que la parte estime pertinentes, sino únicamente aquellos que el juzgador valore libre y razonadamente como tales; pero resulta inaceptable, con toda evidencia, la posibilidad de que el juez, sin motivación, rechace las pruebas interesadas...*"

c) Sólo corresponderá al TC la revisión del juicio sobre la declaración de pertinencia de las pruebas, en el caso de que el mismo resulte absurdo, incongruente, o, cuando en él se haya rechazado una diligencia no sólo pertinente sino con trascendencia para modificar el sentido de la decisión final. *STC de 21 de julio de 1998 (RTC 170/1998) "...quien en la vía del amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, ya que sólo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo"*.

STC de 1 de diciembre de 1998 (RTC 232/1998) "...En efecto, como ha resaltado el TC, la garantía constitucional contenida en el citado precepto únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa. De no constatarse esta circunstancia resultará ya evidente *ab initio*, sin necesidad de ulterior análisis, que no ha existido la lesión denunciada. Esto exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia..."

En el presente trabajo es necesario saber que se entiende por prueba pertinente, a este respecto, sin perjuicio de otros más certeros y prolijos análisis<sup>1342</sup>, el TS, considera que prueba pertinente es aquella que "guarda relación con el objeto del proceso". Por consiguiente esta condición de hallarse relacionada o entrelazada con el proceso no supone que deba ser admitida inexcusablemente. Los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de economía procesal, pueden mover al órgano jurisdiccional a no admitir diligencias de prueba que ostenten la cualidad de pertinentes por diferentes razones, especialmente por considerarlas superfluas, redundantes o desproporcionadas en relación a la infracción objeto de enjuiciamiento, aunque, en principio, y a salvo de lo que luego veremos respecto a la denegación de pruebas durante las sesiones del juicio oral, en esta fase, el criterio del Juez o Tribunal, debe ser necesariamente amplio, admitiendo en principio todas aquellas pruebas que guarden relación (pertinentes) con el hecho objeto de enjuiciamiento. No

---

<sup>1342</sup> B. GESTO ALONSO, *La pertinencia y utilidad de las pruebas*, Pamplona 1991 y DÍAZ CABÁLE, *op. cit.*, p. 54 ss donde resume con extraordinaria claridad las diferentes posiciones doctrinales respecto al concepto de pertinencia probatoria.

solamente , como una expresión de un ejercicio amplio del derecho a usar de los medios de prueba/sino porque en esa fase del proceso no es fácil discernir acerca de la "relevancia" de las diligencias propuestas entendiéndose esta como: "la idoneidad expresa del dato probatorio, a contribuir al acierto de la decisión judicial"<sup>1343</sup>.

Asimismo este puede ser un momento oportuno para no admitir aquellas pruebas cuya práctica en relación al aspecto a demostrar, podría resultar extremadamente costosa, difícil, o respecto de la que se prevea que no podrá estar a disposición del Juez o Tribunal sino trascurrido un largo período de tiempo, como señala la:

STS 17 de septiembre de 1999 Sr. PUERTA LUIS: "... *El juzgador debe admitir toda la prueba propuesta por las partes que sea pertinente, rechazando el resto -art. 659 y 792.1 LECrim-. Las pruebas, ante todo, han de ser posibles y su dificultad proporcionada a la entidad del hecho enjuiciado...*"

Posteriormente de dictada la resolución por la que se declaran admitidas las pruebas propuestas por las partes, surgen en el Tribunal -cuando las partes no se comprometen a hacerlo por sí mismas- una serie de obligaciones tendientes a asegurar y llevar a buen término la práctica de las diligencias admitidas, así arts. 660, 661, 664 y 792.1 LECrim., que el Juez o Tribunal deberá cumplir con la exigible diligencia y celeridad. El incumplimiento de las mismas acarreará la suspensión del procedimiento y, de persistir en éste hará nacer, en la parte el derecho al recurso, ya de casación, 850.1 LECrim., ya de apelación 846 bis y siguientes LECrim. o de nulidad ex art. 240 LOPJ. Asimismo aunque el órgano de enjuiciamiento cumpla con las obligaciones legalmente impuestas, llegado el inicio de las sesiones del juicio oral, la prueba admitida, puede no estar en condiciones de practicarse<sup>1344</sup>.

Pero en relación a los casos en que la práctica de la prueba resulte imposible, debemos decir que al Juez o Tribunal, como a las partes, no les quedará otro remedio que soportar las consecuencias de la ausencia de la prueba, a excepción de aquellos casos como la incomparecencia de testigos por fallecimiento, ignorado paradero o, con residencia en el extranjero que hayan prestado declaración en el sumario. En estos supuestos, la jurisprudencia es unánime al considerar suficiente la lectura de sus declaraciones sumariales por la vía del art. 730 LECrim, sin que se exija que tales declaraciones se hayan prestado con las formalidades previstas en el art. 449<sup>1345</sup>. Así: STS 22 de febrero de 1999 Sr. MARTÍNEZ ARRIETA:

*" No obstante, hay supuestos en los que vigencia de esta regla general cede ante situaciones excepcionales a las que se refiere el art. 730 LECrim, aquéllas en las que, por causas independientes a la voluntad de las partes, la prueba no puede reproducirse en el juicio oral. La jurisprudencia ha señalado como situaciones generadoras de la excepcionalidad, las del testigo fallecido, la del testigo en ignorado paradero y la del testigo en el extranjero, cuando pese a la vigencia de los Tratados Internacionales, su comparecencia no puede practicarse el juicio oral. En estos supuestos excepcionales, las declaraciones del procedimiento deberán ser leídas en el juicio oral y son susceptibles de ser valoradas como actividad probatoria. La utilización del art. 730 LECrim queda limitado a aquellos casos en que el testimonio resulta de imposible o muy difícil práctica en el acto del juicio oral y, en estos casos, el Tribunal podrá tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando no sea factible lograr la comparecencia del testigo o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero.."*

<sup>1343</sup> S. RAMAJOLI , *La prova nel Processo Penale*, Padova 1995.

<sup>1344</sup> V. FAIREN GUILLEN, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, 1990.

<sup>1345</sup> M. BLASCO SOTO, *El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo*, op. Cit.

Pero olvidemos de las razones de imposibilidad material. La prueba, propuesta y admitida, puede no estar en condiciones de practicarse por causas que podrían solventarse, aunque para ello requerirían la suspensión del juicio oral. En dichos casos, el Juez o Tribunal deberá realizar un juicio de proporcionalidad en el que debe ponderar los intereses en conflicto que son: por un lado, el derecho de la parte a la práctica de la prueba que le fue admitida y, por otro, la evitación de las dilaciones indebidas y de los trastornos que irremediablemente se producen con ocasión de la suspensión del juicio oral<sup>1346</sup>. Nos encontramos en lo que algunas sentencias han denominado "denegación implícita de pruebas" que acostumbra a ser junto con la infracción del denominado "derecho a la presunción de inocencia" la denuncia más frecuente en los recursos de casación que se interponen<sup>1347</sup>.

A los fines de la realización de ese juicio de proporcionalidad el Tribunal Supremo, fundándose en el texto del art. 746.3 y 6 LECrim. ha establecido el concepto de "necesidad" de la prueba<sup>1348</sup>:

STS 16 de diciembre de 1996 Sr. SOTO NIETO *"...A los efectos del derecho constitucional a la utilización de medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), sobre la idea de "pertinencia" se sobrepone, en último término, la de "necesidad", entendida la primera en sentido material, como relación que guardan las pruebas con el tema objeto del proceso, juicio de oportunidad o adecuación, en tanto que la necesidad se liga a lo indispensable o forzoso, de tal forma que deviene obligada la realización de determinada prueba a fin de evitar que pueda causarse indefensión. La LECrim contiene frecuentes alusiones a la condición de pertinentes en función de la solicitud de práctica de las pruebas propuestas, reservándose la exigencia de necesidad en relación con la adopción de acuerdos que pudieran incidir gravemente en el desarrollo del proceso, siendo los arts. 659, 708, 709, 746.3, 791 y 792 LECrim buen exponente de ello..."*

STS 5 de octubre de 1998 Sr. PUERTA LUIS: *"...no cabe olvidar que así como la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes ha de decidirse sobre la base de su "pertinencia", por su relación con el thema decidendi -arts. 659 y 792.1 LECrim-, la suspensión de las vistas se rige, en esta materia, por criterios de "necesidad" -art. 746.3 LECrim-, de tal modo que la denegación de la suspensión del juicio oral únicamente puede valorarse como denegación de prueba cuando, razonablemente, la práctica de las pruebas omitidas pudiera haber alterado los presupuestos de la convicción del juzgador sobre los hechos que se hayan declarado probados con potencial transcendencia en el fallo condenatorio combatido..."*

En relación al juicio acerca de la necesidad de la prueba admitida según las palabras de DIAZ CABIALE<sup>1349</sup>, es "más riguroso o exigente", no sólo como allí se indica porque han podido practicarse otras pruebas conforme al apartado 2 del art. 746.3 LECrim., y "ya sabe el Juez si los hechos están o no probados y en cierta forma puede anticipar la solución del proceso" sino también porque en el acto de la vista puede ser importante para las partes que aleguen respecto de la trascendencia de la prueba propuesta y, con fundamento en tales alegaciones, decidir acerca de la "necesidad" de la prueba propuesta y admitida que, sin coste de la suspensión del juicio oral. El mismo se

---

<sup>1346</sup> M. BLASCO SOTO, *op. Cit. ult.*

<sup>1347</sup> DIAZ CABIALE, *op.cit.*

<sup>1348</sup> J. BURGOS LADRON DE GUEVARA, *op.cit.*

<sup>1349</sup> DIAZ CABIALE, *op. cit.* p. 76.

acostumbra a ver exclusivamente desde una perspectiva estrictamente procesal como dilación en el procedimiento y demora en la satisfacción del interés de las partes y de la justicia, pero es necesario que se contemple su coste material no sólo en el sentido de quebranto económico, sino en las molestias y momentos poco satisfactorios que ocasiona a todos los ciudadanos que en ello se ven involucrados. La denegación en el acto del juicio oral de diligencias de prueba inicialmente declaradas pertinentes resulta ser una de las denuncias casacionales más invocadas al amparo de lo dispuesto en el n.º 1 del art. 850 LECrim, ello ha hecho que se haya formado un cuerpo de doctrina jurisprudencial cada vez más consolidado, que sobre la base de los principios enunciados recoge las condiciones que deben concurrir para considerar conculcado el derecho a la utilización de los medios de prueba, dando lugar a la casación por quebrantamiento de forma, esta doctrina, es reiterada en una pluralidad de sentencias de las cuales podemos mencionar por importancia y por su exhaustividad<sup>1350</sup>: STS 29 de octubre de 1999 Sr. MÓNER MUÑOZ: "*el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto su admisión la pertinencia de las propuestas "rechazando las demás" (art. 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril y 23 de mayo de 1996). A través de una jurisprudencia reiterada se ha ido perfilando un cuerpo doctrinal enunciativo de los requisitos precisos para la estimación de los motivos casacionales invocados:*

a) *la diligencia probatoria ha de haber sido solicitada en tiempo y forma, en los términos exigidos por el art. 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto al Procedimiento Ordinario, y con cuyas previsiones coinciden los arts. 790.5 y 791.2 respecto al Procedimiento Abreviado.*

b) *Que el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinente": Como declara la Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1995 no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el juzgador valore libre y razonablemente como tales" (STC 36/1983, de 11 de mayo; 150/1988, de 15 de julio, entre otras). Dos elementos han de ser valorados a este respecto: la pertinencia y la relevancia de la prueba propuesta. Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "tema decidendi" (vid. STC. 51/1981, de 10 de abril), y en cuanto a la relevancia del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material -que es la verdaderamente trascendente- y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta (vid. TC.SS. 116/1983, de 7 de diciembre; 51/1985, de 10 de abril; y 45/1990, de 15 de marzo).*

c) *Que la prueba sea además "necesaria", es decir, tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1995), de modo que su omisión le cause indefensión (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero y 8 de noviembre de 1992, y 15 de diciembre de 1994). A diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible*

---

<sup>1350</sup> DÍAZ CABIALE, *op. cit. ult.*

*(Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991), la "necesidad" de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995) que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.*

*d) Que sea "posible" la práctica de la prueba propuesta, como exigen las Sentencias de 23 de abril de 1992 y de 7 de febrero de 1995, y como reitera la de 21 de marzo de 1995 "en el sentido de que el Tribunal debe agotar razonablemente las posibilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas".*

*e) Que ante la denegación de la prueba formule el proponente la correspondiente "protesta" (art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), equivalente a la "reclamación" a que se refieren los arts. 855 y 874.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que se expresa la disconformidad con la resolución denegatoria (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993, 9 de junio de 1994 y 7 de febrero de 1995).*

*f) Que en el caso del Procedimiento Abreviado la proposición de la prueba que, formulada en los escritos de acusación y de defensa (arts. 790.5 y 791.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), no haya sido admitida por el Tribunal se reitere al inicio de las sesiones del Juicio Oral, donde puede reproducirse la petición.*

Pero con respecto a la admisión de pruebas en segunda instancia<sup>1351</sup> Constituye el juicio oral, público y contradictorio el presupuesto, en un sistema acusatorio, para la imposición de las condenas penales. Por consiguiente salvo las excepciones advertidas más arriba relativas a las pruebas preconstituídas y anticipadas, sigue considerándose por los más altos Tribunales, que el marco dónde debe practicarse la prueba no puede ser otro que el de las sesiones del juicio oral, respetando de forma estrictamente escrupulosa por tanto la inmediación del Tribunal. El principio de inmediación implica que nuestro ordenamiento impide la posibilidad de que las partes puedan, en los recursos de apelación contra las sentencias, proponer la práctica de pruebas.

Asimismo la regla general se acompaña de la excepción contenida en el n.º 3 del art. 795 LECrim, según la cual puede solicitarse excepcionalmente la práctica de pruebas en tres supuestos, 1. Que no hubiesen podido proponerse en primera instancia 2. Que propuestas fueran indebidamente admitidas y se hubiera hecho reserva y 3. Que admitidas no pudieran practicarse por causas a él no imputables. Podemos observar que las tres excepciones, tienen una condición común y es que deben haber producido indefensión al recurrente. La exigencia de esta indefensión del recurrente es la que resulta de más difícil justificación en la práctica, en virtud del concepto material de indefensión que maneja el TC, razón por la que entendemos que la concurrencia de cualquiera de los tres supuestos indicados debiera ser suficiente para que el tribunal *ad quem* admitiera la prueba propuesta, sin perjuicio de que si el tribunal considera la diligencia redundante, superflua inútil o desproporcionada no la admita y se lo haga saber así al recurrente<sup>1352</sup>.

## F) La admisión de pruebas como juicio sobre su licitud

<sup>1351</sup> M. CALDERÓN CUADRADO, La prueba en segunda instancia (una visión jurisprudencial), en EJMF: La prueba en el proceso penal, Madrid 1998.

<sup>1352</sup> DIAZ CABIALE, *op.cit.*

Hasta ahora nos hemos referido a los criterios acerca de los cuales deben considerarse o no admisibles, las pruebas propuestas por las partes para su realización en el acto del juicio oral, según la importancia de estas en relación con el objeto de enjuiciamiento. Esta no es por supuesto la única significación que procesalmente se concibe de la admisión probatoria, es menester tener en cuenta un concepto de accesibilidad de las pruebas al acto del juicio desde la perspectiva de la inmaculación de éstas para servir de convicción al Juez o Tribunal sentenciadores hecho de suma importancia. Es decir a lo que comúnmente se conoce con la genérica expresión de "prueba ilícitamente obtenida", la cual, abarca tanto los supuestos en que para la captura de las pruebas se han vulnerado derechos fundamentales reconocidos en la CE<sup>1353</sup>, como aquellos otros casos en que, al tiempo de la obtención de las pruebas, se ha producido la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos exigidos por la ley.<sup>1354</sup>

En los párrafos precedentemente expuestos nos hemos referido a las consecuencias jurídicas de la declaración por parte del órgano de enjuiciamiento de que una prueba ha sido obtenida con quebranto de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos o con infracción de los preceptos procesales que la regulan. Pero lo que nos interesa es en primer lugar si cabe excluir de su práctica en el juicio oral a diligencias de prueba basándonos en que las mismas se hallan viciadas de ilicitud al tiempo de su obtención, y de encontrarse una respuesta afirmativa, sería bueno saber en qué momento de entre los anteriores al inicio del juicio resulta idóneo para excluir alguna o alguna de las pruebas propuestas por las partes en atención al vicio en su origen, asimismo conocer qué consecuencias producen las resoluciones que se dicten en ese sentido y qué recursos caben contra ellas<sup>1355</sup>.

#### G) La inadmisión de las pruebas por el modo de su obtención

Las causas de inadmisión de pruebas estudiadas, se basan en conceptos como pertinencia, utilidad o necesidad. No olvidemos que esta calificación no es la única que obliga al Tribunal a no aceptar las pruebas propuestas. La doctrina italiana, al referirse a la eliminación que debe realizarse con carácter previo al juicio de aquellas diligencias de prueba obtenidas ilícitamente, habla de la : "higienización del proceso"<sup>1356</sup>, haciendo referencia , a una fase procesal situada en un momento inmediatamente anterior al inicio de la vista oral que permita depurar, de aquellas pruebas a practicar en el acto del juicio, aquellas que por encontrarse viciadas en la forma al ser obtenidas no resultan idóneas para que el Juez o Tribunal que debe dictar sentencia las consideren para un pronunciamiento condenatorio<sup>1357</sup>.

H) Inidoneidad del Auto de Admisión de Pruebas, para resolver sobre la licitud de éstas

El primer problema a resolver y el cual sin lugar a dudas es el más importante, es si resulta idóneo el auto de admisión de pruebas (art. 659 LECrim.), como resolución

<sup>1353</sup> M. MIRANDA ESTRAMPES, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 2000.

<sup>1354</sup> L. ROMAN PUERTA, *Eficacia probatoria de las diligencias sumariales*, op.cit.

<sup>1355</sup> F. BAÑERES SANTOS, *Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal*, Madrid,2004.

<sup>1356</sup> D. LOZANO-HIGUERO PINTO – M. MARCHENA GÓMEZ, *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Granada 1993.

<sup>1357</sup> F. BAÑERES SANTOS, *op. cit. ult.*

para descartar aquellas diligencias de prueba que el órgano de enjuiciamiento evalúe como obtenidas viciadamente. La respuesta debe ser negativa porque el propio texto legal obliga al Juez o Tribunal a admitir "*las que considere pertinentes rechazando las demás*", sin que el concepto de pertinencia o impertinencia de la prueba, permita ampliarlo aún más.

## V.2. Los medios de prueba en Italia.

### a. Testimonio

Según la tradición, el testimonio se puede definir como la declaración judicial de aquel que refiere hechos de los cuales había tenido experiencia y que son objeto de prueba en el proceso, previsto en el código de procedimiento penal en el artículo 194 c.p.p.

El testimonio es un instrumento de búsqueda de la verdad conducida por las partes a través de la verificación de la actuación directa que tiende a asegurar no sólo la sinceridad del texto sino también la correspondencia de sus expresiones verbales a su pensamiento y la fiabilidad sea de las percepciones originarias sea de su memoria cancelatoria<sup>1358</sup> o revocable.

### b. Prueba documental

La indicación de los criterios y de los límites de admisión de la prueba documental es contenida unitariamente en el capítulo dedicado a los documentos en el ámbito de las disposiciones generales sobre la prueba (art. 234 y ss. C.p.p.). La disciplina de las modalidades de adquisición de la prueba documental es diseminada a lo largo del código. Debemos leer las disposiciones sobre varias etapas del proceso en las cuales el documento puede ser adquirido o producido.

La escritura es ciertamente la forma de exteriorización más importante ya que incorporándose establemente en un soporte asume la función representativa del hecho que tal acto ha sido cumplido por cierto sujeto en determinadas circunstancias de tiempo y lugar.

El texto, la suscripción, la fecha son los elementos constitutivos del documento, que tiene propia disciplina jurídica, distinta de aquella de los diversos actos que pueden ser en ellos representados<sup>1359</sup>.

El documento es sólo el medio a través del cual un acto puede ser exteriorizado, desarrolla una función representativa. Entre el documento y el acto puede existir una relación de correspondencia.

### c. Pericia. La prueba datiloscópica

Una técnica de indagatoria muy usada en el procedimiento penal es aquella dirigida a la comprobación de la identidad datiloscópica del autor del delito.(art. 349 y ss c.p.p.).

---

<sup>1358</sup> M. PAPA, *Contributo allo Studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Indice pen.* 1987, p. 332.

<sup>1359</sup> Esempio quelle sul sequestro, articolo 253 e s.c.p.p. quelle sulla formazione del fascicolo per il dibattimento articolo 431 c.p.p. e sull'acquisizione dibattimentale dei documenti articolo 495 comma 3 c.p.p. , A. NAPPI, *Falso e legge penale*, II, ed. Giuffrè, 1999, p. 14.

La dactiloscopia es el estudio de las crestas papilares (salientes dérmicas) existentes sobre toda la extensión interna de las manos y sobre aquellas plantares de las articulaciones inferiores. Podemos distinguir entre improntas digitales, que reproducen el diseño de las yemas, impronta de la palma, y el diseño de las crestas papilares que reproducen la palma de la mano<sup>1360</sup>.

El aspecto de la dactiloscopia que interesa examinar es respecto a las actividades de relevamiento y de examen de las improntas digitales una vez consumado el delito, o sea la dactiloscopia judicial. La dactiloscopia judicial se ocupa de la identificación de los autores del delito a través de fragmentos de improntas digitales que los autores han dejado en el lugar del delito. El relevamiento dactiloscópico efectuado en el curso de la investigación de la Policía Científica tiene como objetivo acentuar las improntas latentes y documentación fotográfica de aquellas visibles, suministrando a los técnicos en dactiloscopia fragmentos de improntas papilares para confrontarlas con las improntas de personas sospechosas. Las identificaciones dactiloscópicas en este terreno son múltiples para toda la policía y el valor probatorio es indiscutible<sup>1361</sup>.

#### d. Prueba e indicios

No siempre al existir prueba se necesita recurrir a una regla de inferencia que consienta de argumentar el hecho ha probar como consecuencia cierta, no tan sólo como consecuencia posible del hecho considerado. Las reglas de inferencia que consienten conclusiones ciertas son más allá leyes de la lógica, propia de las leyes científicas<sup>1362</sup>.

Las reglas que son por ellas deducidas como las máximas de experiencia particular supuestas como generales en cuanto recurrentes, resultan también incluidas en alguno de aquellos órganos al mismo tiempo teóricos que son los sistemas científicos<sup>1363</sup>.

Podría considerarse prueba en sentido propio la considerada coartada porque se funda sobre la ley científica por la cual una persona no puede encontrarse contemporáneamente en dos lugares diversos. Debería ser considerado mero indicio el argumento que por la comprobada afiliación del imputado a una asociación mafiosa canadiense antes del año 1974 se argumentase la demostración de la actual persistencia en Italia de tal afiliación en virtud de una regla de experiencia según la cual es impensable que la asociación mafiosa pueda tener en vida sujetos no más ligados a ella<sup>1364</sup>.

<sup>1360</sup> G. ARCUDI – S. MONTANARO, *L' identificazione del vivente e le impronte digital*, in *Giusto Giusti – Trattato di Medicina legale e Scienze affini*, Cedam, 1998, p. 691.

<sup>1361</sup> G. ARCUDI – S. MONTANARO, *op. cit.* p. 1021.

<sup>1362</sup> P. TONINI, *La prova penale*, cit. p. 38: “La legge scientifica. Le massime di esperienza possono consistere anche in conoscenze tecniche che fanno parte della cultura dell'uomo medio. In tal caso, il giudice può direttamente applicare ad un fatto accertato una legge scientifica comunemente conosciuta. In materie che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche, il giudice deve affidarsi a persone che hanno conoscenze specialistiche in quella determinata disciplina. Costoro potranno valutare quale legge della natura è applicabile ad un determinato fatto, al fine di individuarne le cause. Alcuni studiosi preferiscono definire questo tipo di ragionamento come "prova critica", invece che come "prova logica" o "indizio". Essi vogliono sottolineare che si tratta di applicare una legge scientifica e non una regola di esperienza. Da un lato la legge scientifica da maggiore certezza, poichè è accettata da tutti. Da un altro lato restano margini di opinabilità, poichè si tratta di: a) scegliere la legge scientifica che deve essere applicata al caso di specie; b) valutare in quale modo deve essere applicata; c) individuare i fatti ai quali applicarla. Si tratta, cioè, di interpretare correttamente un fenomeno e di considerare quali sono le condizioni simili nelle quali si è verificato, in modo da valutare quale è la probabilità che un determinato fatto lo abbia causato.”

<sup>1363</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di Mac. Cormick*, in *Mat. St. Cult. Giur.* 1988, p. 473.

<sup>1364</sup> Cass. Sez. I, 11 luglio 1989, Ferro, in *Cass. pen.* 1990, p. 96.



Hablar de prueba, de regla científica<sup>1365</sup> es decir que sea necesario no solamente que se aplique una ley científica, sino también que de tal ley se haga aplicación como garantía de un argumento de tipo deductivo. Podemos decir que dos son las razones de la menor persuasión del indicio respecto a la prueba: cuando consista de un argumento inductivo, porque consiente solo de formular una hipótesis individualizando una de las posibles causas del evento conocido; cuando se incita un argumento deductivo fundado sobre una máxima de experiencia no corresponde a una ley científica. Porque la conclusión no puede ser indicada como consecuencia cierta de las premisas conocidas: el criterio de la real semejanza del hecho asume carácter objetivo, puede ser usado por el juez para la formación del uso del libre convencimiento, distinguiendo con referencia a las coincidencias de la causa<sup>1366</sup>.

La prueba indiciaria debe consentir la reconstrucción del hecho y de las relativas responsabilidades en términos de certeza, tal de excluir la presencia de otra razonable solución<sup>1367</sup>. No se excluye la más abstracta y remota de las posibilidades en contraste con cada verdadera semejanza y en consecuencia de una hipotética inusitada combinación de imprevistos e imprevisibles factores. La realidad de las cosas es que aunque sean estas diversas de aquella reconstruida en base a los indicios disponibles, no se debería hablar más de prueba indiciaria y de actos indiciarios a sostenerla sino de demostraciones *per absurdum*. Según las reglas que son propias precisamente de las ciencias exactas, cuya observación no puede ser pretendida en el ejercicio de la actividad jurisprudencial<sup>1368</sup>. La confiabilidad de la prueba indiciaria es un concepto de probabilidad lógica de acuerdo a un grado de confirmación de una hipótesis sobre la realidad<sup>1369</sup>. La hipótesis consiste en la afirmación relativa a un hecho determinado, justificado por argumentos deductivos o abductivos<sup>1370</sup>.

El recurso de la prueba indiciaria se justifica moralmente y lógicamente porque la argumentación en la cual consiste es garantizada por una regla que se asume de aplicación universal también aunque la validez solo es probable en cuanto destinada a explicar los fenómenos<sup>1371</sup>.

---

<sup>1365</sup> N.VENTURA, *Le prove scientifiche nella revisione del processo*, 2010, p. 266 ss: "L'adozione delle leggi scientifiche nel procedimento di revisione è finalizzata a dimostrare che, alla stregua delle medesime ed in considerazione di un'ipotizzata congettura, si perviene ad una determinata conclusione; quest'ultima tende a rappresentarsi in termini di plausibilità, giacché l'essenza della *scientific law* sarebbe integrata dall'enunciazione di formulazioni che, di per sé, esprimono la regolare successione fenomenologica. In un certo senso, ciò configurerebbe le conoscenze mutuate dall'empirismo come *limen* entro cui il giudice della revisione può spaziare discrezionalmente, ponendo - esse - dei "chiavistelli" discreti ma efficaci, destinati a circoscrivere il novero delle possibili soluzioni decisorie e soprattutto, a veicolarle verso opzioni di notevole spessore pragmatico, in quanto tali, capaci di proiettarsi nella dimensione di una più vigorosa attendibilità."

<sup>1366</sup> Cass. Sez. II, 20 marzo 1981, Russo, in *Cass. pen.* 1982, p. 1831.

<sup>1367</sup> Secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza la prova indiziaria deve dare luogo a un giudizio di certezza: « occorre che gli elementi indiretti (indizi) giudizialmente accertati, costituiscano la sicura premessa di un sillogismo, in forza del quale sia possibile pervenire con rigore logico ad un giudizio di certezza del fatto ignoto » (Cass., Sez. II, 5 marzo 1991, n. 8939, inedita).

<sup>1368</sup> Cass. Sez. II, 20 marzo 1981, Russo, cit.

<sup>1369</sup> Secondo la Corte di cassazione «la differenza tra massima di esperienza e mera congettura risiede nel fatto che nel primo caso il dato è già stato, o viene comunque sottoposto a verifica empirica e quindi la massima può essere formulata sulla scorta dell'*id quod plerunque accidit*, mentre nel secondo caso tale verifica non vi è stata, né può esservi, ed essa resta affidata ad un mero calcolo di possibilità, sicché la massima rimane insuscettibile di verifica empirica e quindi di dimostrazione» (Cass., Sez. I, 22 ottobre 1990, in *CED* 186149).

<sup>1370</sup> M.TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 199.

<sup>1371</sup> «La prova indiziaria (...) consente (...) la ricostruzione del fatto e delle relative responsabilità in termini di certezza tali da escludere la prospettività di ogni altra ragionevole soluzione, ma non anche da

El grado de probabilidad depende de la naturaleza del criterio de inferencia que sostiene la argumentación probatoria y del eventual cúmulo de más elementos de prueba convergentes hacia la misma conclusión<sup>1372</sup>.

La doctrina y la jurisprudencia admiten tradicionalmente que un hecho pueda ser deducido por un indicio cuanto este sea grave, preciso y concordante<sup>1373</sup>.

Este principio es contenido en el artículo 272 inciso 1 c.c. y se encuentra explícitamente traducido en el artículo 192 inciso 2 del código de procedimiento penal. La doctrina que prevalece sostiene que los indicios concordantes son aquellos que resulten todos comparables con una misma hipótesis de reconstrucción del hecho e invalida otras hipótesis concurrentes<sup>1374</sup>.

Los indicios deben ser ciertos en el sentido que la existencia del *factum probans* no pueden ser solo suposiciones o intuiciones<sup>1375</sup>. Si el indicio no consiente por definición<sup>1376</sup> de establecer una relación de necesaria implicación entre el *factum probans* y *factum probandum*, consigue que la concordanza de los indicios pueda reforzar la verosimilitud de una hipótesis pero no podrá excluir la compatibilidad con los hechos característicos también de hipótesis diversas<sup>1377</sup>.

#### e. Prueba atípica. La admisión de la prueba atípica

Según el artículo 189 c.p.p. la idoneidad al asegurar la verificación de los hechos representa el primer parámetro normativo al cual el juez debe atenerse a fin de verificar la admisibilidad de la prueba innominada<sup>1378</sup>.

La eficacia demostrativa es controlada en sede procesal. El requisito se sustancia en la capacidad de proveer elementos atendibles y de permitir una valoración sobre la credibilidad de la fuente de prueba sea esa personal o real.<sup>1379</sup>

El instrumento cognoscitivo puede ser representado por una prueba científica entendiéndose por tal cualquiera encontrado en la moderna evolución tecnológica. En este caso la valoración de idoneidad demostrativa importa la aplicación de parámetros meta – jurídicos ordinariamente al de fuera de las competencias del juez<sup>1380</sup>. Es el caso del empleo de técnicas informáticas de reconstrucción del hecho o aún de los métodos de individualización de la voz<sup>1381</sup>.

#### f. El seguimiento electrónico

---

escludere la più astratta e remota delle possibilità che, in contrasto con ogni e qualsivoglia verosimiglianza ed in conseguenza di un ipotetico inusitato combinarsi di imprevisi e imprevedibili fattori, la realtà delle cose sia stata diversa da quella ricostruita in base agli indizi disponibili». Cass., Sez. I, 2 marzo 1992, n.3424 (inedita).

<sup>1372</sup> E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Laterza, 2002, p. 201 ss.

<sup>1373</sup> Cass. Sez. I, 18 aprile 1995, Farinella, m. 201649 (inedita).

<sup>1374</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1985, p. 946.

<sup>1375</sup> Cass. Sez. I, 20 ottobre 1994, Oliveri, m. 200083 (inedita).

<sup>1376</sup> Artículo 192 c.p.p.

<sup>1377</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico*, in AA.VV. *La teoria generale del diritto. Problema e tendenze attuali*, a cura di Scarpelli, Edizione di Comunità, p. 131 ss.

<sup>1378</sup> G. RICCI, *La prova penale*, Padova, 2000, IV ed., p. 535 e 537.

<sup>1379</sup> P. TONINI, *La prova penale*, Cedam, 2000, IV ed. p. 92.

<sup>1380</sup> L. LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Cedam, 2002, p. 37.

<sup>1381</sup> SALLANTIN – J. SZCZECNIARZ, *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, in AA.VV., Giuffrè, 2005.

El seguimiento es una actividad tradicional del trabajo de los jueces instructores, nos referimos al seguimiento de las personas investigadas o de otros sujetos cuyos movimientos son relevantes para el procedimiento penal. Por medio del mismo es posible reconstruir el organigrama de una asociación criminosa, a partir de un simple secuz o individualizar los autores de un secuestro de persona, simplemente monitoreando los desplazamientos de los familiares de las víctimas. El seguimiento es el acto de < seguir a una persona con circunspección con la finalidad de espiar sus movimientos ><sup>1382</sup>.

Es una actividad desarrollada en origen mediante el control visual del sujeto interesado, que era seguido a pie, por ello el verbo “seguir” también sucesivamente con un medio de locomoción. Considerada como prueba atípica (art. 189 c.p.p.)

A continuación serán tratados los distintos medios de prueba en Italia. La presente exposición se realizará en idioma italiano.

Parlando di istruzione e di assunzione di mezzi di prova ci s'intende riferire all'esame dei testimoni dei periti e dei consulenti tecnici, all'esame delle parti private e alla perizia disposta in dibattimento.

L'istruzione inizia con l'assunzione dei mezzi di prova richiesti dal magistrato del pubblico ministero e prosegue con quelli richiesti dalle parti private. L'ordine è lo stesso che regola la formulazione delle istanze probatorie parte civile, responsabile civile, persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e imputato. È molto importante che sia stabilito in via preventiva un ordine di assunzione<sup>1383</sup>.

L'istruzione deve avere il carattere della continuità, se non è possibile provvedere nella medesima udienza. Il dibattimento è sospeso per il tempo strettamente necessario e il giudice fissa la data della nuova udienza secondo il articolo 509<sup>1384</sup>.

L'articolo 189 c.p.p. si riferisce a le prove non disciplinate dalla legge. In questo caso il giudice può assumerla sempre che risolte idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudichi la libertà morale della persona<sup>1385</sup>. Nell'assumere prove non disciplinate dalla legge a noma dell'articolo 189 c.p.p. il giudice è tenuto ad applicare i criteri legali stabiliti per gli analoghi mezzi di prova tipici (ad esempio un riconoscimento fotografico operato in udienza rispetto alla ricognizione di persona).

### V.2.1. Mezzi di prova in particolare

#### V.2.1.1. Testimonianza

Ai sensi della tradizione, la testimonianza si può definire come la dichiarazione giudiziale di colui che riferisce fatti di cui abbia avuto esperienza e che siano oggetto di prova nel processo, previsto nel codice di procedura penale all' articolo 194. Il testimone diviene strumento di una ricerca della verità condotta dalle parti attraverso la verifica dell' escussione diretta che tende ad accertare non solo la sincerità

---

<sup>1382</sup> N. ZINGARELLI, *Vocabulario della lingua italiana*, Bologna, 1990, p. 1357.

<sup>1383</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridiche*, Milano, 1992.

<sup>1384</sup> A. NAPPI, *Processo penale ed emergenze*, in *Cass. Pen.*, 1983, p. 667.

<sup>1385</sup> M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, III ed., Milano, 2000

del teste ma anche la corrispondenza delle sue espressioni verbali al suo pensiero e l'attendibilità sia delle sue percezioni originarie sia della sua memoria revocatrice<sup>1386</sup>.

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova si fonda sulla contestazione del stesso contenuto di una dichiarazione testimoniale. Il racconto del testimone è il risultato di successive e ripetute selezioni di percezioni e di ricordi. Dipendono significativamente dalla sua personalità e dagli interessi che lo guidavano nel momento in cui avvenne il fatto di cui parla<sup>1387</sup>.

La disposizione testimoniale è un "prodotto collettivo" nel senso che avviene tramite esame e controesame, e la fiducia nel contributo dialettico delle parti giustifica la presunzione che a esame concluso la testimonianza sia completa. È molto importante che siano offerti al giudice tutti gli elementi necessari per valutare se il racconto sia attendibile, ossia privo di sbagli, e se il testimone sia credibile, cioè sincero non mendace.

In realtà le disposizioni testimoniali costituiscono, di norma, piena prova dei fatti in esse attestati quando siano munite di una sufficiente coerenza logica e di un'adeguata precisione. Soltanto quando tali requisiti non siano pienamente presenti nelle dichiarazioni dei testi, ovvero quando queste siano in contrasto con altri elementi di prova, oppure sussistano reali ragioni di risentimento nei confronti delle persone accusate, il giudice è tenuto a dar conto con argomentazioni appropriati ed esenti da errori logici della scelta che ha operato attribuendo ad esse piena credibilità e quindi valore di prova delle circostanze riferite dal teste<sup>1388</sup>.

Dobbiamo segnalare che l'articolo 195 comma 1 c.p.p. si riferisce alla testimonianza indiretta disciplinando l'ipotesi in cui "*il testimone si riferisce per la conoscenza dei fatti ad altre persone*"<sup>1389</sup>.

La testimonianza indiretta o di seconda voce è considerata meno affidabile in quanto non consente di concorre fino in fondo la verifica cui tende l'escussione del testimone. Dobbiamo ricordare tre espresse regole di esclusione che ne vietano l'ammissibilità<sup>1390</sup>.

La prima regola di esclusione è dettata dall'articolo 62 c.p.p. secondo il quale "*le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza*". Questa disposizione non si applica alle dichiarazioni rese nel corso di una conversazione telefonica regolarmente intercettata, anche perché la registrazione delle conversazione non è equiparabile a una testimonianza<sup>1391</sup>.

---

<sup>1386</sup> M. PAPA, *Contributo allo Studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Indice pen.* 1987, p. 332.

<sup>1387</sup> F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, 1995, III ed, p. 617.

<sup>1388</sup> Cass. 28.6. 1990, Cariello, 1991, p. 1034.

<sup>1389</sup> DI MARTINO CORRADA, *La prova testimoniale nel processo penale*, Padova, 2010, p. 36: "La circostanza che attraverso la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria si riversassero in dibattimento i risultati degli atti investigativi compiuti durante le indagini preliminari e si infrangesse di conseguenza il principio di separazione tra le fasi procedurali non consenti che essa reggesse all'impatto con le modifiche apportate all'art. 111 Cost. e soprattutto con la prima parte del 4° comma di esso. Ecco allora che l'art. 4 della l. n. 63/2001 conìo una riedizione del divieto cancellato nel 1992, ma in una veste che, almeno nelle intenzioni del legislatore, valesse a renderlo giustificabile e non contrastante con i principi affermati all'epoca dalla Corte Costituzionale (Caprioli 2001, 72). Tale divieto, infatti non opera più a 360°, ma riguarda solo il contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, 2o comma, lett. a) e b) c.p.p. Negli altri casi si applicano le disposizioni contenute nel 1°, 2°, 3° comma dell'art. 195 c.p.p."

<sup>1390</sup> G. RICCI, *La prova penale*, IV ed. Padova, 2000.

<sup>1391</sup> Cass., Sez. VI, 1 febbraio 1994, Cuozzo, m. 197146 (inedita).

Si applica invece alle “dichiarazioni rese dalla persona poi sottoposta alle indagini, nel corso di una attività amministrativa (ispettiva o di vigilanza), atteso che l'articolo 220 c.p.p. disp. Att. ne estende la portata anche in presenza di semplice indizi di reato, non richiedendosi l'esistenza di veri e propri indizi di colpevolezza”<sup>1392</sup>.

La disposizione di cui all' articolo 62 c.p.p. va riferita più precisamente alle sole dichiarazioni rilasciate, anche spontaneamente, dalla persona sottoposta alle indagini o dall' imputato nell'ambito del procedimento<sup>1393</sup>.

Pertanto non a quelle che, pur in pendenza del procedimento, siano rilasciate al di fuori di esso<sup>1394</sup>. Una delle massime espressioni delle garanzie difensive dell'imputato é raccolta nell'art. 63 c.p.p. In esso è scandita in termini chiari e precisi la tutela del soggetto che, anche nelle ipotesi di assoluta mancanza di consapevolezza della esistenza a suo carico di indizi di colpevolezza in ordine alla commissione di un reato, venga ugualmente ascoltato senza le garanzie contenute nel citato articolo. Ma la prima valutazione che sorge sul tema delle dichiarazioni indizianti prende le mosse dalla qualifica del soggetto escusso. Occorre verificare se la persona che viene sentita dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria sia attinta o meno da indizi di reità. Perciò non tanto se sia o meno responsabile di un fatto di reato ma se al momento della escussione siano emersi a suo carico indizi di reità. E infatti tale status che obbliga l'interrogante ad adottare le cautele difensive previste dalla norma in commento<sup>1395</sup>.

La giurisprudenza in punto di qualificazione giuridica del soggetto escusso ha mantenuto fin dall'inizio un indirizzo costante nel concordare la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal soggetto escusso dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero che, prescindendo da una formale imputazione appaia già al momento della escussione attinto da indizi di colpevolezza<sup>1396</sup>.

Va detto che la giurisprudenza è ritenuto, peraltro, che non incorra nel divieto di cui all'articolo 62 c.p.p. la testimonianza dell'ufficiale di polizia giudiziaria riferita alle frasi auto indizianti, non rivolte al testimone, pronunciate da colui che sopraggiunga nell'abitazione della persona sottoposta alle indagini nel corso di una perquisizione<sup>1397</sup>.

Parliamo della seconda regola di esclusione, questa è contenuta nell' articolo 203 comma 1 c.p.p., che esclude appunto, l' acquisibilità e comunque, l'utilizzabilità delle notizie fornite alla polizia giudiziaria da suoi informatori, che non siano esaminati come testimoni<sup>1398</sup>.

---

<sup>1392</sup> Cass., Sez. V, 26 giugno 2001, Busatta, m. 219703 (inedita).

<sup>1393</sup> C. Cost., 13 maggio 1993, n. 237, (inedita). Cass. Sez., I, 7 febbraio 1997, Pagliaroli, m. 207144 (inedita).

<sup>1394</sup> Cass. Sez., VI, 3 novembre 1998, Di Lanza, m. 212683 (inedita).

<sup>1395</sup> Cass., Sez. V, 7 luglio 2003, Letizia e altro: "Il divieto di utilizzabilità di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p. riguardante le dichiarazioni rese da persona che avrebbe dovuto essere sentita, fin dall'inizio, nella qualità di indagata o imputata, prescinde da una intervenuta imputazione formale, dovendosi considerare la posizione sostanziale del soggetto in base alla situazione esistente al momento in cui le dichiarazioni sono state rese, - ciò a differenza delle ipotesi di incompatibilità a testimoniare previste dall'art. 197, comma 1, lett. a) e b), c.p.p., che si fondano su situazioni precostituite e formali. Conf. Cass., Sez. VI, 11 maggio 2000, n. 6605, inedita.

<sup>1396</sup> RIZIERO ANGELETTI, *La invalidità nel procedimento penale*, Torino, 2005, p. 295.

<sup>1397</sup> Trib. Roma, 4 dicembre 1989, Zumpano, in *Giur. It.* 1990, II, p. 132.

<sup>1398</sup> DI MARTINO CORRADA, *op. cit.* p. 31: “E la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 24/1992, dichiarò costituzionalmente illegittimo il predetto 4° comma dell'art. 195 c.p.p., ritenendo che la regola di esclusione probatoria da esso fissata collidesse con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Una volta escluso - argomentò la Corte - che a carico degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria possa configurarsi un'ipotesi di incompatibilità a testimoniare (disciplinate tutte dalTart. 197 c.p.p.), non si comprende perché a costoro «debba essere inibita quella particolare forma di testimonianza, che è la testimonianza indiretta, ammessa dall'art. 195 c.p.p. con la previsione di limiti e garanzie ben specificate. Non si può sostenere, nemmeno in via di mera astrazione, che gli appartenenti alla polizia giudiziaria

La terza regola di esclusione è dettata dall'articolo 195 comma 4 c.p.p., modificato dall'articolo 41, legge 1 di marzo 2001, n. 63 (la quale ha modificato il contenuto del 111 Cost.). Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità degli articoli 351e 357, comma 2, lettere a) e b)<sup>1399</sup>.

A norma dall' articolo 195 comma 7 c.p.p. non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame. Per quanto riguarda alla capacità di testimoniare, ogni persona ai sensi dell'articolo 196 c.p.p. il giudice comunque d'ufficio può ordinare gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge, in ordine alla verifica dell' idoneità fisica o mentale della persona, articolo 196 comma 2 c.p.p. L' idoneità a rendere testimonianza è concetto diverso e di maggiore ampiezza, rispetto a quello della capacità di intendere e volere. Possiamo dire che questo implica la necessità di determinarsi liberamente e coscientemente, di discernimento critico del contenuto delle domande al fine di attendere coerenti risposte, di capacità di valutazione delle domande di natura suggestiva, di sufficiente capacità mnemonica in ordine ai fatti specifici oggetto della deposizione, di piena coscienza dell' impegno di riferire con verità e completezza i fatti a sua conoscenza<sup>1400</sup>.

Un minore può testimoniare, l'articolo 120 c.p.p. non contiene alcun divieto alla testimonianza dei minori, si limita a stabilire che i minori degli anni quattordici e gli altri soggetti appartenenti alle categorie specificamente indicate non possono intervenire come testimoni ad atti del procedimento. La minore età di un testimone, non incide sulla sua capacità di testimoniare che è disciplinata dal principio generale contenuto nell'articolo 196, comma 1 c.p.p. Il minore di anni quattordici può essere sentito a norma dell'articolo 196, in qualità di testimone in ordine ai fatti del procedimento penale. Dovendosi applicare il divieto previsto dall' articolo 120 solo alla testimonianza ad atti del procedimento<sup>1401</sup>.

In realtà il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice e di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte, secondo l'articolo 198 c.p.p.. Però il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale, altrimenti non avrebbe la garanzia contro l'autoincriminazione<sup>1402</sup>.

---

siano da ritenere meno affidabili del testimone comune; a prescindere dalla palese absurdità di una ipotesi siffatta, essa risulterebbe poi in insanabile contraddizione col ruolo e la funzione che la legge attribuisce alla polizia giudiziaria (...). Né può sostenersi che proprio dall'attività svolta nella fase delle indagini preliminari derivi una ragionevole giustificazione atta a sorreggere il divieto di cui si discute» (Corte Cost. 31.01.1992, n. 24, in *RIDPP*, 1992, p. 478 con nota di Peroni)."

<sup>1399</sup> DI MARTINO CORRADA, *op. cit.* p.36: "E all'obiezione che il legislatore vieta agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria ciò che invece consente agli investigatori privati autorizzati (salva l'incompatibilità di cui alia lett. d) dell'art.197 c.p.p.) replica seccamente che "interpretazioni della disciplina dell'incompatibilità a testimoniare degli investigatori privati che consentano di aggirare le regole di esclusione probatoria si porrebbero in contrasto con l'art. 111, 4 o comma Cost." (Corte Cost. 14.02.2002, n. 32, in *DPP*, 2002, 1373 con note di Valentini e Curcio). La questione avrebbe, per la verità, richiesto un maggior impegno argomentativo teso a dimostrare la ragionevolezza di una scelta normativa che ha dalla sua la differenza esistente tra le due categorie di soggetti poste a confronto. Si rifletta, infatti, che il difensore non può delegare all'investigatore privato il compimento di tutti gli atti di indagine difensiva a contenuto dichiarativo, ma solo il colloquio informale, per sua natura non documentato e funzionale unicamente alla prosecuzione dell'attività investigativa."

<sup>1400</sup> Cass. 5.3. 1997, Taliento, *Cass. pen.* 1998, p. 2423.

<sup>1401</sup> Cass. 11. 3. 2008, Dottore Stagna, 241239.

<sup>1402</sup> F. CORDERO, *Procedura Penale*, III ed. Milano, 1995.

Il segreto professionale è protetto dall' articolo 200 c.p.p., secondo il quale non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, possono essere obbligati i casi in cui hanno l'obbligo di riferire all'autorità giudiziaria<sup>1403</sup>. L'articolo 200 c.p.p. si riferisce ai ministri di culto religiosa, agli avvocati, agli investigatori privati autorizzati<sup>1404</sup>, ai consulenti tecnici e ai notai, ai medici e ai chirurghi, ai farmacisti, alle ostetriche e ad ogni altro esercente una professione sanitaria, agli esercenti altri uffici o professione ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale.

In tema di prova testimoniale non può essere invocato il segreto professionale da chi abbia svolto funzioni di cancelliere o notaio o da chi in altra veste, nell'ambito di un giudizio ecclesiastico, sia stato presente o abbia avuto conoscenza dei dati di cui chiede la prova, non rilevando per l'ordinamento italiano l'eventuale obbligo di segreto previsto dal codice di diritto canonico. Così intesa nel processo penale italiano, i casi di segreto professionale e d'ufficio presi in considerazione solo quelli previsti dagli articoli 200 e 201 c.p.p.<sup>1405</sup>.

La polizia giudiziaria e servizi di sicurezza pertanto non possono essere obbligati a rivelare i nomi dei loro informatori. Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non sono in grado di essere acquisite né utilizzate.

Secondo la disciplina dettata dall'articolo 203 c.p.p. per gli informatori, vale dire i confidenti i quali, agendo di regola dietro compenso in denaro o in vista di altri vantaggi, forniscono alla polizia giudiziaria con sistematicità notizie riservate non può trovare applicazione con riguardo alle persone informate dei fatti. In applicazione di tale principio la Suprema Corte ha ritenuto che, non operando i divieti stabiliti dall' articolo 203 c.p.p. le informazioni essere utilizzate, a fini cautelari<sup>1406</sup>.

Il divieto di acquisizione ed utilizzazione delle dichiarazioni rese dagli informatori di polizia giudiziaria, previsto dall'articolo 203 c.p.p. viene meno là dove l'ufficiale di polizia giudiziaria nel corso dell'escussione<sup>1407</sup>, decida comunque di rivelare l'identità del confidente. Nonostante l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'ufficiale di polizia giudiziaria sarà disciplinata non più dall'articolo 203 c.p.p. ma dalle disposizioni di cui all' articolo 195<sup>1408</sup>.

Nell'ambito del giudizio abbreviato ai fini dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato non può costituire valido elemento di riscontro alla

---

<sup>1403</sup> Non è punibile per falsa o reticente testimonianza, ex. Articolo 304 comma 2 c.p., esempio, il sanitario chiamato a deporre su un fatto dal quale può derivare la sua responsabilità per omissione di referto, non potendosi applicare in tale ipotesi l'articolo 200 comma 1 c.p.p., che riguarda il diverso caso in cui il dovere di riferire all'a.g. che supera il segreto professionale, Cass. 7.10. 1998, Rassa, in *Cass. pen.* 2000, p. 1959.

<sup>1404</sup> Trattandosi, dunque, «di informazioni non confluite in verbale, non sussiste al riguardo alcuna regola di esclusione probatoria e, di conseguenza, non si pone affatto il problema di evitarne l'elusione. Non v'è ragione, allora, per escludere l'applicazione delle regole generali in tema di testimonianza indiretta. S'intende, dunque, come la scelta legislativa di non includere l'investigatore privato tra i soggetti incompatibili a testimoniare ex art. 197, 1° comma, lett. d), possa apparire discutibile, ma non irragionevole: la deposizione dell'investigatore privato, avente ad oggetto fatti appresi da altri nel corso di un colloquio informale, ancorché inserito nel quadro della sua attività di indagine, finirà col ricadere nella disciplina di cui all'art. 195, 1°, 2°, 3° comma c.p.p.» (Carofiglio - Susca 2005, 161. Ma v. già Cass., Sez. U., 28.05.2003, Torcasio e altro, in *DPP*, 2004, 73 in motiv. con nota di Dawan)

<sup>1405</sup> Cass. 12.3.2004, Trecco ed a., 228822 (inedita).

<sup>1406</sup> L. D' AMBROSIO, *La pratica di polizia giudiziaria*, Milano, 2003.

<sup>1407</sup> DI MARTINO CORRADO, *op.cit.* p. 30: "L'assunzione quali testi degli appartenenti alla polizia giudiziaria su quanto ad essi riferito, nell'ambito della loro attività investigativa, da soggetti a conoscenza di fatti e circostanze, si verrebbe a determinare un pesante confluire del momento investigativo in quello di formazione del giudizio, inteso come attività valutativa, con la conseguenza di una evidente ed inammissibile deroga al sistema accusatorio, che si caratterizza notoriamente (...) per la netta distinzione tra fase investigativa e quella probatoria eventuale e successiva"

<sup>1408</sup> Corte Ass. Palermo 15.6. 2002, Spera, in *Dir. Giust.* 2003, p. 26, 62.

chiamata in correità il racconto fatto ad un ufficiale di polizia giudiziaria da un confidente rimasto anonimo. Secondo l' articolo 203 c.p.p., le dichiarazioni rese da un informatore anonimo non possono essere utilizzate nelle fasi diverse dal dibattimento, sempre che lo stesso non sia stato assunto a sommarie informazioni<sup>1409</sup>.

Tuttavia la giurisprudenza ritiene sono utilizzabili i dati che provengono dalle cosiddette fonti di *intelligence* ossia da acquisizioni informative o investigative non meglio precisate oppure da acquisizioni assunte in contesti di collaborazione o asserimento proveniente da segnalazioni di organismi americani o del servizio segreto tedesco in quanto privi qualsiasi supporto generico degno di rilievo processuale<sup>1410</sup>.

In realtà sono inutilizzabili gli atti compiuti all'estero e non assistiti dalle garanzie difensive, Come le dichiarazioni rese da persone sentite in qualità di testimoni, come indagati in procedimenti commessi o collegati, così pure le informazioni giornalistiche o quelle assunte per via telematica<sup>1411</sup>.

È necessario ricordare che non sono utilizzabili dopo la morte dell'informatore le dichiarazioni rese dall'informatore della polizia giudiziaria. Ogni eventuale utilizzo di quanto riferito dall'informatore di polizia diverso da quello previsto dall'articolo 203 c.p.p. costituirebbe una violazione del diritto di difesa<sup>1412</sup>.

L'esclusione del segreto è stabilita per l'articolo 204 c.p.p., è molto importante la prima parte di questo articolo che esclude dal segreto previsto dagli articoli 201; 202; e 203 c.p.p., tutti fatti, notizie o documenti reati diretti all'eversione dell' ordinamento costituzionale. I delitti previsti dagli articoli 285, 416 bis, 416 ter e 422 del codice penale<sup>1413</sup>.

La natura del reato è definita dal giudice. Nel caso della testimonianza del Presidente della Repubblica e di grandi ufficiali dello stato è assunta nella sede in cui egli esercita la funzione di Capo dello Stato. Nel caso di agenti diplomatici la richiesta per l'esame è trasmessa per mezzo del Ministero di grazia e giustizia all'autorità consolare del luogo<sup>1414</sup>.

Il testimone può essere sospettato di falsità o reticenza, il presidente del collegio o il giudice può rilevarlo rinnovandogli se del caso, l'avvertimento previsto dall'articolo 497 comma 2 c.p.p.<sup>1415</sup>.

In materia di valutazione della testimonianza, il sistema introdotto dal nuovo codice di procedura dell' 88 separa la valutazione della testimonianza ai fini della decisione del processo in cui è stata resa, e la persecuzione penale di dare al p.m. notizia del reato. Giacché ne ravvisi gli indizi in sede di valutazione complessiva di tutto il materiale raccolto. La deposizione del teste falso resta parte integrante nel processo in cui è stata resa ed è prova in questo utilizzabile e valutabile in relazione all'altro materiale probatorio acquisito<sup>1416</sup>.

Dobbiamo segnalare che la persona che rende dichiarazioni al giudice o al p.m. ha l'obbligo di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte, ai sensi degli articoli 198 comma 1, 362 c.p.p.

L'articolo 207 al 1° comma c.p.p. prevede un nuovo avvertimento sulle responsabilità previste dalla legge penale per i testimoni falsi o reticenti, (articolo 497

---

<sup>1409</sup> Cass. 24. 10. 2005, Ponte ed. a., 233068.

<sup>1410</sup> G. DI PAOLO, *Tecnologie del controllo e prova penale*, Milano, 2008.

<sup>1411</sup> Trib. Milano 24.1. 2005, Hamraoui ed. a., in *Cass. pen.* 2005, p. 3114.

<sup>1412</sup> Trib. Palermo 30.3. 2001, Castello ed. a. *G. Mer.* 01, p. 730.

<sup>1413</sup> M. CAPPELLETTI, *La testimonianza Della parte nel sistema dell'oralità*, I, rist., Milano, 1974, p. 92

ss.

<sup>1414</sup> M. CAPPELLETTI, *op. Cit. Ult.*

<sup>1415</sup> F. CORDERO, *Procedura Penale*, III ed. Milano, 1995.

<sup>1416</sup> Cass. 29.5. 1990, Penna, in *Cass. pen.* 1991, II, p. 642.



comma 2 c.p.p.) ed al 2° comma la possibilità per il giudice al termine dell'assunzione di informare il p.m..L'omesso avvertimento al teste sospettato di falsità ai sensi dell'articolo 207 c.p.p. non comporta la nullità della deposizione, a norma dell'articolo 497 comma 3° c.p.p.. Questo articolo stabilisce che è prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni di cui al comma 2°, tra le quali non è compreso l'avvertimento suindicato<sup>1417</sup>.

#### V.2.1.2. Prova documentale

L'indicazione dei criteri e dei limiti di ammissibilità della prova documentale è contenuta unitariamente all'interno del capo dedicato ai documenti, nell'ambito delle disposizioni generali sulla prova. La disciplina delle modalità di acquisizione della prova documentale è disseminata nell'intero codice. Dobbiamo leggere le disposizioni sulle varie fasi procedurali in cui il documento può essere acquisito o prodotto<sup>1418</sup>.

La scrittura è certamente la forma di esternazione più importante, infatti incorporandosi stabilmente in un supporto assume una funzione rappresentativa, del fatto che un tal atto è stato compiuto per un determinato soggetto in determinate circostanze di tempo e di luogo.

Pertanto il testo, la sottoscrizione, la data sono gli elementi costitutivi del documento, che ha una propria disciplina giuridica, distinta da quella dei diversi atti che possono essere in esso rappresentati<sup>1419</sup>.

Il documento è solo il mezzo attraverso il quale un atto può essere esternato, quindi ne svolge una funzione rappresentativa. Tra il documento e l'atto può esservi un rapporto di corrispondenza.

Giacché l'atto esternato con lo scritto è un enunciato esecutivo di una promessa, di un ordine, di un'invettiva, *etc.*. Agli enunciati di tipo esecutivo vanno aggiunti gli enunciati riferiti allo stato d'animo del parlante, i quali sono espressivi di aspettative, desideri, non sono rappresentativi di fatti cui possano corrispondere sicché queste espressioni possono dirsi sincere o insincere, non vere o false<sup>1420</sup>.

Mentre l'enunciato esternato con lo scritto è descrittivo di un fatto, si hanno due livelli di rappresentazione: quello del documento rispetto all'enunciato descrittivo e quello di questo enunciato rispetto a un altro fatto. Anche quando l'atto documentato sia descrittivo di prova documentale in senso proprio si può parlare solo con riferimento al rapporto di rappresentazione intercorrente tra il documento e l'atto documentato, non con riferimento al rapporto di rappresentazione intercorrente tra l'atto e il fatto in esso descritto<sup>1421</sup>.

L'articolo 234 comma 1 c.p.p. offre una definizione di documento che comprende le scritture, anche qualsiasi rappresentazione di fatti, persone o cose mediante la fotografia, cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo. L'articolo 239 c.p.p. stabilisce l'accertamento della provenienza dei documenti, eventualmente attraverso il riconoscimento da parte dei testimoni o delle parti. Il codice include tra i documenti gli scritti rappresentativi di dichiarazioni descrittive come la narrazione di

<sup>1417</sup> Cass. 6. 7. 2004, Caldeo ed. a., in *A. n. proc. pen.* 2005, p. 726.

<sup>1418</sup> R. D'ISA, *Sulla disciplina dei documenti nel nuovo processo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1992, p. 1413.

<sup>1419</sup> Esempio quelle sul sequestro, articolo 253 e s.c.p.p. quelle sulla formazione del fascicolo per il dibattimento articolo 431 c.p.p. e sull'acquisizione dibattimentale dei documenti articolo 495 comma 3 c.p.p., A. NAPPI, *Falso e legge penale*, II, ed. Giuffrè, 1999, p. 14.

<sup>1420</sup> A. NAPPI, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Giuffrè, 2004, IX ed. p. 456 ss.

<sup>1421</sup> G. RICCI, *La prova penale*, IV ed. Padova, 2000.

un avvenimento ; o esecutive, come un ordine. Qualsiasi oggetto idoneo a rappresentare fatti persone o cose (esempio la registrazione audiovisiva di una rissa). La videocassetta registrata da una video camera collocata all' esterno di una banca è un documento<sup>1422</sup>.

Dobbiamo ricordare che l'articolo 234 comma 1 c.p.p. definisce documento qualsiasi oggetto rappresentativo a questo punto occorre individuare anche i requisiti che ne condizionano l'ammissibilità come prova sia con riferimento all'oggetto rappresentativo sia con riferimento all'oggetto della rappresentazione<sup>1423</sup>.

Il codice ha valutato come documenti quelli formati fuori del procedimento, anche definisce come atti, tutte le dichiarazioni e le operazioni documentale nell'ambito del procedimento.

Possiamo dire che quando, l'oggetto della ripresentazione è un comportamento umano sia esecutivo e descrittivo, la distinzione tra l'atto e il documento che lo ripresenta riguarda qualsiasi documento, sia quelli formati all'interno e quelli formati all' esterno del procedimento.

Ai fini della prova assumono rilevanza gli atti non la loro attendibilità. Nel momento in cui si discute di atti esecutivi o dichiarativi, di formazione esterna al procedimento, può essere in discussione la stessa effettiva esistenza, oltre che la provenienza e la data. Ai fini della prova assume rilevanza la loro rappresentazione documentale<sup>1424</sup>.

Il tema della definizione del documento e della sua distinzione dall'atto si collega così a quello dei limiti di ammissibilità della prova documentale che il legislatore estende la qualifica e la disciplina degli atti del procedimento<sup>1425</sup>.

Possiamo dire che non sarebbero ammissibili come prove documentali i verbali o le annotazioni di atti compiuti nello stesso procedimento. Nemmeno non potrebbe assumere pieno di valore probatorio in dibattimento a un atto delle indagini preliminari acquisendone il verbale quale prova documentale. Gli articoli 220 e 223 c.p.p. disp. att. Escludono che possa farsi entrare nel procedimento come prova documentale la documentazione di attività amministrativa, sebbene possa essere finalizzata all'accertamento del reato, senza osservare le garanzie del procedimento penale<sup>1426</sup>.

La disposizioni di attuazione, nei citati articoli 220 e 223 c.p.p., prevedono l'estensione della disciplina degli atti del procedimento anche ad atti formati prima del suo inizio. Estremamente articolato è il sistema di acquisizione in dibattimento di documenti probatori formati al di fuori. La regola della oralità e della immediatezza, è strutturata in ragione del tipo di documento di cui si chiede l'acquisizione<sup>1427</sup> :

- 1- verbali di mezzi di prova assunti in altro procedimento penale;
- 2- verbali di prove assunte in un giudizio civile;
- 3- documentazione di atti irripetibili;
- 4- Altri verbali contenenti dichiarazioni;
- 5- Sentenze irrevocabili-

Nonostante dei documenti menzionati alcuni sono acquisibili direttamente, altri attraverso il meccanismo della contestazione o per effetto del consenso manifestato dall'imputato.

---

<sup>1422</sup> Cass. Sez. V, 26 ottobre 2001, Tarantino, m. 220261( inedita).

<sup>1423</sup> P. TONINI, *La prova penale*, IV ed., Milano, 2000.

<sup>1424</sup> A. NAPPI, *op. cit.* p. 458.

<sup>1425</sup> G. UBERTIS, *Variazioni sul tema dei documenti*, in Cass. Pen. UTET, 1992, p. 2521.

<sup>1426</sup> M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, p. 266.

<sup>1427</sup> A. NAPPI, *op. Cit.* p. 458 ss.

I verbali di prove di altri procedimenti penali sono acquisiti altrettanto se il procedimento da cui provengono non è stato definito con sentenza passata in giudicato<sup>1428</sup>.

Nel caso di un procedimento penale non è importante che sia *in itinere* o si sia concluso con sentenza irrevocabile. I relativi verbali possono essere acquisiti purché assunti nell'incidente probatorio o nel dibattimento<sup>1429</sup>.

Pertanto è evidente che non tutte le prove formate in dibattimento possono essere acquisite ma solo quelle assunte in tale sede e non anche, quelle costituite mediante lettura. Possiamo dire che se un atto diventa fonte di prova perché acquisito mediante lettura al fascicolo per il dibattimento, non può transitare come prova dibattimentale in un ulteriore processo<sup>1430</sup>.

Non è necessario il consenso delle parti essendo sufficiente che la parte interessata all'acquisizione proponga la richiesta, nelle forme e nei tempi stabiliti, secondo il articolo 468 comma 4 – *bis*.

A quanto il diritto di difesa è garantito in ogni caso, nel senso che quando il verbale del mezzo di prova riguarda dichiarazioni rese da persona imputata di reati connessi, la utilizzabilità è consentita solo nei confronti degli imputati i cui difensori abbiano partecipato all'assunzione del mezzo di prova<sup>1431</sup>.

Anche con riferimento al meccanismo del trasferimento di un mezzo di prova da un processo all'altro, il limite della utilizzabilità solo per chi abbia avuto la possibilità di partecipare all'atto<sup>1432</sup>.

Possiamo dire che nel codice i termini "atto" e "documento" hanno un significato convenzionale particolare, è emblematico della distinzione tra il processo come attività cognitiva e il mondo dei fatti che, in quanto controversi sono oggetto di quella conoscenza. Per quello la documentazione degli atti del procedimento non è trattata come strumento di prova, ma è considerata essa stessa parte di un'attività cognitiva di cui solo i documenti formati fuori del procedimento sono strumento<sup>1433</sup>.

A quanto il tema della definizione del documento e della sua distinzione dall'atto si collega, a quello dei limiti di ammissibilità della prova documentale. Il legislatore estende la qualifica e la disciplina degli atti del procedimento anche ad atti compiuti prima dell'inizio del procedimento, quando indizi di reato emergano nel corso di "attività ispettive e di vigilanza previsti da leggi o decreti", già finalizzate all'eventuale esercizio dell'azione penale, secondo gli articoli 220 e 223 c.p.p. disp. att.<sup>1434</sup>.

Non sono ammissibile come prove documentale i verbali o le annotazione di atti compiuti nello stesso procedimento.<sup>1435</sup> Non si potrebbe ad esempio fare assumere pieno di valore probatorio in dibattimento ad un atto delle indagini preliminari, acquisendone il verbale quale prova documentale.

A norma dall'articolo 234 comma 1 c.p.p., si individua analiticamente gli oggetti della rappresentazione documentale utilizzabili a fini di prova. L'articolo 234 comma 1 c.p.p. individua analiticamente in "fatti, persone o cose".

---

<sup>1428</sup> M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, 2000, p. 611.

<sup>1429</sup> J. CALAMANDREI, *Verbali di prove e documenti acquisibili da altri procedimenti dopo la riforma del 1992*, in *Giust. Pen.* III, 1992, p. 92.

<sup>1430</sup> M. CAPELLETTI, *Il verbale come requisito quod substantiam del procedimento probatorio?*, in *Giur. It.*, 1959, I. 1, c. 597 ss..

<sup>1431</sup> J. CALAMANDREI, *Verbali di prove e documenti acquisibili*, op. Cit. .

<sup>1432</sup> A. NAPPI, *op. cit.* p. 458 ss.

<sup>1433</sup> A. DALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto procesuale penale*, Milano, 2002.

<sup>1434</sup> A. NAPPI, *op. cit.* p. 458 – 459.

<sup>1435</sup> M. NOBILI, *op. cit.* p. 266- 267.

Nel lessico civilistico documento equivale a scrittura. Classica prova artificiale: manipolando date materia (papiro, carta, pergamena), N elabora dei testi e se ne afferma autore con un contrassegno (la firma); qui le dichiarazioni nascono dall'atto che le documenta<sup>1436</sup>.

L'articolo 234 comma 1 c.p.p. esclude dall'elencazione gli atti, poiché si può parlare di prova documentale può parlarsi in senso proprio solo con riferimento al rapporto di rappresentazione intercorrente tra il documento e l'atto documentato<sup>1437</sup>.

In realtà il documento può far le veci di prova quando rappresenti un atto descrittivo o narrativo, solo in quanto la dichiarazione documentata abbia rilevanza innanzitutto essa stessa come fatto e non quando abbia rilevanza come rappresentazione di un fatto come dichiarazione<sup>1438</sup>.

Pertanto i documenti sono ammissibili come prove quando ne risulti rilevante la rappresentazione documentale ( il rapporto di rappresentazione intercorrente tra il documento e l'atto documentato) e non quando risulti rilevante solo la rappresentazione eventualmente in essi documentata ( il rapporto di rappresentazione tra l'atto e ciò che esso eventualmente descriva)<sup>1439</sup>.

In conclusione si può affermare che per l'ammissione della prova documentale sono necessarie due condizioni<sup>1440</sup>:

1- che il documento risulti materialmente formato fuori , non necessariamente prima, del procedimento.

2- che lo stesso oggetto della documentazione extraprocessuale appartenga al contesto del fatto oggetto di conoscenza giudiziale.

L'analogia con la disciplina della testimonianza indiretta è utile , perché mostra la necessità de distinguere la rappresentazione documentale dalla rappresentazione documentata, però non può essere spinta sino a recepirne le eccezioni al principio contraddittorio.

#### a. Particolari categorie di documenti

La disciplina generale dell'ammissibilità della prova documentale è integrata da alcune norme che prevedono specificamente l'ammissibilità o l'inammissibilità di particolari categorie di documenti.

È evidente che l'articolo 234 comma 3 c.p.p., ripete un divieto dettato dall'articolo 194 c.p.p. quanto ai testimoni: inammissibili i documenti che contengano "voci correnti", sulla figura morale dei coinvolti nel processo. Così da un rapporto poliziesco de fama nel dibattito a carico del giornalista accusato d' avere seminato scandalo, era esploso il più strepitoso affare politico giudiziario degli anni Cinquanta, Caso Montesi<sup>1441</sup>. Possiamo dire che è anonimo il documento che non renda di per sé noto l'autore<sup>1442</sup>. L'articolo 240 c.p.p. si riferisce solo ai documento rappresentativi di dichiarazioni quindi la norma non si applica ad esempio ai documenti fotografici.

---

<sup>1436</sup> F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, UTET, 1992, p. 280.

<sup>1437</sup> M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale*, Milano, 2005.

<sup>1438</sup> C. SQUASSONI, *Articoli 234 – 243*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, UTET, II, 1990, p. 647.

<sup>1439</sup> Potrebbe essere acquisita come documento la lettera scritta prima del delitto da un possibile testimone giacché potrebbe assumere rilevanza il fatto che quelle dichiarazioni fossero intervenute in un determinato contesto. Cass. Sez. V, 12 novembre 1997 (inedita).

<sup>1440</sup> Cass. Sez. V, 16 marzo 1999, Di Marco, m. 213183 (inedita).

<sup>1441</sup> L'eccezione vale rispetto a tutti: attribuito a N, lo scritto senza firma non è più anonimo; individuato l'autore, cade il divieto. Cass. 25 gennaio 1979, in *CP* 1980, p. 1096, 998.

<sup>1442</sup> G. UBERTIS, *Variazioni sul tema dei documenti*, in *Cass. pen.* 1992, p. 2525.

L'esigenza di individuare l'autore del documento si pone solo quando esso sia rappresentativo di un atto comunicativo, di un enunciato intenzionalmente destinato a trasmettere un messaggio, solo in questo caso assume particolare rilevanza conoscere da chi il messaggio provenga<sup>1443</sup>.

A quanto all' articolo 240 c.p.p., non è vero che questo articolo. si riferisce solo ai documenti rappresentativi di dichiarazioni e non è vero che il divieto di ammissione dei documenti anonimi dimostri l' indiscriminata ammissibilità come prova di qualsiasi comunicazione informativa, quindi qualsiasi enunciato rappresentativo di fatti documentato fuori del processo. In giurisprudenza si era sostenuto che non può dirsi che un documento sia anonimo, se questo documento viene in qualche modo identificato<sup>1444</sup>. L'articolo 235 c.p.p. si riferisce al corpo del reato o *corpora delicti*, questa metafora designa le cose costituenti materia, mezzo, prodotto del reato ; e talvolta si tratta di documenti (esempio lettere dall' estorsore, quietanze contraffatte, memoranda delittuosi). L'articolo dice "*devono essere acquisiti*", scovarli è affare degli indaganti e l' articolo 354 c.p.p. contempla un sequestro; appartengono al fascicolo del dibattimento, articolo 432 c.p.p. *lett. F*; è che vengano esibiti ogniqualvolta giovi. L'articolo 460 cod. 1930 diceva: "*i documenti, il corpo del reato e ogni altra cosa che può servire a convinzione o a discolpa, sono presentati, occorrendo, alle parti e ai testimoni...*"<sup>1445</sup>.

Dobbiamo ricordare la particolare disciplina che l'articolo 103 comma 2 e 103 comma 6 c.p.p. detta a garanzia del rapporto tra l'imputato e il suo difensore. Escludendo l' acquisibilità dei documenti proveniente dall'imputato che fossero sequestrati presso il suo difensore, salvo nel caso di essere corpo del reato. La dottrina dice che "*documento proveniente dall'imputato*" sia solo quello di cui l'imputato è autore, non è sufficiente che ne sia in possesso<sup>1446</sup>.

Secondo a norma sono ammissibili, e devono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento sin dalla chiusura della fase procedimentale, articolo 431 c.p.p. *lettera g*, i "*documenti relativi al giudizio sulla personalità*" dell'imputato o della persona offesa indicati nell' articolo 236 comma 1 c.p.p., che consente "*l'acquisizione dei certificati del casellario giudiziale, della documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza nonché delle sentenze irrevocabili di qualsiasi giudice italiano e delle sentenze straniere riconosciute ai fini del giudizio sulla personalità dell' imputato o della persona offesa dal reato, se il fatto per il quale si procede deve essere valutato in relazione al comportamento e alle qualità morali di questa*". Rispetto all' articolo 464 c.p.p. del 1930, il comma 1 dall'articolo 236 c.p.p., estende le fonti valutabili nel giudizio sulla personalità, persona offesa incluso, quando assumano rilievo comportamento o qualità morali.

Altre ai certificati del casellario e alle sentenze irrevocabili emesse da qualunque giudice, italiano o straniero, ammette ciò che risulta dall'archivio dei servizi sociali degli enti pubblici e uffici di sorveglianza<sup>1447</sup>.

Questo canale immette nel processo memorie burocratiche e così confluiscono materiali che altrimenti sarebbero ignorati, se fossero stati raccolti del pubblico ministero. I certificati del casellario e sentenze servono anche a stabilire fino dove siano credibili i testimoni.

---

<sup>1443</sup> F. CORDERO, *op. Cit.* p. 282 ss.

<sup>1444</sup> Cass. Sez. I, 25 marzo 1979, Barraco, in *Giust. Pen.* 1979, III, p. 664.

<sup>1445</sup> F. CORDERO, *op. cit.* p. 281.

<sup>1446</sup> C. SQUASONI, *op. cit.* p. 655.

<sup>1447</sup> D. SIRACUSANO, *Le prove*, in *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2006, p. 353.

L'interpretazione dell'articolo 236 c.p.p. è discussa in dottrina: alcuni autori, tanto è in nota ritenga, tassativa l'elencazione in esso contenuta dei documenti acquisibili ai fini del giudizio sulla personalità<sup>1448</sup>.

In questo tema altri sostengono che l'elencazione sia tassativa solo quanto ai documenti acquisibili ai fini del giudizio sulla personalità della persona offesa dal reato o sulla credibilità del testimone stante il disposto dell'articolo 133 c.p. per quanto attiene all'imputato. Altri ancora escludono la tassatività in ogni caso<sup>1449</sup>. La giurisprudenza sembra orientata ad escludere la tassatività con riferimento all'imputato e alla persona sottoposta alle indagini<sup>1450</sup>.

L'articolo 236 c.p.p. propone un'elencazione che è tassativa sia per il tema di prova che consente quelle ammissioni, che per le valutazioni extraprocessuali ammissibili. Non esclude che anche altri documenti non contenenti valutazioni siano acquisibili ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa o del testimone<sup>1451</sup>.

L'articolo 238- bis, introdotto nel codice dall'articolo 3 comma 2 del d.l. 8 de giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 356, consente l'acquisizione delle sentenze divenute irrevocabili, che ai fini della prova dei fatti in esse accertati, sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.

La giurisprudenza, prima dell'introduzione della norma nel codice, aveva affermato che anche le sentenze non irrevocabili rientrano nella nozione di documenti di cui all'articolo 234 c.p.p. e possono essere acquisite almeno ai fini della verifica del presupposto probatorio della misure cautelari<sup>1452</sup>. La dottrina è andata in contro il problema dei limiti di ammissibilità come prova documentale degli atti della pubblica amministrazione e in genere degli atti dei pubblici ufficiali, con risultati controversi.

La Corte costituzionale, nel dichiarare infondata una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 266 c.p.p., affermò che pur dovendosi escludere l'applicabilità delle garanzie previste per le intercettazioni di conversazioni all'acquisizione di questi documenti. Deve ritenersi comunque preclusa dall'articolo 15 Cost. e acquisizione senza provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria delle informazioni idonee a identificare i dati esteriori delle conversazioni<sup>1453</sup>.

La giurisprudenza è incerta, alcune decisioni sostengono che i tabulati sono sempre utilizzabili come prove documentali, a norma dell'articolo 234 comma 1 c.p.p. quali che siano state le modalità di acquisizione<sup>1454</sup>. Altre sentenze affermano che i tabulati sono inutilizzabili, se non ne sia stata disposta l'acquisizione con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria<sup>1455</sup>.

Dobbiamo considerare che secondo la prevalente giurisprudenza, gli atti di indagine illegittimamente assunti in violazione di diritti costituzionalmente garantiti sono inutilizzabili<sup>1456</sup>.

Le sezioni unite della Corte di cassazione, hanno sostenuto che *“poiché la stampa dei tabulati concernenti il flusso informatico relativo ai dati esterni al contenuto*

---

<sup>1448</sup> G. UBERTIS, *Variazioni sul tema dei documenti*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2521.

<sup>1449</sup> R. D'ISA, *Sulla disciplina dei documenti nel nuovo processo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1992, p. 1413.

<sup>1450</sup> C. SQUASSONI, *op. cit.* p. 652.

<sup>1451</sup> Cass. Sez. I, 22 ottobre 1993, *La Delia*, m. 195793.

<sup>1452</sup> Cass. sez. VI, 11 giugno 1992, *Taurino*, m. 191989 (inedita); Cass. Sez. II, 17 ottobre 1996, *Arcidiacono*, in *Gazz. Giur.* 1997, n. 1, p. 23.

<sup>1453</sup> Cass. cost., 11 marzo 1993, n. 81 (inedita)

<sup>1454</sup> Cass. 6 giugno 1995, *Micic*, m. 202909 (inedita)

<sup>1455</sup> Cass. Sez. IV, 28 agosto 1996, *Serru*, m. 205985 (inedita)

<sup>1456</sup> Cass. Sez. Un., 27 marzo 1996, *Sala*, in *Gazz. giur.*, 1996, n. 25, p. 57.

delle comunicazioni telefoniche costituisce la documentazione in forma intelligibile, del flusso medesimo, la relativa acquisizione soggiace alla stessa disciplina delle garanzie di segretezza e di libertà delle comunicazioni a mezzo di sistema informatici” di cui all’articolo 266- bis; e il divieto di utilizzazione previsto dall’ articolo 271 è riferibile anche ai tabulati acquisiti in violazione dell’ articolo 267<sup>1457</sup>.

L’acquisizione della documentazione del fatto che è intervenuta una conversazione, tra determinati soggetti e in determinate circostanze di tempo e di luogo non può essere equiparata all’intercettazione, che consente di conoscere anche il contenuto della conversazione. La Corte costituzionale ha affermato che non è possibile “estendere le specifiche garanzie valide per le intercettazioni all’acquisizione documentale dei soli dati identificativi delle conversazioni”<sup>1458</sup>.

Altro tema molto importante sono i verbali di prove di altri procedimenti l’articolo 238 c.p.p. si riferisce a questo tema. Questi atti sono disciplinati tra i documenti ma ciò non comporta un’equiparazione che consenta di considerare l’articolo 238 c.p.p. come norma applicabile analogicamente ai documenti in generale o in particolare ai documenti della pubblica amministrazione<sup>1459</sup>. L’articolo 238 c.p.p. distingue innanzitutto tra verbali di prove formati in procedimenti civili e verbali di prove formati in procedimenti penali. L’articolo 238 c.p.p. stabilisce che esista o no sentenza irrevocabile sono acquisibili solo i verbali degli atti compiuti negli incidente probatori o al dibattimento, qualora i contraddittori consentano. Indipendentemente dall’assenso, le prove irripetibili come la testimonianza resa da chi poi sia morto o risulti irripetibile. I verbali esclusi vengono utili solo nelle contestazioni a testimoni o parti e qui la prova attendibile o no sta in quanto dice l’escusso, può darsi che contestandogli i vecchi detti, l’interrogante lo screditi<sup>1460</sup>.

Gli atti irripetibili compiuti dalla polizia straniera possono essere acquisiti con l’assenso delle parti, ovvero dopo l’esame dell’autore all’estero a condizione che sia avvenuto nel contraddittorio, articolo 78 c.p.p.

L’articolo 238 c.p.p. afferma<sup>1461</sup> che sono acquisibili dove esista *res iudicata*, come se una testimonianza resa là o qui fosse lo stesso, data la differenza delle rispettive tecniche istruttorie, anche sarebbe stato cauto richiedere l’assenso delle parti. L’ articolo 238 comma 4 c.p.p. stabilisce che i verbali dichiarazioni oltre che nelle ipotesi previste dall’ articolo 238 comma 1; 238 comma 2; 238 comma 2 – bis, e 238 comma 3 c.p.p. possono essere , utilizzati nel dibattimento nei confronti dell’ imputato che vi consenta. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che i limiti all’ utilizzabilità di atti di altri procedimenti riguardino solo la fase dibattimentale<sup>1462</sup>.

L’articolo 239 c.p.p. riconosce al giudice la facoltà di sottoporre alle parti il documento, quando occorre verificarne la provenienza<sup>1463</sup>. L’origine del documento è una norma derivata da una contrazione del vecchio articolo 460 codice 1930 in cui vi era stabilito che documenti, corpo del reato e ogni cosa utile fossero “*presentati, occorrendo alle parti e ai testimoni*”, con eventuale invito a riconoscerli. L’ esibizione

---

<sup>1457</sup> Cass. Sez. Un., 13 luglio 1998, Gallieri, in *Gazz. giur.* 1998, n. 38, p. 30.

<sup>1458</sup> C. cost. 17 luglio 1998, n. 281 (inedita)

<sup>1459</sup> R. ORLANDO, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1992, p. 133 ss.

<sup>1460</sup> P. RIVELLO, *Commento all’ art. 238 c.p.p.*, in *Commento al codice di procedura penale. Secondo aggiornamento*, UTET, 1993, p. 82 -89.

<sup>1461</sup> P. RIVELLO, *op. Cit. ult.*

<sup>1462</sup> J. CALAMANDREI, *Verbali di prove e documenti acquisibili da altri procedimenti dopo la riforma del 1992*, in *Giust. Pen.* III, 1992, p. 92.

<sup>1463</sup> G. UBERTIS, *Variazioni sul tema dei documenti*, in *Cass. pen.* 1992, p. 2523.

avviene a tale fine specifico se ne debba stabilire “*la provenienza, il documento è sottoposto...*”; nel senso ampio definito dall’ articolo 234 c.p.p.

Il vocabolo designa ogni rappresentazione artificiale o meglio, i manufatti che la contengono. Se l’accertamento della falsità costituisce oggetto del procedimento, il giudice la dichiara con la sentenza di condanna, di proscioglimento, articolo 537 c.p.p. di non luogo a procedere<sup>1464</sup>.

Nel caso in cui risulti necessaria la valutazione della falsità in via incidentale (ad esempio perché riguardi un documento acquisito come prova) il giudice non può sospendere il procedimento principale in attesa dell’ accertamento della falsità, deve compiere autonomamente il suo accertamento incidentale trasmettendo poi al P.M. il documento falso, dopo la definizione del procedimento principale, ai sensi dell’ articolo 241 c.p.p.<sup>1465</sup>.

È evidente che la libertà di valutazione dell’ autenticità dei documenti da parte del giudice riguarda anche gli atti e i documenti di fede privilegiata. Il codice vigente non prevede, nemmeno un’ efficacia privilegiata degli atti di documentazione processuale. Ma non esiste una norma analoga all’ articolo 158 codice abrogato, quindi i verbali e le altre forme di documentazione non hanno alcuna efficacia di certezza legale<sup>1466</sup>.

L’ articolo 242 c.p.p. si riferisce alla traduzione di documenti. L’ obbligo di usare la lingua italiana si riferisce agli atti da compiere nel procedimento e non agli atti già formati, da acquisire nel procedimento medesimo. L’ obbligo di usare la lingua italiana si riferisce agli atti da compiere nel procedimento e non ai documenti già formati che vengano acquisiti, a meno che la loro utilizzazione possa pregiudicare i diritti dell’ imputato e sempre che quest’ ultimo abbia eccepito il concreto pregiudizio derivante dalla mancata traduzione<sup>1467</sup>.

La seconda parte dall’ articolo 242 c.p.p. si riferisce alla trascrizione di nastri magnetofonici, il giudice ne dispone se necessario la trascrizione a norme dell’ articolo 268 comma 1 c.p.p.<sup>1468</sup>.

È legittima l’ acquisizione e la utilizzazione nel processo della registrazione fonografica di una conversazione fra presenti effettuata da uno degli interlocutori che se necessario va trascritta osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l’ espletamento della perizia. Nella specie si trattava della registrazione di un colloquio da parte di uno dei partecipanti ad esso per incarico e con il controllo della polizia giudiziaria<sup>1469</sup>.

In tema di misure cautelari legittimamente il giudice trae elementi indiziari dalle risultanze del verbale redatto in forma riassuntiva quando l’ esame sia stato registrato mediante apparecchiatura audio magnetica e non sia stata ancora disposta la trascrizione nelle forme previste dal c.p.p. (articolo 242 comma 2 c.p.p., con riferimento all’ articolo 268 comma 7 c.p.p.)<sup>1470</sup>.

---

<sup>1464</sup> Articolo 452/2; Cass. Sez. V, 14 ottobre 1998, Cunsolo, in *Gazz. Giur.* 1999, n. 13, p. 30, con riferimento alla dichiarazione di estinzione del reato per amnistio.

<sup>1465</sup> A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, op. Cit.

<sup>1466</sup> F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, 1998, IV ed. p. 340.

<sup>1467</sup> Nel caso in cui il ricorrente cittadino italiano di lingua tedesca aveva dedotto inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità per omissa traduzione in lingua italiana degli atti e documenti acquisiti al processo e redatti in tedesco. Cass. 20 febbraio 2001, Rainer, n. 219457 (inedita).

<sup>1468</sup> Fattispecie in cui è stata rigettata l’ eccezione di nullità della sentenza per l’ omissa traduzione in lingua italiana di documenti utilizzati ai fini della decisione e proveniente dall’ autorità amministrativa francese. Cass. 29 ottobre 2008, Tolio, n. 241657 (inedita).

<sup>1469</sup> Cass. 22 maggio 1992, Artuso, in *F. it.* 1992, II, p. 553.

<sup>1470</sup> F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, op. Cit.



La S. C. ha anche osservato che il verbale redatto in forma riassuntiva in ipotesi di esame del comparente con l'uso di apparecchiature di registrazione audio magnetiche va assimilato al verbale di cui all' articolo 268 comma 1° c.p.p. in materia di intercettazioni telefoniche, alla trascrizione delle quali non è necessario procedere quando l'applicazione della misura cautelare trovi fondamento in tale mezzo di ricerca di prova, essendo sufficiente il riferimento al predetto verbale<sup>1471</sup>.

L'articolo 243 c.p.p. si riferisce al rilascio di copie o riproduzione se questo articolo non esistessero sarebbe lo stesso, risultava già tutto dagli articoli 116, 143, 268 c.p.p. L'articolo 243 si riferisce al rilascio di copie, se questo articolo non esistessero sarebbe lo stesso, risultava già tutto dagli articoli 116, 143, 268.

In definitiva, la disciplina prevede, che l'acquisizione possa avere ad oggetto non solo i verbali di prove, ma pure altri documenti ed atti irripetibili; il consenso delle parti rilevi solo per l'acquisizione di altre dichiarazioni e non anche per l'acquisizione di verbali di prove; senza consenso, i verbali di dichiarazioni siano utilizzabili per le contestazioni; alle parti sia, comunque, riconosciuto il diritto di ottenere l'esame delle persone che abbiano reso precedenti dichiarazioni, anche se questa siano contenute in verbali di prove; il diritto *affievolistica* nei processi per reati di criminalità organizzata essendo il suo riconoscimento subordinato alla valutazione di assoluta necessità, operata dal giudice<sup>1472</sup>.

Una volta disposta l'acquisizione del documento, il giudice ricorre ad una serie di poteri per far fronte alle varie situazioni che possono verificarsi, nel senso che<sup>1473</sup>:

a- dispone la traduzione di documento redatto in lingua diversa da quella italiana, quando ciò è necessario alla sua comprensione, o la trascrizione di un nastro magnetofonico (articolo 242 c.p.p.).

b- autorizza la cancelleria a rilasciare, a chi ne abbia interesse, copia autentica del documento, a meno che non debba rimanere segreto ( articolo 243 c.p.p.).

c- sottopone alle parti private o ai testimoni il documento di cui occorra verificare la provenienza ( articolo 239 c.p.p.).

d- trasmette all' ufficio del pubblico ministero, dopo la definizione del procedimento penale, copia del documento che reputi falso, qualora la falsità non sia accertata con la sentenza di condanna ( articolo 241 c.p.p.).<sup>1474</sup>

Nel diritto penale spagnolo la prova documentale non è chiaramente regolata nella *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, per quello è necessario ricorrere alla legislazione civile, come la *Ley de Enjuiciamiento y Código Civil*.

La giurisprudenza spagnola ha accettato l'uso della legge civile in caso di lacuna nella legislatura penale<sup>1475</sup>.

### V..2.1.3. Perizia. La prova dattiloscopica

Una tecnica di indagini molto usata nel procedimento penale è quella finalizzata all'accertamento dell'identità dattiloscopica dell'autore del reato.

La dattiloscopia è lo studio delle creste papillari ( sporgenze dermiche) esistenti su tutta l'estensione interna delle mani e su quella plantare degli arti inferiori. Possiamo

<sup>1471</sup> Cass. 10 ottobre 1995, Calibrese, in *Cass. pen.* 1996, p. 2666.

<sup>1472</sup> J. CALAMANDREI, *Verbali di prova e documenti*, op. Cit.

<sup>1473</sup> M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione Della prova penale*, op. Cit.

<sup>1474</sup> A. D'ALIA – M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, 2006, III ed. p. 613.

<sup>1475</sup> Tribunal Supremo de España (Sala 2), 25 giugno di 1983; 3 di giugno di 1985.

distinguere tra impronte digitali, che riproduce il disegno dei polpastrelli, impronte palmari, dal disegno delle creste papillari che ricoprono il palmo della mano<sup>1476</sup>.

L'aspetto della dattiloscopia che interessa esaminare riguarda le attività di rilevamento e di esame delle impronte digitali rinvenute a seguito della consumazione di un reato, ovvero la dattiloscopia giudiziaria. La dattiloscopia giudiziaria si occupa dell'identificazione degli autori di reato attraverso i frammenti di impronte digitali che gli autori hanno lasciato nel luogo del reato. I rilievi dattiloscopici effettuati nel corso del Sopralluogo di Polizia Scientifica finalizzati alla esaltazione delle impronte latente e documentazione fotografica di quelle visibili, somministrano ai dattiloscopici frammenti di impronte papillari da porre a confronto con le impronte di persone sospettate. Le identificazioni dattiloscopiche in questo terreno sono molteplici presso tutte le polizia e il loro valore probatorio è indiscusso<sup>1477</sup>.

L'indagine dattiloscopica si sviluppa attraverso due fasi: a) rilevare, esaltare e reperire le impronte papillari, visibili o latente, lasciate dall'autore del reato su oggetti; b) è diretta al confronto tra un frammento d'impronta papillare rilevato nel corso della prima fase e le impronte papillari della persona sottoposta alle indagini preliminari.

Riguardo alla prima fase dell'indagine dattiloscopica può accadere che il procedimento di rilievo dell'impronta debba essere effettuato nell'immediatezza del fatto. Altrimenti si può produrre il deterioramento della stessa. In tale caso si potrà procedere sotto il profilo dell'accertamento delle tracce del reato e della loro conservazione<sup>1478</sup>.

Del modo in cui tale accertamento è venuto, se può tenere conto al dibattimento ai sensi del c.p.p.<sup>1479</sup>. Altre volte, la necessità di una partecipazione immediata può non essere necessaria e ciò quando l'impronta può essere conservata. In tale ipotesi, se l'atto fosse compiuto ai sensi dell'art. 348 c.p.p., potrebbe non essere usato nel dibattimento, attesa la mancanza dell'urgenza. Deve intervenire la delega del pubblico ministero, perché l'attività da compiere ha natura di operazione tecnica del tipo di quelle previste per il c.p.p.. Il sistema di rilievo può essere complesso per certi tipi d'impronta e soprattutto nel caso in cui questa sia latente<sup>1480</sup>.

L'indagine tecnica dovrebbe rientrare nell'ambito del c.p.p. anche se la si vuole utilizzare al dibattimento, dovrà essere effettuata direttamente in quella sede attraverso lo strumento della perizia<sup>1481</sup>. Il consulente tecnico può essere autorizzato dal pubblico ministero ad assistere a singoli atti di indagine<sup>1482</sup>.

Nella seconda fase dell'accertamento dattiloscopico, l'attività di comparazione può variare. Dipende che se si confronta l'impronta in oggetto con altra impronta del sospettato già rilevata in precedenza e già in possesso della polizia giudiziaria ovvero con un'impronta prelevata per l'occasione dal sospettato e durante lo svolgimento dell'operazione in corso. È importante sapere che operazione tecnica e perizia non è lo stesso. Soprattutto nella motivazione razionale che deve offrire il perito e che non è dissimile da quella del giudice. Questa non può avere luogo in un accertamento del tipo di quelli stabilito per il c.p.p.<sup>1483</sup>. È l'esigenza del contraddittorio e della motivazione

---

<sup>1476</sup> G. ARCUDI – S. MONTANARO, *L'identificazione del vivente e le impronte digitali*, in *Giusto Giusti – Trattato di Medicina legale e Scienze affini*, Cedam, 1998, p. 691.

<sup>1477</sup> G. ARCUDI – S. MONTANARO, *op. cit.* p. 1021.

<sup>1478</sup> Articolo 348, *lett. a*) c.p.p.

<sup>1479</sup> Articolo 431, *lett. b*) c.p.p.

<sup>1480</sup> Articolo 359 c.p.p.

<sup>1481</sup> Articolo 359 c.p.p.

<sup>1482</sup> G. RICCI, *La prova dattiloscopica*, Cedam, 1989, p. 554.

<sup>1483</sup> Articolo 359 e 360 c.p.p.

che non può non stimolare l'interprete a considerare attività peritale quella della comparazione delle impronte<sup>1484</sup>.

In conclusione, la seconda fase dell'accertamento dattiloscopico, avendo carattere valutativo, richiede sempre il ricorso all'attività peritale<sup>1485</sup>.

La giurisprudenza ha sostenuto che l'indagine dattiloscopica nel suo complesso non ha carattere di accertamento tecnico, però di presentazione di un fatto obiettivo che distingue dal confronto tra l'impronta rilevata e quella della persona nei cui confronti si procede<sup>1486</sup>.

L'attività posta in essere dalla polizia giudiziaria di individuazione e rilevazione delle impronte dattiloscopiche, con il raffronto delle stesse con quelle dell'imputato, è di natura materiale, non bisogna infatti la conoscenza di particolari cognizioni tecnico-scientifiche, né da luogo a un vero e proprio giudizio tecnico, anzi solo a un accertamento di dati obiettivi<sup>1487</sup>.

È evidente che è un'operazione urgente non ripetibile, che rientra nella disciplina dell'articolo 354, comma 2 del c.p.p. e non nella disciplina in relazione gli accertamenti tecnici non ripetibili<sup>1488</sup>.

Pertanto l'accertamento dattiloscopico eseguito dalla polizia giudiziaria nelle fasi del rilevamento delle impronte e del raffronto con quelle dell'imputato, può essere valutato dal giudice nel pieno esercizio del proprio libero convincimento senza la necessità di procedere a perizia<sup>1489</sup>.

Questo orientamento è opposto a quello illustrato nel paragrafo precedente. Gli accertamenti dattiloscopici compiuti dalla polizia giudiziaria non hanno carattere né formale né sostanziale di perizia esaurendosi nel rilevamento di impronte su oggetti nel raffronto di esse con quelle già in possesso della polizia, e quindi, in concreto, nell'accertamento di dati obiettivi che non presuppone un'indagine che debba essere sorretta da particolari cognizioni tecnico-scientifiche. Tali accertamenti rientrano nell'ambito dell'attività di indagine di iniziativa della polizia giudiziaria, e trattandosi di atti irripetibili, legittimamente vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento, assumendo così valore probatorio<sup>1490</sup>.

Vi soggiacciono anche i possibili testimoni, le ingerenze ammesse sfiorano i limiti imposti dall'articolo 13 Cost. Gli investimenti invitano l'eventuale imputato a indicare o eleggere il domicilio ai fini delle notificazioni ai sensi dall'articolo 161 c.p.p.<sup>1491</sup>.

Possiamo dire che i verbali di polizia giudiziaria che documentano le attività d'estrazione dell'impronta e di successiva comparazione con quelle dell'indagato confluiscono nel fascicolo per il dibattimento sulla base dell'articolo 431, *lett. b)*, c.p.p.<sup>1492</sup>.

Pertanto la legge non vieta il compimento da parte della polizia giudiziaria di tali accertamento tecnici i quali non presentano neanche il carattere della irripetibilità sono ricondotti nell'ambito della norma che regola in via generale l'attività investigativa

---

<sup>1484</sup> G. RICCI, *op. cit.* p. 555.

<sup>1485</sup> A. LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Cedam, 2002, p. 238.

<sup>1486</sup> Cass. 20 novembre 2000, D'Anna, in *GD*, 2000, II, p. 105.

<sup>1487</sup> Cass. 7 maggio 1999, Bettio, in *C.E.D.*, Cass. n. 213311.

<sup>1488</sup> Cass. 18 ottobre 1997, Verdón e altro, in *GD*, 1997, p. 46,95.

<sup>1489</sup> Cass. 17 dicembre 1996, Kouri, in *GD*, 1997, VIII, p. 85.

<sup>1490</sup> Cass. 2 marzo 1996, Pirrone, in *GD*, 1996, 15 p. 74.

<sup>1491</sup> Articolo 349 comma 2 c.p.p., relative all'identificazione dattiloscopiche.

<sup>1492</sup> A. NAPPI, *op. cit.* 1992, p. 154.

della polizia giudiziaria da compiersi anche facendo ricorso a personale specializzato o ad ausiliari estranei all'amministrazione<sup>1493</sup>.

In relazione all'indagine dattiloscopiche eseguite dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa, l'indirizzo interpretativo proporrà la seguente indicazione ricostruttiva:

a) l'atto di prelevamento dell'impronta sembra riconducibile alla categoria dei rilievi urgente sullo stato dei luoghi e delle cose<sup>1494</sup>.

b) di regola ha natura non ripetibile, in quanto tale, ha valore di prova in tutte le fasi del procedimento, contenuta quella di dibattimento<sup>1495</sup>.

La successiva comparazione dell'impronta rilevata con quella della persona sottoposta alle indagini preliminari, se effettuata dalla polizia giudiziaria, potrebbe essere considerata in quella attività di raccolta degli elementi utili alla ricostruzione del fatto e all'individuazione del colpevole. D'accadere con l'ausilio di esperti muniti di specifiche competenze tecniche<sup>1496</sup>.

Nel caso in cui proceda il pubblico ministero (nominando un consulente tecnico, oppure delegando le strutture di investigazione scientifica della polizia giudiziaria) l'attività di comparazione delle impronte deve essere ricondotta nell'ambito degli accertamenti tecnici<sup>1497</sup>.

Tale attività ha natura di accertamento tecnico ripetibile, e le risultanze ottenute potrebbero essere utilizzate a fini di prova nel dibattimento solo attraverso l'esame dell'autore della comparazione<sup>1498</sup>.

La riconducibilità all'articolo 354, 2° comma c.p.p., di questa forma d'indagine, non esclude la presenza di aspetto di atipicità della prova. Il codice in tema delle indagini dattiloscopiche prevede che all'identificazione della persona nei cui confronti si svolgono le indagini possa procedersi i rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici altrettanto altri accertamenti<sup>1499</sup>.

La Suprema Corte ha stabilito che l'articolo 349 comma 2 c.p.p. autorizza la polizia giudiziaria non solo ad eseguire rilievi dattiloscopici finalizzati alla identificazione della persona nei cui confronti si svolgono le indagini anche ad effettuare, di propria iniziativa, *“raffronti tramite personale specializzato a sua disposizione tra le impronte rilevate e quelle dei pregiudicati in precedenza acquisite ovvero tra le medesime e quelle della persona inquisita senza necessità quindi di delega da parte del p.m.”*<sup>1500</sup>.

Invece la norma sembra essere stata formulata per attribuire alla polizia giudiziaria, poteri specifici di iniziativa finalizzati all'accertamento, in forma coattiva, dell'identità, della persona nei cui confronti si svolgono le indagini<sup>1501</sup>.

Parte della dottrina considera che il richiamo fatto dall'articolo 349, 2° comma c.p.p. ai rilievi dattiloscopici, non significa riconoscere la tipicità della prova dattiloscopica. Un'affermazione di tipicità del mezzo di prova non sarebbe propriamente esatta, giacché oltre al già effettuato rilievo per cui la semplice enunciazione legislativa del *nomen* non è sufficiente a configurare uno strumento come tipico se non se ne descrivono almeno le caratteristiche. Va considerato che l'indagine

<sup>1493</sup> Articolo 348 c.p.p.

<sup>1494</sup> Articolo 354 comma 2 c.p.p.

<sup>1495</sup> Articolo 431, *lett b*), c.p.p.

<sup>1496</sup> Articolo 348 c.p.c.; articolo 348 comma 4 c.p.p.

<sup>1497</sup> Articolo 359 c.p.p.

<sup>1498</sup> A. LARONGA, *op. cit.* p. 241.

<sup>1499</sup> Articolo 349 comma 2 c.p.p.

<sup>1500</sup> Cass. 9 settembre 1991, Romano, in *C.E.D.*, Cass., n. 188156.

<sup>1501</sup> Cass. pen. S.U. 27 giugno 2006, n. 32989, in *Cass. pen.* nota di M. Vessichelli p.694.

dattiloscopica è dalla legge dichiarata come attività di polizia giudiziaria, però non è inserita esplicitamente fra i mezzi di prova. Né può essere compreso in via analogica in alcuna delle tipologie probatorie tipiche previste dagli articolo 194 ss. c.p.p.<sup>1502</sup>.

La dottrina evidenzia come tutta l'attività che conduce alla prova dattiloscopica non sia fatta disciplinata da legge processuali penali, perciò il giudice utilizza come prova, si acquisisce attraverso un procedimento tecnico non disciplinato dalla legge.

Pertanto possiamo includere la prova dattiloscopica nella categoria delle prove non disciplinate dalla legge<sup>1503</sup>.

Altra questione d'importanza è il caso dall'impronta trovata sul luogo del reato per l'identificazione della persona che l'ha lasciata e il problema della valutazione sottoposta alle indagini preliminari e del giudizio sul valore indiziario di esse<sup>1504</sup>.

Una impronta papillare che abbia un certo numero di particolarità non può confondersi con la impronta di altra persona<sup>1505</sup>. Per il fatto che non è mai capitato di dover constatare che impronte papillari di due persone abbiano rilevato corrispondenze numericamente notevole. Indubbiamente una legge statistica del genere implica sempre dei limiti che vanno rapportati al numero delle corrispondenze accertate anche alla qualità di esse<sup>1506</sup>.

La giurisprudenza italiana ha valutato necessari per la prova dell'identità dattiloscopica sedici o diciassette punti caratteristici (le interruzioni, le biforcazioni, i tratti di linea, gli occhielli, ecc, ) eguali per forma e posizione<sup>1507</sup>.

Altrettanto la giurisprudenza ha detto che le impronte digitali offrono piena garanzia di attendibilità, senza bisogno di ulteriori elementi di conferma<sup>1508</sup>.

Sempre che se riflettano una sola impronta – sia pure parziale – a condizione che evidenzino la sussistenza di almeno 16 a 17 punti caratteristici eguali per forma e posizione<sup>1509</sup>.

La Suprema Corte ha valutato attendibili scientificamente le risultanze delle indagini dattiloscopiche, anche quando esse riguardano solo una porzione di dito. Così se afferma il principio secondo il quale il giudice di merito può fondare su tale prova la dichiarazione di responsabilità, senza bisogno di concorso di elementi sussidiari di conferma. La giurisprudenza segue la teoria quantitativistica del Balthazard che ha considerato: partendo dal presupposto che una impronta digitale presenta, al massimo cento particolarità e considerato che esse possono ricondursi a quattro tipi fondamentali ritenne applicabile un calcolo matematico che gli permise di dimostrare che due corrispondenze potrebbero riscontrarsi in sedici impronte tre in sessantaquattro, quattro in duecentocinquantesi, fino ad arrivare a diciassette corrispondenze che potrebbero riscontrarsi dell'esame di 17. 179.869.184, il che starebbe a significare che il margine di errore ipotetico sarebbe pari a un diciassettesimo miliardesimo e cioè nullo<sup>1510</sup>.

Secondo la teoria del Balthazard l'accertata corrispondenza in sedici o diciassette punti assorbirebbe, di gran lunga ogni possibilità di errore e permetterebbe un giudizio di certezza positivo. Tale teoria, è stata criticata dalla dottrina, in quanto il calcolo delle probabilità se dà come possibile il verificarsi di un determinato fenomeno ( 17

---

<sup>1502</sup> G. RICCI, *op. cit.* p. 550.

<sup>1503</sup> A. LARONGA, *op. cit.* p. 243 ss.

<sup>1504</sup> G. ARCUDI – S. MONTANARO, *op. cit.* p. 244 ss.

<sup>1505</sup> A. LARONGA, *op. cit.* p. 244 ss.

<sup>1506</sup> Cass. 22 marzo 1989, Pastore, in *C.E.D.* Cass., n. 180856.

<sup>1507</sup> Cass. 13 novembre 1985, Solla in *C.E.D.*, Cass. n. 171038.

<sup>1508</sup> Cass. 1 luglio 1986, Forcucci, in *C.E.D.*, Cass. n. 173281.

<sup>1509</sup> Cass. 23 ottobre 1986, Faraone, in *C.E.D.*, Cass. n. 174046.

<sup>1510</sup> G. RAGAZZINI, *L'impronta digitale*, Milano, 1986, p. 696.

corrispondenze nell'esame di 17. 179.869.184 impronte), non significa che questo non possa verificarsi in un numero più limitato di casi<sup>1511</sup>.

La tendenza dalla scuola italiana e da quella francese, valutare le risultanze accertate in sede di confronto dattiloscopico, integrando qualitativamente il criterio quantitativo delle corrispondenze e delle dissomiglianze rilevate<sup>1512</sup>.

Però come margine di sicurezza<sup>1513</sup> sarà in ogni modo bene attenersi alla pratica seguita dalla Scuola italiana, la quale integrando qualitativamente il valore quantitativo medio delle corrispondenze ha sempre valutato necessarie per un giudizio di identità. Anche per dichiarare l'utilità di un frammento almeno 16-17 con mancanza di dissomiglianze che non siano attribuibili a fattori estranei all'essenza delle creste papillari, quali quelle attribuibili alla natura del substrato da cui l'impronta sia stata rilevata o alla tecnica della esaltazione e rilevazione o alla dinamica con cui l'impronta sia stata lasciata<sup>1514</sup>.

#### V.2.1.4. Prove e indizi

Non sempre per aversi prova occorre fare ricorso a una regola di inferenza che consenta di desumere il fatto da provare come conseguenza certa, non soltanto come conseguenza possibile del fatto noto. Le regole di inferenza che consentono conclusioni certe sono, oltre alle leggi della logica, proprio le leggi scientifiche<sup>1515</sup>.

Le regole che sono pur'esse desunte come le massime, da esperienze particolari ipotizzate generali in quanto ricorrenti ma risultano anche inserite in alcuno di quegli organici insieme di teorie, che sono i sistema scientifici<sup>1516</sup>.

Potrebbe considerarsi prova in senso proprio il cosiddetto alibi perché si fonda sulla legge scientifica per cui una persona non può trovarsi contemporaneamente in due luoghi diversi. Dovrebbe essere considerato mero indizio l'argomento che dall'accertata affiliazione dell'imputato a un'associazione mafiosa canadese precedentemente al 1974 desumesse la dimostrazione dell'attuale persistenza in Italia di tale affiliazione in virtù di una regola di esperienza secondo la quale è impensabile che l'associazione mafiosa possa tener in vita soggetti non più legati a essa<sup>1517</sup>.

---

<sup>1511</sup> G. RAGAZZINI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1512</sup> A. LARONGA, *op. cit.* p. 245.

<sup>1513</sup> G. RAGAZZINI, *op. Loc. Ult. Cit.*

<sup>1514</sup> G. ARCUDI – S. MONTANARO, *op. cit.* p. 1034.

<sup>1515</sup> P. TONINI, *La prova penale*, cit. p. 38: "La legge scientifica. Le massime di esperienza possono consistere anche in conoscenze tecniche che fanno parte della cultura dell'uomo medio. In tal caso, il giudice può direttamente applicare ad un fatto accertato una legge scientifica comunemente conosciuta. In materie che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche, il giudice deve affidarsi a persone che hanno conoscenze specialistiche in quella determinata disciplina. Costoro potranno valutare quale legge della natura è applicabile ad un determinato fatto, al fine di individuarne le cause. Alcuni studiosi preferiscono definire questo tipo di ragionamento come "prova critica", invece che come "prova logica" o "indizio". Essi vogliono sottolineare che si tratta di applicare una legge scientifica e non una regola di esperienza. Da un lato la legge scientifica da maggiore certezza, poichè è accettata da tutti. Da un altro lato restano margini di opinabilità, poichè si tratta di: a) scegliere la legge scientifica che deve essere applicata al caso di specie; b) valutare in quale modo deve essere applicata; c) individuare i fatti ai quali applicarla. Si tratta, cioè, di interpretare correttamente un fenomeno e di considerare quali sono le condizioni simili nelle quali si è verificato, in modo da valutare quale è la probabilità che un determinato fatto lo abbia causato."

<sup>1516</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di Mac. Cormick*, in *Mat. St. Cult. Giur.* 1988, p. 473.

<sup>1517</sup> Cass. Sez. I, 11 luglio 1989, Ferro, in *Cass. pen.* 1990, p. 96.

Parlare di prova, di regola significa<sup>1518</sup> che se bisogna non solo che si applichi una legge scientifica, anche che di tale legge si faccia applicazione a garanzia di un argomento di tipo deduttivo. Possiamo dire che due sono le ragioni Della minore persuasività dell'indizio rispetto alla prova: quando consista di un argomento induttivo perché consente solo di formulare un'ipotesi, individuando una delle possibili cause dell'evento noto; quando concita di un argomento deduttivo fondato su una massima di esperienza non corrispondente a una legge scientifica, perché la conclusione non può essere indicata come conseguenza certa delle premesse note: il criterio dell'inverosimiglianza del fatto assume carattere oggettivo, può essere usato dal giudice per la formazione del suo libero convincimento, distinguendo con riferimento alle emergenze della causa<sup>1519</sup>.

La prova indiziaria deve consentire la ricostruzione del fatto e delle relative responsabilità in termini di certezza tali da escludere la prospettività di ogni altra ragionevole soluzione<sup>1520</sup>. Non possiamo escludere la più astratta e remota delle possibilità che in contrasto con ogni qualsivoglia verosimiglianza e in conseguenza di un ipotetico inusitato combinarsi di imprevisi e imprevedibili fattori. La realtà delle cose sia stata diversa da quella ricostruita in base agli indizi disponibili, se così fosse non si dovrebbe più parlare di prova indiziaria e di indizi atti a sostenerla bensì di dimostrazione per absurdum. Secondo le regole che sono proprie soltanto delle scienze esatte, la cui osservanza non può essere pretesa nell'esercizio dell'attività giurisprudenziale<sup>1521</sup>.

L'attendibilità della prova indiziaria è un concetto di probabilità logica intesa come grado di conferma di un'ipotesi sulla realtà.<sup>1522</sup> L'ipotesi consiste di asserzioni relative a un fatto determinato, giustificate da argomenti deduttivi o abduktiv<sup>1523</sup>.

Il ricorso di prova indiziaria, si giustifica moralmente e logicamente poiché l'argomentazione di cui consiste è garantita da una regola che si assume di applicazione universale anche se di validità solo probabile in quanto destinata a spiegare i fenomeni<sup>1524</sup>.

---

<sup>1518</sup> N.VENTURA, *Le prove scientifiche nella revisione del processo*, 2010, p. 266 ss: "L'adozione delle leggi scientifiche nel procedimento di revisione è finalizzata a dimostrare che, alla stregua delle medesime ed in considerazione di un'ipotizzata congettura, si perviene ad una determinata conclusione; quest'ultima tende a rappresentarsi in termini di plausibilità, giacché l'essenza della *scientific law* sarebbe integrata dall'enunciazione di formulazioni che, di per sé, esprimono la regolare successione fenomenologica. In un certo senso, ciò configurerebbe le conoscenze mutuata dall'empirismo come *limen* entro cui il giudice della revisione può spaziare discrezionalmente, ponendo - esse - dei "chiavistelli" discreti ma efficaci, destinati a circoscrivere il novero delle possibili soluzioni decisorie e soprattutto, a veicolarle verso opzioni di notevole spessore pragmatico, in quanto tali, capaci di proiettarsi nella dimensione di una più vigorosa attendibilità."

<sup>1519</sup> Cass. Sez. II, 20 marzo 1981, Russo, in *Cass. pen.* 1982, p. 1831.

<sup>1520</sup> Secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza la prova indiziaria deve dare luogo a un giudizio di certezza: « occorre che gli elementi indiretti (indizi) giudizialmente accertati, costituiscano la sicura premessa di un sillogismo, in forza del quale sia possibile pervenire con rigore logico ad un giudizio di certezza del fatto ignoto » (Cass., Sez. II, 5 marzo 1991, n. 8939, inedita).

<sup>1521</sup> Cass. Sez. II, 20 marzo 1981, Russo, cit.

<sup>1522</sup> Secondo la Corte di cassazione «la differenza tra massima di esperienza e mera congettura risiede nel fatto che nel primo caso il dato è già stato, o viene comunque sottoposto a verifica empirica e quindi la massima può essere formulata sulla scorta dell'*id quod plerunque accidit*, mentre nel secondo caso tale verifica non vi è stata, né può esservi, ed essa resta affidata ad un mero calcolo di possibilità, sicché la massima rimane insuscettibile di verifica empirica e quindi di dimostrazione» (Cass., Sez. I, 22 ottobre 1990, in *CED* 186149).

<sup>1523</sup> M.TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 199.

<sup>1524</sup> «La prova indiziaria (...) consente (...) la ricostruzione del fatto e delle relative responsabilità in termini di certezza tali da escludere la prospettività di ogni altra ragionevole soluzione, ma non anche da escludere la più astratta e remota delle possibilità che, in contrasto con ogni e qualsivoglia

Il grado di probabilità dipende dalla natura del criterio d'inferenza che sorregge l'argomentazione probatoria e dall'eventuale cumulo di più elementi di prova convergenti verso la stessa conclusione<sup>1525</sup>.

Non potrebbe essere considerata nemmeno formalmente indiziaria, ad esempio la conclusione dell'appartenenza di qualcuno alla mafia argomentata dal solo fatto della sua residenza in un comune a elevata densità mafiosa. Ma potrebbe essere considerato un indizio invece quello desunto dalla massima di esperienza secondo la quale la rete dei rapporti personali dei contatti delle cointeressenze e delle frequentazioni può dimostrare l'appartenenza di taluno a un associazione mafiosa<sup>1526</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza ammettono tradizionalmente che un fatto possa essere desunto da indizi, quando questi siano gravi, precisi e concordanti<sup>1527</sup>. Questo principio è contenuto nell'articolo 272 comma 1 c.c. è stato esplicitamente tradotto nell'articolo 192 comma 2 del vigente codice di procedura penale. La Dottrina prevalente gli indizi concordanti sono quelli che risultino tutti comparabili con una medesima ipotesi di ricostruzione del fatto e invalidino altre ipotesi concorrenti<sup>1528</sup>.

L'indizio deve essere certo, nel senso che l'esistenza del *factum probans* non può essere solo supposta o intuita<sup>1529</sup>. Se l'indizio non consente, per definizione<sup>1530</sup> di stabilire un rapporto di necessaria implicazione tra *factum probans* e *factum probandum*, ne consegue che la concordanza degli indizi potrà rafforzare la verosimiglianza di un'ipotesi ma non potrà escludere la compatibilità con i fatti noti anche di ipotesi diverse<sup>1531</sup>.

La congruenza narrativa non costituisce un valido criterio<sup>1532</sup> di verifica degli indizi, perché non hanno senso gli eventi che accadono né le azioni che si compiono nel mondo può avere senso soltanto il testo della narrazione degli eventi e delle azioni compiute nel mondo<sup>1533</sup>.

Come dice Franco Cordero, nessun giudizio storico è tale che sia assolutamente impossibile predicarne il contrario<sup>1534</sup>.

È evidente che non tutti i nostri schemi esplicativi sono riconducibili a leggi scientifiche, sono altri non meno importanti per la via individuale e sociale, che si riconducono a comuni aspettative di comportamento a tradizioni consolidate, a costumi diffusi a istituzioni dal consenso a tecnologie sperimentate. Non pare possa dubitarsi che la presenza di un soggetto a una riunione di mafiosi non sia di per sé necessariamente indicativa della sua adesione all'organizzazione criminale. Potrebbe trattarsi, della vittima di un'estorsione. Però se fosse provato che soggetto aveva avuto stabili rapporti d'amicizia e di affari con persone mafiosi, l'ipotesi che si tratta di una vittima dovrebbe quantomeno improbabile<sup>1535</sup>.

---

verosimiglianza ed in conseguenza di un ipotetico inusitato combinarsi di imprevisi e imprevedibili fattori, la realtà delle cose sia stata diversa da quella ricostruita in base agli indizi disponibili». Cass., Sez. I, 2 marzo 1992, n.3424 (inedita).

<sup>1525</sup> E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Laterza, 2002, p. 201 ss.

<sup>1526</sup> Cass. Sez. I, 18 aprile 1995, Farinella, m. 201649 (inedita).

<sup>1527</sup> Cass. Sez. I, 21 ottobre 1992, Angelino, m. 192575 (inedita).

<sup>1528</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1985, p. 946.

<sup>1529</sup> Cass. Sez. I, 20 ottobre 1994, Oliveri, m. 200083 (inedita).

<sup>1530</sup> Articolo 192 c.p.p.

<sup>1531</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico*, in AA.VV. *La teoria generale del diritto. Problema e tendenze attuali*, a cura di Scarpelli, Edizione di Comunità, p. 131 ss.

<sup>1532</sup> Articolo 192 c.p.p.

<sup>1533</sup> L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.* p. 484.

<sup>1534</sup> F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, p. 45.

<sup>1535</sup> A. NAPPI, *op. cit.* 2000, p. 184.



Si vuole dimostrare che l'idoneità della congruenza narrativa quale criterio di verifica probatoria non può essere valutata in astratto non può essere rapportata alle conclusioni logicamente infinite che sono compatibili con i fatti noti, ma deve essere riferita alle diverse storie alternative che emergano dal confronto delle concrete prospettive delle parti coinvolte nel processo<sup>1536</sup>.

La congruenza narrativa si fonda sul consenso che il giudice ipotizza, sarebbe riservato dalle persona ragionevoli sia alla massima di esperienza adottata sia all'applicazione specifica che egli ne propone. Il processo non viene ridotto a mera tecnica di competizione, conserva una ragionevole funzione conoscitiva. L'articolo 192 comma 2 c.p.p., come si è visto, stabilisce che "*l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti*".

L'interpretazione di questa norma dipendono dalla definizione del concetto di indizio. La tradizione ci propone due criteri di distinzione tra prova e indizio, distingue tra prova rappresentativa e prova critica (o indiretta o indiziaria). Se può definire la prova come idonea a sorreggere un giudizio in termini di certezza<sup>1537</sup>.

L'indizio come idoneo a giustificare il convincimento del giudice soltanto in termini di probabilità e verosimiglianza<sup>1538</sup>. Oggi la dottrina considera che sia la prova rappresentativa sia la prova critica possiedono la stessa attitudine alla dimostrazione quando abbiano superato il vaglio della verifica<sup>1539</sup>.

Mentre l'articolo 192 comma 2 c.p.p. inteso secondo la prima tradizione interpretativa, imporrebbe di considerare la prova critica sempre meno persuasiva di quella rappresentativa. Prove critiche o indirette, come quella ematologica o quella dattiloscopica possono risultare più attendibili di molte prove rappresentative o storiche. Nel medesimo senso alcune prove rappresentative richiedono una valutazione particolarmente prudente quando provengono da soggetti che non sono indifferenti all'esito del giudizio come la parte civile o in genere la persona offesa<sup>1540</sup>.

La distinzione tra prova rappresentativa e prova critica non può essere invocata quindi, per esprimere valutazioni di Maggiore o minore attendibilità. La prova critica serve a verificare quella rappresentativa e comunque prove di un tipo sono inestricabilmente intrecciate con prove dell'altro tipo. Un argomento abduittivo è controllato mediante argomenti deduttivi e sia gli argomenti abduittivi sia quelli deduttivi si fondano su regole di inferenze sorrette da argomenti induittivi<sup>1541</sup>. Nel momento valutativo finale la prova non accetta altra definizione che quella di prova critica unitariamente intesa<sup>1542</sup>.

Quello che determina l'attendibilità del giudizio non è la categoria in cui la prova può essere collocata, è il contenuto e il fondamento della regola di inferenza che il

---

<sup>1536</sup> Cass. Sez. V, 31 ottobre 1995, Annis, m. 203391 (inedita).

<sup>1537</sup> Cass. Sez. I, 29 ottobre 1985, Bagarella, in *Cass. pen.* 1987, p. 1430.

<sup>1538</sup> Cass. Sez. I, 29 maggio 1987, Senapa, m. 176834 (inedita).

<sup>1539</sup> E. FASSONE, *La valutazione della prova*, in *AA.VV., Manuale pratico dell'inchiesta penale*, a cura di L. VIOLANTE, Milano, 2002, p. 149.

<sup>1540</sup> Cass. Sez. I, 30 settembre 1985, Curzi, in *Giust. pen.* 1986, III, p. 539.

<sup>1541</sup> «Il libero convincimento del giudice, che si estrinseca nel momento della valutazione della prova, nel processo indiziario è il corretto risultato di un'operazione logica induittiva attraverso la quale la massima di esperienza nel sillogismo normativamente imposto dal secondo comma dell'art. 192 cod. proc. pen., si pone come premessa maggiore, l'indizio è la premessa minore e la conclusione è costituita, nel suo divenire per cristallizzarsi definitivamente, dalla prova del fatto in esame, cui si giunge (stante la naturale inadeguatezza degli indizi) se questi siano gravi, vale a dire resistenti alle obiezioni e perciò convincenti, precisi e cioè non suscettibili di diversa interpretazione, per lo meno altrettanto verosimile, e concordanti vale a dire non contrastanti tra loro o con altri elementi certi». Cass., Sez. I, 26 aprile 1995, Signori, n. 4503, in *CED* 201133.

<sup>1542</sup> Cass. Sez. VI, 11 gennaio 1991, Teresa, in *Cass. pen.* 1991, II, n. 361.

giudice deve esibire a garanzia della sua argomentazione indicando le esperienze e i valori cui si richiama e le ragioni per cui li ritiene universalmente accettati.

L'articolo 192 comma 2 c.p.p. si riferisca all'indizio nel senso di prova critica o indiretta, contrapposta alla prova diretta o rappresentativa, la regola della necessaria pluralità degli indizi non va intesa in senso assoluto<sup>1543</sup>.

L'ambiguità della dottrina si ritrovano nella giurisprudenza. La Corte di cassazione sembra in effetti richiamarsi alla distinzione pratica tra probatio mayor e probatio minor, quando sostiene che le dichiarazioni accusatorie de racconto aventi a oggetto circostanze note al dichiarante non per sua scienza diretta ma perché apprese da terzi hanno valore di indizio, se rese da soggetto intrinsecamente attendibile<sup>1544</sup>.

La differenza tra prove e indizi presenta sul piano pratico un interesse di gran lunga minore di quello che essa ha sul piano dogmatico<sup>1545</sup>. Se conferma che non ha senso la distinzione tra prove dirette e indirette, deve riconoscersi alle une e alle altre identica attitudine alla dimostrazione. Non mancano decisioni che si richiamano alla distinzione tra prove dirette e prove indirette soprattutto quando è necessario differenziare il presupposto probatorio delle misure cautelari da quello della sentenza di condanna.

La giurisprudenza prevalente ritiene che sia sempre necessaria una valutazione complessiva e unitaria degli indizi, che possa superare l'ambiguità propria di ciascun elemento indiziario considerato isolatamente. Questa ragione esige in ogni caso una pluralità di indizi gravi precisi e concordanti<sup>1546</sup>.

La prova diretta sia solo quella che consenta un'immediata percezione del fatto da provare da parte del giudice e si discute se in tal caso possa parlarsi di prova.

Prova diretta è quella che ha per oggetto il fatto principale, nel processo penale il fatto descritto nell'impugnazione. Prova indiretta è quella che ha per oggetto un fatto secondario, dal quale è possibile risalire per via deferenziale al fatto principale<sup>1547</sup>.

La distinzione tra prove dirette e indirette fu concepita assumendo come criterio di riferimento la percezione del giudice. L'unica prova diretta è l'ispezione, mentre prove indirette sono tutte quelle che comunemente vengono definite come rappresentative. Il giudice percepisce un documento o una dichiarazione altrui e in ragione di una valutazione di attendibilità della fonte, assume per vero il fatto rappresentato<sup>1548</sup>.

Il fatto provato quello rappresentato come quello percepito direttamente dal giudice può essere talora il fatto principale è normalmente un fatto secondario dal quale il giudice deve muovere per pervenire per un argomento deduttivo o abduktivo.

---

<sup>1543</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, III ed. Giuffrè, 1995, p. 598.

<sup>1544</sup> In dottrina ci si riferisce alla prova indiziaria come *probatio minor* nel senso che essa risulta «idonea a giustificare il convincimento del giudice soltanto in termini di probabilità e verosomiglianza»; NAPPI Guida, cit., p. 150 e, in pari senso, UBERTIS, *La prova penale*, cit. p. 45. Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto più volte che la capacità dimostrativa dell'indizio sia, in taluni casi, superiore a quella della prova rappresentativa. Si veda Cass., Sez. I, 6 luglio 1992, Russo, in *CED 191509* e Cass., sez. I, 14 febbraio 1992, Lionetti, in *CED 191295*; nello stesso senso, FERRUA, *Studi sul processo penale II* cit. p. 53. Le Sezioni unite hanno anche precisato che «l'insieme» degli indizi «può assumere quel pregnante ed univoco significato dimostrativo del fatto che consente di ritenere conseguita la prova od el fatto, prova logica che non costituisce uno strumento meno qualificato rispetto alla prova diretta (o storica) quando sia conseguita con la rigorosità metodologica che giustifica e sostanzia il principio del libero convincimento» (Cass., Sez. un., 4 febbraio 1992, n. 6682 inedita).

<sup>1545</sup> Cass. Sez. VI, 20 giugno 1991, Pernice, in *Cass. pen.* 1992, p. 1872.

<sup>1546</sup> Cass. Sez. I, 24 giugno 1992, in *Re. M.* 191878.

<sup>1547</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 428.

<sup>1548</sup> A. PROTO PISANI, *Apunti sulle prove civile*, in *Foro it.* V, 1994, p. 4V, 1994, p. 460.

Questa classificazione hanno poca rilevanza pratica, perché non possono essere utilizzate quali criteri di valutazione della prova. Conviene rimanere alla tradizionale distinzione pratica tra prove e indizio riferita al maggiore o minore valore persuasivo dell'argomentazione probatoria. Possiamo concludere che la distinzione tra prove dirette e prove indirette ha finalità prevalentemente teoriche e un qualche fondamento logico, non ha alcun riferimento ad valore persuasivo delle prove. Nell'articolo 192 comma 2 c.p.p., la distinzione tra prove e indizio attiene appunto al valore persuasivo delle prove<sup>1549</sup>.

#### V.2.1.5. La valutazione della prova

La funzione valutativa si sviluppa in due stadi. Il primo considera la singola operazione probatoria e il suo esito, il secondo il contesto complessivo dell'istruzione dibattimentale espletata con più mezzi di prova e con la raccolta mediante questi, di molteplici risultanti di prova<sup>1550</sup>.

Il giudice, nel selezionare le nuove prove scientifiche cui dare ingresso nel processo non può collocarsi *tout-court* per stabilirne l'idoneità alla ricostruzione processuale del fatto. Deve esercitare un proprio diretto controllo sulle idoneità probatorie dello strumento scientifico – tecnico. Nell'apprezzare l'operazione probatoria il giudice deve esserne il controllore attivo dell'affidabilità non acriticamente subalterno a un generale giudizio della comunità degli studiosi, tra l'altro frequente dubbio nella sua individuazione<sup>1551</sup>.

Di più, la valutazione del giudice si intreccia con quella sempre insita nell'opera dell'esperto, cioè, quale che sia l'incarico questi conferito, nell'utilizzare le sue valutazioni nella ricostruzione del fatto il giudice, al tempo stesso le costringe a controllo. Nel primo stadio della valutazione si deve stabilire l'attendibilità del singolo elemento di prova assunto nel processo. Il giudizio positivo o negativo sull'idoneità dello strumento probatorio è il giudizio logicamente identico sull'elemento di prova. Non vi sono altri fattori che possano interferire a distinguere l'uno dall'altro e a implementare il secondo rispetto al primo. Nel momento in cui l'oggetto di prova è un fatto principale l'elemento di prova corrisponde con il risultato di prova e il giudice non deve fare altre attività valutativa. Quando piuttosto che l'oggetto di prova è un fatto secondario il giudice deve inferire dall'elemento di prova il risultato di prova, questa operazione va condotta con criteri scientifico – tecnici<sup>1552</sup>.

Pertanto l'elemento di prova è informazione che si ricava dalla fonte di prova, quando ancora non è stata valutata dal giudice<sup>1553</sup>. Questi valuta la credibilità della fonte e attendibilità dell'elemento ottenuto, ricavandone un risultato probatorio<sup>1554</sup>.

Nella fase di ammissione della nuova prova scientifica la capacità probatoria era stata l'oggetto necessario di un giudizio che, risolto positivamente, aveva costituito una delle premesse della pronuncia di ammissione<sup>1555</sup>.

Nel primo stadio della valutazione essa si ripropone al vaglio del giudice, con sensibili mutamenti, però con riguardo al giudizio di ammissibilità. Il medesimo va

---

<sup>1549</sup> P. TONINI, *La prova penale*, op. Cit.

<sup>1550</sup> M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, in *Il Mulino*, Bologna, 2003, p. 55.

<sup>1551</sup> O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 298.

<sup>1552</sup> O. DOMINIONI, *op. cit.* p. 299.

<sup>1553</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 5. ed. p. 187.

<sup>1554</sup> Cass. Sez. II, 26 gennaio 2004, in *Arch. nuova proc. Pen.* 2005, p. 113.

<sup>1555</sup> Articolo 189 c.p.p.

registrato con relazione ai singoli fattori dell'ideoneità probatoria. La validità teorica del principio scientifico, del metodo tecnologico della regola tecnica, dell'apparato tecnico che li applica sono oggetto di un giudizio contraddistinto da caratteri che non ricalcano quelli propri dello scrutinio della nuova prova scientifica a norma dell'articolo 189 c.p.p. Nel momento della valutazione il giudice fruisce di conoscenze a cui l'assunzione della prova ha dato una evoluzione conclusiva<sup>1556</sup>. Il giudice dispone di tutti gli elementi di valutazione recati dall'attività con cui è stata assunta la prova, dal confronto tra i consulenti tecnici delle parti su punti di vista contrapposti o tra essi e il perito, dal contraddittorio per la prova e sulla prova<sup>1557</sup>. Nel secondo stadio della valutazione si sviluppa un giudizio il cui ricomprende gli esiti dell'intera istruzione dibattimentale ovvero la prova nel suo complesso<sup>1558</sup>.

È la prova in cui confluiscono le molteplici verifiche effettuate nel corso dell'istruzione dibattimentale. In questi precisi termini ne parla il codice nella disposizione relativa alla sentenza di assoluzione, in cui considera la mancanza l'insufficienza o la contraddittorietà della prova, in ordine alla sussistenza alla liceità penalistica del fatto ed alla sua commissione da parte dell'imputato secondo l'articolo 530 c.p.p.. Ed in questi termini ne parla il codice nella disposizione che circoscrive l'area della regola di giudizio costituita dall'evidenza, articolo 129 comma 2 c.p.p.; quando ricorre una causa di giudizio costituita dall'evidenza, articolo 129 comma 2 c.p.p.; quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente<sup>1559</sup>.

Il fondamento normativo del secondo stadio di verifica è l'articolo 192 comma 1 c.p.p. e quello logico è che la fissazione delle premesse storiche della decisione non può arrestarsi alla valutazione atomistica di ogni singolo risultato probatorio<sup>1560</sup>.

Con specifico riguardo alla prova scientifica, prova atipica, si è detto che il giudice, nel motivare il dissenso dalle conclusioni peritali, deve tenere costantemente presenti le altre risultanze processuali, confrontando con queste la tesi che ritiene di dover seguire<sup>1561</sup>.

Pertanto i compiti a cui deve attendere la valutazione di secondo stadio sono così enucleabili: Verifica incrociata dei giudizi di attendibilità degli elementi di prova assunti dall'intera istruzione probatoria nonché della validità delle inferenze svolte da essi per ottenere i rispettivi risultati di prova. Le inferenze con cui nel primo stadio era raggiunto a formulare, come risultati di prova, le singole proposizioni fattuali da mettere a premessa della decisione. Per le differenti operazioni valutative in cui è impegnato il giudice a seconda delle particolari situazioni che gli si presentano<sup>1562</sup>.

Misurazione comparativa del grado di efficacia dimostrativo- persuasiva dei risultati di prova selezionati come attendibili con la precedente valutazione, determinazione, fra questi, di quelli di maggior peso per la decisione, edificando sulla loro guida il grado complessivo di efficacia dell'insieme dei risultati probatori<sup>1563</sup>.

In ogni caso la valutazione complessiva in ordine alla corroborazione non è di tipo statistico ma valutativo situazionale e critico- falsifizionista<sup>1564</sup>.

<sup>1556</sup> D. SIRACUSANO, in D. SIRACUSANO – A. GALATI – G. TRANCHINA – V. ZAPPALA, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2006, 3-ed., cit. Vol. I, p. 320.

<sup>1557</sup> F. TARONI – C. CHMPOD, *Riflessioni sulla valutazione della prova scientifica*, p. 247 ss.

<sup>1558</sup> D. SIRACUSANO, *op. cit.* 340.

<sup>1559</sup> M. TARUFFO, *Libero convincimento del giudice*, in *Enciclopedia Giuridica XVIII*, Roma, 1990, p.3.

<sup>1560</sup> D. SIRACUSANO, *op. cit.* p. 340.

<sup>1561</sup> Cass. Sez. I, 24 maggio 2000, in *C.E.D.*, Cass. n. 216613. 5 ; Trib. Torino, 23 dicembre 1991, in *Cass. Pen.* 1992, p. 2217.

<sup>1562</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit. p. 217 ss.

<sup>1563</sup> M. TARUFFO, *op. ult. cit.* p. 168 ss.

<sup>1564</sup> R. BLAIOTTA, *Con una sentenza storica*, in *Cass. Pen.* 4, 2003, p. 1202.

Fissazione del complessivo *factum probans* risultante dagli esiti dell'istruzione probatoria. In questo momento il giudice si avvale dei giudizi *sub a)* e *b)*, tiene conto dei giudizi sull'attendibilità dei singoli risultati di prova e sul loro grado di validità dimostrativo persuasiva componendoli in un giudizio unitario e organico.

Confronto tra il *factum probans* intero, così come messo a punto con le precedenti valutazioni, e il *thema probandum* ugualmente inteso come onnicomprensivo degli enunciati che riguardano. Non solo il fatto principale ma pure i fatti primari ed anche quelli semplici nella misura in cui si tratti pur sempre di fatti rilevanti per la decisione<sup>1565</sup>.

In questo momento valutativo si determina, il grado finale di conferma o di smentita del *thema probandum*. Enunciazione dei fatti principali in termini di esistenza o inesistenza sulla guida delle conclusioni dei precedenti giudizi. I giudizi probatori conseguiti a quest'ultima valutazione saranno nel momento decisorio, da misurare con la regola legale di decisione per stabilire se il fatto debba o no affermarsi esistente e realizzato dall'imputato. Anche in sede di giudizio giuridico, con la fattispecie legale di reato per stabilire se ne siano integrati tutti gli estremi<sup>1566</sup>.

La scansione della valutazione nei due stadi non può disconoscere per un metodo, l'identità logica propria di ciascuno e per un altro verso, il nesso che intercorre fra di essi. Il secondo presuppone la correttezza razionale delle singole valutazioni svolte nel primo. Vizi di irrazionalità che lo inficino non sono compensabili, se non a prezzo di una rottura della linea razionale della valutazione probatoria<sup>1567</sup>.

Quanto agli enunciati della Suprema Corte circa il rapporto tra primo e secondo stadio valutativo, occorre evitare possibili equivoci, dopo avere affermato che il dissenso dalle conclusioni del perito richiede una motivazione tecnico- scientifica, aggiunge che, nel fare ciò, il giudice deve tenere costantemente presenti le altre risultanze processuali confrontando con queste la tesi recepita<sup>1568</sup>.

Altro è il dissenso dalle conclusioni dell'esperto conseguente alla valutazione di primo stadio, che vertente sull'idoneità probatoria dello strumento scientifico- tecnico, deve essere condotta con criteri scientifico- tecnici<sup>1569</sup>.

Altro è il dissenso conseguente alla valutazione di secondo stadio, che va condotta con il raffronto tra le conclusioni e i risultati degli altri mezzi di prova impiegando i criteri propri del secondo stadio<sup>1570</sup>.

#### V.2.1.6. La prueba atípica. *Mezzi atipici*

##### V.2.1.6.1. Regolazione. L'ammissione della prova atipica

Secondo l'articolo 189 c.p.p., l'idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti rappresenta il primo parametro normativo a cui il giudice deve attenersi in sede di verifica dell'ammissibilità della prova innominata<sup>1571</sup>.

---

<sup>1565</sup> G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979, p. 90.

<sup>1566</sup> O. DOMINIONI, *op. cit.* p. 322.

<sup>1567</sup> G. UBERTIS, *op. Ult. Cit.* p. 90 ss.

<sup>1568</sup> Cass. Sez. I, 24 maggio 2000, in *C.E.D.* Cass, n. 216613.

<sup>1569</sup> Cass. Sez. I, 8 maggio 2003, in *Dir. e giust.* 2003, n. 29, p.79.

<sup>1570</sup> Trib. Bologna 28 giugno 2004, in *Guida dir.* 2004, n. 38, p. 86.

<sup>1571</sup> G. RICCI, *La prova penale*, Padova, 2000, IV ed., p. 535 e 537.

La loro efficacia dimostrativa va vagliata in sede processuale. Il requisito si sostanzia nella capacità di fornire elementi attendibili e di permettere una valutazione sulla credibilità della fonte di prova sia essa personale o reale<sup>1572</sup>.

Lo strumento conoscitivo sia rappresentato da una prova scientifica intendendo per tale un qualsiasi ritrovato della moderna evoluzione tecnologica. In questo caso, la valutazione di idoneità dimostrativa importa l'applicazione di parametri meta – giuridici ordinariamente al di fuori delle competenze del giudice<sup>1573</sup>. È il caso dell'impiego di tecniche informatiche di ricostruzione del fatto o ancora dei metodi di individuazione spettrografica della voce<sup>1574</sup>.

La risoluzione della questione è affidata dalla giurisprudenza ed una verifica rigorosamente alla posizione espressa dalla comunità scientifica internazionale su tali strumenti. La Suprema Corte ha affermato il principio secondo il quale : *“il giudice nel valutare i risultati di una perizia o di una consulenza tecnica ha l'onore di verificare la validata scientifica dei criteri e dei metodi di indagine utilizzati allorché essi si presentino come nuovi e sperimentali e perciò non sottoposti al vaglio di una pluralità di casi e al confronto critico tra gli esperti del settore si da non potersi considerare ancora acquisiti al patrimonio della comunità scientifica”*.

La sentenza è relativa ad una fattispecie di video -. identificazione computerizzata dei responsabili di una rapina i cui volti erano travisati<sup>1575</sup>.

La seconda condizione alla quale l'articolo 189 c.p.p. subordina l'ammissione della prova innominata ha carattere negativo. Non se deve pregiudicare la libertà morale della persona. Il codice esclude l'impiego nel procedimento di strumenti anche solo potenzialmente lesivi dell'ordinaria attitudine all'autodeterminazione dell'individuo, sotto il triplice profilo delle capacità critiche, mnemoniche e valutative<sup>1576</sup>.

Conclusioni, non possono essere utilizzati, nemmeno con il consenso Della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti<sup>1577</sup>.

La disposizione riprodotta integralmente nell'articolo 64 comma 2 c.p.p. in tema di regole da osservarsi durante l'interrogatorio, presenta un'indubbia rilevanza introducendo nel codice un limite inderogabile. Perché operante per qualsiasi strumento probatorio, tipico o innominato e posto a tutela valori costituzionali a cui l'ordinamento attribuisce prevalenza rispetto alla volontà dell'interessato e alla stessa repressione penale<sup>1578</sup>.

Ripudiato il metodo inquisitorio, il sistema inverte il rapporto tra accertamento della verità e modalità conoscitive, dando prevalenza a queste ultime e informandole a un principio che recepito nella legge presenta una natura etica prima ancora che iuridica.

L'ultima parte dell'articolo 189 c.p.p. prescrive che *“il giudice provveda all'ammissione sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova”*. Il coinvolgimento di queste ultime è orientato al rispetto del principio del contraddittorio quale ulteriore garanzia, ma sarebbe riduttivo relegarlo a questa importante funzione. Può avvenire che il mezzo atipico richieda un metodo di assunzione a sua volta innominato mentre

---

<sup>1572</sup> P. TONINI, *La prova penale*, Cedam, 2000, IV ed. p. 92.

<sup>1573</sup> L. LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Cedam, 2002, p. 37.

<sup>1574</sup> SALLANTIN – J. SZCZECNIARZ, *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, in *AA.VV.*, Giuffrè, 2005.

<sup>1575</sup> Cass. Sez. II, 11 agosto 1997, Vezzoni, in *Cass. pen.* 1998, p. 2414.

<sup>1576</sup> A. CAVALLONE, *Critica delle prove atipiche*, in *Riv. Dir. Proc.* 1978, p. 733.

<sup>1577</sup> V. GREVI, *Nemo tenetur se detergere*, Giuffrè, 1972, p. 270 ss.

<sup>1578</sup> G. DE GREGORIO, *L'inutilizzabilità*, in *Le prove*, coordinato da E. Marzaduri, Giappichelli, Torino, 1999, p. 253.

risultino inadeguati i canali disciplinati dalla legge, come ad esempio la perizia o la consulenza tecnica<sup>1579</sup>.

La circostanza che tra gli strumenti in parola trovino un adeguato procedimento di assunzione entro gli schemi nominati non vale a riconquistarli all' area della tipicità stessa la loro preordinazione funzionale<sup>1580</sup>.

La disposizione è stata altresì criticata in quanto non definisce chiarezza se la determinazione del procedimento di acquisizione rientri tra i poteri del giudice sebbene richieda l'audizione delle parti o competa a queste ultimi. Si avrebbe, un'ipotesi convenzionale non dissimile da quelle in cui il codice consente, ad esempio, l'acquisizione concordata al fascicolo dibattimentale di atti investigativi ex articolo 431 comma 2, 493 comma 3 e 500 comma 7 c.p.p.. La differenza di rilievo consisterebbe nell' oggetto dell'accordo, rappresentato in un caso dal procedimento di acquisizione e nell'altro dall' inserimento del materiale nel quadro decisorio<sup>1581</sup>.

Competerà al giudice la determinazione dello schema di assunzione, qualora le parti non raggiungano un accordo o quest'ultimo risulti inidoneo allo scopo. I margini di discrezionalità insiti nell'atto decisorio si rivelano comunque modesti, avuto riguardo all'obbligo di osservare le prescrizioni generali in materia istruttoria, a cominciare da quella dell'articolo 188 c.p.p. e alla necessità di tenere conto delle peculiarità dello strumento da impiegare<sup>1582</sup>.

La citata disciplina a dispetto di tale equivocità è coerente con le caratteristiche proprie dei mezzi di prova, difficilmente conciliabile con i mezzi di ricerca della stessa l' osservazione se vale in generale per tali strumenti, assume un particolare rilievo per quelli che operino in modo occulto o insidioso, ad esempio, la video osservazione, il pedinamento, o il tele- rilevamento satellitare<sup>1583</sup>.

I mezzi investigativi atipici impone di verificare la configurabilità di ulteriori limiti alla ammissibilità delle prove atipiche, al di là di quelli contemplati dall'articolo 189 c.p.p.. La dottrina e la giurisprudenza danno una risposta positiva, ma non hanno trovato una posizione unitaria, affinché dall'affermazione in astratto si passi alla loro concreta indicazione. Il problema si risolve nella individuazione di divieti probatori diversi da quelli già contemplati dalla citata disposizione<sup>1584</sup>.

Nel tentativo di delimitare con un sufficiente grado di certezza i divieti presidiati dalla più grave sanzione in materia di prova, in modo da garantirne l'effettività, sono state proposte tre tesi fondamentali, sia pure con molteplici sfumature al loro interno.

La prima posizione, concepisce il problema in termini formali, dando ingresso a divieti espliciti, quanto a quelli impliciti nel sistema che andrebbero enucleati unicamente in base al tenore letterale delle norme di legge. Assumerebbero rilevanza le formule normative costruite in modo tale da subordinare l'attività probatoria a presupposti tassativi o de consentirla in un numero di casi rigorosamente delimitato<sup>1585</sup>.

---

<sup>1579</sup> G. RICCI, *Le prove atipiche*, cit. p. 538.

<sup>1580</sup> G. RICCI, *op. cit.* p. 568.

<sup>1581</sup> E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata* in *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, p. 201 ss.

<sup>1582</sup> M. NOBILE, *Commento all'art. 188 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, II, Utet, 1990, p. 400.

<sup>1583</sup> A. BARBIERI, *In tema di intercettazione nell' abitacolo di un' autovettura*, in *Giur. It.* 2002, p. 140.

<sup>1584</sup> G. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999.

<sup>1585</sup> D. SIRACUSANO, *Le prove*, in D. SIRACUSANO- A. GALATI- G. TRANCHINA- E. ZAPPALA (a cura di ), *Diritto processuale penale*, I, Giuffrè, 2006, p. 353.

La posizione opposta è la soluzione avanzata da quanta sia pure con taluni tentativi di mediazione, hanno adottato un criterio sostanziale, sbassato sulla ricerca dell'interesse tutelato dalle regole in tema di prove<sup>1586</sup>.

Secondo questa posizione, si ritiene che solo le prescrizioni volte alla tutela di uno specifico valore, processuale o sostanziale, possano contenere un divieto probatorio.

Adesso il carattere non decisivo degli orientamenti così delineati preferibile è la tesi sostenuta da autorevole dottrina, che ricollega l'individuazione dei divieti probatori al concetto di potere istruttorio.

Appare evidente che la legge processuale provveda all'introduzione di prescrizioni espresse, alla cui inosservanza consegua l'inutilizzabilità dell'apporto conoscitivo ma eguale considerazione vale per il caso in cui manchino simili indicazioni. Dobbiamo attendere la ricerca di una previsione che esprimendo una valutazione di inammissibilità del mezzo probatorio consenta l'applicazione della norma secondaria di carattere generale dell'articolo 191 c.p.p.<sup>1587</sup>.

Possiamo concludere dicendo che data la finalità politico – garantista, non sussistono obiezioni a riconoscere che nel diritto penale regolare, sia esso sostanziale o processuale, il divieto di analogia operi con esclusivo riferimento all'impiego *in malam partem*. A conclusione diametralmente opposte si previene allorché si sia in presenza di norme eccezionali. Il divieto è assoluto attesa l'impossibilità logica, prima ancora che normativa, di estendere la disciplina eccezionale e di disattendere l'intenzione del legislatore<sup>1588</sup>.

#### V.2.1.6.2. Le video- riprese investigative

I mezzi di prova sono quelli previsti nel titolo II del libro III, cioè la testimonianza, l'esame delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziali, la perizia e i documenti. Sono mezzi di ricerca della prova quelli previsti nel titolo III del libro III: le ispezioni, le perquisizioni, i sequestri e le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. La distinzione tra le due categorie ha un duplice fondamento logico e si parliamo di video- riprese si può affermare di essere in presenza di uno dei temi più complessi del diritto processuale penale sia per effetto delle innovazioni tecnologiche, che impongono una continua verifica degli strumenti giuridici. Sia per il collegamento con numerose questioni variamente risolte dagli operatori e collocate tanto al livello costituzionale quanto a quello della legislazione ordinaria. Devono aggiungersi le incertezze legate all'aspetto applicativo delle video - investigazioni con riferimento all' ammissibilità della tecnica di indagine, alla modalità di assunzione e alla utilizzabilità delle registrazioni. In riferimento possiamo dire che l'articolo 134 comma 4 c.p.p. nel rispetto delle prescrizioni degli articoli 139 c.p.p. prevede assolutamente indispensabile, il ricorso a strumenti audiovisivi in aggiunta alle ordinarie modalità di documentazione dell'attività procedimentale. Trascritte (a meno che il giudice lo reputi superfluo sull'accordo delle parti), le registrazioni passano agli atti conservate secondo l'articolo 49 c.p.p. att. Vi sono alcuni punti di contatto, rappresentati dall'affinità delle tecnologie impiegate, tale congerie normativa, ben lungi

---

<sup>1586</sup> P. NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale dei Paesi di diritto latino*, in *Revista di diritto processuale*, 1966, p. 470.

<sup>1587</sup> A. SCILLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno Studio introduttivo*, Giappichelli, 2000. p. 160.

<sup>1588</sup> C. MARINELLI, *Intercettazione processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2008, p. 236.



dall'assumere alcun rilievo in ordine a mezzi di prova o di ricerca della stessa, risponde ora ad una funzione di documentazione delle diverse fasi processuali. Ora a finalità inerenti all'esercizio del diritto di cronaca ovvero ad assicurare il temperamento tra la partecipazione agli imputati processuali e le esigenze di sicurezza. È importante sapere che l'analisi dei profili che concernono il tema sconta una certa ambiguità espressiva che può contenersi entro certi limiti. Si se adotta un lessico che rifugge da eccessive contaminazioni con i profili, si dovrà precisare l'oggetto della specifica trattazione. Ad esempio nel settore d'interesse, è costituito dal termine " video – ripresa ", che si addice indifferentemente all'operazione e al risultato delle captazioni visive<sup>1589</sup>.

Un termine di raffronto è rappresentato dal sostantivo intercettazione, che a seconda del contesto, assume il significato di insidioso strumento di limitazione della segretezza delle comunicazioni. Nel caso dell'articolo 266 c.p.p. o di sostrato materiale. Ove ne è memorizzato il risultato in base all'accezione dell'articolo 271 comma 2 c.p.p.<sup>1590</sup> Occorre circoscrivere, per quanto possibile in questa fase l'oggetto di analisi, mediante la individuazione degli aspetti che essendo nel contempo indici rivelatori ed elementi costitutivi della video – investigazione, valgano come una ricostruzione interna delle operazioni che vi si possono ricondurre e alla delimitazione esterna rispetto a quelle figure, tipiche o semplicemente nella prassi che siano connotate da caratteristiche affini sotto il profilo strutturale o funzionale<sup>1591</sup>.

La polizia di propria iniziativa o per ordine dell'autorità giudiziaria può effettuare una captazione occulta. Operata all'insaputa degli interessati o quanto meno di alcuni di essi, di immagini, ed eventualmente anche di suoni, mediante mezzi di ripresa collocati nel luogo ove le persone sottoposte a controllo risultino presenti<sup>1592</sup>.

L'operazione è posta in essere da agenti o ufficiali di polizia giudiziaria, con esclusione pertanto di soggetti diversi, nell'ambito di un procedimento penale già avviato. La captazione di immagini, si pure mute, integra comunque un'ipotesi di video-investigazione. Il dato fonico è un *quid pluris* meramente eventuale ma la sua presenza non va trascurata, ponendo l'alternativa tra la valutazione autonoma di tale secondo canale e l'opposta opzione incline ad una lettura integrata in seno ad una operazione unitaria<sup>1593</sup>.

Tutte le operazioni in esame presentano quale minimo comun denominatore, il ricorso a idonei strumenti di ripresa, dissimulati in modo da garantire il carattere insidioso delle registrazioni. Non dobbiamo dimenticare che l'efficacia della tecnica investigativa è infatti legata all'inconsapevolezza dell'interessato di essere monitorato in ogni sua mossa. Qualora il controllo riguardi più persone, il requisito è integrato anche se è eseguito all'insaputa di uno solo di essi.<sup>1594</sup>

Una importante distinzione se può fare in base al grado di protezione accordata dall'ordinamento al luogo ove si effettua la captazione potendo coincidere con il livello minimo, contemplato per gli spazi pubblici o con quello massimo assicurato al domicilio. Laddove si rinvenga uno spazio immune, ai problemi generali di impiego si aggiunge, il profilo relativo alla legittimità della attività di ripresa. Delle modalità esecutive accessorie all'operazione *strictu sensu* intesa: quelli consistenti nell'ingresso occulto in

---

<sup>1589</sup> R. TIEGHI, *La videoregistrazione nelle indagini preliminari*, in *Studium iuris*, 2003, V, p. 570.

<sup>1590</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 160 ss.

<sup>1591</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 162.

<sup>1592</sup> F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni per immagini*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 2187.

<sup>1593</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 163.

<sup>1594</sup> DE FALCO, *Sulle videoriprese più ombre che luci. Non basta il dictum delle Sezioni Unite*, in *Dir. & Giust.* 2006, n. 45, 71.

luoghi di privata dimora, a quelle successive, relative al recupero dei mezzi esecutivi e del materiale ottenuto<sup>1595</sup>.

In relazione ai risultati della ripresa essi consistono in filmati memorizzati su supporti magnetici o digitali, come videocassette, cd-rom., dvd o altri strumenti idonei a serbare le immagini captate. Nel caso delle attività poste in essere è inoltre formata una documentazione cartacea che assume la forma del verbale o delle annotazione. In relazione all'inserimento della tecnica investigativa nell'ambito dei mezzi di ricerca della prova e all'osservazione circa il carattere invasivo dei valori legati alla *privacy*, si sono manifestate numerose incertezze sul fronte della sussunzione in una precisa categoria normativa. Per tale strumento si pone l'alternativa tra l'assimilazione ad un istituto tipico come ad es. Quello delle intercettazioni o ispezioni e la riconduzione al novero delle prove atipiche<sup>1596</sup>.

#### V.2.1.6.3. La captazioni visive effettuate da soggetti diversi dagli inquirenti

È molto importante delimitare soggettivamente l'ambito della trattazione. De essa esulano le riprese, palesi o occulte, effettuate dai privati o da organi pubblici i cui compiti istituzionale siano estranei alla giurisdizione penale<sup>1597</sup>.

Queste ultime, pur presentando evidente punti di contatto con le videoregistrazioni investigative sotto il profilo tecnico sono soggette ad una qualificazione e ad una disciplina meno controversa. Le video – riprese in ambito privato rappresentano un fenomeno di notevoli proporzioni e in continua espansione. Ad esempio, a quelle realizzate dai sistema a circuito chiuso, installati per motivi di sicurezza, in istituti di credito, aeroporti o in uffici pubblici e privati. La diffusione di questi strumenti, spesso impiegati in modo non conforme alla normativa vigente, ha indotto il Garante per la protezione dei dati personali ad adottare un regolamento sulla video sorveglianza<sup>1598</sup>.

L'opzione della autorità amministrativa è stata quella di subordinare il trattamento di dati personali, attraverso dei sistema di video sorveglianza, a uno dei presupposti contemplati dal codice in materia di *privacy*<sup>1599</sup>.

Il requisito del carattere esplicito della finalità comporta che debba essere resa conoscibile attraverso adeguate comunicazioni o cartelli di avvertimento al pubblico<sup>1600</sup>.

Le affinità tra le riprese private e quelle investigative si sostanziano nella natura dei mezzi adottati, spesso identici a quelli degli inquirenti e nei sostrati rappresentativi. L'estraneità al procedimento penale rende agevole la riconduzione del fenomeno nell'area della prova preconstituita. Deve accogliersi la posizione condivisa riguardo alla natura documentale del filmato in tal modo ottenuto, con la applicabilità dell'articolo 234 c.p.p. indipendentemente dal fatto che la ripresa sia eseguita in uno spazio pubblico o in un luogo di privata dimora<sup>1601</sup>.

---

<sup>1595</sup> L. FILIPPI, *L'home watching, documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, in *Dir. Pen. Proc.* 2001, p. 95.

<sup>1596</sup> G. BORRELLI, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2439.

<sup>1597</sup> M. DE ANGELIS, *La videosorveglianza ed il teleallarme le nuove frontiere dell'attività di vigilanza*, in *Riv. Polizia*, 2002, p. 409.

<sup>1598</sup> Garante per le protezione dei dati personali. *Provvedimento generale sulla videosorveglianza del 29 aprile 2004*.

<sup>1599</sup> IL d.lgs 30 giugno 2003, n. 196.

<sup>1600</sup> Articolo 3, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

<sup>1601</sup> L. FILIPPI, *op. cit.* p. 94.

A quanto si è rilevato per le intercettazioni di comunicazioni, il codice di rito non contempla espressamente l'ipotesi limitando a regolare negli articolo 391 – *sexies* e 391 *septies* c.p.p., un istituto non insidioso di accesso ai luoghi, affine ai rilievi e all'ispezione. È molto importante sapere che le disposizioni citate contemplano ipotesi tassative e ad esecuzione palese non lasciano spazio a riprese domiciliari da compiersi clandestinamente cioè senza previa autorizzazione del giudice<sup>1602</sup>.

La medesima soluzione non sembra che si imponga per operazioni eseguite in luoghi pubblici, aperti, o esposti al pubblico. In quelli sazi ben potrà svolgersi una videoripresa insidiosa ascrivibile agli atti difensivi atipici categoria compatibile con la previsione dell'articolo 327 – *bis* c.p.p. ove non venga letto in senso tassativo il rinvio in esso contenuto alle forme del titolo VI – *bis* del quinto libro<sup>1603</sup>.

#### V.2.1.6.4. Le video registrazioni domiciliari

La dottrina altrettanto la giurisprudenza se riferiscono alla “*intercettazioni di immagini*” o “*per immagini*”<sup>1604</sup>.

Pertanto si tratta all'evidenza di una denominazione tecnica che lascia aperta la questione della corretta qualificazione delle operazioni *de quibus*. Si facciamo una comparazione tra i due mezzi investigativi, si può riconoscere numerose affinità, quali *eadem ratio*, consistente nella captazione insidiosa di dati rilevanti per le indagini preliminari. L'incidenza su valori di rilievo costituzionale come la *privacy*, la segretezza delle comunicazioni e l'inviolabilità del domicilio, articoli 2, 14, e 15 Cost., oltre al ricorso a strumenti tecnici di captazione e registrazione. Si deve verificare se a tale somiglianza corrisponde un'assimilazione operata dal legislatore oppure un rapporto di identità. Sul punto esistono diverse posizioni<sup>1605</sup>.

La Corte di cassazione ha espresso tre diverse opzioni ermeneutiche. Secondo la prima posizione sul tema “*stante il principio dell' inviolabilità del domicilio sancito dall'articolo 14 Cost.*” dovrebbe ritenersi preclusa in radice la videoregistrazione nei luoghi di privata dimora che “*non risulti strettamente funzionale alla intercettazione di comunicazioni non verbali tra presenti*”<sup>1606</sup>.

Il caso che ha dato luogo a questo ragionamento era un ricorso ai sensi dell'articolo 311 c.p.p. avverso un'ordinanza di conferma della custodia in carcere emessa dal Tribunale del riesame nell'ambito di un procedimento per i reati contemplati dagli articoli 73 e 74 del d.p.r. n. 309 del 1990.

L'opinione del giudice di legittimità si fonda su un criterio discretivo incentrato sull'oggetto di captazione. Deve riconoscere o escludere la configurazione di una intercettazione, a seconda che il dato visivo occultamente appreso presenti a meno natura comunicativa<sup>1607</sup>.

La Suprema Corte ha sostenuto che se può fare una assimilazione parziale dell'operazione alle intercettazioni partendo dal presupposto secondo il quale se è vero che le comunicazioni tra presenti coincidendo di regola con le conversazione a viva voce. Pertanto non può escludersi sulla base di una nozione ampia di comunicazione ai sensi dell'articolo 266 comma 2 c.p.p. che esse si possano realizzare anche con altre

<sup>1602</sup> F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni per immagini*, in *Giur. Cost.* 2002, p. 2188.

<sup>1603</sup> P. TONINI, *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2006, p. 239.

<sup>1604</sup> Cass. Sez. VI, 21 gennaio 1998, Greco, cit. p. 1266.

<sup>1605</sup> Cass. Sez. VI, 21 gennaio 1998, Greco, cit.

<sup>1606</sup> Cass. Sez. IV, 19 gennaio 2005, Besnik, in *Riv. Pen.*, 2006, p. 363.

<sup>1607</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 174.

modalità. È importante segnalare che l'oggetto dell'intercettazione può consistere in segni gestuali come quelli dei sordomuti o di chi non ricorre alla parola per timore della presenza di microspie acustiche. La conseguenza di tale impostazione è che non può essere oggetto di intercettazione visiva la mera presenza di cose o persone in un luogo o le loro attività, salvo che non siano dirette all'intenzionale trasmissione di messaggi. La Corte è espresso il suo orientamento, ha respinto la tesi proclive a legittimare tali riprese mediante la qualificazione delle operazioni in termini di mezzo di ricerca della prova atipico, ai sensi dell'articolo 189 c.p.p. e dei dati raccolti come documenti secondo la definizione dell'articolo 234 c.p.p.<sup>1608</sup>

In conclusione la disciplina contenuta negli articoli 189 e 234 c.p.p., salvo l'ambito applicativo delle intercettazioni non legittimerebbe l'introduzione in un'abitazione di strumenti tecnici diretti alla captazione di immagini<sup>1609</sup>.

Le riprese visive possono essere inquadrare tra le prove atipiche di cui al articolo 189 c.p.p., è comprensive dei mezzi di ricerca della prova e di mezzi di indagine non previste dalla legge. I suoi risultati rientrano nelle prove documentali indicate nell'articolo 234 comma 1 c.p.p.. I risultati delle riprese visive in ambienti tutelati dall'articolo 14 Cost., sono utilizzabili nel processo se rispettano il livello minimo di garanzie previste da questa disposizione. Però se la limitazione del diritto alla riservatezza sia disposta con un atto motivato dell'autorità giudiziaria, anche con provvedimento motivato del p.m.<sup>1610</sup>.

Nell'ottica della Corte, l'omessa previsione di mezzi di compressione alternativi sarebbe da ascrivere, più che ad una precisa opzione dei costituenti, alla obiettiva impossibilità di prefigurare, in modo esaustivo<sup>1611</sup>.

Molti autori hanno detto che la Corte incorre in contraddizione nel dissociare l'operazione, qualificata come si è detto dal risultato, ricondotto all'ipotesi a norma dall'ex articolo 234 c.p.p.<sup>1612</sup>.

La disposizione in parola nel prevedere la prova documentale ne fornisce una nozione molto ampia a mente della quale è consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo. È esclusa una tale qualificazione in base alla considerazione che i documenti sono mezzi di prova reali formati al di fuori del procedimento penale<sup>1613</sup>.

La citata sentenza ha posto le premesse per verificare la compatibilità dell'articolo 189 c.p.p. con il dettato costituzionale<sup>1614</sup>. Un giudice ha sollevato la questione di legittimità degli articoli 189, 266 comma 2 e 271 c.p.p., per contrasto con gli articoli 3 e 14 Cost., nella parte in cui non estendono la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti, nei luoghi indicati nell'articolo 614 c.p.p. alle riprese visive effettuate nei medesimi spazi immuni<sup>1615</sup>.

La Corte costituzionale ha dichiarato infondata, in riferimento agli articoli 3 e 14 Cost. la questione di legittimità costituzionale degli articoli 189 e 266-271 c.p.p. e dell'articolo 266 comma 2 c.p.p. dello stesso codice nella parte in cui non estendono, la

---

<sup>1608</sup> A. CAMON, *La riprese visive come mezzo di indagine; spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. Pen.* 1999, p. 1200 ss.

<sup>1609</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 175.

<sup>1610</sup> Cass. Sez. IV, 15 giugno 2000, Viskovic, in *Dir. Pen. proc.* 2001, I, p. 87; conforme, Cass. Sez. V, 3 dicembre 2001, Tarantino in *C.e.d.* n. 220261.

<sup>1611</sup> Cass. Sez. IV, 15 giugno 2000, Viskovic, cit.

<sup>1612</sup> Cass. Selmi, (*Captazione visiva e libertà domiciliare*), in *Giur. Pen.* 2003, c.52.

<sup>1613</sup> A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2004, IX ed. p. 455.

<sup>1614</sup> Cass. Sez. Un., 28 ottobre 1998, Barbagallo, Petrangeli, in *Cass. pen.* 1997, p. 1952.

<sup>1615</sup> Ord. G.u.p. Trib. Di Alba, 5 luglio 2000, Di Sarno, in *G.U.*, 2000, n. 45.

disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati nell'articolo 614 c.p. alle riprese visive o video registrazioni effettuate nei medesimi luoghi. Dobbiamo segnalare che due elementi sono importanti: la limitazione della libertà e segretezza delle comunicazioni e l'invasione della sfera della libertà domiciliare. L'ipotesi della video registrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe essere disciplinata per il legislatore nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'articolo 14 Cost. Possiamo dire che prima la Corte rigetta la tesi della incompatibilità delle operazioni *de quibus* con il dettato costituzionale sul presupposto della loro mancata previsione nell'articolo 14 Cost.<sup>1616</sup>.

La videoregistrazione domiciliare effettuata all'insaputa degli interessati può ritenersi esclusa dall'articolo 14 Cost. sotto il profilo della sua insidiosità. Una diversa interpretazione condurrebbe ad attribuire alla intimità domiciliare, una tutela maggiore rispetto a quella accordata ad altri diritti di libertà. La Corte configura la operazioni *de quibus*, come una forma di intercettazione e considera inammissibili le riprese di comportamenti domiciliari non comunicativi considerandosi in tal caso di un mezzo investigativo lesivo dell' inviolabilità del domicilio. Altrettanto se non regolato dal legislatore ordinario circa i casi e i modi prescritti dall'articolo 14 Cost. È invece legittima la captazione di atti comunicativi, verbali e non verbali, competendo al giudice la verifica della natura dei comportamenti captati<sup>1617</sup>.

La Corte ha detto: *“l'ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe perciò essere disciplinata soltanto dal legislatore nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'articolo 14 Cost.; ferma restando, per l'importanza e la delicatezza degli interessi coinvolti, l'opportunità di un riesame complessivo della materia da parte del legislatore stesso”*.

#### V.2.1.6.5. La video- investigazione e la prova atipica

Si può dire che non esiste dubbi sull'attitudine della videoregistrazione a raccogliere elementi rilevanti per il procedimento. La notevole intrusione nella sfera privata degli individui è un connato costante della metodica, ma raggiunge la massima intensità allorché l'occhio elettronico valichi i confini del domicilio. La captazione di immagini è sempre più svincolata dalla necessità di un accesso *invito domino* nei luoghi protetti per collocarvi le microspie. Questo induce ad una riflessione ancora più attenta circa la potenziale lesivi della tecnica della indagine. Legittimo è il dubbio che l'operazione quando sia diretta allo *home watching* possa inquadrarsi nel secondo presupposto stabilito dall'articolo 189 c.p.p.. Nel verificare l'ammissibilità sotto tale aspetto è necessario rifuggire dalla tentazione di attribuire alla libertà morale la impropria funzione di baluardo contro strumenti che per la loro invasività, risultino particolarmente problematici. Che cosa sia agli effetti della legge del processo la libertà morale è definito, sia pure in termini negativi, dall'188 c.p.p. dove si proscrivono i metodi e le tecniche idonee a influire sulla autodeterminazione o ad alterare la capacità mnemonica e valutativa di una persona<sup>1618</sup>.

Oppure se si escludendo, per l'evidente estraneità gli ultimi oggetti del divieto e si soppesa l'incidenza sulla libertà per il soggetto monitorato di comportarsi senza

---

<sup>1616</sup> L. FILIPPI, *op. cit.* p. 96.

<sup>1617</sup> F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni per immagini*, in *Giur. Cost.* 2002, p. 2188.

<sup>1618</sup> F. CAPRIOLI, *op. Ult. Cit.*

subire coartazioni, fisiche o morali. Possiamo dire che parte della dottrina considera il rispetto del segnalato limite. Infatti non può ritenersi condizionato nel proprio agire chi ignori di essere sottoposto ad uno sguardo indiscreto<sup>1619</sup>.

Una delle obiezioni alla ricostruzione in termini di atipicità delle captazioni in esame è poi relativa alla pretesa incompatibilità con la predeterminazione giudiziale delle modalità di assunzione<sup>1620</sup>.

L'assunzione è un termine tecnico che si addice alla determinazione del *quomodo*, attraverso il quale provvedere ad inserire l'esito dell'atto investigativo nel quadro probatorio, più che alle modalità di esperimento di questo ultimo. È il giudice chi dovrà prestabilire non già le modalità delle riprese ma il procedimento da seguire nell'assunzione del materiale risultante. Pertanto non si ravvisano limiti particolari all'inquadramento tra i mezzi innominati delle tecniche investigative fondate sull'insidiosa captazione di immagini. Si tratta di una soluzione unitaria di un problema che si è prestato a letture più articolate<sup>1621</sup>.

È eviente che un problema è determinato dal fatto che le registrazioni in esame non sono sempre limitate al dato visivo : gli strumenti di ripresa più comuni e le stesse esigenze investigative impongono la raccolta di tutti gli elementi astrattamente ricavabili dal monitoraggio inclusi quelli fonici<sup>1622</sup>.

La ripresa audiovisiva potrebbe celare un'operazione complessa nella quale confluiscono le potenzialità delle captazioni video e audio. Ferma la qualificazione delle videoriprese in termini di strumento innominato, si pone il problema dell'inquadramento della registrazione del dato sonoro che vi risulti associata. Tale captazione può dare luogo a due ipotesi ricostruttive. Seconda che l'oggetto di apprensione presenti le caratteristiche di una comunicazione riservata o ne sia priva. Nella prima ipotesi, la registrazione fonica è legittima se è compiuta rispettando la disciplina delle intercettazioni. Nella seconda ipotesi, si configura una captazione non riconducibile al mezzo tipico di cui agli articoli 266 ss. Il dato sonoro non esibisce i connotati di una comunicazione, ossia pur possedendoli non presenta il carattere della riservatezza<sup>1623</sup>.

Le figure tipiche di elezione sono state, le intercettazioni e le ispezioni, per quanto attiene alle proposte estensive evidente, ma vanno aggiunti anche i rilievi cinematografici, rispetto ai quali è configurabile un'ipotesi di analogia occulta sia pure dissimulata sono le vesti dell'interpretazione.

Le critiche formulate in sede giurisprudenziale consentono di non dilungarsi eccessivamente sul punto e di limitarsi a rilevare i numerosi ostacoli che ne impediscono l'accoglimento. In particolare il difetto della *eadem ratio* e il carattere eccezionale della maggior parte delle previsioni prese in esame<sup>1624</sup>.

In quanto riguarda al trattamento processuale di video- riprese che pur orientare all'individuazione di fonti di prova siano realizzate in violazione di una norma sostanziale.

---

<sup>1619</sup> Contra sul presupposto di una nozione lata di libertà, Cass. Sez. IV, 15 giugno 2000, Viskovic; L. FILIPPI, *op. cit.* p. 96.

<sup>1620</sup> L. FILIPPI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1621</sup> E. APRILE – F. SPIEZA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Milano, 2004.

<sup>1622</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 211.

<sup>1623</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, Bulzoni, 1974.

<sup>1624</sup> A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. pen.* 1999, p. 1200.

Le prove illecite<sup>1625</sup> dovrebbero ritenersi inammissibili, ad esempio la captazione che integrasse la fattispecie di cui all'articolo 615 *bis* c.p.p. darebbe luogo a un risultato che per quanto utile ai fini dell'accertamento penale, non potrebbe confluire nel quadro decisorio. Anche può darsi il caso che la medesima condotta sia fonte di responsabilità per il soggetto agente e di dati utilmente impiegabili nello spazio processuale.

#### V.2.1.6.6. L'efficacia delle prove atipiche

La dottrina ha detto che anche le prove non previste dalla legge sono di fatto ammissibili, lasciando in secondo piano il problema della loro efficacia o dando per scontato che questa possa essere in tutto e per tutto simile a quelle delle prove tipiche. Tale comportamento ha trovato giustificazione sulla base di un modo di pensare abbastanza comune cioè il prudente apprezzamento di cui parla l'articolo 116 c.p.p.<sup>1626</sup>.

La preminenza delle prove legali non può essere contestata come non può essere contestato che nell'ambito delle stesse va effettuata un'ulteriore diversificazione fra le prove che determinano l'esito della lite. Quelle che esonerano l'avversario dal provare il fatto dedotto in giudizio e quelle che ammettono una controprova, sia pure a carattere vincolato<sup>1627</sup>.

La particolare importanza e difficoltà del problema è immediatamente resa evidente dall'opinione di quella parte della dottrina che vuole uguagliare l'efficacia delle prove atipiche a quella dell'indizio. Questo orientamento è affermato per la dottrina, che ha detto che le prove atipiche sarebbero “*altro, oggi, che indizi i quali, per ragioni di frequenza statistica tendano a acquistare una propria caratterizzazione o se si vuole, una forma tipica*”<sup>1628</sup>.

La prova atipica sembra nella maggioranza dei casi meno garantistica di quella tipica, se non altro per essere quasi sempre priva da un requisito determinante per l'istruzione probatoria, cioè l'essersi i suoi risultati formati in contraddittorio cosa del tutto particolare per le prove fuori elenco<sup>1629</sup>.

Pertanto la differenza tra prova e indizio non è dunque quantitativa, nel senso che l'indizio è meno idoneo della prova ad assicurare l'accertamento dei fatti, ma qualitativa e ontologica. L'indizio acquista rilevanza quando plurimi indizi risultino gravi, precisi e concordanti<sup>1630</sup>.

Talora si sostiene che la prova indiziaria è costituita da complesso dei singoli indizi, ciascuno dei quali, quindi, non può avere da solo carattere esaustivo, giacché, altrimenti, sarebbe una prova e non un indizio. Non ha senso, perciò affannarsi a dimostrare, per ogni indizio che lo stesso non può essere assunto a base di un giudizio di responsabilità in quanto suscettibile di interpretazioni diverse, perché questa è appunto la caratteristica che distingue l'indizio dalla prova e che sussiste, necessariamente anche quando l'indizio come previsto dall'articolo 192 comma 2 c.p.p., sia grave e preciso<sup>1631</sup>.

---

<sup>1625</sup> M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale*, Milano, 2005.

<sup>1626</sup> M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1973, p. 391.

<sup>1627</sup> C. MANDRIOLI, *Corsi di diritto processuale civile, II*, Giappichelli, 2006, p. 181; G. RICCI, *Le prove atipiche*, Giuffrè, 1999, p. 310.

<sup>1628</sup> S. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice procedura civile*, diretto da Allorio, I, Torino, p. 1305.

<sup>1629</sup> G. TARZIA, *Problema del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, p. 639.

<sup>1630</sup> Cass. 24 novembre 1997, Mininni, in *Guida dir.* 1998, f. 5, p. 78.

<sup>1631</sup> Cass. 10 luglio 1996, p.m. c. Iacona, in *Guida dir.* 1996, f. 46, p.88.

Nel caso della testimonianza, essendo consentito dalla giurisprudenza e dalla dottrina l'impiego della testimonianza stragiudiziale l'obiettività della deposizione non può essere garantita allo stesso modo di quella della testimonianza resa in giudizio.

La confessione stragiudiziale, pur non costituendo prova assoluta di colpevolezza, può essere assunta a fonte del libero convincimento del giudice<sup>1632</sup>.

Valutata in sé, nonché nel contesto dei fatti e raffrontata con gli altri elementi di giudizio, sia possibile verificare la genuinità e la spontaneità in relazione al fatto contestato<sup>1633</sup>.

Analogamente è a dirsi per la perizia stragiudiziale che hanno ritenuto utilizzabile considerandola atta a provare i fatti in essa accertati. In questo caso abbiamo un atto redatto al di fuori del contraddittorio, per cui non sarebbe processualmente legittimo equipararne l'efficacia di una consulenza accettata ed compiuta con le garanzie previste dall'articolo 191 ss, c.p.c. La giurisprudenza ha detto che i divieti probatori, la cui violazione rende l'atto a contenuto probatorio inutilizzabile a norma dell'articolo 191 c.p.p. sono non solo quelli espressamente previsti dall'ordinamento processuale, ma anche quelli da esso desumibili, il che accade tutte le volte in cui i divieti in materia probatoria non sono dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova<sup>1634</sup>.

Di fronte a simili situazioni una delle possibili scelte per risolvere il problema era quella di optare per una specie di *capitis diminutio* dell'efficacia delle prove non previste dalla legge, da determinarsi alla stregua dell'indizio. Parte della dottrina non ritiene possibile l'equiparazione con l'indizio affermando che alle prove non previste dalla legge non riguarderebbe un valore maggiore di quello attribuito agli argomenti di prova di cui all'articolo 116 comma 2°, c.p.p.<sup>1635</sup>.

Secondo alcuni autori sarebbe inferiore a quello della prova indiziaria, nel senso che i primi a differenza della seconda, non sarebbero idonei a fondare il convincimento del giudice, nemmeno in cumulo<sup>1636</sup>.

Tale minore efficacia degli argomenti di prova è stata contestata da altri autorevoli studiosi, affermando che sarebbe difficile individuare una differenza fra le situazioni di cui all'articolo 116 comma 2° c.p.c. e le presunzioni<sup>1637</sup>.

Di fronte alle incertezze interpretative dell'articolo 116 comma 2° c.p.c. in un sistema probatorio che dichiara di assumere come principio quello del libero convincimento giudiziale, non si può interpretare un'espressione ambigua della legge nel senso che il giudice debba chiudere gli occhi di fronte a comportamenti, i quali possono avere una forza di convincimento uguale o superiori a quella dei tipici mezzi di prova<sup>1638</sup>.

Altrettanto comporta la necessità di verificare in primo luogo se una tale differenza effettivamente sussiste ed in caso positivo valutare in quale delle due situazioni le prove atipiche vanno inquadrare. La tesi che tende a valutare le prove atipiche nell'ottica degli argomenti di prova, si basa fundamentalmente sull'analogia

---

<sup>1632</sup> Cass. 15 luglio 2008, Auriemma, 241572 (inedita).

<sup>1633</sup> Cass. 6 febbraio 1992, Baraldi, in *Cass. Pen.* 1993, p. 1738.

<sup>1634</sup> Cass. S.U., 27 marzo 1996, Sala F, in *It.* 1996, II, p. 473.

<sup>1635</sup> L. MONTESANO, *Le prove atipiche nelle presunzioni e negli argomenti del giudice civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 1980, p. 235 ss e 249.

<sup>1636</sup> G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 1984, p. 640 ss.

<sup>1637</sup> M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, rist., Milano, 1974, p. 92 ss.

<sup>1638</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 455.



con la previsione dall'articolo 310 comma 3 c.p.c. e sul avvertimento che tale norma fa al disposto dell'articolo 116 comma 2 c.p.p. Questa tesi si è formata in particolare in un altro processo ( civile, penale, amministrativo, ecc. ) che costituiscono uno dei più frequenti casi di utilizzazione delle prove atipiche<sup>1639</sup>.

#### V.2.1.6.7. Il pedinamento elettronico

Il pedinamento è una attività tradizionale del lavoro degli inquirenti del pedinamento della persona indagata o di altri soggetti in cui movimenti siano rilevanti per il procedimento penale. Per mezzo di ciò è possibile ricostruire, l'organigramma di una associazione criminosa, a partire da un singolo aderente o individuare gli autori di un sequestro di persona, semplicemente monitorando gli spostamenti dei familiari della vittima. Il pedinamento è il atto di “*seguire una persona con circospezione allo scopo di spiarne le mosse*”<sup>1640</sup>.

È una attività svolta in origine, mediante il controllo a vista del soggetto interessato, che veniva seguito a piedi, per questo il verbo pedinare anche successivamente con un mezzo di locomozione. Il pedinamento è una atti investigativi atipici, tale forma di sorveglianza è realizzata con l'alternanza di uomini e mezzi dissimulati, controllano gli spostamenti del monitorato, suddividendosi l'incombente mediante una staffetta.

Dobbiamo distinguere l'operazione dal c.d. appostamento o appianamento, che si connota per il carattere fisso della postazione di controllo cioè si collocano gli operante<sup>1641</sup>.

Negli ultimi anni si sono registrati notevoli mutamenti circa le modalità esecutive, questo è possibile dall'avvento di nuove tecnologie che consentono un più efficace monitoraggio. Possiamo parlare di pedinamento elettronico, locuzione che esprime da un lato il permanere della funzione tradizionale e dall'altro l'affermazione di sistema tecnologici di localizzazione a distanza di una persona o di una cosa. Riguardo a questi ultimi, dobbiamo fare la distinzione tra strumenti satellitari e mezzi che sfruttando metodi alternativi, prescindono da tale modalità di rilevamento<sup>1642</sup>.

Particolare attenzione va riservata al c.d. *global positioning system* (g.p.s.), strumento di un elevato contenuto tecnologico con una grande semplicità di impiego<sup>1643</sup>.

Il suo uso dapprima limitato agli scopi militari per i quali era stato concepito è utilizzato in tutti settori, dalla navigazione aerea e marittima, alla guida e ai sistemi di sicurezza delle autovetture fino a irrompere in molti oggetti della vita quotidiana, integrandosi con orologi da polso e telefoni cellulari. L'impiego investigativo è reso possibile dall'installazione nella vettura del soggetto da monitorare anche della ricevente collegata agli impianti nella disponibilità degli inquirenti. Al g.p.s. si sono affiancati altri strumenti comò l'*Iridium* e il sistema *Galileo*.Le due sono sistema di radionavigazione satellitare<sup>1644</sup>.

Molto efficace è il rilevamento della posizione di un soggetto grazie alla localizzazione del cellulare. La telefonia mobile si basa su un sistema di celle, in cui

<sup>1639</sup> G. RICCI, *op. cit.* p. 316.

<sup>1640</sup> N. ZINGARELLI, *Vocabulario della lingua italiana*, Bologna, 1990, p. 1357.

<sup>1641</sup> A. MORGIGNI, *L'attività della polizia giudiziaria*, Giuffrè, 2002, p. 527 ss.

<sup>1642</sup> A. BARIBIERI, *In tema di intercettazioni nell'abitacolo di un' autovettura*, in *Giur. It.* 2002, p. 140.

<sup>1643</sup> Il sistema è di proprietà del D.O.D. (*United States Department of defense*).

<sup>1644</sup> Il carattere innominato dello strumento discende dall'impossibilità di ricondurlo entro l'ambito applicativo di istituti espressamente contemplati dalla legge e segnatamente dell'art. 295, commi 3 e 3 bis c.p.p., che regola pur sempre delle intercettazioni di comunicazioni.

risulta ripartito il territorio coperto dal servizio che si mantengono costantemente in contatto con gli apparecchi per consentire la trasmissione del segnale<sup>1645</sup>.

Ordinariamente si ricorre per effettuare il pedinamento elettronico che può definirsi come l'attività di polizia giudiziaria di localizzazione, occulta e remota, di una persona o di un oggetto che permette di determinarne la posizione e gli spostamenti in tempo reale. Si tratta di un'attività che è preordinata a seguire di nascosto i movimenti di una persona o di un oggetto che assuma rilievo per il procedimento<sup>1646</sup>.

La modalità del monitoraggio deve essere in tempo reale, occorre quindi la contemporaneità tra evento oggetto di rilevazione e captazione del dato ad esso relativo. Questo è un requisito e di grande rilievo specialmente per i sistema non satellitari come quello che si avvale delle celle della telefonia mobile. In difetto dell'attualità si confronterà con una verifica *ex post* della posizione del cellulare o del ricevitore attraverso l'acquisizione dei dati in possesso del gestore del servizio sia esso telefonico o di rilevamento satellitare adottato dall'interessato, ad esempio come antifurto<sup>1647</sup>.

Il monitoraggio è occulto, trattandosi in ipotesi di attività investigativa insidiosa e a distanza non richiedendosi un pedinamento di tipo tradizionale. Pertanto l'unico contatto con il localizzando può essere quello necessario agli inquirenti per collocare il ricevitore del segnale satellitare.<sup>1648</sup> Le operazioni in esame sono poste in essere dagli organi di polizia giudiziaria su ordine del p.m. oppure di propria iniziativa, poi essere irrilevante che gli operante siano ufficiali o agenti secondo la ripartizione dell'art. 57 c.p.p.<sup>1649</sup>.

Dobbiamo dire che il controllo può riguardare qualsiasi soggetto i cui movimenti si pongono in rapporto rispetto ai fatti oggetto di accertamento penale. L'attività di osservazione controllo e pedinamento svolte dalla polizia giudiziaria sono state concluse dalla giurisprudenza nel novero dei mezzi destinati all'acquisizione di prove non disciplinate dalla legge. Quei attività investigative di seguire di nascosto i movimenti, gli incontri e le attività compiute dalla persona sottoposta alle indagini, ai verbali redatti nello svolgimento di tali attività consentono alla polizia giudiziaria. È importante segnalare che la giurisprudenza prevalente riconosce, la natura di atti non ripetibili facendoli unirsi nel fascicolo del dibattimento ai sensi dell'arti. 431, *lett. b*, c.p.p.<sup>1650</sup>.

#### V.2.1.6.7.1. Inquadramento giurisprudenziale della localizzazione satellitare

IL primo caso portato all'attenzione della Suprema Corte era attinente un'ordinanza di custodia cautelare emessa dal g.i.p. sulla base di gravi indizi di colpevolezza, dai risultati ottenuti tramite il g.p.s.<sup>1651</sup>.

Nella fase preprocessuale, i movimenti degli indagati erano stato sistematicamente monitorati dalla polizia giudiziaria che aveva fatto ricorso allo strumento di g.p.s. di propria iniziativa. La difesa aveva proposto il riesame e successivamente ricorso per cassazione avverso l'ordinanza reietta del Tribunale della libertà di Torino deducendo la nullità di quest'ultima per violazione di legge e difetto

<sup>1645</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 229.

<sup>1646</sup> A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. pen.* 1999, p. 1200 ss.

<sup>1647</sup> L. VELANI, *Nuove tecnologie e prova penale il sistema di individuazione satellitare, g.p.s.*, in *Giur. It.* In *Giur. It.*, 2003, p. 2373.

<sup>1648</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 230.

<sup>1649</sup> L. CARLI, *Le indagini preliminari*, Giuffrè, 2005, II ed., p. 333.

<sup>1650</sup> A. LARONGA, *op. cit.* p. 233.

<sup>1651</sup> Cass. Sez. V, 27 febbraio 2002, Bresciani e altri, in *Dir. pen. proc.* 2003, I, p. 93.

motivazionale. Il problema si accentrava sulla mancata autorizzazione della rilevazione satellitare da parte del g.i.p. Il provvedimento da emettere nelle forme del decreto motivato era necessario sotto pena di nullità, attesa la natura di intercettazione della citata attività investigativa. Non era ottativo il dato meramente formale della mancata previsioni dell'ipotesi da parte del legislatore. Cioè si potrebbe aggiungere la considerazione della riconducibilità per via interpretativa, del pedinamento satellitare alla nozione di intercettazione. La Corte ha affermato che: “...la localizzazione di una persona (o di un oggetto) in movimento mai può essere considerata una attività di intercettazione, anche se realizzata con modalità e tecnologie similari a quelle con le quali vengono portate ad esecuzione, appunto le intercettazioni previste dal codice di rito”<sup>1652</sup>.

Il rilevamento satellitare non è riconducibile al novero delle intercettazioni, la Suprema Corte lo ha affermato, per l'eterogeneità del oggetto di apprensione. In ogni modo se l'istituto disciplinato del capo IV, titolo III, del libro III relativo “ad una attività di ascolto (o lettura) e captazione di comunicazioni tra due o più persone” è assimilabile al “sequestro di un bene immateriale” da ravvisarsi nel “contenuto di una comunicazione” in questo caso non potrà ritenersi sovrapponibile un'operazione di mero controllo a distanza dei movimenti di un soggetto<sup>1653</sup>.

La Corte ha riconosciuto nello strumento in esame una modalità tecnologicamente caratterizzata di pedinamento ascrivendolo ai mezzi di ricerca della prova atipici o innominati. Esso tornerebbe, nell'ordinaria attività di controllo e accertamento di competenza della polizia giudiziaria<sup>1654</sup>.

Però non risultando in rilievo un'intercettazione né una operazione potenzialmente lesiva della libertà e segretezza delle comunicazioni ex articolo 15 Cost. Possiamo inferire la legittimità delle operazioni compiute di iniziativa da parte della polizia giudiziaria non essendo richiesto alcun provvedimento di autorizzazione neanche da parte del pubblico ministero<sup>1655</sup>.

La conclusione<sup>1656</sup> sarebbe sostenuta dall'osservazione di carattere sistematico che il legislatore a differenza dell'intercettazioni telematiche non ha provveduto a predisporre una disciplina specifica quale deroga ai principi generali che presidono alle indagini preliminari. Risulta evidente la componente teleologica, il dispositivo di localizzazione, il quale era stato impiegato come un mezzo di ricerca della prova di evidente atipicità.

Possiamo dire che considerando la differenze che intercorrono tra tale strumento e la perquisizione, il sequestro e l'ispezione, l'attenzione degli interpreti si è concentrata nella attività della polizia giudiziaria come gli accertamenti contemplati nel c.p.p. e sulle intercettazioni, quali possibili categorie normative di appartenenza<sup>1657</sup>.

La comparazione con le prime non ha dato esito positivo essendosi rilevato, altre alle differenze strutturali e funzionali, il carattere evidente e garantito di simili incombenti<sup>1658</sup>.

---

<sup>1652</sup> Le cadenze dell'iter argomentativo riecheggiano gli stessi indici sintomatici assunti quali rivelatori delle operazioni di natura intercettiva dalla Suprema Corte in tema di captazioni visivi. In particolare si è enunciata la medesima ratio decidenti nella sentenza, Cass. Sez. VI, 21 gennaio 1998, Greco, *cit.* laddove si è negato che avesse carattere comunicativo la mera presenza di una persona in un dato luogo.

<sup>1653</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 232.

<sup>1654</sup> Articoli 55, 347 e 370 c.p.p.

<sup>1655</sup> Cass. Sez. V, 7 maggio 2004, Massa (inedita).

<sup>1656</sup> A. SCAGLIONE, *Attività atipica di polizia giudiziaria e controllo satellitare*, in *Foro it.* 2002, II, c. 635.

<sup>1657</sup> Articolo 354 c.p.p.

<sup>1658</sup> L. VELANI, *op. cit.*, p. 2373.

L'avvicinamento alle intercettazioni è la conseguenza di una pluralità di ragioni, ha indotto in questa direzione la rilevata affinità dei mezzi esecutivi. Anche le captazioni di cui agli articoli 266 e ss. c.p.p. sono rese possibili da sofisticati apparati strumentali, il cui impiego comporta tra l'altro. È evidente che il medesimo problema è dimostrato dalla collocazione del ricevitore nell'auto. L'analogia è più forte nel caso del rilevamento non satellitare realizzato mediante le celle della telefonia mobile, gli stessi canali conoscitivi si ricorre per la captazione del contenuto delle comunicazioni<sup>1659</sup>.

Peraltro è emersa l'esigenza di consentire l'applicazione di una disciplina che concepita in chiave compromissoria tra repressione del crimine e tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni ai sensi degli articoli 14 e 15 Cost. essendo un livello minimo di garanzie, quali la riserva di legge e giurisdizione. Però non si tratta unicamente di istanze proprie della difesa, è una espressione della più generale necessità di certezza del diritto che i soggetti coinvolti nel procedimento conoscano lo statuto applicabile ai diversi mezzi investigativi. Si deve aggiungere la non sempre chiara delimitazione della nozione di intercettazione di comunicazioni, la cui abnorme dilatazione può confondere istituti eterogenei. La posizione da parte della dottrina giungere ad un esplicito tentativo di dimostrare falso l'orientamento della giurisprudenza di legittimità. Nonostante ha rimarcato la forte analogie tra rilevamento satellitare e intercettazione proprio con riferimento all'oggetto di apprensione che è stato assunto tra mezzo atipico e nominato<sup>1660</sup>.

Costituito da un flusso di dati trasmesso dalla stazione satellitare al ricevitore e captato dagli apparati degli organi inquirenti, simile alle comunicazioni di sistemi informatici o telematici, come contemplati negli articoli 616 comma 4 c.p. e 266 *bis* c.p.p. Così agli effetti delle incriminatrici della sezione V, libro II, del codice penale per corrispondenza si deve intendere quella epistolare, telegrafica, telefonica, informatica o telematica oppure effettuata con ogni altra forma di comunicazione a distanza<sup>1661</sup>.

Si può enfatizzare l'estrema latitudine della nozione dall'articolo 266 *bis* c.p.p. come tale comprensiva della trasmissione di dati relativi a sistema informatici o telematici cioè intercurrente tra più sistema. È evidente che il flusso dei dati del sistema non rientra nella nozione di comunicazione accolta dalla disciplina delle intercettazioni processuali<sup>1662</sup>.

Perché non si è in presenza di una trasmissione di dati tra elaboratori elettronici né eseguita attraverso linee telefoniche<sup>1663</sup>.

Altre ipotesi è la occulta presa di conoscenza da parte di un terzo del contenuto di una comunicazione riservata intercurrente tra due o più soggetti, altro è la predisposizione da parte degli inquirenti del intero apparato strumentale. Costituito dal collegamento tra il terminale satellitare e quello terrestre, in questo caso si ha la mera ricezione di una segnale automatica, alla cui produzione il localizzando non contribuisce in alcun modo. Non si è in presenza di una comunicazione, si pure realizzata con mezzi telematici o informatici, ma autonoma dall'iniziativa degli inquirenti e da essi

---

<sup>1659</sup> P. GIORDANO, *Inapplicabili le garanzie delle intercettazioni al semplice monitoraggio della posizione*, in *Guida dir.* 2002, n. 23, p. 54.

<sup>1660</sup> P. PERENTOLI, *Controllo satellitare con G.P.S.: pedinamento o intercettazione*, in *Dir. pen. proc.* 2003, I, p. 96.

<sup>1661</sup> L'ultimo comma dell'articolo 616 c.p. recante tale nozione è stato così sostituito dall'articolo 5 della legge 23 dicembre 1993, n. 547. Al medesimo intervento normativo si deve l'introduzione nel codice di rito dell'articolo 266 *bis*, sotto la rubrica <intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche>.

<sup>1662</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2000, II ed., p. 324.

<sup>1663</sup> P. GIORDANO, *Inapplicabili le garanzie delle intercettazioni al semplice monitoraggio della posizione*, in *Guida al diritto*, n. 23, p. 52.

insidiosamente captata, nel caso piuttosto di un flusso di dati non differibile al localizzando, né oggettivamente né soggettivamente. Non solo come è stato rilevato, l'interessato “*non comunica intenzionalmente con alcuno*”, dato il carattere occulto della trasmissione nemmeno di essa può essere ritenuto l'autore in assenza di qualsiasi condotta comunicativa<sup>1664</sup>.

La Corte Suprema previene ad una qualificazione in termini di atipicità del rilevamento mediante g.p.s. benché non siano affrontati in modo esaustivo i rapporti strutturali con il pedinamento tradizionale. L'estensione al nuovo strumento delle elaborazioni formatesi in dottrina e giurisprudenza con riferimento a questo'ultimo in tanto si giustifica, in quanto tra i due termini in comparazione esista un rapporto di specialità. La rilevazione satellitare in tale prospettiva, dovrebbe presentare tutti gli elementi costitutivi del pedinamento *tout court* a cui aggiungere il *quid pluris* rappresentato dalla modalità tecnologicamente caratterizzata della localizzazione. Il pedinamento tradizionale consente un controllo degli incontri del monitorato di per sé precluso al rilevamento satellitare non associato a strumenti complementari. In fatti, alla minore efficienza investigativa, che garantirà probabilmente la parallela sopravvivenza della precedente modalità fa riscontro comunque una maggiore intrusività del nuovo strumento<sup>1665</sup>.

L'occhio elettronico segue gli spostamenti anche nei luoghi di privata dimora, finché il pedinamento tradizionale ha un raggio d'azione perlopiù circoscritto ai luoghi pubblici cioè aperti o esposti al pubblico<sup>1666</sup>. È un mezzo atipico autonomo da quelli già sperimentati dalla norma investigativa, cioè, non possono dimenticarsi i numerosi profili di contiguità con il pedinamento tradizionale, alla cui disciplina elaborata in via esegetica, si finita per prendere attraverso, il ricorso, più o meno cosciente, a un procedimento di tipo analogico.

L'inquadramento giurisprudenziale è pur sempre nell'ambito dei mezzi atipici, doveva portare all'applicazione dell'articolo 189 c.p.p.. Non era sostenibile che fossero ammissibili le sole prove contemplate dal codice e l'articolo 189 c.p.p., niente ne una innominata purché risponda al sistema. En virtù, dall'atto ricognitivo, allora regolato come performance visiva, appariva eseguibile anche su dati acustici, olfattivi, tattili<sup>1667</sup>.

La Corte ha ommesso il riferimento a tale disposizione, esprime un atteggiamento già registrato nella giurisprudenza in tema di mezzi atipici diversi. Ci si è così limitati ad ascrivere il mezzo investigativo alla ordinaria attività di controllo e accertamento demandata alla polizia giudiziaria e regolata dagli c.p.p.<sup>1668</sup>.

A norma dall' articolo 55 c.p.p. se stabilisce che gli organi della polizia giudiziaria debbano anche di propria iniziativa prendere notizia dei reati impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori ricercarne gli autori e compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale. La menzione dell'articolo 347 c.p.p. è significativa la circostanza che esso rappresenti l'*incipit* del titolo IV, dedicato alla attività a iniziativa della polizia giudiziaria tanto da far impedire che il riferimento debba estendersi implicitamente alle disposizioni successive. Comunque, l'articolo si limita a imporre l'obbligo di riferire la notizia di reato al pubblico ministero, conservando in capo alla polizia giudiziaria il

---

<sup>1664</sup> P. PERENTOLI, *Controllo satellitare con g.p.s., pedinamento o intercettazione*, in *Dir. pen. proc.* 2003, p. 101.

<sup>1665</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 236 E 237.

<sup>1666</sup> F. CORDENO, *op. cit.* 1992, II ed, p. 230.

<sup>1667</sup> F. CORDERO, *op. cit.* 1992, II ed. p. 230.

<sup>1668</sup> Articoli 55, 347 e 370 c.p.p.

potere di compiere atti investigativi che precedano tale assolvimento<sup>1669</sup>. Però l'articolo 348 c.p.p. riconosce alla polizia giudiziaria un ampio margine di autonomia nel assicurare le fonti di prova anche successivamente alla comunicazione della notizia di reato<sup>1670</sup>.

La prima integra un ampio *genus* al quale possono poi condursi la *species* dei mezzi a forma libera e quella relativa agli strumenti tipizzati secondo la *summa divisio*, configurata dalla ripartizione contemplata rispettivamente nell'articolo 348 c.p.p. tra le lettere a) e b) da un lato e la c) dall'altro<sup>1671</sup>.

La facoltà della polizia giudiziaria di valersi anche di propria iniziativa, alla c.d. indagine a forma libera, non può ritenersi assoluta dovendosi confrontare, al di là delle specifiche esigenze investigative emergente nel singolo caso, con i diversi limiti operante in materia di mezzi di ricerca della prova atipici. Non dobbiamo dimenticare che la cui inosservanza rischia di frustrare l'attività di indagine a causa delle conseguenti sanzioni processuali a carico dei risultati<sup>1672</sup>.

La Suprema Corte, ha indicato al potenziale conflitto della modalità investigativa adottata con l'articolo 15 Cost.. Anche ha escluso sul rilievo che la localizzazione a distanza non pone in pericolo la libertà e la segretezza delle comunicazioni<sup>1673</sup>.

Dobbiamo ricordare che i ricorrenti hanno proposto l'impugnazione sulla base della qualificazione del rilevamento satellitare quale intercettazione. In questo modo, le ragioni della particolare attenzione riservata all'articolo 15 Cost., anche non giustifica l'arbitraria riduzione dello spettro di valori costituzionalmente protetti suscettibili di compressione. Circoscrivere l'analisi alla citata previsione preclude l'esame dei rapporti con altre disposizioni poste a tutela di posizioni soggettive non meno rilevanti di diritto alla riservatezza<sup>1674</sup>. Possiamo affermare che pur negando allo strumento *nomen iuris* e la natura di intercettazione la Corte sia rimasta ancorata al relativo schema interpretativo del quale non si è liberato.

#### V.2.1.6.7.2. Il rilevamento mediante global positioning system

“GPS” è la abbreviazione di Global Positioning System, si tratta di un sistema mediante il quale un idoneo apparato è in grado di rilevare le proprie coordinate spazio-temporali in qualunque punto esso si trovi. Dopo aver chiarito in cosa consiste tale sistema, l'A.<sup>1675</sup> pone l'accento sul concetto di comunicazione così come previsto dall'art. 15 Cost., per poi soffermarsi sull'art. 189 c.p.p. e sul concetto di prova atipica. Il provvedimento in esame, sottolinea l'A., ha sostenuto che il controllo satellitare con GPS, costituendo niente altro che una modalità, tecnologicamente caratterizzata di pedinamento, rientra nei mezzi di ricerca della prova c.d. atipici o innominati<sup>1676</sup>. Il

<sup>1669</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 238.

<sup>1670</sup> A. SCAGLIONE, *Attività atipica di polizia giudiziaria e controllo satellitare*, in *Foro it.*, 2002, II, c. 635.

<sup>1671</sup> A. LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Cedam, 2002, p. 30.

<sup>1672</sup> A. SCAGLIONE, *op. Ult. Cit.*

<sup>1673</sup> A. CERRI, voce *Riservatezza*, (*diritto all*, III-Diritto costituzionale) in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1991, p. 2 ss.

<sup>1674</sup> Articoli 2, 13, 14, Cost.

<sup>1675</sup> Anti Wire Act.

<sup>1676</sup> P. PERENTOLI, *Controllo satellitare con GPS: pedinamento o intercettazione?*, Commento a Cass. Sez. V, pen. 2 maggio 2002, in *Diritto penale e processo*, 2003, fasc. 1 p. 94 -101.

pedinamento mediante g.p.s. rimane ai limiti di carattere generale contemplati dall'articolo 189 c.p.p. in materia di prove non disciplinate dalla legge.

Nell'assumere prove non disciplinate dalla legge a norma dell'articolo 189 c.p.p., il giudice è tenuto ad applicare i criteri legali stabiliti per gli analoghi mezzi di prova tipici ovvero a ricorrere a consolidate massime di esperienza o regole di inferenza secondo una disciplina scientifica (fattispecie relativa ad una ricognizione fotografica, mezzo questo che ha affermato la Suprema Corte per la ridotta efficacia rappresentativa comporta la necessità di adottare le cautele previste dagli articoli 213 ss c.p.p., in tema di ricognizione di persona, altre alla verifica della attendibilità delle dichiarazioni ricognitive)<sup>1677</sup>.

A norma dall'articolo 189 c.p.p. se consente l'ammissione di tali strumenti ma la subordina a due condizioni di carattere cumulativo rimesse al vaglio preventivo del giudice. Comunque, dovrà farsi applicazione con riferimento al caso specifico dei risultati interpretativi raggiunti in sede di analisi di tale disciplina. Il primo presupposto è rappresentato dall'idoneità ad assicurare l'accertamento de fatti, se impone una verifica dalla quale poter determinare l'attitudine potenziale a far sgorgare elementi conoscitivi rilevanti per il procedimento penale<sup>1678</sup>.

L'efficacia dello strumento che unisce alla valenza del pedinamento tradizionale la maggiore attendibilità fornita dalle nuove tecnologie. La rilevata idoneità gnoseologica non è poi inficiata dalla limitazione dello strumento al monitoraggio della posizione di una persona, con esclusione della verifica ad esempio, degli incontri di quest'ultima con altri soggetti o delle attività concretamente svolte. Però è un risultato che si colloca al di fuori dello scopo investigativo specifico a cui è orientato, inoltre perseguibile mediante svolgimento contestuale di servizi di osservazione e controllo o di pedinamento tradizionale<sup>1679</sup>.

Parliamo della seconda condizione di ammissione dei mezzi atipici, quella consiste in un requisito di carattere negativo, posto a tutela della libertà morale della persona. Se bisogna verificare se il dispositivo in esame possa determinare un nocumento anche solo potenziale, alla libertà di autodeterminazione o incidere sulle capacità mnemonico – valutative del localizzando o di terzi, è difficilmente sostenibile. Se arriva a questa conclusione perché si tratta di uno strumento fondato sulla sorpresa, essendo questa comune a buona parte degli atti investigativi e potendosi ipotizzare metodi o tecniche da eseguirsi in tal modo, ovvero occultamente che siano lesivi della libertà morale. Quanto in considerazione della sua operatività che prescinde da qualsiasi coercizione e intromissione nella sfera psichica di chi vi è sottoposto o di altri soggetti<sup>1680</sup>.

La dimostrazione è dato dal risultato investigativo che non risiede in una prova dichiarativa ma in un supporto informatico ad esempio un cd – rom, in cui sono memorizzati i dati conoscitivi raccolti dal sistema. In ogni modo, in tema di formazione della prova l'acquisizione nella fase delle indagini e la successiva visione nella fase dibattimento di videocassetta registrata ( contenente immagini relative alla condotta dell'imputato) costituisce prova atipica, che ai sensi dell'articolo 189, legittimamente

---

<sup>1677</sup> Cass. 26 novembre 1998, Makraoui, in *Giust. pen.* 2000, III, p. 60.

<sup>1678</sup> G. RICCI, *Le prove atipiche*, op. Cit.

<sup>1679</sup> Cass. Sez. V, 7 maggio 2004, Massa, *cit.* Durante le indagini preliminari, il recorrente era stato sottoposto a un controllo integrato, realizzato da un lato attraverso la localizzazione satellitare e, dall'altro mediante video-riprese, di cui si è negata la natura intercettiva perché effettuate da una telecamera collocata in un corridoio di un garage condominiale, esse avevano ad oggetto, in luogo di condotte anche astrattamente comunicative, i meri movimenti delle persone ivi presenti.

<sup>1680</sup> A. LARONGA, *Il pedinamento satellitare un atto atipico lesivo di diritti inviolabili?* In *Quest. Giust.* V, 2002, p. 1155.

può essere assunta in quanto idonea a contribuire all'accertamento dei fatti (fattispecie concernente le riprese effettuate da una videocamera collocata all'esterno di una banca)<sup>1681</sup>.

La visione da parte del giudicante di una videocassetta ritualmente acquisita non comporta l'esecuzione di attività tecniche eccedenti la normalità quotidiana e, non costituendo attività diretta alla formazione della prova, non deve aver luogo necessariamente in contraddittorio<sup>1682</sup>.

Ma le riprese video filmate costituiscono prove documentali non disciplinate dalla legge previste dall'articolo 189 c.p.p. e pertanto non possono considerarsi assimilabili al *genus* delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni. Ne discende che ad esse non si applica la disciplina prevista dagli artt. 266 ss. c.p.p. fermo restando il limite della tutela della libertà domiciliare di cui all'art. 14 Cost, che va valutato di volta in volta, nella specie si è ritenuto che la libertà domiciliare non fosse stata compressa in quanto la telecamera era stata collocata in un garage condominiale, area riccamente nell'utilizzabilità di un numero indifferenziato di persone e non nella sfera della privata dimora<sup>1683</sup>. Il rilevamento satellitare appare rispettoso dei limiti di ammissione stabiliti dall'art. 189 c.p.p. che tuttavia riserva nella sua seconda parte un'ulteriore prescrizione relativa al procedimento di acquisizione<sup>1684</sup>.

È importante segnalare che il giudice deve provvedere all'ammissione, sentite le parti, sulle modalità di assunzione della prova. I profili problematici di tale disciplina sono già stati affrontati, non rimane che verificarne la compatibilità con il mezzo probatorio in esame.

È evidente che la sua efficacia investigativa è integralmente affidata all'inconsapevolezza dell'interessato in assenza di clandestinità non è concepibile il conseguimento di risultati conforme ai parametri di genuinità richiesti per gli elementi destinati ad un impiego probatorio<sup>1685</sup>. Pertanto deve inferirsi come si è osservato anche riguardo ad altri mezzi investigativi, l'incongruenza di un contraddittorio anticipato<sup>1686</sup>.

#### V.2.1.6.7.3. Limiti alle operazioni di pedinamento elettronico

Il problema è verificare se le prescrizioni contenute nell'articolo 189 c.p.p. consumino i limiti relativi all'impiego investigativo del rilevamento satellitare o se piuttosto non si inseriscano in un quadro più generale in cui sia possibile trovare ulteriore regole ricavabili dalla legge ordinaria o dalle disposizioni costituzionali. Comunque, appare evidente l'assenza di disposizioni espresse, diverse da quelle già citate in materia di prove non disciplinate dalla legge e di attività investigative atipiche<sup>1687</sup>.

Infatti, le riprese video filmate (nella fattispecie, videoregistrazioni di rapporti sessuali effettuate nell'ambito di una indagine in tema di sfruttamento della prostituzione) vanno considerate prove documentali, non disciplinate dalla legge

---

<sup>1681</sup> Cass. 26 ottobre 2001, Tarantino, in *A. n. proc. pen.* 2002, p. 482. Conf. Cass. 17 ottobre 2003, Trearichi, in *A. n. proc. pen.* 2005, p. 264, V.

<sup>1682</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 241.

<sup>1683</sup> Cass. 22 maggio 2007, Rigo, in *Cass. pen.* 2008, p. 2967, nonché in *Cass. pen.* 2008, p. 3377. Conf. Cass. 16 luglio 2008, Portoghese, 241402 (inedita).

<sup>1684</sup> P. PERENTOLI, *Controllo satellitare con GPS*, *op. Cit.*

<sup>1685</sup> Cass. 7 maggio 2004, Massa ed. a. in *A. n. proc. pen.* 2005, p. 527.

<sup>1686</sup> N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, p. 213.

<sup>1687</sup> L. FILIPPI, *L'home watching documento, prova atipica o prova incostituzionale?* in *Dir. Pen. Proc.* 2001, p. 94 ss.



previste dall'art. 189 c.p.p., e non vanno, per contro, ritenute appartenenti al *genus* delle intercettazioni di comunicazioni o di conversazioni, con la conseguenza che ad esse non si applica la disciplina di cui agli artt. 266 ss c.p.p. ma soltanto il limite della libertà morale della persona sancito in via generale dall' art. 14 Cost. e verificato dal giudice, di volta in volta, con riferimento alla utilizzabilità della prova<sup>1688</sup>.

Numerose sono le disposizioni *extravagantes* che si può confrontare con le modalità esecutive delle operazioni e con la loro capacità intrusiva. Ad esempio ai profili di illiceità penale connessi all'ingresso *invito domino* nell' abitacolo dell' autovettura del sospetto o, più generale, alle questioni attinenti alla protezione della *privacy* dal momento che l'occhio elettronico può seguire tutti i movimenti di una persona anche quando si trovi in luoghi laddove si esplica la sua vita privata. Se bisogna verificare se le citate disposizioni possano essere invocate per contribuire e delimitare l'impiego dello strumento in esame. Il problema è la rilevanza in sede processuale di norme contemplate da leggi diverse da quella incaricata a regolare il rito penale e chiama in causa il principio generale a norma dall'articolo 191 c.p.p. Ma la prova illecita non equivale a prova inammissibile<sup>1689</sup>.

È manifestamente inammissibile, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 191 c.p.p. sollevata con riferimento all'articolo 24 Cost. nella parte in cui non prevede l'inutilizzabilità di prove che derivano non solo in via diretta, ma anche in via mediata da un atto posto in essere in violazione dei divieti ed in particolare nella parte in cui consente l'inutilizzazione del corpo del reato acquisito all'esito di una perquisizione nulla. La Corte ha stabilito che l'inutilizzabilità, delineando un regime normativo che esclude l'efficacia dell' atto probatorio acquisito in violazione di specifiche disposizioni di legge prescinde dai possibili vizi riguardanti il procedimento acquisitivo. Perciò, tale regime supera il profilo dell'atto processuale e delle relative conseguenze sanzionatorie in termini di invalidità, diretta o derivata, per incidere – attraverso l'autonoma categoria dell'inutilizzabilità - non sull'atto processuale illecito, in sé e per sé considerato, ma direttamente sulla sua idoneità giuridica a svolgere funzione di prova<sup>1690</sup>.

L'eterogenea invasività della sfera della *privacy* da parte dei mezzi di indagine mezzi a disposizione dalla moderna tecnologia pare che possa giustificare una diversificazione delle garanzie processuale penalistiche sottese alla loro utilizzazione da effettuarsi anche in via interpretativa in difetto di una specifica disposizione legislativa, con la conseguente necessità di affermare l'inutilizzabilità dei risultati di tali strumenti<sup>1691</sup>.

Pertanto possiamo dire che il pedinamento satellitare non è poi suscettibile di formare oggetto di un procedimento analogico sia per l'obiettivo difficoltà di trovare un istituto tipico affine da cui ottenere la *eadem ratio* sia perché le poche disposizioni potenzialmente compatibili comò ad es. quelle concernenti le intercettazioni. L'osservazione che precedono si attagliano a quei tentativi dottrinali che hanno fatto ricorso alla disciplina della intercettazioni alla stregua di un punto di riferimento. Dal quale concludere una serie di garanzie anche per il rilevamento satellitare, come la limitazione della sfera penalistica alle ipotesi parallele previsti dagli articolo 266 c.p.p. Altrettanto l'obbligo di un provvedimento motivato del giudice per le indagini

<sup>1688</sup> Cass. 18 settembre 2003, Kazazi, in *Cass. pen.* 2004, p. 3280.

<sup>1689</sup> F. CORDERO, *Prove illecite nel processo penale*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, 1961, p. 149.

<sup>1690</sup> Corte cost. 01/332.

<sup>1691</sup> L. VELANI, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema di individuazione satellitare*, g.p.s. in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 2372.

preliminari per autorizzare l' esecuzione delle operazioni. L' istituto tipico verrebbe in rilievo in quanto mezzo investigativo avente la medesima capacità intrusiva<sup>1692</sup>.

La sanzioni di inutilizzabilità opera soltanto quando sia espressamente comminata o quando una prova sia stata assunta in violazione del divieto di legge (articolo 191 comma 1 c.p.p.)<sup>1693</sup>.

I divieti probatori, la cui violazione rende l'atto contenuto probatorio inutilizzabile a norma dall'articolo 191 c.p.p., sono non solo quelli espressamente previsti dall'ordinamento processuale, ma anche quelli da esso desumibili il che accade tutte le volte in cui i divieti in materia probatoria non sono dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova<sup>1694</sup>.

La sanzione dell' inutilizzabilità ha valore assorbente in relazione alla nullità pur comminata dalla disposizione generale di cui all'art. 125 comma 3 c.p.p. (fattispecie in tema di risultati delle intercettazioni dichiarati inutilizzabili in quanto le stesse erano state disposte con decreto sprovvisto di motivazione)<sup>1695</sup>.

Non è fondata nei sensi cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 15 Cost. dell'art. 266 c.p.p. nella parte in cui non consente di estendere le garanzie previste per le intercettazioni all'acquisizione di dati che possano portare all'identificazione del soggetti delle conversazioni nonché del tempo e del luogo delle medesime<sup>1696</sup>.

Secondo parte della dottrina la preclusione in oggetto prende carattere relativo in riferimento alle norme penali qualora sia possibile un'estensione *in bonam partem* ma in presenza di due condizione cumulative. La prima è la sussistenza della *eadem ratio*, la seconda è il carattere regolare della norma, in presenza di una previsione eccezionale, il divieto di analogia deve ritenersi assoluto<sup>1697</sup>.

I predetti limiti incitano a respingere il parallelo tentativo di assimilazione alle ispezione personali, benché animato di estrapolare dalla disciplina di queste ultime la garanzia del decreto motivato dell'autorità giudiziaria, quale presupposto di legittimità<sup>1698</sup>.

#### V.2.1.6.7.4. La compatibilità dello strumento con le previsioni costituzionali

Il tema ha notevole interesse tanto in dottrina quanto in giurisprudenza con particolare riferimento alla questione delle prove incostituzionali.

Rispetto al rilevamento satellitare, la costituzione orienta l'esegesi delle disposizioni ad esso applicabili e permette di verificare la loro legittimità. Le norme costituzionali che vengono in considerazione attengono a valori fondati che coinvolgono, da un lato la esigenza punitiva dello Stato e dall'altro le disposizioni degli articoli 13, 14, e 15 Cost. L'articolo 15 Cost. se riferisce all'inviolabilità della libertà personale del domicilio comunque della libertà e segretezza delle comunicazioni, che è assicurata attraverso la previsione della doppia riserva di legge e giurisdizione. Anche,

---

<sup>1692</sup> L. VELANI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1693</sup> Cass. 14 marzo 1990, Bartolomeo ed. a., in *C. pen.* 1990, II, p. 207.

<sup>1694</sup> Cass. s.u. 27 marzo 1996, Sala *F. It.* 1996, II, 473, nonchè in *Guida dir.* 1996, f. 29, p. 73.

<sup>1695</sup> Cass. 25 marzo 1991, D'Errico ed. a., in *G. It.* 1992, II, p. 130.

<sup>1696</sup> Corte cost. 93/81.

<sup>1697</sup> C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali*, cit. p. 245.

<sup>1698</sup> L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 2005, II ed., p. 333.

mezzo la predeterminazione delle ipotesi di compressione e l'imposizione del provvedimento motivato della autorità giudiziaria<sup>1699</sup>.

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale - sollevata con riferimento all'articolo 14 Cost. - dell'articolo 266 comma 2° c.p.p. nella parte in cui, consentendo le intercettazioni di comunicazioni tra presenti all'interno del domicilio, presupporrebbe la preventiva clandestina intrusione nel domicilio stesso degli agenti operante per la collocazione di microspie e/o di apparati di captazione e/o di trasmissione del suono non essendo tecnicamente necessaria una intrusione nei luoghi di privata dimora per eseguire le operazioni di intercettazione, la mancanza di indicazioni da parte del giudice *a quo* delle modalità con cui le stesse sono state concretamente eseguite non consente di verificare la sussistenza di profili di illegittimità<sup>1700</sup>.

La Corte di Cassazione ha sostenuto che "... *la localizzazione di una persona ( o di un oggetto in movimento) può essere considerata un'attività di intercettazione, anche se realizzata con modalità e tecnologie similari a quelle con le quali vengono portate ad esecuzione, appunto, le intercettazioni previste del codice di rito*".

Il capo IV del libro III del predetto codice reca come è noto, intercettazioni di comunicazioni e conversazioni. Però, nei corso delle indagini, gli spostamenti dei ricorrenti furono monitorati e ricostruiti attraverso una attività di rilevazione satellitare<sup>1701</sup>.

Occorre operare una distinzione tra il rilevamento satellitare e le attività di natura preparatoria o esecutiva. Infatti si ha una operazione investigativa di per sé non lesiva della libertà personale, sia essa fisica o psichica, può dirsi per inviolabilità del domicilio, posizione che risulterebbe quanto meno arbitraria l'equiparazione della mera localizzazione a condotte analoghe a quelle contemplate dal c.p.<sup>1702</sup>.

La Suprema Corte ha poi escluso anche l'incidenza dell'articolo 15 Cost. sull'importanza dell' estraneità *ratione obiecti* del mezzo investigativo al novero degli strumenti idonei a interferire con la libertà e segretezza delle comunicazioni.

Tuttavia, il problema esiste tra la compatibilità della tecnica di indagine anche con il diritto alla trattamento di dati personali, riservatezza che, tutelato dalla legge in tema di trattamento di dati personali, sarebbe stato recepito, sia pure implicitamente, dall' articolo 2 Cost. quale disposizione aperta a nuove posizioni soggettive legate alla personalità dell' individuo<sup>1703</sup>.

È evidente che il diritto alla *privacy* estendendosi ad aspetti della vita privata quali i luoghi frequentati alla circolazione dei singoli sul territorio, non potrebbe fermarsi tutelato in un sistema che accetta senza limiti la localizzazione satellitare. Strumento investigativo distinto, per il grado di invasività, dal pedinamento tradizionale<sup>1704</sup>.

Pertanto, il contrasto esiste in ragione del disquilibrio normativo originato dall' assoggettamento a un trattamento differenziato di istituti affini, irrogando il codice di rito il controllo giurisdizionale sui mezzi nominati di ricerca della prova incidente sulla riservatezza senza che le previsione venga stessa allo strumento in esame<sup>1705</sup>.

---

<sup>1699</sup> L. CARLI, *op. cit.* p. 334.

<sup>1700</sup> Corte Cost. 00/304.

<sup>1701</sup> Corte di Cassazione sentenza n. 16130 del 2 maggio 2002 (inedita).

<sup>1702</sup> Articolo 614 c.p.p.

<sup>1703</sup> Legge 13 dicembre 1996, n. 675. Trattamento di dati personali.

<sup>1704</sup> L. VELANI, *Nuove tecnologie, op. cit.* p. 2372.

<sup>1705</sup> L. VELANI, *op. loc. ult. cit.*

Se deve rigettare come strema la tesi incline a negare al diritto alla riservatezza qualsiasi fondamento costituzionale<sup>1706</sup>.

A norma dall'analisi complessiva degli articoli 14 e 15 Cost., si ricava mediante l'inclusione in una categoria generale, il concetto di riservatezza di cui valori come l'inviolabilità del domicilio o la tutela delle comunicazioni non rappresentano che concrete determinazioni<sup>1707</sup>.

Se si accetta tale impostazione se deve dire che esiste una apparente lacuna costituzionale, si arriva alla conclusione secondo la quale, al di là del *nomen generis* di *privacy*, la scelta di legittimità sarà condizionato alla verifica dell'osservanza da parte del legislatore delle singole disposizioni poste a presidio dei diritti che ne rappresentano una specificazione. Il sistema processuale penale è ragionevole, non a caso la disciplina più puntuale e garantista è riservata ai mezzi di indagine potenzialmente lesivi di una delle determinazioni del diritto al compiacimento di una sfera personale posta al riparo da ingerenze estreme. Il rapporto va alle intercettazioni così come agli altri mezzi di ricerca della prova espressamente, previsti dalla legge, ai quali un trattamento differenziato deve fermare giustificato<sup>1708</sup>.

Dobbiamo fare la distinzione tra gli atti preparatori o esecutivi, intendendosi per tali le operazioni necessarie all'effettuazione del rilevamento. La relazione va, in particolare all'installazione del ricevitore sul veicolo del soggetto da monitorare atteso che l'occulta intrusione nell'abitacolo potrebbe ritenersi offensivo di un luogo destinato all'esplicazione della vita privata. Tuttavia alla collocazione interviene la polizia giudiziaria di propria iniziativa in mancanza di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria. La questione è importante, nella dottrina ha maggioranza l'orientamento incline a ravvisare nell'abitacolo dell'autovettura uno dei luoghi protetti dall' articolo 14 Cost.

La qualificazione riposa su qualcuno indici che costituirebbe per la configurabilità di un ambito spaziale isolato dall'esterno, per la sua destinazione alla vita privata e il conseguente riconoscimento di uno *ius excludendi alios* in capo al titolare<sup>1709</sup>.

Non appare possibile l'assimilazione dell'autoveicolo a dimora privata, per le ragioni fatte proprie dalla giurisprudenza di legittimità, trattandosi rispettivamente di concetti eterogenei, da un lato un mezzo di trasporto e dall'altro una privata dimora che echeggia una struttura abitativa stabile tendenzialmente immobiliare<sup>1710</sup>.

Sul piano costituzionale possiamo dire che la legittimità dell'ingresso *invito domino* è condizionata alla previsione legislativa in ordine "ai casi e ai modi" in cui può avvenire inoltre alla necessità di un atto motivato dalla autorità giudiziaria<sup>1711</sup>.

La giurisprudenza maggioritaria in ogni modo supera in radice la questione<sup>1712</sup>. Negando, così intesa, all'abitacolo la qualità di domicilio, si pure con qualcuna eccezione<sup>1713</sup>.

---

<sup>1706</sup> E. APRILE- F. SPIEZA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Giuffrè, 2004, p. 160.

<sup>1707</sup> L. VELANI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1708</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 248.

<sup>1709</sup> C. BOTTI, *Ma il sensore posto nell'autoveicolo potrebbe violare il domicilio*, in *Dir. e giust.*, 2002, p. 17.

<sup>1710</sup> C. FANUELE, *Il concetto di privata dimora ai fini delle intercettazioni ambientali*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2746.

<sup>1711</sup> P. GIORDANO, *Inapplicabili le garanzie delle intercettazioni al semplice monitoraggio della posizione*, in *Guida dir.* 2002, n. 23, p. 54.

<sup>1712</sup> Cass. Sez. Un., 31 ottobre 2001, Policastro, in *Foro it.*, 2002, II, c. 170.

<sup>1713</sup> Cass. Sez. II, 4 maggio 2001, Berlingieri, in *Arch. Giur. Circ.* 2001, p. 818.

La nozione di domicilio deve essere restrittivamente intesa come luogo di privata dimora. Ne consegue che tale non è il luogo dove l'indagato esercita la propria attività lavorativa e sono pertanto legittime le videoriprese di tale luogo effettuate con una telecamera installata sulla via pubblica<sup>1714</sup>.

Ai fini della individuazione delle condizioni e dei limiti di ammissibilità delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti rientrano nel concetto di privata dimora tutti quei luoghi che, oltre all'abitazione assolvano alla funzione di proteggere la vita privata.<sup>1715</sup> Pertanto destinati al riposo, all'alimentazione, alle occupazioni professionali e all'attività di svago, tra cui va ricompreso l'abitacolo di una autovettura adibita, di regola ai trasferimenti da e per il luogo di lavoro e di svago<sup>1716</sup>.

Arriviamo alla conclusione che una intrusione ad opera degli organi investigativi potrebbe essere legittima e giustificata solo in casi e in ipotesi specifiche con modalità individuate attraverso l'applicazione, per analogia, della disciplina prevista per le intercettazioni ambientali e telefoniche trovandosi di fronte a situazioni riferibili alla stessa *ratio* normativa<sup>1717</sup>.

Il rimedio pertanto si sarebbe potuto trovare sollevando una *quaestio de legitimitate* relativa alla disposizione citata nella parte in cui non si conforma all'articolo 14 Cost. non prevedendo espressamente le ipotesi applicative e le modalità esecutive dell'ingresso e nemmeno il controllo giurisdizionale<sup>1718</sup>.

Possiamo dire che altra soluzione sarebbe applicare i principi della teoria delle prove incostituzionali fermando ad esse riconducibili i risultati delle operazioni compiute in disistima di fondamentali diritti del cittadino<sup>1719</sup>.

Pertanto si dovrebbe ottenere una *exclusionary rule*, che non necessita di alcun espresso nesso nella legge ordinaria accordando come autonomo divieto probatorio di diretta applicazione al processo. Parte della dottrina difende la legittimità delle operazioni in cui si sostanzia il rilevamento satellitare<sup>1720</sup>.

Dall'altra parte della dottrina esiste un orientamento più restrittivo, incline a revocarla in dubbio, in particolare per l'inosservanza della riserva di legge e giurisdizione<sup>1721</sup>.

#### V.2.1.6.7.5. L'impiego procedimentale dei risultati

La disponibilità della registrazione dei dati e la descrizione degli incombenti posti in essere dalla polizia giudiziaria richiedono una conveniente modalità di documentazione istaurando un parallelo con del c.p.p. in tema di intercettazioni di comunicazioni<sup>1722</sup>. Anche per il mezzo atipico si renda necessario provvedere alla registrazione dell'oggetto di apprensione e alla verbalizzazione delle operazioni<sup>1723</sup>.

---

<sup>1714</sup> Cass. 25 ottobre 2006, Arcione ed. a *Dir. Giust.* 2006, f. 45, p. 72.

<sup>1715</sup> Cass. Sez. II, 12 marzo 1998, Zagaria, in *Riv. Pen.* 1998, p.1177.

<sup>1716</sup> A. BARBIERI, *In tema di intercettazioni nell'abitacolo di un'autovettura*, in *Giur. It.* 2002, p.140.

<sup>1717</sup> C. BOTTI, *Ma il sensore posto nell'autovettura potrebbe violare il domicilio?* In *D&G*, 2002, p.22.

<sup>1718</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 250.

<sup>1719</sup> C. MARINELLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>1720</sup> A. LARONGA, *L'utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.*, in *Cass. pen.* 2002, p. 3050.

<sup>1721</sup> L. VELANI, *op. cit.* p. 2375.

<sup>1722</sup> Articolo 268 c.p.p. Esecuzione delle operazioni.

<sup>1723</sup> P. PERENTOLI, *Controllo satellitare*, cit. p. 99.

È il caso di rilevare che data la natura investigativa del rilevamento, si dovrà parlare di documentazione delle operazioni e dei risultati senza confusione con la disciplina dei documenti contemplata dal c.p.p.<sup>1724</sup>.

Non esiste una disciplina specifica pertanto dovrà farsi applicazione dell'articolo 357 comma 1 c.p.p., “*la polizia giudiziaria annota secondo le modalità ritenute idonee ai fini indagini anche sommariamente, tutte le attività svolte, comprese quelle dirette alla individuazione delle fonti di prova*”. L'annotazioni contengono l'indicazione dell'ufficiale o agente di polizia giudiziaria che ha compiuto l'attività, del giorno, del ora e del luogo di esecuzione nonché l'enunciazione succinta del suo risultato<sup>1725</sup>. Prima che il pubblico ministero abbia impartito le direttive per lo svolgimento delle indagini, ai sensi dell'articolo 357 comma 2 *lett. f)* c.p.p. la documentazione assumerà la forma di un verbale da compilare secondo le modalità prescritte dal c.p.p.<sup>1726</sup>.

Nel caso che il rilevamento sia finalizzato ad un uso non semplicemente investigativo ma anche probatorio delle risultanze, la polizia giudiziaria sarà tenuta ad adottare la forma verbale, anche dove non sia espressamente prescritto<sup>1727</sup>.

Parte della dottrina è d'accordo in senso conforme con generale riferimento alle attività investigative per le quali non siano previste specifiche modalità di documentazione<sup>1728</sup>.

Il flusso informativo relativo agli spostamento del soggetto monitorato, verrà memorizzato su un supporto appropriato. Ma non è fondata nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 269 comma 2 c.p.p. ult. proposizione, nella parte in cui impone l'applicazione del rito camerale disciplinato a norma dall'art. 127 c.p.p. alla decisione del g.i.p. sulla richiesta del p.m. contestualmente all'istanza di archiviazione, volta alla distruzione della documentazione attinente a intercettazioni telefoniche, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 76 Cost.<sup>1729</sup>.

In relazione alla legittimità costituzionale è costituzionalmente illegittimo l'art. 268 nella parte in cui non prevede che dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico, delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare anche se non depositate. La Corte ha precisato che l'ascolto diretto delle conversazioni non può essere surrogato dalle trascrizioni eseguite senza contraddittorio dalla p.g.: l'accesso diretto alle registrazioni può essere, infatti necessario per valutarne l'effettivo significato probatorio. Tuttavia per utilizzazioni dei risultati delle intercettazioni - ex articolo 270 comma 1 c.p.p. - si deve intendere il tener conto a fini probatori di ciò che nel corso della telefonata intercettata gli interlocutori hanno detto<sup>1730</sup>.

Pertanto è necessario distinguere tra impiego investigativo e quello probatorio. In relazione al primo profilo gli elementi raccolti servono alla prosecuzione delle indagini e possono assumere una valenza euristica, conducendo al ritrovamento di nuove fonti di prova. Sebbene poi si sia in presenza di un mezzo di ricerca della prova, non preordinato alla individuazione di notizie di reato diverse da quella per cui si procede, nulla esclude l'eventuale emersione di queste ultime durante lo svolgimento delle operazioni<sup>1731</sup>.

<sup>1724</sup> Articolo 234 c.p.p. Prova documentale.

<sup>1725</sup> Articolo 115 disp. att. c.p.p.

<sup>1726</sup> Articolo 373 c.p.p.

<sup>1727</sup> A. LARONGA, *L'utilizzabilità probatoria*, cit. p. 3059.

<sup>1728</sup> A. SCAGLIONE, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Giappichelli, 2000, p. 28 ss.

<sup>1729</sup> Corte. Cost. 94/463.

<sup>1730</sup> Cass. 7 maggio 1993, Olivieri, in *A. n. proc. pen.* 1994, p. 291.

<sup>1731</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 252.

Riguardo all'impiego probatorio non appare dubbio che il materiale in esame nella duplice composizione cartacea e informatica, potrà fondare la decisioni incidentali nel corso delle indagini preliminari, tra le quali segnatamente quelle attinenti allo *status libertatis*. L' stesso può dirsi per le definizioni anticipate nel merito, mediante i procedimenti speciali della c.d. alternativa inquisitoria, quali il procedimento per decreto, la procedura abbreviata e l'applicazione della pena su richiesta delle parti<sup>1732</sup>.

Sul problema del fascicolo cui destinare il materiale investigativo è facile sostenere che debba trattarsi del fascicolo per il dibattimento in considerazione della natura dell'atto oggetto di documentazione, il quale è irripetibile. Pertanto dobbiamo considerare la non reiterabilità dei movimenti nello spazio rilevati, la giurisprudenza formata sul pedinamento a vista<sup>1733</sup>.

Di tale punto di vista è la dottrina maggioritaria benché si sia levate qualche voce di segno contrario che ha sostenuto la necessità di circoscrivere la nozione di irripetibilità ai dati probatori acquisibili unicamente attraverso uno specifico atto di indagine, con esclusione pertanto del caso in oggetto<sup>1734</sup>.

Nel quale al raggiungimento del risultato sarebbe sufficiente la deposizione degli operante che hanno effettuato il pedinamento, la interpretazione proposta risulta priva di solide basi. L'incertezza maggiore si appunta tanto sull'esatta definizione di atto irripetibile quale è accolta dall'articolo 431 *lett. b)* c.p.p. quanto sulla pretesa corrispondenza tra la disposizione e i risultati del pedinamento satellitare<sup>1735</sup>.

Devono ritenersi non ripetibili quelle attività di indagine che si è evidentemente ricognitive di situazioni o accadimenti insuscettibili di reiterazioni<sup>1736</sup>. La sentenza ha ricondotto alla sfera di operatività dell'articolo 431 *lett. b)* c.p.p. i verbali di sopralluogo e osservazione con le connesse riprese fotografiche, in quanto riproducono fatti e persone individuati in situazioni soggette a mutamento<sup>1737</sup>. Tale connotato originario e intrinseco procede dall'oggetto allo strumento mediante il quale esso è ricercato o assicurato e ha una valenza diacronica<sup>1738</sup>. Invece la contraria e minoritaria opinione non da una valida definizione di irripetibilità perché la confonde con quella dell'impossibilità di assunzione alternativa dell'atto di indagine<sup>1739</sup>.

La posizione avrebbe l'effetto di disconoscere il carattere dell'irripetibilità anche ad atti investigativi che ne sono pacificamente connotati in base alle previsioni normative. Si pensi, ad esempio, a taluni mezzi di ricerca della prova tipici, come l'ispezione o la perquisizione, il cui risultato è potenzialmente surrogabile dalla deposizione degli operante<sup>1740</sup>.

Significativo è il caso del g.p.s. le cui risultanze non sono certo assimilabili alla deposizione del pedinatore. Ma sarebbe impropria l'equiparazione, in tema di intercettazioni tra le registrazioni e la eventuale testimonianza dell'operatore in ascolto<sup>1741</sup>.

---

<sup>1732</sup> M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, op. Cit.

<sup>1733</sup> Cass. Sez. I, 14 giugno 2000, Guastalegname e altri, in *C.e.d.* n. 216551.

<sup>1734</sup> Cass. Sez. II, 26 marzo 1997, Baldini, in *Cass. pen.* 1999, p. 249.

<sup>1735</sup> L. VELANI, *op. cit.* p. 2373.

<sup>1736</sup> Cass. Sez. Un. 28 ottobre 1998, Barbagallo (inedita).

<sup>1737</sup> Cass. sez. I, 3 marzo 1997, D'Onghia, in *C.e.d.* n. 207816.

<sup>1738</sup> F. MOLINARI, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.* 1996, p. 196.

<sup>1739</sup> F. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.* 1996, p. 196.

<sup>1740</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 253.

<sup>1741</sup> In questo senso, riguardo all'esclusione di tale assimilazione, Cass. Sez. I, 14 giugno 1993, Delle Fave, in *C.e. d.*, n. 7263.

La tesi non è quindi sostenibile nemmeno se si adottano i relativi postulati teorici. Pertanto la previsione dell'articolo 431 *lett. b)* c.p.p. impone una soluzione, sia pure facendo riferimento al solo verbale degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria<sup>1742</sup>.

La legge dà luogo a qualche incertezza circa la possibilità di allegare alla documentazione cartacea la ben più significativa registrazione dei risultati. Dobbiamo riguardare il ricorso a quell'indirizzo giurisprudenziale che nell'affrontare ipotesi analoghe, relative ai c.d. servizi di osservazione controllo e pedinamento tradizionale, ha fatto prevalere la tesi positiva<sup>1743</sup>.

In tema di video – riprese strumenti non riconducibili, alla nozione di intercettazione, si pongono questioni interpretative in larga misura comuni alla disciplina di tale mezzo tipico<sup>1744</sup>.

Significativo sono i profili relativi all'esatta determinazione del concetto di "alterità" e identità procedimentale su cui la dottrina si è lungamente detenuta. In proposito non rimane che richiamarsi agli esiti di tale elaborazione<sup>1745</sup>. L'articolo 270 c.p.p. ha una sfera di operatività rigorosamente circoscritta alle captazioni, contemplate dagli articoli 266 e 266 – *bis* c.p.p. con esclusione, dunque, dei risultati di attività investigative ad esse non ascrivibili. L'articolo 270 c.p.p. se riferisce all'utilizzazione in altri procedimenti.

La Corte ha sostenuto che non è fondata con riferimento all'articolo 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 270 comma 1 c.p.p., nella parte in cui consente l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni solo limitatamente ai procedimenti relativi ai reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. La norma che eccezionalmente consente, in casi tassativamente indicati dalla legge, l'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi, limitatamente all'accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale, costituisce indubbiamente un non irragionevole bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono<sup>1746</sup>.

Appare evidente la necessità di ricondurre il problema entro lo schema della disciplina generale contemplata dall'articolo 238 c.p.p., il cui terzo comma stabilisce che è comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili. Nel caso di irripetibilità originaria, non verrà in rilievo la previsione del secondo periodo che si riferisce alle ipotesi nelle quali la reiterazione dell'atto, di cui si richiede, l'acquisizione, sia divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenute subordinando la circolazione probatoria alla loro imprevedibilità. Giacché gli unici limiti all'accesso nel procedimento *ad quem* sono quelli attinenti alla scelta di ammissibilità da parte del giudice in ordine alla verifica di eventuali divieti legislativi e alla esclusione di prove superflue e irrilevanti per l'accertamento della penale responsabilità<sup>1747</sup>.

---

<sup>1742</sup> Cass. Sez. I, 8 ottobre 1997, Mangiolfi, in *Arch. n. proc. pen.* 1998, p. 275.

<sup>1743</sup> In dottrina, A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass. Pen.* 1999, p. 1198. *Contra* G. BORELLI, *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in *Cass. pen.* 2001, p. 2439.

<sup>1744</sup> E. APRILE- F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche*, cit. p. 195.

<sup>1745</sup> L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit. p. 180.

<sup>1746</sup> Corte Cost. 94/63

<sup>1747</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 256.



#### V.2.1.6.7.6. Le surveillance technologies nell'esperienza nordamericana

La società moderna ha visto lo sviluppo di tecnologie di libertà anche tecnologie del controllo. Alla promozione delle libertà individuali per effetto della capacità connettive delle *new technologies* ha fatto da contraltare anche un significativo potenziamento delle capacità di monitoraggio sugli individui, con conseguente limitazione di alcuni diritti fondamentali, primo di tutti la *privacy*. La proliferazione di telecamere di sorveglianza in luoghi pubblici aperti o esposti al pubblico, ambiti rispetto ai quali le persone possono aspettare la tutela del proprio diritto alla *privacy*, minori da quelle che vantano nell'abitazione. Dove restano, se no di un diritto alla *privacy* in senso pieno di una specie di diritto all'anonimato, funzionale alla tutela delle libertà di circolazione e di parola<sup>1748</sup>. Parte delle informazioni relative agli aspetti più intimi della vita delle persone vengono raccolte proprio in conseguenza dell'uso che esse fanno, tanto in ambiti privati che pubblici, delle stesse tecnologie di libertà. Telefonia cellulari, sistema Telepass o per la connessione via *Internet* lasciano segni del loro impiego. Controllati, registrati, filmati, rintracciabili per i segni che lasciamo con i nostri apparecchi o semplicemente con prodotti dotati di particolari qualifiche, siamo protagonisti involontari e distratti di un crescendo tecnologico. Oggi con la propagazione di impianti di microchip sottopelle, supera gli scenari più avveniristici<sup>1749</sup>.

È evidente che tutto questo comporta rischi per le libertà fondamentali garantiti dai regimi democratici<sup>1750</sup>. Possiamo ricordare i frequenti abusi delle tecnologie del controllo specialmente delle intercettazioni telefoniche da parte dall'FBI che sono raccontati in *The Eavesdroppers*<sup>1751</sup>.

In Italia il fenomeno delle intercettazioni illegali e dell'indebita diffusione di dati o documenti concernenti comunicazione legittimamente o illegittimamente intercettate ha assunto una gran dimensione dopo le risenti indagini della procura milanese sul caso Telecom Italia. Tal fatto ha incitato il Governo a varare il decreto legge sopra i Disposizioni urgente per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche<sup>1752</sup>.

Comunque in seguito a tale riforma l'argomento è rimasto al centro del dibattito politico, tanto da diventare oggetto di un appropriato disegno di legge, intitolato *Disposizioni in materia di intercettazioni telefoniche ed ambientali, e pubblicità degli atti di indagini*<sup>1753</sup>.

Nella letteratura statunitense i nuovi strumenti investigativi siano classificati in tre categorie, secondo il grado di incidenza sul diritto alla *privacy*. Possiamo distinguere tra *hyper – intrusive searches, virtual surveillance e high volume collection*<sup>1754</sup>. Al livello più alto di questa scala cerchiamo le c.d. *hyper - intrusive searches*, comprensiva

<sup>1748</sup>C. SLOBOGIN, *Public privacy: camera surveillance of public places and right to anonymity*, in 72, *Miss.Law Journal*, 238 ss. (2002-2003)

<sup>1749</sup>A. ANSELMINI, *Attenti alla gogna elettronica*, in *La Repubblica*, 10 febbraio 2005.

<sup>1750</sup> Negli Stati Uniti il sistema normativo è estremamente complesso, sono numerose leggi federali, tra le quali l'*Electronic Communications Private Act* (ECPA) del 1986, il *Computer Fraud and Abuse Act* (CFFA), il *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) del 1978, il *Family Education Rights and Privacy Act* (FERPA), il *Cable Act*, il *Federal Wiretap Statute*, il *Pen Register and Trap and Trace Statute*, le *Federal Rules of Criminal Procedure*, l'*Immigration and Nationality Act*, il *Money Laundering Act*, il *Bank Secrecy Act*.

<sup>1751</sup>DASH - SCHWARTZ - KNOWLTON, *The Eavesdroppers*, New Brunswick, N.J. 1959.

<sup>1752</sup> Decreto legge settembre 2006, n. 259, convertito con emendamenti con legge 20 novembre 2006, n. 281.

<sup>1753</sup> Disegno di legge n. 1638, approvato dalla Camera dei Deputati il 17 aprile 2007.

<sup>1754</sup>R. SIMMONS, *The powers and pitfalls of technology*, New York University, 2005, p. 712.

di tutti i mezzi di indagine che danno accesso a informazioni molto riservate. Gli strumenti in esame consentono di controllare gli aspetti più intimi della vita delle persone, per di più all'insaputa degli interessi e in tempo reale. Il caso esemplificativo di impiego di *hyper intrusive technologies* è rappresentato dalla intercettazioni di comunicazioni. Ai sensi del IV Emendamento e oggetto anche di specifica disciplina legislativa esiste un apparato di garanzie<sup>1755</sup>.

Negli ultimi anni sono arrivate alla ribalta inoltre le c.d. video intercettazioni e sistema come la Linterna Magica e i *Key Logger Systems*. *The key logger system* è un programma che monitora i caratteri digitali su tastiera del personal computer, così permettono di capire le *passwords* di accesso al sistema informatico o di forzare la c.d. *strong encryption* (cioè la protezione dei dati realizzata tramite crittografia). La linterna magica è una tecnologia recentemente sviluppata dall'FBI. Come il *Key loggers* essa consente di rilevare i caratteri digitati, ma la sua installazione non richiede agli investigatori di accedere fisicamente al sistema informatico. Può essere inviata via *e-mail*, approfittando delle falle del sistema antivirus<sup>1756</sup>.

Però in mancanza di una specifica disciplina legislativa, rispetto a questi inediti mezzi di indagine ci si chiede se il loro impiego sia legittimo, se e da quali garanzie debba essere assistito<sup>1757</sup>.

La seconda categoria, *virtual surveillance*, include quelle tecnologie che sono dotate di una minore capacità intrusiva rispetto a quelle considerate in ragione della diversa natura del dato captato. Sebbene permettano agli organi investigativi di conseguire conoscenze non accessibili senza l'ausilio tecnologico, tuttavia la informazione ottenuta è meno sensibile delle precedenti<sup>1758</sup>.

È il caso dei *pen registers & trap and trace devices*, che rivelano solo i dati esterni della comunicazione telefonica o telematica. Possiamo pensare ai *thermal imagers*, che si limitano ad una sorta di mappatura del calore emanato dall'edificio per dimostrare la differenza di temperatura tra le varie zone, ma non rivelano che vi accade<sup>1759</sup>.

La terza categoria, *high volume collection technologies*, è un sistema che procedono alla raccolta di massa di informazioni provenienti da varie fonti, e passano al setaccio i dati ottenuti per individuare il percentuale che potrebbe essere rilevante per le indagini. Simili dispositivi sono impiegati però lo più in aree pubbliche o aperte pubblico, dove transitano o stazionano una gran quantità di soggetti, per identificare persone ricercate o sospettate oppure al fine di controllarne gli spostamenti. Un esempio di *high volume collection Technologies* è il sistema di identificazione biometrico noto come *facial recognition technology* che si basa sull'intestatura delle immagini raccolte dagli inquirenti con i dati biometrici della persona ricercata<sup>1760</sup>.

---

<sup>1755</sup> Titolo III dell' *Omnibus Crime Control and Safe Street Act*, del 1968, così come emendato dall' *Electronic Communication Privacy Act* del 1986 (ECPA) e dal *Patriot Act* del 2001.

<sup>1756</sup> C. WOO – M. SO, *The case for Magic Lantern, September 11 highlights the need for increased surveillance*, in Volume 15, Number 2, *Harvard Journal of Law and Technology*, p. 521 ss.

<sup>1757</sup> G. DI PAOLO, *op. cit.* p. 19.

<sup>1758</sup> I. LA FAVE, *Search and seizure: A treatise on the Fourth Amendment*, 4<sup>a</sup> ed., vol. I, 2004, p. 729 – 785.

<sup>1759</sup> S. SALZBURG – D. CAPRA, *American criminal procedure. Cases and commentary*, 7<sup>a</sup> ed. 2000, p. 64 – 72.

<sup>1760</sup> J. BROGAN, *Facing the music: the dubious constitutionality of facial recognition technology*, in 25, *Hasting Comm. & Ent. Law Journal*, 65 (2002 – 2003).

Pertanto caratteristiche affini il c.d. *Carnivore System* utilizzato dall'FBI per il controllo delle comunicazioni via *internet*<sup>1761</sup>.

#### V.2.1.6.7.7. Monitoraggio tecnologico sugli spostamenti nello spazio

Dobbiamo ricordare che le tecnologie della sorveglianza costituiscono un settore estremamente diversificato ed in continua evoluzione. La ossessione tecnologica per il proliferare di sistema di controllo a distanza si riconnette non esattamente all'incombere della sorveglianza statica convenzionale. Altrettanto alla crescente diffusione della c.d. sorveglianza dinamica, che non si limita a recuperare staticamente un posto, invece considera in tempo reale gli spostamenti di persone o cose, e dunque la loro ubicazione<sup>1762</sup>.

Esistono varie modalità operative mezzi cui gli inquirenti possono eseguire il tracciamento dei movimenti di un soggetto che siano rilevanti per il procedimento penale. Però il metodo ordinariamente impiegato è il pedinamento che implica l'inseguimento della persona, dovunque vada e qualsivoglia mezzo utilizzi per spiare le mosse<sup>1763</sup>. È una prassi investigativa che consente il controllo in tempo reale degli spostamenti<sup>1764</sup>.

È evidente che gli svantaggi del pedinamento vecchio stile, sono rappresentati dal rischio che l'interessato si accorga di essere marcato a vista nonché dagli ingenti costi, in termini di tempo e risorse umane, ad esso correlati<sup>1765</sup>.

Dobbiamo segnalare che attualmente l'avvento di nuove tecnologie ha consentito il superamento dei citati inconvenienti, poiché sono stati sviluppati sistemi di localizzazione a distanze di persone o cose che possono essere facilmente piegati a fini investigativi, ad esempio i *beepers* elettronici. Giacché consistono in apparecchi trasmettenti (*transponders*) che a intervalli regolari emettono segnali su una specifica frequenza radio. Questo segnale può essere captato da apposita strumentazione e permette di localizzare in modo approssimativo l'oggetto o la persona su cui il *transponder* è stato occultato<sup>1766</sup>.

Non dobbiamo dimenticare il sistema di rilevamento satellitare come il GPS, *Global Position System*. Il dispositivo GPS consiste in un ricevitore terrestre che riceve ed elabora i dati inviati da una rete di 24 satelliti. Esso è in grado di individuare con estrema precisione la propria posizione (e indirettamente dell'oggetto su cui è installato) grazie alla triangolazione con almeno tre satelliti. Poiché il GPS è uno strumento passivo, il suo impiego a scopi investigativi richiede l'installazione sul veicolo da monitorare di una ricetrasmittente, che a sua volta capisce e trasmette i dati elaborati dal GPS agli impianti nella disponibilità degli inquirenti. Per una più accurata descrizione delle caratteristiche tecniche del GPS e dei più recenti sistemi Iridium e Galileo<sup>1767</sup>.

---

<sup>1761</sup> Il *Carnivore System* è un *software* sviluppato per la ricerca di *e-mails* sospette attraverso dei filtri preimpostati.

<sup>1762</sup> G. DI PAOLO, *Tecnologie del controllo e prova penale*, Cedam, 2008, p. 159.

<sup>1763</sup> T. CLANCY, *Copyng with technological change: Kylo and the proper analytical structure to measure the scope of Fourth Amendment rights*, in 72, *Miss Law Journal*, p. 526, 538 (2002 – 2003).

<sup>1764</sup> T. CLANCY, *op. cit.* p. 526, 538, 539.

<sup>1765</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 270.

<sup>1766</sup> I. LA FAVE, *Criminal procedure*, West Publishing Co., S. Paul, Minn, 2<sup>a</sup> ed. 1992, p. 757.

<sup>1767</sup> P. PERENTOLI, *Controllo satellitare con GPS: pedinamento o intercettazione*, in *Dir. Pen. Proc.* 2003, p. 94 ss.

Altro sistema più diffuso è il sistema di localizzazione per celle su cui è basata la telefonia mobile<sup>1768</sup>.

È importante rilevare che l'espressione pedinamento elettronico rivela il mutamento terminologico riflette l'intreccio tra la funzione tradizionale, e le nuove modalità esecutive ad alto contenuto tecnologico. È aumentato il numero di persone monitorate è l'estensione spaziale e temporale del controllo. Anche il livello di discrezione dei controllori, perché la miniaturizzazione dei dispositivi di controllo a distanza assicura massima segretezza e consente di spiare da postazioni remote, senza esposizione al rischio di essere visti. Tecnologia digitale e interconnessione in rete permettono la creazione di giganteschi *databases*. Pertanto se può raccogliere, incrociare e conservare masse di informazioni proveniente dalle fonti più disparate, frequentemente amministrato da soggetti la cui funzione istituzionale è estranea alla diffusa sociale contro il crimine<sup>1769</sup>.

Pertanto al controllo in tempo reale degli spostamenti si è così può crescere la possibilità di un loro tracciamento *ex post* itinerario ormai concluso attraverso l'acquisizione dei dati in possesso dei vari gestori di servizi basati sull'ubicazione (telefonia mobile, telepass, etc.) ovvero da organismi pubblici e privati preposti al controllo dei trasporti e del traffico stradale<sup>1770</sup>.

Il sistema è concepito per incrementare l'efficienza dei trasporti e la sicurezza stradale, è utile a fini investigativi, il c.d. *Intelligent Transportation System* (ITS) è un sistema di controllo stradale voluto dall' *U.S. Departmento of Transportation*, basato sull'intreccio di varie tecnologie ( transponders, telecamere, lettori automatici di targhe, sistema telepass, dispositivi *wireless*, etc. ). Egualmente utili per la ricostruzione degli spostamenti d'un veicolo possono essere le c.d. scatole nere, i navigatori satellitari GPS, i sistema telematici installati sulle autovetture per avere informazioni sul traffico, i sistema di telefonia mobile o di *wireless communication*, i *photo red light* (questi ultimi sono impiegati per l'accertamento di infrazioni stradali )<sup>1771</sup>.

L'acquisizione di informazioni precostituite registrate e conservate da organismi pubblici o privati per l'esercizio delle proprie funzioni istituzionali siano esse economiche o di altra natura. Pedinamento e tracciamento *ex post* stanno tra loro come le intercettazioni di comunicazioni stanno all'acquisizione dei tabulati telefoniche. Quale sia il regime giuridico applicabile e se i dati relativi all'ubicazione degli apparecchi godano tuttavia di una qualche tutela costituzionale, ed eventualmente quale anche alla luce del principio costituzionale della libertà di circolazione. Nel caso della captazione di immagini in ambiti pubblici o aperti al pubblico, la crescente diffusione di strumenti che consentono alla polizia un controllo sistematico degli spostamenti delle persone ha innesco un acceso dibattito nel mondo giuridico statunitense<sup>1772</sup>.

Nonostante l'orientamento maggioritari, rappresentativo dalla giurisprudenza e legislazione federale nega che il monitoraggio tecnologico degli spostamenti di una persona o di un veicolo in sede pubblici possa essere ricondotto nell'ambito di operatività del IV Emendamento o di altri principi costituzionali<sup>1773</sup>. Per parlare di *seizure* sarebbe necessario fossi impedita la circolazione del veicolo o della persona<sup>1774</sup>.

<sup>1768</sup> C. MARINELLI, *op. cit.* p. 229.

<sup>1769</sup> L. VELANI, *Nuove tecnologie e prova penale il sistema di individuazione satellitare, g.p.s.*, in *Giur. It.* 2003, p. 2373.

<sup>1770</sup> T. CLANCY, *op. cit.* p. 300 – 301.

<sup>1771</sup> T. CLACY, *op. cit.* p. 300- 302.

<sup>1772</sup> G. DI PAOLO, *Tecnologie del controllo e prova penale*, cit. p. 163.

<sup>1773</sup> Per siffatte conclusioni cfr. *United States v. Jackson*, 213 F. 3d 1269, 1281 (10th Cir. 2000), cit. anche da BLITZ, *op. cit.*, p.1379. Tale pronuncia ha riconosciuto che l'uso di telecamere «is an extraordinarily

Altrettanto la protezione assicurata contro *unreasonable searches* non sembra inerente qualora il soggetto o il veicolo sia soltanto pedinato, ma non formato. I sostenitori di questa tesi considerano che simili conclusioni sarebbero imposte dall' *open fields doctrine* elaborata nel caso *Hester*<sup>1775</sup>, dopo ribadita dal caso *Knots* in relazione al monitoraggio di un *beeper* elettronico in spazi pubblici. Il primo *leading case* ha infatti negato che la protezione accordata dal IV Emendamento possa propagarsi alle aree pubbliche o aperte al pubblico<sup>1776</sup>.

Nello stesso senso, la pronuncia *Knots* ha ritenuto che la mera osservazione di ciò che è in *plain view* non costituisca *search* e che lo stesso criterio debba valere quando le capacità percettive siano potenziate attraverso *sense-enhancing technologies*.

Invece nel affrontare le questioni poste dal ricorso a *electronic tracking devices* da parte della polizia, la giurisprudenza tende a distinguere le due fasi di cui compone la procedura. La collocazione anche la rimozione del *beeper* o del diverso dispositivo di tracciamento; il successivo monitoraggio, per la localizzazione a distanza della cosa o della persona a cui l'apparecchio è stato collegato<sup>1777</sup>.

È certo che occorra un incarico per occultare l'apparecchiatura all'interno del veicolo situato sulla pubblica via ovvero per introdursi in un garage privato al fine di eseguire l'installazione. È controverso, invece se sia necessario il mandato qualora il

---

intrusive method of searching», tale da necessitare l'adozione di particolari garanzie se installate all'interno del domicilio, ma ha altresì statuito che nessuna censura di illegittimità costituzionale può essere mossa allorché gli strumenti di ripresa siano collocati su una cabina telefonica pubblica, nella strada antistante l'abitazione dell'imputato. Secondo la Corte, la ratio di tale differenziazione è ascrivibile al fatto che le telecamere poste sulla pubblica via, diversamente da quelle nascoste tra le mura domestiche, riprendono ciò che qualunque passante potrebbe vedere. Questa linea argomentativa accomuna numerose pronunce, tra le quali *U.S. v. Reed*, 2000 U.S. App. LEXIS 22684, 8 (9th Cir. 2000), in tema di videosorveglianza occulta di un atrio comune ad un complesso di appartamenti; *United States v. McIver*, 186 F.3d 1119 (9th Cir. 1999), sulla videosorveglianza automatizzata all'interno di un parco nazionale; *Rodriguez v. United States*, 878 F.Supp 20 (SDNY 1995), a proposito della covert vide-surveillance di attività svoltesi sulla via pubblica; *State v. Augafa*, 992 P.2d 723 (Hawaii Ct. App. 1999), relativa a riprese visive rappresentanti l'imputato su un marciapiede pubblico; *Michigan v. Lynch*, 179 Mich. App. 63, N.W.2d 803 (1989), concernente la captazione occulta di immagini all'interno di un'area comune di una toilette; *Sponick v. City of Detroit Police Dept.*, 49 Mich. App. 162, 211 N.W.2d 674 (1973), riguardante la video-ripresa dell'imputato mentre chiacchiera all'interno di un bar pubblico, tutte citate da SLOBOGIN, *Public privacy: camera surveillance of public spaces*, cit., p.236, nota 106. Per una rassegna giurisprudenziale sul punto cfr. anche LAFAVE, *op. cit.*, p. 777-780.

<sup>1774</sup> *Illinois v. Lidster*, 124 S. Ct. 885 (2004), secondo cui l'arresto della circolazione di un'autovettura su strade e autostrade costituisce *seizure* ai sensi del IV Emendamento.

<sup>1775</sup> *Hester v. United States*, 265 U.S. 57 (1929). La vicenda ruotava attorno ad un'accusa per contrabbando di alcolici. Nel corso delle indagini due agenti si erano appostati fuori dalla casa del padre di Hester, dove l'imputato viveva. Da questa posizione avevano potuto vedere Hester uscire di casa e consegnare una bottiglia ad una terza persona (Henderson). Hester aveva cercato di fuggire, non prima però di impossessarsi di una giara riposta in un'automobile parcheggiata lì vicino. A quel punto un agente aveva sparato e Hester aveva fatto cadere la bottiglia, che si era rotta, mantenendo però una parte del suo contenuto. Anche Henderson aveva gettato via la bottiglia. Recuperati tali oggetti, fu accertato che il liquido residuo era whisky. La stessa sostanza risultò presente anche in una giara rinvenuta rotta al di fuori dell'abitazione.

Impugnando la sentenza di condanna, la difesa eccepì l'inammissibilità della testimonianza dei due agenti sul ritrovamento delle bottiglie, per violazione del IV e V Emendamento. Simile tesi fu però disattesa dalla Corte, secondo cui "*it is obvious that even if there had been a trespass, the above testimony was not obtained by an illegal search or seizure. The defendant's own acts, and those of his associates, disclosed the jug, the jar and the bottle-and there was no seizure in the sense of the law when the officers examined the contents of each after it had been abandoned. This evidence was not obtained by the entry into the house and it is immaterial to discuss that The suggestion that the defendant was compelled to give evidence against himself does not require an answer*".

<sup>1776</sup> C. SLOBOGIN, *op. cit.* p. 239 ss.

<sup>1777</sup> I. LA FAVE, *op. cit.* p. 757- 775.

dispositivo venga attaccato all'esterno di un veicolo parcheggiato in un'area pubblica<sup>1778</sup>.

Rispetto al monitoraggio, il regime garantistico del IV Emendamento viene solitamente correlato all'ingresso della persona o della cosa nel *private domain*<sup>1779</sup>. È discutibile l'equivalenza tra *visual surveillance e scientific enhancement* le due tecniche investigative, pedinamento a vista anche pedinamento elettronico non sarebbe la stessa cosa ai sensi del *Katz test*<sup>1780</sup>.

La giurisprudenza nordamericana in *United States v. Bobinsky* ha riconosciuto che il monitoraggio di un *beeper* elettronico va bene oltre le normali capacità di osservazione dell'uomo medio, in quanto permette la realizzazione di una sorveglianza più estesa e minuziosa altrimenti non possibile<sup>1781</sup>.

Nel caso *Knotts* la sola sorveglianza visiva non avrebbe potuto far scoprire quello che ha rivelato il *beeper*. La polizia aveva perso le tracce del soggetto pedinato e gli astanti non avevano potuto disporre che di una visione frammentata e incompleta della vicenda. Per quello non si condivide che la *disclosure* ai potenziali passanti di *fragments of an imaginary line* sia considerata come equivalente alla totale rinuncia alla *privacy* in relazione ai propri spostamenti<sup>1782</sup>.

Parte della dottrina ha sostenuto che la Costituzione deve imporre limiti all'uso istruttorio di *beepers* o di altri *strumenti* di tracciamento degli spostamenti<sup>1783</sup>. Un parte della giurisprudenza la ricollega al *right to freedom from technologically advanced scrutiny*<sup>1784</sup>.

Per quello la necessità di una disciplina legislativa che dia attuazione puntuale alle garanzie costituzionale, affine a quanto accaduto con l'emanazione del *Title III*, rispetto alle intercettazioni.

Se bisogna rilevare che nell'Italia l'articolo 14 Cost. non si limita a richiedere ai fini della compressione della libertà di domicilio, un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. Anche dice che tale provvedimento sia adottato nei casi e nei modi stabiliti dalla legge.

Imponendo una compiuta disciplina legislativa delle ipotesi e delle modalità di limitazione di detto diritto fondamentale nella specie mancante. Possiamo dire che è obbligata di siffatto *iter* argomentativo è sembrata l'incostituzionalità in riferimento agli artt. 3 e 14 Cost. degli artt. 189 e 266 – 271 c.p.p. e segnatamente dell'art. 266, comma 2 c.p.p. nella parte in cui non estendono la disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. alle riprese visive o videoregistrazioni effettuate nei medesimi luoghi<sup>1785</sup>. La Consulta ha disatteso tali censure<sup>1786</sup>.

Le quali nella sostanza si richiedeva l'emissione di una pronuncia aggiunta così da estendere il sistema di garanzie previsto per le intercettazioni al mezzo di ricerca della prova di nuova generazione<sup>1787</sup>.

---

<sup>1778</sup> A favore dell'applicabilità del IV Emendamento *United States v. Colmes*, 521 F.2d 859 (5th Cir. 1975). In contra: *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974)

<sup>1779</sup> *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984).

<sup>1780</sup> I. LA FAVE, *op. cit.* p. 762.

<sup>1781</sup> *United States v. Bobinsky*, 415 F. sup. 1334 (D. Mass. 1976).

<sup>1782</sup> I. LA FAVE, *op. cit.* p. 763.

<sup>1783</sup> C. SLOBOGIN, *Public privacy: camera surveillance of public space*, cit. p. 238 ss.

<sup>1784</sup> Corte Suprema dell'Oregon, in *State v. Campell*, 759 P. 2d, 1040, 1048 – 1049 (Oe. 1988).

<sup>1785</sup> G. DI PAOLO, *op. cit.* p. 208.

<sup>1786</sup> C. Cost. sent. 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. Cost.* 2002, p. 1062.

<sup>1787</sup> C. SELMI, *Captazione visiva è libertà domiciliare*, in *Giust. Pen.* 2003, c. 50.

La agitazione innovatore si registrano non solo nelle elaborazioni dottrinali anche nella pronunce delle Corti Supreme di alcuni stati. Nell'Oregon in un caso riguardante infatti un *beeper* elettronico agganciato, senza mandato, all'autovettura di una persona sospettata di rapina, la Corte Suprema ha sostenuto l'esistenza del *constitutional right to freedom from technologically scrutiny*<sup>1788</sup>.

Nonostante la Corte Suprema dello Stato di Washington in un caso attinente un pedinamento tramite GPS, il Supremo collegio ha affermato la legittimità del ricorso al GPS perché l'installazione e l'uso del dispositivo erano avvenuti sulla base di un *judicial warrant*.<sup>1789</sup> Molti stati degli Stati Uniti hanno voluto porre limitazioni all'uso investigativo di *tracking devices*, sono provvisto di discipline volte a regolamentare l'installazione e l'uso di *mobile tracking devices*<sup>1790</sup>.

Ricordiamo che Legislazioni come quelle dell'Oregon, della Pennsylvania e dello UTA, richiedono sempre l'emissione di un *court order* per l'installazione e il monitoraggio di *tracking devices* da parte delle forze dell'ordine. Altri stati come California, Texas, Hawaii, Tennessee, limitano il ricorso a queste tecnologie del controllo, specialmente se per obiettivi diversi dalla repressione penale<sup>1791</sup>.

Anche gli *Standars* elaborati dall'*American Bar Association* in tema di *technologically – assisted physical surveillance* sostengono la necessità di una regolamentazione legislativa dell'uso istruttorio di *tracking devices*.

Nell'ordinamento statunitense si è assistito ad un'evoluzione del concetto di *privacy* nel senso della sua emancipazione dall'originaria connotazione di *privacy-property* a quella attuale di *privacy dignity*<sup>1792</sup>. È il risultato di un processo giuridico – sociale caratterizzato dal passaggio da un ordine di importanza dominato dagli interessi proprietari ad un'altra caratterizzata dal riconoscimento e dalla preminenza della persona umana<sup>1793</sup>.

Però il IV Emendamento è stato modificato, questo è una norma importante in tema di regolamentazione dei rapporti tra libertà del singolo e intervento dei pubblici poteri nel campo della libertà personale e domiciliare, con lo spostamento dell'accento dalla proprietà alla dignità umana<sup>1794</sup>. L'ambito di protezione da essa garantito si è infatti espanso sino ad assicurare tutela contro l'infrazione materiale in aree costituzionalmente protette e contro l'acquisizione obbligatoria di beni tangibili.

---

<sup>1788</sup> *State v. Campbell*, 759, P. 2d. 1040, 1048 – 1049, (Or. 1988), in senso contrario la Corte Suprema de Nevada, *Osburn v. State*, 44 p. 3d. 523, 526 (New. 2002).

<sup>1789</sup> *State v. Jackson*, 76 P. 3d. 217, 223 – 224 (Wash. 2003).

<sup>1790</sup> *Oregon Revised Statutes (ORS)*, 133619 (nel testo emendato dal *Chapter 56 Oregon Laws* 1999).

<sup>1791</sup> *California Penal Code, Sec. 637.7*.

<sup>1792</sup> A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, Bulzoni, 1974, p. 457.

<sup>1793</sup> C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori*, Università di Trento, 1995, p. 73.

<sup>1794</sup> G. DI PAOLO, *op. cit.* p.143 ss.: “In termini generali sembra difficile sostenere che attività di indagine come quelle appena descritte possano rientrare nella nozione costituzionale di *search*. Certo, cogliere esattamente il significato di tale parola, da cui dipende l'operatività del regime garantistico ordito dal IV Emendamento, non è agevole, tanto più che il concetto ha palesato nel tempo una note vole vocazione espansiva. Va tuttavia ricordato che già in base all'autorevole definizione contenuta nel *Corpus Juris Secundum* il termine *search* dovrebbe indicare «una attività di indagine esplorativa, o un'invasione e una ricerca, un andare in cerca o lo scoprire. La ricerca può essere segreta, invasiva, realizzata con la forza, e comporta sempre, in qualche misura, una sorta di coercizione, effettiva o virtuale. Essa implica il rovistare, lo scrutare in luoghi nascosti per rinvenire ciò che è celato, ed esige che l'oggetto della ricerca sia stato occultato o intenzionalmente collocato in posti remoti. Nonostante si dica che il ricercare comporta l'esercizio della funzione visiva, in via generale si sostiene che il mero osservare ciò che è esposto alla vista non è *search*”. *Corpus Juris Secundum: a contemporary statement of American law as derived from reported cases and legislation (C.J.S.)*, *Searches and seizure*, § 1, St. Paul, Minn., 1952, cit. da LAFAVE, *op. cit.*, p. 429.

Dobbiamo segnalare che il caso *Katz* in tema di intercettazioni di comunicazioni ha portato a compimento enunciazioni preesistenti anche stimolato un'interpretazione evolutiva del IV Emendamento<sup>1795</sup>.

È necessario reinterpretare il diritto alla libertà personale e domiciliare alla luce dei mutamenti storici, politici e tecnologici che sono successo nella società in cui è destinato ad operare. Possiamo dire che il IV Emendamento non è posto solo a tutela dell'*habeas corpus* ma anche innanzi tutto dell'*habeas corpus mentem*<sup>1796</sup>.

Esso presuppone e garantisce l'inviolabilità di un spazio minimo vitale intorno alla persona, il dominio del contesto nel quale essa opera nell'esercizio delle proprie libertà fondamentali. Le libertà fondamentali hanno bisogno di spazio da respirare, di garanzie collaterali senza le quali la loro conoscenza rimane soltanto una frase<sup>1797</sup>.

Si potrebbe dire che nell'ordinamento nordamericano esiste un elevato livello di protezione delle libertà fondamentali a fronte delle prevalenze connesse alle più recenti tecnologie del controllo. Nel ventennio successivo alla *Katz decision*, il legislatore ha avuto premura di munire le intercettazioni di comunicazioni ( la c.d. *communication surveillance* ) di un forte apparato di garanzie<sup>1798</sup>.

Nonostante la giurisprudenza federale ha cancellato o limitato fortemente le potenzialità insite in *Katz* nel trattare le altre forme di sorveglianza elettronica ( *physical surveillance* e la *transactional surveillance* ) dimostrando di volerne capire le possibili implicazioni costituzionali e tutto ciò che ne deriva sul piano della legge ordinaria<sup>1799</sup>.

Nel nuovo millennio per l'impeto emergenziale la legislazione antiterroristica si muove verso l'attenuazione del regime garantistico che circonda le intercettazioni e l'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni. Tuttavia resta indifferente all'uso investigativo di *physical – surveillance Technologies*. La pronuncia della Corte nel caso *Kyllo* lascia aperto un nuovo panorama nella *Fourth Amendment doctrine*<sup>1800</sup>.

Se deve rilevare che la pronuncia *Kyllo* della Corte Suprema è quella di prorre in evidenza come la tutela accordata al domicilio in senso stretto, nel senso di privata dimora *the home* debba estendersi fino a ricomprendere, l'equivalente tecnologico del *physical trespass*. Il regime di garanzia accordato dal IV Emendamento dovrà scattare inoltre se il controllo sia fatto, senza entrare nel luogo protetto ( penetrazione materia nel luogo protetto). Nel caso che l'ausilio tecnologico permetta agli inquirenti di acquistare conoscenza di passaggio di vita che si svolgono al suo interno e che non potrebbero essere altrimenti conosciuti se non entrando nello spazio protetto. La tutela costituzionale dovrà incontrare applicazione tutte le volte in cui il dato acquisito riguarda aspetti della vita domestica inaccessibili ai terzi. Tuttavia l'impiego del mezzo tecnologico rappresenti l'equivalente funzionale di lavoro investigativo qualificabili come *search* siano esse tipiche o atipiche. Dovrebbe accogliere un trattamento giuridico unitario delle varie forme di aggressioni tecnologiche alla *privacy* personale<sup>1801</sup>.

Nella precedente giurisprudenza statunitense in tema di *search and seizure* la distinzione tra *home, other private domais e public spaces* è presentato in funzione di

---

<sup>1795</sup> *Public Utilities v. Pollack*, 343, U.S. 451 (1952).

<sup>1796</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.* p. 397 ss e 468.

<sup>1797</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.* p. 246.

<sup>1798</sup> *United States v. Karo*.

<sup>1799</sup> Rispetto alla *physical surveillance*, effettuata mediante dispositivi tecnologici, le garanzie del IV Emendamento sono state ritenute operative nei soli casi di introduzione del sistema di sorveglianza all'interno della privata dimora, con conseguente *physical trespass*.

<sup>1800</sup> G. DI PAOLO, *op. cit.* p. 170.

<sup>1801</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.* p. 460.



una differente graduazione del livello di tutela. La soluzione non è nuova nemmeno nell'ordinamento italiano dove è comparso a fini processuali, per salvare certe prove<sup>1802</sup>.

Non vogliamo entrare nel dettaglio di tale complessa normativa nordamericana, in via generale va sottolineato come rintervento legislativo abbia assunto quale obiettivo primario la tutela della sicurezza interna e la prevenzione del crimine, assunte a valori preminenti su ogni altro, anche sull'interesse alla repressione giudiziaria dei reati.<sup>1803</sup> In quest'ordine di idee, sono stati attribuiti eccezionali poteri investigativi alle agenzie preposte al controllo sociale e all'attività di intelligence, "per rendere maggiormente incisiva l'attività informativa funzionale alla prevenzione. Il potenziamento delle agenzie governative è stato realizzato mediante un pacchetto di misure che ha conferito un nuovo assetto alle *surveillance procedures* applicabili nel corso di *criminal investigations* e/o di indagini preventive. Ne sono usciti riformati importanti strumenti investigativi come le intercettazioni di *wire, oral or electronic communication* (Sec. 201, 202, 204, 206, 207, 208, 217), l'acquisizione del contenuto di pregresse conversazioni, registrate e conservate da providers di *electronic Communications service* o di *remote computing service* (Sec. 209, 212, 220), l'accesso ai dati esterni delle comunicazioni (Sec. 210, 212, 214, 216) o ad altri dati raccolti dai servers providers (Sec. 210) o comunque in possesso di terzi (Sec. 215)<sup>1804</sup>, le perquisizioni segrete (Sec. 213). Il risultato della novella è un evidente indebolimento delle garanzie. Altrettanto per questo motivo, oltre che per l'eccezionalità della situazione e per l'elevate intrusività che connota i metodi di sorveglianza poc'anzi menzionati, si è previsto che il regime speciale delineato nel *Patriot Act* fosse temporaneo. Pertanto, in virtù della *sunset provision* contenuta nella Sec. 224, la maggior parte delle disposizioni in tema di *surveillance* avrebbe dovuto perdere di efficacia il 31 dicembre 2005. Nata all'insegna della precarietà, la legislazione antiterroristica d'emergenza si è tuttavia stabilizzata.

---

<sup>1802</sup> A. CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale qualche chiarimento e dubbi nuovi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* p. 1565.

<sup>1803</sup> G. DI PAOLO, *op. cit.* 68.

<sup>1804</sup> L'accesso ai *business records* o ad altri dati in possesso di terzi viene assicurato mediante l'ordine di esibizione di documenti. Nella situazione più garantita l'*order* presuppone un mandato giudiziario, ma in talune circostanze si prescinde del tutto dall'autorizzazione giurisdizionale. Quanto al primo tipo di *order*, il *Patriot Act* (Sec. 209, 210) ha emendato l'ECPA per permettere alle autorità governative di ordinare ai service providers (società di telefonia, gestori di servizi internet, etc.) l'esibizione dei *records* delle comunicazioni oppure di fornire altri dati non relativi al contenuto delle comunicazioni (per esempio, la durata della comunicazione/sessione, i numeri chiamati/chiamanti, gli indirizzi IP assegnati in via temporanea, le modalità di pagamento del servizio, i numeri dei conti bancari o delle carte di credito impiegate per l'addebito dei costi, etc.). Si noti che per ottenere l'autorizzazione giurisdizionale non occorre dimostrare l'esistenza di indizi di colpevolezza, ma basta attestare che le informazioni richieste sono necessarie per le *criminal investigations* in corso (18 U.S.C. § 2703). In senso analogo il *Patriot Act* (Sec. 215) ha modificato la disciplina FISA: pur restando necessaria l'autorizzazione dell'organo giurisdizionale, i vertici dell'FBI possono ordinare l'esibizione di «qualunque cosa tangibile (compresi libri, documenti, carte, e altri oggetti)». Per l'emissione del mandato sino al 2006 era sufficiente attestare la rilevanza dei dati richiesti per la tutela della sicurezza nazionale (50 U.S.C. § 1861). In seguito all'approvazione dell'UPLRA, sia la richiesta che l'autorizzazione devono rispondere a requisiti di contenuto più rigorosi. Relativamente alla seconda categoria di ordini di esibizione, il *Patriot Act* (Sec. 505) ha introdotto le c.d. *National Security Letters* (NSL). Si tratta di ordini di esibizione equivalenti ai *grand jury subpoena powers*, in virtù dei quali gli agenti dell'FBI possono, anche senza un mandato del giudice, obbligare i *service providers* a fornire informazioni sui propri utenti attestando che i dati richiesti sono «pertinenti ad indagini autorizzate per il contrasto del terrorismo internazionale o di clandestine intelligence activities» (18 U.S.C. § 2709). In ragione dell'enorme discrezionalità conferita all'FBI e della assoluta carenza di controlli giurisdizionali, l'istituto in questione ha suscitato notevoli riserve tra gli studiosi. Per questo motivo la legislazione del 2006 ha introdotto alcuni correttivi, tra i quali spicca la facoltà dei destinatari dell'ordine di innescare una forma di *judicial review*.

Dopo un acceso dibattito, nel marzo 2006 il Congresso ha approvato una legge<sup>1805</sup> che ha sostanzialmente rinnovato il *Patriot Act*, rendendo permanenti quasi tutte le disposizioni originariamente concepite come temporanee. Volendo ora tracciare un sintético quadro delle principali innovazioni introdotte dalla normativa anti-terrorismo del 2001 (e successive modificazioni) in tema di intercettazioni, occorre evidenziare come gli emendamenti alla normativa preesistente muovano tutti nella direzione di incrementare l'impiego di questo strumento investigativo non soltanto nel contesto di indagini preventive per la protezione della national security, ma anche nell'ambito di criminal investigations, ancorché non pertinenti a fatti di matrice terroristica<sup>1806</sup>.

Però nella giurisprudenza italiana da una parte si è negato che le intrusioni nel domicilio per finalità di giustizia menzionate dall'articolo 14 Cost. sia un *numeros clausus*.

Secondo la Consulta, il riferimento nell' articolo 14 secondo comma Cost., alle ispezioni, perquisizioni e sequestri non è necessariamente espressivo dell'intento di tipizzare le limitazioni permesse eliminando a contrario quelle non espressamente contemplate. Possiamo dire che gli atti citati esaurivano le forme di limitazione dell'inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca di redazione della Carta<sup>1807</sup>.

È evidente che il Costituente non teneva conto di forme di intrusione attuali solo per effetto dei progressi tecnici successivi<sup>1808</sup>. La dottrina costituzionalista ha stabilito che la presa di posizione in favore del carattere aperto del elenco di limitazioni di cui all'articolo 14 Cost.<sup>1809</sup> è inesatta e non necessaria. Infatti la tesi del numero chiuso non

---

<sup>1805</sup> Ci si riferisce alla legge dal titolo "USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005" (UPIRA) Public Law No. 109-177. Tale legge è stata approvata dal Senato in data 2 marzo 2006, dall'*House of Representatives* in data 7 marzo 2006 ed è stata firmata dal Presidente Bush il 9 marzo 2006. Come il *Patriot Act* del 2001, anche l'UPIRA è un testo estremamente complesso. Oltre a rendere permanenti le disposizioni temporanee del *Patriot Act* del 2001, emenda in più punti tale normativa speciale, al fine di meglio tutelare le civil liberties (si vedano a tal proposito il *Conference Report* (H. Rept. 109-333) e gli emendamenti proposti al Senato (S. 2271), rinvenibili in <http://www.patriotdebates.com>; cfr. anche [http://en.wikipedia.org/wiki/Patriot\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Patriot_Act)). Le novità più significative riguardano, in particolare: la previsione di limiti massimi (30 giorni, prorogabili di altri 90 giorni) al differimento dell'avviso di awenuta perquisizione (Sec. 114); l'introduzione di un controllo giudiziale sulle *National Security Letters*, per consentire ai destinatari di contestarne la legittimità o chiederne la modifica. (Sec. 115); la durata della FISA surveillance "mirata" su cittadini statunitensi (Sec. 105); i requisiti di contenuto della richiesta di emissione dell'ordine di esibizione di *business records* (Sec. 106), la quale deve ora specificare i fatti da cui è ragionevole desumere la rilevanza per le indagini delle cose ricercate e la loro appartenenza a potenze o agenti stranieri; i requisiti di contenuto dell'ordine FISA di esibizione di business records (Sec. 106), il quale deve ora riportare una descrizione sufficientemente particolareggiata delle cose di cui si chiede l'esibizione (Sec. 106); il contenuto della richiesta di FISA roving surveillance, nonché l'imposizione di obblighi di rapporto nei confronti della corte dopo l'inizio delle operazioni (Sec. 108). La legge del 2006 modifica altresì numerose altre leggi federali esistenti, tanto da essere strutturata in sette titoli – *USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act (title I)*; *Terrorist Death Penalty Enhancement (title II)*; *Reducing Crime and Terrorism at America's Seaports Act of 2005 (title III)*; *Combating Terrorism Financing Act of 2005 (title IV)*; *Secret Service Authorization and Technical Modification Act of 2005 (title VI)*; *Combat Methamphetamine Epidemic Act of 2005 (title VII)* - le cui denominazioni rispecchiano le aree di intervento. Per il testo integrale della legge, nonché per una sintesi del suo contenuto e dell'iter legislativo si rinvia al sito della Library of Congress, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:h.r.03199>.

<sup>1806</sup> Che la legislazione di emergenza del *Patriot Act* non sia rivolta solo all'area dei reati di matrice terroristica, ma abbia significative ricadute pure sulle indagini penali concernenti altri tipi di fattispecie criminose, è constatazione comune tra gli studiosi nordamericani.

<sup>1807</sup> Corte Cost. sent. 24 aprile 2002, n. 135, (inedita).

<sup>1808</sup> Cass. Sez. IV, 16 marzo 2000, VisKovic, (inedita).

<sup>1809</sup> Cass. Sez. VI, 10 novembre 1997, Greco (inedita).

presuppone affatto che il significato degli atti elencati non possa essere quello tecnologicamente aggiornato<sup>1810</sup>.

Le videoriprese investigative potrebbero essere intese come una specie di ispezione occulta eseguita con strumentazione tecnica riconosciuta dalla Costituzione per i motivi esposti<sup>1811</sup>.

Però allo stato attuale priva di disciplina nella legge ordinaria<sup>1812</sup>. Adesso ritorniamo all'ambito statunitense. Alla sorveglianza elettronica realizzata in spazi pubblici o aperti al pubblico, giurisprudenza e legislazione federale non siano propense a condurre le nuove tecniche investigative nell'ambito di applicazione del IV Emendamento o di altri principi costituzionali.

Dobbiamo ricordare che il mero spionaggio elettronico non ostacoli la libera determinazione di muoversi o di fare alcunché, anche si stima che selezionando liberamente di mostrarsi al pubblico le persone rinunziano alla propria *privacy*. Possiamo dire che molte delle libertà fondamentali dell'individuo sono proiettate pubblicamente e anche la manifestazione dei pensieri e dei sentimenti più intimi difficilmente possono essere obbligato nell'abitazione, dietro la barriera di protezione delle mura domestiche<sup>1813</sup>.

L'esposizione in ambito pubblico è più spesso frutto di necessità che non di libera scelta. L'obbligo che deriva dalle circostanze può essere tanto reale quanto l'obbligo che deriva da un ordine<sup>1814</sup>.

Però la rinuncia ai *privacy rights* è solitamente parziale<sup>1815</sup>, poiché riguarda soltanto alcune frammentarie informazioni ed avviene per specifiche fine. In ogni caso, non può procedere oltre ciò che è utile sacrificare nelle specifiche ipotesi di convivenza sociale. È il caso ad esempio dei dati esterni delle comunicazioni o di quelli relativi alla localizzazione del dispositivo di comunicazione, che vengono resi noti alla compagnie telefoniche o ad altri gestori di servizi per poter disporre del servizio stesso<sup>1816</sup>.

Nonostante le reazioni suscitate dagli episodi di terrorismo internazionale, in dottrina non si manca di denunciare i pericoli che affrontano le libertà individuali<sup>1817</sup>.

---

<sup>1810</sup> A. PACE, *Le videoregistrazione ambientali, tra gli artt. 14 e 15 Cost.* in *Giur. Cost.* 2002, p. 1073.

<sup>1811</sup> A. PACE, *op. cit.* p. 1072.

<sup>1812</sup> L. CARLI, *op. cit.* p. 44 – 46.

<sup>1813</sup> BLITZ, *op. cit.* p. 173.

<sup>1814</sup> *Public Utilities v. Pollack*, 343, U. S., 468.

<sup>1815</sup> Nel caso di *covert entry* - che rappresenta un'eccezione alla regola del *knock and announce* di cui alla *Rule 41* delle *Federal Rules of Criminal Procedure*, a cui si ricollega l'obbligo della contestuale esibizione del mandato - la perquisizione e il sequestro sono effettuati all'insaputa dell'interessato, il quale viene reso edotto delle attività eseguite dagli investigatori soltanto a posteriori, dopo un certo lasso di tempo. Prima del 2001, le perquisizioni segrete, esplicitamente consentite dai FISA per motivi di sicurezza nazionale, non erano previste dalla *Federal Rules of Evidence*. La possibilità di ritardare l'awiso circa l'awenuta perquisizione e sequestro (*delay of notice*) durante *criminal investigations* era peraltro ammessa dalla giurisprudenza, la quale però non ha saputo elaborare criteri univoci per circoscrivere con esattezza l'operatività di tale eccezione. Rispetto a questa situazione di incertezza, il *Patriot Act* non ha fatto altro che positivizzare una prassi già esistente e precisare i criteri che devono guidare il giudice nell'autorizzare the *delay of notice*: l'awiso di perquisizione (e del successivo sequestro) può essere ritardato se sussistono ragionevoli motivi per ritenere che l'immediata notifica dell'esecuzione del mandato possa comportare un *adverse result* nel senso precisate in 18 U.S.C. § 2705 (a) (2), ovvero possa comportare un pericolo per la vita o l'incolumità fisica di persone, la distruzione di prove e/o minacce ai potenziali testimoni, il pericolo di fuga del sospettato oppure qualunque altro serio intralcio alle indagini (cfr. Sec. 213, che ha emendate 18 U.S.C. § 3103). La legislazione del 2006 è ulteriormente intervenuta sull'istituto per introdurre dei limiti massimi (individuati in 30 giorni, prorogabili di altri 90 giorni) al differimento della notifica dell'awiso di awenuta perquisizione. In argomento cfr. M.MIRAGLIA, *Una nuova normalità* in *Cass. Pen.* 2005,p.2823.

<sup>1816</sup> G. DI PAOLO, *op. cit.* p. 174.

<sup>1817</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.* p. 470.

Se si continua a abbandonare sprovvisti di una qualsivoglia disciplina a livello di legge ordinaria e sul piano costituzionale l'impiego dei dispositivi di sorveglianza di cui si discute<sup>1818</sup>.

Il primo passo da compiere dovrebbe essere una ricognizione di tutti i dispositivi tecnologici che possono produrre una specie di *panopticon effect*, di quelli attualmente in uso e di quelli prevedibili, per scegliere quali ammettere e quali vietare.

Sarebbe opportuno un sistema di *exclusionary rules* e di sanzioni, civile e penali, altrettanto individuazione di soggetti politicamente responsabili per l'installazione e / o l'impiego dei dispositivi di sorveglianza di massa, con il proposito d'ammettere un controllo sui controllori.

Nell'ambito della giurisprudenza italiana, escluso che la videoregistrazione nel domicilio si scontrino con un assoluto divieto costituzionale<sup>1819</sup>.

È importante rilevare che la Corte ha considerato il problema della compatibilità del regime dalla legge processuale con il principio di razionalità e con il sistema di garanzie confermato dall'art. 14 Cost.<sup>1820</sup>.

La questione non può essere affrontata e risolta in modo unitario essendo necessario distinguere, tra video riprese aventi ad oggetto condotte comunicative, orali o gestuali che siano e videoriprese ritratti comportamenti non finalizzati alla trasmissione dei messaggi.

Ad avvertimento della Corte, l'ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazione<sup>1821</sup> potrebbe essere disciplinata soltanto dal legislatore nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'articolo 14 Cost.<sup>1822</sup>

Riguardo la opinione prevalente la videoripresa di comportamenti non comunicativi sia una limitazione del diritto all'inviolabilità domiciliare<sup>1823</sup>. Allo stato non espressamente disciplinata nemmeno nelle modalità dalla legge processuale è pertanto inaccettabile<sup>1824</sup>.

Ma parte della dottrina sostengono l'opposto, considerano che la Corte cost. 22 aprile 2002 nega che dall'art. 14 comma 2 sia arguibile un divieto istruttorio<sup>1825</sup>.

Possiamo concludere dicendo che un'affine apertura si è riprodotta anche nella giurisprudenza che è tornata ad occuparsi della materia<sup>1826</sup>.

## *CAPITULO VI - CONCLUSIONES:*

### ***La internacionalidad del blanqueo de capitales una realidad***

El delito de blanqueo de capitales tiene un marcado carácter internacional, esto es, sus efectos trascienden las fronteras nacionales de los Estados. De ahí que con razón

---

<sup>1818</sup> T. CLANCY, *op. cit.* p. 300.

<sup>1819</sup> Cass. sez. VI, 10 novembre 1997, Greco (inedita).

<sup>1820</sup> A. PACE, *op. cit.* p. 1070.

<sup>1821</sup> Corte Cost. sent. 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. Cost.* 2002, p. 1062.

<sup>1822</sup> F. CAPRIOLI, *op. cit.* p. 2198 – 2199.

<sup>1823</sup> DE FALCO, *Sulle videoriprese più ombre che luci. Non basta il dictum delle Sezioni Unite*, in *Dir. & Giust.*, 2006, n. 45, p. 71.

<sup>1824</sup> F. CAPRIOLI, *op. cit.* 2179 – 2197.

<sup>1825</sup> P. LONGO, *Comentario Costituzionale al Codice di Procedura Penale*, Cedam, 2003, p. 2220.

<sup>1826</sup> F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, 2006, p. 855.

se hable de su inscripción en el fenómeno de la “globalización” predicable de la economía en el mundo actual.

La dimensión internacional del delito de blanqueo de capitales y la ineficiente regulación de la cooperación entre Estados proporciona señaladas ventajas a los delincuentes, entre las que destaca la posibilidad de eludir la aplicación de las normativas estatales más estrictas.

En efecto, los delincuentes se ven beneficiados por los habituales problemas que suscita la cooperación judicial internacional, en particular, respecto al intercambio de información entre países que tienen normativas diversas, sistemas penales diferentes y también distintas culturas administrativas. Ello permite que los infractores desvíen los bienes objeto de blanqueo a aquellos países con sistemas más débiles de control y persecución de este delito.

La progresiva evolución en las técnicas de blanqueo de capitales es causa y consecuencia de una mayor profesionalización de las personas que se implican en estas actividades, tanto por lo que respecta a los propios miembros de la organización criminal, como en cuanto a la utilización de expertos ajenos a esa organización. Evidentemente con ello se pretende minimizar los riesgos de padecer una persecución penal, al mismo tiempo que se optimizan las oportunidades de obtener beneficios. A ese fin, el delito de blanqueo de capitales comporta grandes y crecientes inversiones: para el análisis de riesgos y su gestión; para la creación de una base tecnológica; y por último, en orden a la profesionalización el ciclo del blanqueo- inversión.

En cifras, el Fondo Monetario Internacional ha calculado que el blanqueo de activos tiene un valor aproximado entre el dos y el cinco por ciento del producto bruto del mundo. El blanqueo de capitales y el ámbito financiero están íntimamente conectados, ya sabemos la importancia que tiene el lavado de dinero en las economías desarrolladas y subdesarrolladas, y su influencia en el ámbito financiero. Los mecanismos reguladores y de control, como asimismo la influencia que tiene en el pequeño inversor. Ya que su patrimonio quiera o no se ve afectado por las sospechas de cualquier operación de más de cierto monto que pueda ser considerada como blanqueo. La verdadera importancia de este sector para la existencia de este delito, radica en los medios utilizados para la ejecución del mismo.

Llegados a este punto nos hallamos en condiciones de sostener que el delito de blanqueo de capitales posee un carácter pluriofensivo, puesto que las conductas descritas en el art. 301 de nuestro Código penal, según hemos visto, protegen el correcto funcionamiento tanto de la Administración de Justicia como del tráfico económico y financiero legal, entendiéndose éste cual concreción del orden socioeconómico.

### ***El delito de blanqueo de capitales un delito transnacional***

El BLANQUEO DE CAPITALS como delito transnacional ha incrementado su importancia, y sus efectos perniciosos, de modo exponencial en los últimos años, sobre todo con el fenómeno de la globalización económica como hemos mencionado en párrafos anteriores.

Ciertamente, el blanqueo de capitales dista de estar controlado. Acaso una de las cuestiones más evidentes al respecto es que cualquier esfuerzo en la represión de este delito resultará baldío si no se combate al mismo tiempo y con igual intensidad aquellas otras infracciones que le alimentan y que permiten que se regenere día a día, así como las causas que las sustentan, como la corrupción o la pobreza.

Existen organismos internacionales que no solo analizan y generan propuestas metodológicas de prevención sino que han desarrollado sistemas de evaluación y control de los compromisos que asumen los distintos países sobre el particular. Entre estas organizaciones encontramos el GAFI o el grupo EGMONT. Los miembros de la Unión Europea han firmado y ratificado convenciones como la de Mérida (Contra la corrupción), la Convención de Palermo (Contra el crimen organizado), y asimismo ratificado las cuarenta recomendaciones del GAFI y las nueve recomendaciones contra la financiación del terrorismo comprometiéndose de esta manera a la lucha contra este delito. Aún reconociendo sus bondades, esa actuación internacional no esta siendo tan eficaz como podríamos pensar. Y no sólo porque sus Recomendaciones, como las del GAFI, se apliquen tan sólo parcialmente, en virtud de la discrecionalidad que la propia acción internacional permite, sino porque ni siquiera las normativas internas son cumplidas íntegramente.

Esa colaboración internacional es importante pero insuficiente, toda vez que las acciones se dirigen más a la prevención y la persecución del terrorismo, o del tráfico de drogas, que al blanqueo de capitales, aunque es indudable que éste último forma parte de su medio de financiación. Los paraísos fiscales existen y seguirán existiendo, SUIZA, LIENCHESTEIN, LAS ISLAS CAIMAN y otros, sobrevivirán mientras el crimen organizado, la corrupción y la inaplicabilidad de las normas subsista.

### ***La ubicación en la legislación española e italiana***

El Código Penal Español ubica al blanqueo de capitales en el Título XIII del Libro II, bajo la rúbrica “*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*” (arts. 301 y siguientes del Capítulo XIV –“*De la receptación y otras conductas afines*”-). Es el primer texto español que regula el delito de blanqueo de capitales desvinculándolo de los delitos de tráfico de drogas, bien que ligándolos al hecho de que los bienes objeto del blanqueo tengan su origen en un delito grave.

Después han surgido otras normas en el ámbito financiero que contribuyen a prevenir y combatir este delito. Una etapa importante en el avance de la legislación con respecto al blanqueo de capitales es la ley 19/1993 sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales y la ley 10/2010, que realiza sustanciales modificaciones.

El delito de blanqueo de capitales o *riciclaggio en Italia* aparece tipificado en el art. 648 bis del Código Penal italiano (CP). Resultó incorporado al ordenamiento italiano en el año 1978 en virtud del art. 3 del D.L. de 21 de marzo 1978, n. 59, reformado luego por la Ley de 18 de mayo de 1978, n. 191. La norma originaria sufrió otras modificaciones, como la operada por la Ley de 19 de marzo de 1990, n. 55 (art. 23) o por la Ley de 9 de agosto de 1993, n. 328 (art. 4), donde se recoge la actual formulación. Numerosas son los D.L y D.leg. Relacionados con este tema, surgen asimismo leyes posteriores que apuntan fundamentalmente a reforzar una eficaz persecución e incriminación de los sujetos del delito de blanqueo de capitales. En Italia el delito de blanqueo de capitales está circunscrito en el Código Penal a dos arts. 648 *bis* y 648 *ter*, siendo cumplimentados por la extensa normativa existente tanto en el ámbito económico, financiero, cambiario y aduanero.

Otros países europeos contemplan también este ilícito, como Suiza, Dinamarca y Francia, al igual que lo hacen Estados sudamericanos, como Perú, Venezuela o Colombia, y centroamericanos, como México.

Los elementos comunes a la legislación española e italiana, serían fundamentalmente: el dolo, si bien en la legislación italiana el dolo eventual es suficiente; o el autoblanqueo, así llamado en España, mientras que en Italia esta se considera una conducta inherente al blanqueo de capitales. Distintos términos pero igual concepción. Posiblemente la diferencia más evidente entre uno y otro sistema sea que el sistema italiano en cuanto a la lucha contra el blanqueo de capitales es mucho más detallado e incisivo. No olvidemos que el nacimiento de la normativa es anterior, enmarcado en la lucha contra el crimen organizado.

Por otro lado y a diferencia de lo que sucede en otros países, el Derecho español permite la punición independiente del delito de blanqueo de activos y del delito subyacente a dicho blanqueo, con los matices que introduce la más reciente jurisprudencia. Por lo que respecta al Derecho internacional, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, concluido en Estrasburgo, el 18 de noviembre de 1990, admite que no se castigue al autor del delito de blanqueo, si es a la vez autor de delito subyacente. Pero esa norma es interpretable *sensu contrario*: es decir, si se admite que los Estados no lo castiguen, es porque también se admite que se establezca dicho castigo.

En el Derecho comparado encontramos que tanto Alemania, Austria, Bélgica, e Italia excluyen como autores del delito de blanqueo de capitales a los autores y partícipes del delito antecedente. En España, la jurisprudencia ha afirmado que aunque el delincuente haya consumado el delito subyacente en ocasiones no ha logrado su propósito plenamente y necesita llevar a cabo una acción posterior para asegurarse el provecho obtenido, pudiendo considerarse esta acción como un acto posterior impune.

En cuanto a la receptación y encubrimiento el Código Penal español exige que no se haya intervenido en el delito previo ni como autor ni como cómplice. En el caso de blanqueo de capitales el texto legal no plantea esa exigencia. En el caso del artículo 648 bis de la legislación italiana, tal conducta constituye un agravante.

### ***El importante papel del Ministerio Fiscal y demás organismos de control, pruebas***

En línea con la presencia de un modelo de instrucción judicial, en España la intervención del Fiscal en la fase de investigación, y sobre todo en ciertos procesos, es ciertamente escasa. El legislador español realiza algunos atisbos para reforzar su presencia, como lo fue la reforma realizada en 1988 con la introducción del proceso abreviado y un claro intento de potenciar sus funciones que quedó plasmado en el art. 785 bis introducido por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, aunque desde entonces y pese a los novedosos cambios introducidos en el proceso penal -en especial, tras la entrada en vigor de los llamados juicios rápidos-, no se ha reforzado ni potenciado su presencia en esta fase procesal. La mencionada última gran reforma, fue la que introdujo el enjuiciamiento rápido para determinados delitos, claramente opta por reforzar las facultades de la Policía judicial, en claro detrimento -incomprensible por otro lado- del Ministerio Fiscal, a salvo el proceso penal de menores en donde el Fiscal se erige como auténtico director de la investigación.

En la actualidad, pues, el Ministerio Fiscal asume un papel diametralmente diferente según el concreto proceso en el que nos situemos, destacando en líneas generales el escaso papel que tiene en el proceso penal ordinario donde las funciones son más limitadas que en el procedimiento abreviado y los juicios rápidos, aunque tampoco en éstos adquieren especial protagonismo.

El Ministerio Fiscal español es un órgano colaborador de la Jurisdicción que se rige por los principios de legalidad, imparcialidad, unidad y dependencia jerárquica, otorgándole el art. 124 de la CE la función de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad”, lo que, en el ordenamiento procesal penal, se traduce en la obligación de ejercitar la acción penal ante la sospecha de la comisión de un delito público y con la sola excepción de los dependientes de la instancia privada (art. 105 LECrim). En la esfera del proceso su actuación viene presidida por la confluencia de dos roles simultáneos y aparentemente contradictorios: su cualidad de autoridad imparcial y la de parte procesal acusadora.

El cumplimiento de tan relevante misión por el Ministerio Público hace necesario abordar una serie de modificaciones sustanciales en el vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, norma que, si bien ha supuesto una sólida base para la regulación del Ministerio Fiscal durante veinticinco años, necesita una adaptación en su conjunto a las nuevas exigencias que la sociedad reclama.

En su calidad de órgano colaborador de la Jurisdicción, el Ministerio Fiscal es una autoridad imparcial. Puede recibir denuncias y practicar, con el auxilio de la Policía Judicial que a él le está subordinada con la posibilidad de incurrir en delito de desobediencia, una pre-instrucción, denominada “Diligencias informativas” (arts. 773.2 LECrim y 5 EOMF).

La función general de Policía judicial, es muy importante ya que es una activa colaboradora de la justicia. Tras la recepción de la *notitia criminis* compete a todos los miembros de las FCS, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, acometer de modo inmediato la práctica de las diligencias conducentes a la averiguación de delitos y al descubrimiento de delincuentes. En su desempeño las FCS habrán de prestar la colaboración requerida por la Autoridad Judicial o el MF, de quienes dependerán funcionalmente, con posibilidad de adscripción genérica o específica, eventual o permanente. Del art. 126 CE deriva el funcional sometimiento de la policía judicial a Jueces, Tribunales y Fiscales en las tareas de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

Ciertamente, las Unidades Orgánicas de PJ no están permanentemente ni exclusivamente asignadas a determinados órganos jurisdiccionales y fiscalías, lo que sí se predica, en principio, de las Unidades adscritas; de modo que con la no adscripción se logra una mayor eficacia a través de la concentración de medios y personas en una sección —generalmente de ámbito provincial— que de acuerdo con las necesidades destinará unos u otros miembros a una u otra investigación.

La figura del agente encubierto, esencial en la represión del delito que nos ocupa, surge a raíz de la creciente sofisticación de las técnicas delictivas, las cuales tornan las prácticas comunes de investigación en ineficaces. La simple entrada y registro y la intervención de las comunicaciones por sí mismas no son suficientes para luchar contra este tipo de delincuencia. Y, el art. 282 bis de la LECrim pretende hacer frente a la delincuencia organizada con todas las garantías.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la L.O. 5/1999, esta norma procesal nace con el propósito de proporcionar habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de las investigaciones relacionadas con la delincuencia organizada. Los agentes encubiertos podrán utilizar la identidad supuesta y están autorizados a usar los medios complementarios de investigación bajo estricto control judicial y fiscal.

Ciertamente para luchar contra este delito tiene gran importancia la labor de los organismos de prevención. Entre los organismos de prevención españoles del delito de



blanqueo de capitales destaca la Comisión para la Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, cuya labor es la de colaborar con las Fuerzas de Seguridad del Estado, así como con la Policía Judicial, órganos judiciales y Ministerio Fiscal en las investigaciones que les afectan (art. 13.2 de la Ley). Y de ella forman parte, entre otros, los Directores de la Policía y de la Guardia Civil (art. 14) y un representante del Ministerio Fiscal (Cap. IV, arts. 19 ss. del Reglamento). El órgano administrativo a través del cual ejecuta materialmente sus actuaciones, incluyendo las de prevención e investigación de los delitos, es el denominado Servicio Ejecutivo de la CPBCIM (SEPBLAC), dependiente del Banco de España, y se integra por funcionarios de distinta procedencia (Policía, Banco de España, Ministerio de Hacienda). Cuando en su labor inspectora encuentra indicios de delito transfiere su información a los órganos encargados de la persecución penal con los que está obligado a colaborar, esto es el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial (arts. 15.2 y 16 de la Ley y 24 del Reglamento).

Por su parte y en materia de financiación del terrorismo podemos citar a la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo. El objetivo es esencialmente prevenir esas actividades e impedir la utilización con tal propósito del sistema financiero en una economía globalizada (Ley 12/2003). Asimismo es necesario tener en cuenta en materia de tráfico de drogas y blanqueo de capitales a la Secretaría de Estado de Seguridad, a la que corresponde, en general, la dirección, impulso y coordinación de las actuaciones del departamento en materia de tráfico de drogas, blanqueo de capitales relacionado con dicho tráfico y delitos conexos [art. 2.1.f) R.D. 1599/2004].

Especialmente relevante en la investigación de las causas penales en España es la figura del Juez de Instrucción, pues la instrucción en España es netamente judicial, asumiendo la dirección de la misma un órgano jurisdiccional. Para algunos autores, los partidarios de una investigación fiscal, esta posibilidad no estaría prevista de forma expresa en la Constitución ya que en los arts. 117.3, donde únicamente se establece que será actividad jurisdiccional el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Es al Juez a quien corresponde introducir el material de hecho en la fase de instrucción, como así se desprende del art. 306 LECrim, que lo señala como el encargado de formar el sumario, para lo cual puede hacer uso de todos los medios que la ley contempla.

En el caso de Italia, la Constitución Italiana del 1947, regula de manera minuciosa tanto las garantías del proceso penal —art. 111— como la institución del Ministerio Público, al que equipara con la Magistratura. El Código Procesal Penal de 1930 ya distinguía entre instrucción sumaria, atribuida al Ministerio Público, e instrucción formal a cargo del Juez Instructor. El Código Procesal Penal de 1988 —*Codice de Procedura Penale* (CPP)— atribuye la instrucción al Ministerio Público; así, en su art. 327 establece que el Ministerio Público dirige la indagatoria preliminar y dispone de la policía judicial. El Ministerio Público tiene la obligación de ejercicio de la acción penal —art. 112 CI y la ejerce en régimen de monopolio conforme a los arts. 50. 1 cpp.

Siendo funciones de la Policía Judicial —artículo 55 CPP «*Funzioni della polizia giudiziaria*»—, por propia iniciativa el descubrimiento de la comisión de un delito, impedir sus consecuencias posteriores, identificar a sus autores, realizar todos los actos necesarios para asegurar las fuentes de prueba y recoger todo el material probatorio que pueda servir para la aplicación de la Ley penal. En general, la Policía desarrolla toda la investigación, amén de la actividad ordenada o delegada por la autoridad Fiscal o Judicial.

Protagonistas de las investigaciones preliminares lo son el Ministerio Público y la Policía Judicial, pero el Código ha creado una figura para el control de esta fase, el Juez de las Investigaciones Preliminares. Su intervención viene recogida en el art. 328 c.p.p. «*en los casos establecidos por la ley, a petición del Fiscal, de las partes privadas y del perjudicado, decide el Juez de las investigaciones preliminares*»; de lo que se considera que no es un Juez de actos sino Juez del procedimiento. Su función es la de controlar las actividades del Fiscal y de la Policía, debiendo actuar en garantía de los derechos de las partes.

La lucha contra el blanqueo de capitales se lleva a cabo también a través de la labor de diversos organismos. Entre los organismos italianos encargados de la represión del blanqueo de capitales encontramos también los siguientes: *L' Ufficio Italiano Cambi, Il Nucleo Speciale di Polizia Valutaria della Guardia di Finanza y La direzione Investigativa Antimafia*. Estos organismos tienen a su cargo la prevención, control y seguimiento del delito de blanqueo de capitales.

Pero elementos importantes en el proceso judicial son el medio de prueba y las diligencias de investigación. Los medios de prueba son el instrumento de que dispone el juez o tribunal para comprobar las afirmaciones de las partes acerca de los hechos de la causa. Los medios o diligencias de investigación tienen un objeto diferente, como así lo evidencian las diversas acepciones del verbo "investigar": "hacer diligencias para descubrir una cosa", o "realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia".

Los medios de prueba en España se encuentran regulados en diversas Leyes, siendo la principal la propia LECrim., reglamentación específica que debido a sus deficiencias ha de ser completada por otras disposiciones tales como la LEC u otras Leyes de contenido sustancial como el propio CC y el CP.

Con carácter general, el tratamiento legal de la prueba es el siguiente: La prueba documental se regula en los arts. 726 y ss de la LECrim., lo cual no impide que deba tenerse también en cuenta la definición que de documento se efectúa en el art. 26 del CP, así como la clasificación de los documentos que se lleva a cabo en el CC (art. 1216 y 1225). La pericia se contempla en los arts. 456 a 485 de la LECrim. (Título I del Libro III) y los arts. 723 a 725 (Título III del Libro III). La prueba testifical se corresponde con el Capítulo V del Título V, Libro II, de la LECrim. (art.410 y ss.) y el Título III del Libro III (arts. 701 y ss.). En el caso de los indicios debemos recurrir principalmente al art. 741 de la LECrim. y a los arts. 1249 y 1253 del CC, preceptos estos últimos que, a pesar de su derogación, nos brindan un valioso aporte al concepto de esta prueba.

Entre los medios de investigación encontramos: la identificación del delincuente que se encuentra regulada principalmente en los arts. 368 y ss de la LECrim. (Título V del Libro II), la declaración del imputado, en los arts. 385 y ss., las declaraciones testificales, en los arts. 410 y ss., y del agente encubierto, como ya analizamos, en el art. 282 *bis* de la LECrim, los informes periciales, en los art. 456 y ss., para la entrada y registro en lugar cerrado, debemos tener en cuenta los arts. 545 y ss de la LECrim. (Título VIII del Libro II), sin perjuicio de otras leyes complementarias. La intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, en los arts. 579 y ss., amén del art. 18.3 de la Constitución española, sin perjuicio de otras reglamentaciones.

La intervención de las comunicaciones personales constituye una de las diligencias de investigación más útiles en orden a la persecución y represión del blanqueo de

capitales. Ello es así, dada la calidad y cantidad de elementos que pueden ser aprehendidos por esta vía, ya fueran fuentes de prueba directas, ya datos o informaciones que permitan continuar eficazmente la investigación. La interceptación consiste en la captación, mediante adecuados medios mecánicos o electrónicos, de comunicaciones o conversaciones que se desarrollan a distancia, por medio del teléfono o de otros instrumentos de telecomunicaciones (interceptación de telecomunicación) o entre personas presentes en un mismo contexto ambiental (interceptación ambiental), por parte de quién no es partícipe en la conversación ni destinatario la misma. Tal actuación comporta una grave intromisión en el derecho al secreto de las comunicaciones del apartado tercero del art. 18 CE, pudiendo afectar extensivamente al derecho a la protección de los datos personales contemplado en el apartado cuarto de ese mismo precepto.

Debemos distinguir entre observación e intervención. La observación tan solo afecta al denominado registro de llamadas o recuento, esto es, tiene como objeto conocer los sujetos que intervienen en la comunicación y a los datos de tráfico de la misma. Más agresiva, la segunda, supone la captación completa del acto de comunicación, comprendidos los datos de tráfico y la información de los abonados. Ciertamente, el grado de afectación de los derechos fundamentales difiere en una y otra modalidad; aspecto éste que habrá de ser tomado en cuenta por el juez en orden a su autorización.

En relación al tema precedente en Italia debemos destacar las diligencias de inspección, registro y secuestro. La inspección de personas, de lugares y de cosas puede ser dispuesta por decreto motivado por el Ministerio Público o por el juez del proceso, de acuerdo con lo previsto en el art. 244 c.p.p. La autoridad judicial puede disponer la captación de “relevamientos de señales (huellas y todo tipo de rastro, etc.), descriptivos y fotográficos, y otras operaciones técnicas >, artículo 244 inciso 2 c.p.p. La jurisprudencia ha dicho que puede ser realizado < con el auxilio de un experto al cual a diferencia de cuanto ocurre con la pericia, no es solicitado el parecer para la investigación para la cual se necesita el conocimiento particular de determinada ciencia o arte >.

En tema de inspección y de registro a iniciativa de la policía judicial el artículo 356 c.p.p. prevé precisamente la facultad del defensor de asistir al registro y a las verificaciones urgentes asimismo a los eventuales secuestros sin derecho de ser preventivamente avisado. Recordemos que la policía judicial tiene la capacidad de desarrollar determinadas actividades dispuestas o delegadas por el Ministerio Público. Es el Ministerio Público quien dirige las investigaciones, pero también el que decide directamente sobre la actividad que en relación con la investigación llevará a cabo la policía judicial.

Los registros son regulados en los artículos 247 y 252 c.p.p. de manera análoga en cuanto es previsto por los artículos 332 y 336 c.p.p. del derogado código, con la prescripción de ulteriores garantías para los registros personales que son realizados con el mayor respeto a la dignidad de la persona a registrar. La persona que será registrada, puede hacerse asistir por otra persona de confianza, según el artículo 249 inciso 1 c.p.p. a condición de que oportunamente sea localizable para ser testigo de los actos procesales, artículo 120 c.p.p.

El registro o cacheo es dispuesto por decisión judicial, o por el Ministerio Público indagante, quienes pueden proceder personalmente o delegarlo en un oficial de la policía.

El secuestro del cuerpo del delito y de los efectos vinculados a él es disciplinado, entre los medios de investigación, en los arts. 253 y 265 c.p.p. Disposiciones análogas a

aquellas establecidas por el Código Rocco en los artículos 337 y 347 c.p.p., en caso de restitución los artículos 622 y 626 c.p.p. Además, en el caso de secuestro dispuesto a los fines de prueba se deberá tener en cuenta el art. 257 c.p.p. Dicho artículo prevé la elevación de una solicitud de reexamen es decir verificar la disposición que ordenó el secuestro a efecto de establecer el cumplimiento de las normas legales. Todo esto sin perjuicio de llevarse a cabo el secuestro.

Como ya manifestamos más arriba es indiscutible la importancia de la interceptación de las comunicaciones telefónicas como medio de investigación de este delito. La interceptación es dispuesta con decreto motivado por el magistrado del Ministerio Público, previa autorización del juez para las investigaciones preliminares. El recurso es un instrumento investigativo que incide sobre el derecho constitucionalmente protegido, a la libertad y secreto de las comunicaciones, artículo 15 de la Constitución. Son incluidas entre los medios de búsqueda de la prueba, el código detalla los presupuestos y el procedimiento de admisión y de ejecución de las operaciones, fundamentalmente el artículo 266 c.p.p. es en el que se basa la misma.

Otro elemento muy utilizado como medio de investigación es la participación de una persona en la investigación pero con determinada actividad dentro de la misma, es decir el uso de las video-grabaciones ocultas tanto de los medios de investigación afines cuanto de los registros realizados por los particulares. Se ha observado que personal de la policía oportunamente disimulados forman parte de esta actividad de control. No es para nada claro cual sea la correcta calificación de una operación similar ni si ella indica una consideración unitaria o una diferencia en razón de las variables ejecutivas.

El seguimiento, es un medio muy utilizado por la policía judicial y es considerado como prueba atípica. Es una actividad tradicional del trabajo de los jueces instructores, nos referimos al seguimiento de las personas investigadas o de otros sujetos cuyos movimientos son relevantes para el procedimiento penal. Por medio del mismo es posible reconstruir el organigrama de una asociación criminal, a partir de un simple secuz o individualizar los autores de un secuestro de persona, simplemente monitoreando los desplazamientos de los familiares de las víctimas. El seguimiento es el acto de “seguir a una persona con circunspección con la finalidad de espiar sus movimientos”.

Es una actividad desarrollada en origen mediante el control visual del sujeto interesado, que era seguido a pie, por ello el verbo “seguir” también sucesivamente con un medio de locomoción. Siendo uno de los medios más usados en el proceso penal.

En cuanto a la prueba documental el TS en Sentencia de 10 de noviembre de 1995 nos ofrece un concepto perfectamente válido de documento que se define como aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados por los medios legalmente previstos.

Siendo una característica esencial del documento la aseveración de su contenido sin necesidad de otros medios probatorios, con carácter previo deseamos subrayar que no gozarán de esta naturaleza ni los atestados policiales, ni los informes de la Guardia Civil, ni, por supuesto, los informes médicos o la diligencia de autopsia. Se tratará de actos documentados, cuya eficacia probatoria pasará por su debida incorporación al juicio oral a través del medio de prueba personal legalmente establecido, testifical o pericial.

En cuanto a la prueba pericial se contiene en los arts. 456 a 485 y los arts. 723 a 725 LECrim. y puede definirse como aquella que tiene por objeto la aportación de máximas de experiencia que el juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de hechos concretos objeto del debate.

La doctrina más prestigiosa admite que, salvo peculiaridades accidentales, no existen diferencias entre la pericia civil y la penal. El proceso penal presenta, como particularidad digna de mención, la pericia practicada en fase de instrucción sumarial, que se sujeta a unas reglas muy específicas, pero la prueba pericial practicada en la fase plenaria del proceso penal no ofrece especialidad alguna que la diferencie verdaderamente de la pericia practicada en el proceso civil.

En la actualidad constituye doctrina consolidada la de que en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los Gabinetes y laboratorios oficiales se propicia la validez *prima facie* de sus dictámenes e informes sin necesidad de su ratificación en juicio oral, siempre que no hayan sido objeto de impugnación expresa en los escritos de conclusiones. En cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en dicho acto como requisito de eficacia probatoria. La doctrina de la Sala II en lo penal en la sentencia de 31 de enero de 2008 29/2008 en relación a hecho de tráfico de estupefacientes dejó en claro que los dictámenes y pericias de Organismos y Entidades Oficiales dada la imparcialidad, objetividad y competencia técnica de los miembros integrantes ofrecen todo tipo de garantías, y *prima facie* validez plena. Sin perjuicio de que la impugnación de la defensa pueda hacerse en el momento procesal oportuno.

La declaración del testigo, es uno de los medios de prueba más utilizados. Ha de llevarse a cabo en presencia del órgano judicial, quien debe valorarla sin intermediación alguna, ya que lo que realmente importa es la impresión inmediata del juez a la hora de recibir y apreciar la prueba. La oralidad y la inmediación del testigo permiten observar y captar por el Tribunal, no sólo la veracidad o la mendacidad de la declaración sino también el timbre de voz, reacciones emotivas, etc. Esa inmediación desaparece si lo practicado en el sumario se convierte en prueba, pues el tribunal no logra su convencimiento de la impresión inmediata que le ha causado su relación sino de una referencia ajena a través de lo que ha quedado reflejado en su escrito por el juez instructor.

La prueba indiciaria, es una de las más utilizadas para la represión del delito de blanqueo de capitales. Conocida también como prueba indirecta, circunstancial o conjetural, supone la acreditación de ciertos hechos base, en principio, desligados del hecho delictivo, pero aptos mediante una simple operación de inferencia para probar la existencia de un hecho principal. En el marco que nos ocupa, esos hechos principales se identificarían con los elementos del tipo. Para ello debe existir un nexo causal y coherente entre los hechos probados es decir los indicios, y el que se intenta probar, el delito. Entre el hecho indiciario y el hecho a probar debe existir una conexión de manera que se aleje la posibilidad de llegar a conclusiones distintas. Debe reducirse toda duda, aunque la certeza o evidencia absoluta no sea lograda. Es por ello que debemos distinguir las sustanciales contribuciones creadoras de presunciones trasmisoras de la verdad y las simples conjeturas impulsadas por la subjetividad. Los indicios no pueden sustituir la ausencia de prueba directa exigida por la ley o por medios idóneos insustituibles.

En Italia los medios de prueba son la prueba testifical, la documental y la pericial. El testimonio esta previsto en los arts. 194 y ss. c.p.p.; la prueba documental en los arts. 234 y ss. c.p.p., mientras que la prueba pericial se regula en los arts. 348 y ss. c.p.p.

El testimonio es un instrumento de búsqueda de la verdad conducida por las partes a través de la verificación de la actuación directa que tiende a asegurar no sólo la sinceridad del texto sino también la correspondencia de sus expresiones verbales a su pensamiento y la fiabilidad sea de las percepciones originarias sea de su memoria cancelatoria o revocable. Las deposiciones testimoniales constituyen de norma plena prueba de los hechos en ellos atestados cuando están dotados de suficiente coherencia

lógica y de una adecuada precisión. Solo cuando tales requisitos no están plenamente presentes en las declaraciones de los textos, o bien cuando esto sea un contraste con otros elementos de prueba, o subsistan reales razones de disparidad en el confronto de la persona acusada, el juez tiene que dar cuenta con argumentaciones apropiadas y exentas de errores lógicos de la elección que ha operado atribuyendo a ellos plena credibilidad y valor de prueba de las circunstancias referidas por el texto.

En cuanto a la prueba documental, la indicación de los criterios y de los límites de admisión de la prueba documental es contenida unitariamente en el capítulo dedicado a los documentos, dentro de las disposiciones generales sobre la prueba (art. 234 y ss. C.p.p.). La disciplina de las modalidades de adquisición de la prueba documental es diseminada a lo largo del código.

La prueba dactiloscópica es una de las pruebas periciales más usadas y que más aportan al proceso. Es una técnica de indagatoria muy usada en el procedimiento penal es aquella dirigida a la comprobación de la identidad dactiloscópica del autor del delito (art. 349 y ss c.p.p.).

La dactiloscopia es el estudio de las crestas papilares (salientes dérmicas) existentes sobre toda la extensión interna de las manos y sobre aquellas plantares de las articulaciones inferiores. Podemos distinguir entre improntas digitales, que reproducen el diseño de las yemas, impronta de la palma, y el diseño de las crestas papilares que reproducen la palma de la mano. El aspecto de la dactiloscopia que interesa examinar es respecto a las actividades de relevamiento y de examen de las improntas digitales una vez consumado el delito, o sea la dactiloscopia judicial. La dactiloscopia judicial se ocupa de la identificación de los autores del delito a través de fragmentos de improntas digitales que los autores han dejado en el lugar del delito. El relevamiento dactiloscópico efectuado en el curso del de la investigación de la Policía Científica tiene como objetivo acentuar las improntas latentes y documentación fotográfica de aquellas visibles, suministrando a los técnicos en dactiloscopia fragmentos de improntas papilares para confrontarlas con las improntas de personas sospechosas. Las identificaciones dactiloscópicas en este terreno son múltiples para toda la policía y el valor probatorio es indiscutible.

En cuanto a la prueba indiciaria debe consentir la reconstrucción del hecho y de las relativas responsabilidades en términos de certeza, tal de excluir la presencia de otra razonable solución. El grado de probabilidad depende de la naturaleza del criterio de inferencia que sostiene la argumentación probatoria y del eventual cúmulo de más elementos de prueba convergentes hacia la misma conclusión.

La doctrina y la jurisprudencia admiten tradicionalmente que un hecho pueda ser deducido por un indicio cuanto este sea grave, preciso y concordante. Los indicios deben ser ciertos en el sentido de que la existencia del *factum probans* no puede ser solo suposiciones o intuiciones. Si el indicio no consiente por definición la congruencia narrativa no constituye un criterio válido de verificación de los indicios, porque no tienen sentido los eventos que ocurren ni las acciones que se cumplen, puede tener si sentido precisamente el texto de la narración de los eventos y de las acciones cumplidas.

Una de las cuestiones destacables del proceso penal italiano es la admisión de la prueba atípica, que somete a una serie de reglas.

La prueba atípica parece en la mayoría de los casos menos garantista que la prueba típica, es decir privada de un requisito determinante por la instrucción probatoria o sea el ejercicio y sus resultados obtenidos en el contradictorio hecho particular en la prueba fuera del listado. La preeminencia de las pruebas legales no puede ser rechazada como no puede ser rechazada que en el ámbito de las mismas sea efectuada una ulterior diversificación entre las pruebas que determinan el resultado de

la disputa. Es necesario tener en cuenta que en el momento de la evaluación el juez se vale de conocimientos al cual la asunción de la prueba ha dado una evolución resolutoria. El juez dispone de todos los elementos de evaluación recogidos por la actividad con la cual ha sido asumida la prueba, por el confronto entre los consultores técnicos de las partes sobre los puntos de vista contrapuestos o entre ellos y el perito, por el contradictorio para la prueba y sobre la prueba.

### ***Las perspectivas del delito del blanqueo de capitales***

La aprobación de la normativa en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo es desarrollado por la tercera directiva. La misma es aplicable a las entidades aseguradoras y corredores de seguro, este ámbito aunque parezca muy fiable es uno de los más utilizados para blanquear dinero. El delito se lleva a cabo a través de seguros de vida, fondos de pensiones, entidades gestoras entre otras, es por ello que la tercera directiva resalta las precauciones en estos casos. La directiva es muy minuciosa y a veces ha sido considerada excesivamente burocrática.

Es indudable que la supervisión y control de las compañías de seguros es indispensable ya sea a través de auditorías internas o evaluación de gestión de riesgos.

Actualmente se ha considerado que las principales falencias en estas entidades son las siguientes:

Falta de actualización de la legislación que se aplica es decir no se tiene en cuenta la normativa o bien la misma está incompleta.

Falta de una mínima estructura de control interno a fin de aplicar las obligaciones establecidas por la ley.

Falta de definición y desarrollo del procedimiento (transcripción de las obligaciones que se cumplen)

La directiva ha intentado establecer directrices a fin de que se puedan cubrir estas falencias. Pero en la práctica la normativa ha ocasionado confusión sobre todo en materia a la identificación del cliente, el tratamiento de la persona de responsabilidad pública, actualización de la información a la cartera ya existente o contratación a distancia.

En el caso de la identificación del cliente cabría plantear que la norma nada dice en relación a cuál es el significado de identificar o si la copia del DNI debe guardarse en soporte digital o equivalente, si es necesario en todos los casos o basta con la verificación, cuáles son los documentos fehacientes. También cabe la duda si es necesario volver a verificar la documentación a posteriori de la formalización de la operación. Estas preguntas aún no tienen una respuesta normativa.

En cuanto a la cartera existente en aquellos casos de pago de la prima a través de domicialización bancaria y que no se comprobó la identidad del cliente, sería bueno saber el tratamiento que debemos darle. En el caso de la comercialización a distancia, la situación se complica aún más ya que la verificación de datos y la certificación de autenticidad de los mismos son de difícil comprobación.

Si bien en las compañías de seguro como hemos expuesto precedentemente es más común este tipo de inquietudes o dudas, las mismas también puede observarse en otros ámbitos como el bancario, el cual por el intenso tráfico de dinero existente se encuentra más expuesto a este tipo de delito.

En síntesis:

La posibilidad de represión del delito de blanqueo de capitales implica una disponibilidad de información. La articulación de la información está estrictamente condicionada a su vez por la extensión de la posibilidad de obtener dicha información. Se debe contar con documentación adecuada y fácilmente utilizable que constituya una forma de colaboración idónea. Tanto el sector crediticio y financiero debe suministrar dicha información a la autoridad que lo requiera. Este delito es de difícil incriminación ya que es de difícil comprobación, es mucho más fácil sancionar el delito concomitante o secundario utilizado para cometer este delito. Asimismo es más fácil sancionar la falta de documentación en las operaciones cambiarias que el blanqueo de capitales que puede surgir de las mismas.

La prueba en el proceso de blanqueo de capitales es un peldaño más en una larga escalera, con numerosos obstáculos a subir para poder llegar a combatir totalmente este delito.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### *BIBLIOGRAFÍA y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA*

#### *ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO*

- AGUILERA DE PAZ E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. III, Madrid, 1924.
- ALBRECHT H, *Criminalidad transnacional y comercio de narcóticos y lavado de dinero*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.



- ALVAREZ PASTOR D. – EGUIDAZU PALACIOS F., *La prevención en el blanqueo de capitales*, Navarra, 1998.
- ALVAREZ J. – SAL WALTER, *EL blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas*, Madrid, 2004.
- AMATO G., et.al. , *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ C. , *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid , 2000.
- ARANGUEZ SANCHEZ C., *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Barcelona, 2000.
- ARMENTA DEU T., *El Fiscal instructor*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16 (mayo/ agosto, 1982), pp. 216 a 218
- ASENSIO MELLADO J. , *Prueba prohibida y preconstituida*, Madrid, 1989.
- AVILA SOLANA E., *Las tipologías del blanqueo en España (II): casos prácticos específicos del blanqueo*, *Estudios de Derecho Judicial*, 28-2000, pág.95.
- BACIGALUPO E., *La posición del Fiscal en la investigación penal*, en AA.W., *La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Pamplona, 2005.
- BAJO FERNANDEZ M., *Derecho económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.
- BARCELONA LLOP, J, *El secreto policial . Acceso a archivos y registros de la policía. Los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad*. En *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Volumen dedicado a Acceso Judicial a la obtención de datos. Madrid, 1997, p. 157 a 222.
- BARCELONA LLOP J., *El régimen jurídico de la policía de seguridad*, Madrid, 1998.
- BAUCHÉ G., *Lavado de Dinero*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006.
- BERNASCONI P., *Il riciclaggio di fondi di origine criminosa*, Padova, 1988.
- BLANCO CORDERO I. , *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra, 2002.
- BLASCO SOTO M., *El sistema acusatorio formal y el principio inquisitivo*, en *Documentos Penales y Criminológicos*, V. I , 2001, p. 469.
- BOTTKÉ W., *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*, RP, 1998.

- BRAUN S., *La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario*, en ROMEO CASANOBA C.M. *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000.
- BUSTOS RAMIREZ J., *Perspectivas actuales del Derecho Penal económico*, en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ N., *La Administración de Justicia ante las innovaciones tecnológicas. Del entusiasmo a la desconfianza pasando por el olvido legal*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 7, 2005, p. 155-210.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ N., *Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio fiscal*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 14, enero de 2008, p. 185 ss.
- CADENAS CORTINA, *Delitos contra la administración de justicia*, Madrid, 1997.
- CALDERON CERESO A., *El blanqueo de capitales: aspectos penales y administrativos*, en *Revista Justicia de Paz*, San Salvador, 2002.
- CARNELUTTI F., *La prueba civil*, traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, Arayú, Buenos Aires, 1955.
- CARRARA F., *Programa de derecho criminal*, parte general, Vol. II, Bogotá 2004.
- CARRERA HERNÁNDEZ F., *La cooperación policial en la Unión Europea: Acervo Schengen y Europol*, Madrid, 2003.
- CLIMENT DURÁN C., *La prueba documental en el proceso penal*, Poder Judicial 2·/3· Época, núm. 41-42, 1996.
- COBO DEL ROSAL M., *Blanqueo de capitales*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2005.
- CONDE SALGADO J., *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*, Madrid, 2006.
- COLOMBO C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*, Buenos Aires, 4.ª ed., 1975.
- CUGAT MAURI M., *La corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Consejo General del Poder Judicial 61-2004.
- CUERDA RIEZU A., *La prevención del blanqueo de capitales en el ámbito notarial*, Madrid, 2102.
- CUERDA RIEZU A., *Blanqueo de capitales*, Lex Nova, Madrid, 2012

- CUERDA RIEZU A., *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2013.
- CHOCLÁN MONTALVO J., *La organización criminal*, Madrid, 2000.
- D' ALTERIO A., *El Público Ministerio italiano: configuración constitucional, organización, funciones. Especial referencia a la Dirección Nacional Antimafia. Perspectivas de reforma en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2001. Madrid, 2001.
- DE DIEGO DIEZ L., *Especialidades de la declaración testifical: Agentes encubiertos, confidentes y testigos de referencia*, en *El Proceso Penal Doctrina , Jurisprudencia y Formularios* , 2000, p. 3.
- DE LA OLIVA SANTOS A, *Jueces imparciales, Fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal*, Barcelona, 1988.
- DE PRADA SOLAESA J.R., *Las técnicas de cooperación judicial reguladas en el Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II- 2001. Ministerio de Justicia pág. 596.
- DEL CARPIO DELGADO J., *EL delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, 1997.
- DEL CERRO ESTEBAN J., *El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada* en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004.
- DELGADO GARCIA J., *Prueba de indicios*, en *La prueba en el proceso penal II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- DELGADO GARCIA D., *Configuración jurisprudencial del delito de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas*, en *Centro de Estudios jurídicos*, 2004.
- DELGADO GARCIA D., *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*, Madrid, 2006.
- DELGADO Martín J., *El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto*, en PICÓ I JUNOY J. *Problemas actuales de la justicia penal* , Bosch, 2000.
- DELLEPIANE A., *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, 1994.
- DEL POZO M., *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la LECrim. Española*, en *Criterio Jurídico*, n.6 – 2006, p. 267 a 310.

- DEL ROSAL BLASCO B., *Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal*, Diario La Ley, N°7997, Sección Doctrina , 9 de enero 2013, Editorial La Ley 5/2013.
- DEVIS ECHANDIA H., *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, 1981.
- DÍAZ CABIALE J., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.
- DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, *El blanqueo de capitales en el derecho español*, Madrid, 1999.
- ESTRELLA RUIZ M., *Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales telefónicas*, en AA.VV. *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*. Cuadernos de Derecho Judicial XII, Consejo General del Poder Judicial , Madrid, 1996, pág. 380.
- FAIREN GUILLEN V., *Doctrina general del derecho procesal*, Editorial Bosch, 1990
- FARALDO CABANA P., *Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXI, p. 116 a 165.
- FASSI Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado*, 2· ed., Buenos Aires, 1978.
- FENOCHIETTO C. - ARAZI R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación , comentado y concordado*, Buenos Aires, Tomo I, 1983.
- FORTHALSKR, *Geldwascherei -de lege lata et ferenda*, München, 1992.
- GARCÍA A.-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, 4 ed. Valencia.
- GARZON REAL B., *Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea, Prevención y represión del blanqueo de capitales*, 28-2000. pág.419.
- GASCÓN INCHAUSTI F., *Infiltración policial y agente encubierto*, Granada, 2001.
- GIMENO SEDRA V., et.al. , *El nuevo proceso penal*, Valencia , 1989.
- GIMENEZ SENDRA V., *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo*, La Ley , Madrid, 1996-2, pág. 1620.
- GIMENO SENDRA V. et. al. , *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1999.
- GÓMEZ COLOMER., *El fiscal instructor*, en *Justicia*,, 1996.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, 2004.
- GÓMEZ ORBANEJA - HERCE QUEMADA , *Derecho Procesal Civil*, vol.I , *Parte General . El proceso declarativo ordinario*, Madrid , 1979.

- GONZÁLES N. – CUELLAR SERRANO N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ N., et. al., *Investigación y prueba en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ RUS J., *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1983.
- GONZALEZ RUS J., *Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código penal del 1992*, en *Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDERMANN*, Madrid, 1995.
- GORPHE F., *La apreciación judicial de las pruebas*, Buenos Aires, 1967.
- GRIFFITHS D., *International Efforts to Combat Money Laundering: Developments and Prospects* Commonwealth Law Bulletin, 1993.
- GRILLI A., *Società e cultura de la prevenzione*, in *La criminalità organizzata negli anni 90. Strumenti di lotta e nuove strategie*, a cura di Neuburger – Tinebra, Padova, 1993.
- HERRERO C., *Los delitos económicos perspectivas jurídica y criminológica*, Madrid, 1992.
- IBÁÑEZ A. - MOVILLA, *El poder judicial*, Madrid, 1986, p. 405.
- ILLUMINATI G., *La disciplina processuale della intervención*, Milano 1983, ( citado por LOPEZ – FRAGOSO T. : *La intervenciones telefónicas en el Proceso Penal* . Editorial Colex, 1991.
- JIMÉNEZ CAMPO J., *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VII, Edersa, 1986.
- JORQUERA GARCIA L. (et.al.), *Código sobre prevención del blanqueo de capitales*, La ley-Actualidad, Madrid, 2006.
- KAISER G., *Introducción a la Criminología*, Madrid, 1988.
- LEGUISAMÓN Héctor E., *Las presunciones judiciales y los indicios*, Buenos Aires, 1991.
- LOMBARDERO EXPÓSITO L., *Blanqueo de capitales*, Barcelona, 2009.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J., *El agente encubierto*, en *La Ley*, Número 4778, 20 de abril de 1999, pág. 1954 /1955.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989.
- LLERA SUÁREZ E. -BÁRCENA, *La atribución de la actividad investigadora*, Valencia, 1997.

- MARCHERENA GÓMEZ M., en *V.V. A.A., Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Coord. Por Serrano Butrageño I., Granada , págs. 1100 y 1101, 1998.
- MARTÍN MORALES R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ C. – BUJAN PÉREZ, *Derecho Penal económico parte general*, Valencia, 1998.
- MARTÍNEZ PÉREZ, R. *La policía judicial y la Constitución Española*, Navarra, 2000.
- MARTÍNEZ SELVA J., *Los paraísos fiscales*, Madrid, 2005.
- MIRALLES MORERA Francisco , *La llamada prueba documental en el proceso penal*, en *Revista del Colegio de Abogados de Alicante*, núm. 7, septiembre 1991.
- MIRANDA ESTRAMPES M., *El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999.
- MITTERMAIER K., *Tratado de la prueba en materia criminal*, Imprenta de la Revista de Legislación, 3ª Edición, Madrid, 1977.
- MONTERO AROCA Juan, *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Justicia, 1983.
- MONTÓN GARCÍA M., *Agente provocador y agente encubierto : ordenemos conceptos*, en *La Ley* n° 4826, 1999.
- MONTÓN REDONDO A., *Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso*, Salamanca, 1977.
- MONTÓN REDONDO A., *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*, *La Ley*, Madrid 1995-4, págs. 1049/150.
- MONTOYA M., *Informantes y técnicas de investigación encubierta*, Buenos Aires, 1998.
- MORALES PRATS F., en *V.V. A.A. , Comentarios al nuevo Código Penal*, dirigido por Quintero Olivares G. , Pamplona, pág. 948, 1996.
- MORELLO A., et.al. *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*. Abeledo-Perrot, T· II-C, 1986.
- MORENO CANOVES A. – RUIZ DE MARCO F., *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza, 1996.
- MORENO CATENA V., *Derecho procesal penal*, 2ª ed. Madrid, 1997.
- MORILLAS CUEVA L. *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2010.

- MORILLAS CUEVA L. – VALLS PRIETO J., *Hacia una nueva realidad de un Derecho Penal Europeo*, en *RFDUG*, vol. 9, Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Valencia, 2006.
- MUÑOZ CONDE F., *Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada*, en Gutierrez Alvis Conradi F. (director), *La criminalidad organizada ante la justicia*. Universidad de Sevilla, Ayuntamiento de Sevilla, UIMP, Sevilla, 1996.
- MUÑOZ ROJAS T. , *La sentencia penal*, Temis, núm. 10 , 1961.
- MUÑOZ SÁNCHEZ J. , *El agente provocador*, Valencia, 1995.
- NARVÁEZ RODRIGUEZ A., *Intervenciones telefónicas, (Comentario a la STS 49/1999, de 5 de abril)*, en Repertorio Aranzadi del TC, VOL II, Parte Estudio, pág. 1757/ 1782, 1999.
- NICASTRO J., *Sistema procesal italiano. Sistemas penales Europeos. Cuadernos y Estudios de Derecho judicial. CGPJ. IV/2002*. CGPJ, Madrid, 2003, págs. 109 a 114.
- OCHOA MONZÓ V., *Sujetos de la investigación en el proceso penal español*, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006.
- ORTELLS RAMOS M. , *Proceso Penal*, Barcelona, 1991.
- ORTELLS RAMOS M. , *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial*. Estudio de los artículos 730 y 741 de la LECrim, *Revista de Derecho Penal Iberoamericano*, 1982.
- PABÓN GÓMEZ G. , *Lógica del indicio en materia criminal*, Colombia, 3ª ed. , 207.
- PALACIO E. - ALVARADO VELLOSO A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe , República Argentina. Tomo IV, 1989.
- PALACIOS CRIADO M., *Blanqueo de capitales. Agentes interviniente: el deber de colaboración. Especial mención de los Notarios*, en *Judicatura y Notariado ante los delitos económicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- PALMA HERRERA J., *Los delitos del blanqueo de capitales*, Madrid, 2000.
- PALOMO DEL ARCO a., *Receptación y figuras afines*, Madrid, 1996.
- PASTOR ALCOY F., *Prueba de indicios credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Valencia, 2003.
- PASTOR LOPEZ M., *El proceso de persecución*, Valencia, 1979.
- PAZ RUBIO J., *La prueba en el proceso penal, su práctica ante los tribunales*, Madrid, 1999.

- PEDRAZZI C., *El bien jurídico en los delitos económicos*, en M. BARBERO SANTOS, *La reforma penal. Delitos socioeconómicos*, Madrid, 1985.
- PEDRAZ PENALVA E., *Medidas procesales para la agilización de la justicia española*, en AA.W., *VI Jomadas de la Fe Pública Judicial*, Santiago de Compostela, 1995, p. 120.
- PEDRAZ PENALVA E., *Acerca del procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Temas JCYL, 2003.
- PEDRAZ PENALVA E. *Los jueces de proximidad* (Sobre el Anteproyecto de LO de Modificación de la LOPJ...), en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero de 2006, pp. 13 a 69
- PEDRAZ PENALVA E., *Sobre la Reforma de la justicia penal*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, enero 2008, p. 24 ss.
- PEREZ LAMELA H. , *Lavado de dinero*, Buenos Aires, 2006.
- POPITZ H., *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tubinga, 1968
- QUERALT J., *Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/ 1999 de 14 de enero*, en *La Ley* , noviembre de 1999.
- QUERALT Joan Joseph et.al. *Manual de policía judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- REYES ALVARADO Y., *La prueba indiciaria*, Bogotá, 1989.
- RIFÁ SOLER J., *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim*, en *Revista del Poder Judicial*, n. 55, 1999, pág.158.
- RIVES SEVA A., *La prueba en el proceso penal, (Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo)*, ed. Aranzadi, 3.ª edición, 1999.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Comentario a la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero la entrega vigilada y el agente encubierto*, en *Actualidad Aranzadi*, 1999.
- RODRIGUEZ LAÍN Z J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas (su evolución en la jurisprudencia del Tribunal constitucional y del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2002.
- RODRÍGUEZ RAMOS L., *Las intervenciones telefónicas*, en *La prueba en el Proceso Pena . Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, pág. 456., 1992.
- RODRÍGUEZ RAMOS L. , *La intervención de las comunicaciones*, en *Cuadernos de derecho judicial, La prueba en el proceso penal*, 1992.



- RODRÍGUEZ RAMOS L., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, concordancias y comentarios*. 9ª, Madrid, 1997.
- RODRIGUEZ ROMAN E. *La prevención del blanqueo de capitales en España*, en *Partida Doble*, núm. 69, julio – agosto 1996, p. 47.
- RODRIGUEZ ROMAN E., *Normas preventivas, la Ley 19 /1993, de 28 de diciembre: sujetos obligados, obligaciones y actuaciones del servicio ejecutivo*, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 28 – 2000.
- RODRIGUEZ RUIZ B., *El secreto de las comunicaciones tecnología e intimidad*, Editorial Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998.
- RODRIGUEZ VILLAR P. (et.al), *Prevención del lavado de dinero en el sector financiero*, Argentina, 2001.
- ROMERO FLORES B., *El delito de blanqueo de capitales*, en *Anales del Derecho*, n. 20, 2002, p. 297- 336.
- ROSEMBERG L. , *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Tomo II, 1955.
- ROSEMBERG L., *La carga de la prueba*, traducción de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1956.
- RUIZ VADILLO E. , *Estudios de derecho procesal penal*, Granada, 1995.
- SAEZ CAPEL José, *Informática y delito*, Proa XXI editores, Buenos aires , Argentina, 2ª ed., 2001.
- SCÖNKE A., *Derecho procesal civil*, Barcelona, nª 57, 1950.
- SEQUEIROS SAZATORINI F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, en *La Ley*, Madrid, 2000.
- SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid, 2009.
- SEQUEIROS SAZATORNI F. , *El agente encubierto. El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*. *La Ley – Actualidad*, Madrid, 2000.
- SHÖNKE A. *Límites de la prueba en el derecho procesal*, en *Revista de Derecho Procesal* 1955, pág. 373 /378.
- SOUTO M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Servicio de publicaciones e intercambio científico, Santiago de Compostela, 2002.
- SUAREZ GONZALEZ C., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p.862.
- SUÁREZ GONZÁLEZ C., *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

- TORRES MORATO M. - DE URBANO CASTRILLO E. , *La prueba ilícita penal ( estudio jurisprudencial)* , Pamplona, 1997.
- TORRES ROSELL N., *La denuncia*, Editorial Montecorvo, 1991.
- VELAZCO NÚÑEZ E., *Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema*. En Actualidad Penal nº 18/3, 9 de mayo 1993.
- VESCOVI E., *Premisas para la consideración de la prueba ilícita*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, pág. 341 /370, 1970.
- VIGNA L. , *Le indagini preliminari en Il nuovo processo penale*, Giuffré , 1989.
- VILLAREJO JIMENEZ C., informe del comité de apoyo de la ATTAC, 2005.
- WAGSTAFF A.- MAYNARD A., *Economics Aspects of the illicit Drug Market and Drug Enforcement Policies in the United Kingdom*, London 2000.
- WHITESBREAD C., *Criminal Procedure*, The Foundation Press, Mineola, New Cork, 1980.
- ZARAGOZA AGUADO J., *Receptación y blanqueo de capitales*, en SERRANO BUTRAGUEÑO, et.al., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas profesionales*, Manual Teórico III, Vol.4, Madrid, 1996.
- ZARAGOZA AGUADO J., Análisis sustantivo del delito (II) Cuestiones de interés sobre el delito de blanqueo de bienes de origen criminal: la prueba indiciaria. La comisión culposa. Nuevas orientaciones en derecho comparado, *Estudios de derecho judicial*, 28-2000, pág. 291 y ss.

*INDICE JURISPRUDENCIAL( a continuación se citan las sentencias judiciales más importantes)*

*SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA*

- 1984- ATC 361/1984, RTC 1984/361.
- 1984- STC 22/1984, de 17 de febrero, RTC 1984/22.
- 1986 STC 53/1986, de 5 de mayo FJ n.º 3, RTC 1986/53.
- 1987- STC en el ATC 970/1987, RTC 1987/970.
- 1987- STC, en el ATC 1136/1987, RTC 1987/1136.

1988- STC 174/85, 17 de diciembre, F J 7 BOE 15-1-86, RTC 1985/174.  
1988- STC 229/88 de 1 de diciembre F J 2, BOE 23-12-88, RTC 1988/229.  
1988- STC 221/1988, RTC 1988/221.  
1988- STC 128 / 1988, de 27 de junio, RTC 1988/ 128.  
1991- STC 41/91, de 25 de febrero, F J 3, BOE 18 de marzo de 1991, RTC 1991/ 41.  
1992- STC 190 / 1992, de 16 de noviembre, RTC 1992/190.  
1993- STC 254 /1993, de 20 de junio, fundamento jurídico n· 7 , RTC 1993/ 254.  
1994- STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ n·6, RTC 1994/ 57.  
1994- STC 7/1994, de 17 de enero, FJ n· 3, RTC 1994/ 7.  
1995- STC 181/1995 de 11 de diciembre, RTC 1995/ 181.  
1995- STC 181/1995 de 11 de diciembre, RTC 1995, 181.  
1998- STC 176/ 1988, de 4 de octubre, RTC 1988/ 176.  
2001- STC 124/01 de 4 de junio de 2001, BOE 3-7-2001, RTC 2001/ 124.  
2002- STC 70/ 2002,4 de abril, RTC 2002/ 70.  
2002- STC 123/2002, RTC 2002/ 123.  
2005- STC 303/ 1993, RTC 1993/ 303.

#### *SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA*

1980-STs de 2 de abril de 1980, RJ 1980, 1234.  
1980-STs de 4 de julio de 1980, RJ 1980, 3127.  
1981- SSTS de 7 de mayo de 1981, RJ 1981, 2135.  
1983- STS de 24 de enero de 1983, RJ 1983/ 46.  
1984- STS 107/1984, de 23 de noviembre, fundamento jurídico n· 3, RJ 1984/ 5886.  
1984- STS 114/1984, de 29 de noviembre, RJ 1984/ 6016.  
1985- STS de 29 de junio de 1985, R. 3587.  
1986- SSTS de 18 de marzo de 1986, RJ 1986, 1659.  
1986- STS 20 de octubre de 1986. R. 5706.  
1986- STS de 11 de junio de 1986, R. 3137.

1986- STS de 11 de junio de 1986, R. 3137.  
1986- STS 26 de diciembre de 1986 , RJ 1986, 7996.  
1986-STS de 27 de octubre de 1986, RJ 1986, 5740.  
1987- STS de 22 de abril de 1987, RJ 1987/ 2599.  
1987- STS de 9 de octubre de 1987 , RJ 1987, 7269.  
1987- STS de 18 de julio de 1987, RJ 1987, 5555  
1987- STS de 23 de enero de 1987, RJ 1987/ 456.  
1987- STS de 25 de febrero de 1997, RJ 1997, 1737.  
1987- STS de 27 de enero de 1987, RJ 1987, 465.  
1987- STS de 30 de noviembre de 1987, RJ 1987, 8631.  
1988- STS de 5 de febrero de 1998, RJ 1988/656.  
1988- STS 128 /1988, de 27 de junio, RJ 1988/6818.  
1988- STS 21 de junio 1988, RJ 1988/ 156.  
1989- STS de 25 de abril de 1989, R. 3515.  
1989- STS 1 de febrero de 1989, RJ 1989, 1327.  
1989- STS de 11 de mayo de 1989, RJ 1989, 4170.  
1990- STS de 29 de marzo de 1990, RJ 1990, 2647.  
1991- STC 41/91, de 25 de febrero, F J 3, BOE 18 de marzo de 1991.  
1991- SSTS de 4 de octubre de 1991, RJ 1991, 7002.  
1991- STS de 20 de febrero de 1991, RJ 1991 ,1308.  
1991- STS de 25 de noviembre de 1991, RJ 1991/ 8549.  
1991- STS de 7 de octubre de 1991, RJ 1991, 7014.  
1991- SSTS de 4 de octubre de 1991, RJ 1991, 7002.  
1991- STS de 20 de febrero de 1991, RJ 1991 ,1308.  
1991- STS de 7 de octubre de 1991, RJ 1991, 7014.  
1992- ATS de 18 de junio de 1992 , RJ 1992, 6102.  
1993- STS 15 de junio de 1993, RJ 1993/ 5113.  
1993- STS de 2 de julio de 1993, RJ 1993, 5703.  
1993- STS de 25 de junio de 1993, RJ 1993, 5244.  
1993- STS de 3 de marzo de 1993, RJ 1993, 1840.  
1993-STS de 3 de noviembre de 1993, RJ 1993, 8395.  
1994- STS 21 de enero de 1994, RJ 1994, 89.  
1994- STS 4 de noviembre de 1994, RJ 1994, 8395.  
1994- STS de 31 de enero de 1994, RJ 1994/ 594.

1994- STS de 11 de octubre de 1994, RJ 1994, 8170.  
1994- STS de 31 de octubre de 1994, RJ 1994, 9076;  
1994- STS de 11 de octubre de 1994 , RJ 1994, 8170.  
1994- STS de 11 de octubre de 1994, RJ 1994, 8170.  
1994- STS de 20 de mayo de 1994, RJ 1994, 3942.  
1994- STS de 23 de diciembre de 1994, RJ 1994, 10266.  
1994- STS de marzo de 1994, RJ 1994, 2592.  
1995- SSTS 29 de abril de 1995, RJ 1995, 3027.  
1995- STS de 14 de febrero de 1995, RJ 1995, 818.  
1995- STS 31 de octubre de 1995, RJ 1995/ 7697.  
1995- STS 6 de febrero de 1995, RJ 1995/ 754.  
1995- STS de 1 de diciembre de 1995, RJ 1995, 9031.  
1995- STS de 1 de diciembre de 1995, RJ 1995, 9031.  
1995- STS de 10 de marzo de 1995, RJ 1995, 1826.  
1995- STS de 10 de marzo de 1995, RJ 1995, 1826.  
1995- STS de 14 de febrero de 1995, RJ 1995, 818.  
1995- STS de 24 de junio de 1995, RJ 1995/ 4849.  
1995- STS de 26 de septiembre de 1995, RJ 1995, 6746.  
1995- STS de 30 diciembre de 1995 , RJ 1995, 9639.  
1995- STS de 31 de octubre de 1995, RJ 1995, 7698.  
1995- STS de 9 de febrero de 1995, RJ 1995/ 801  
1995- STS 11 de diciembre de 1995, RJ 1995, 9235.  
1995- STS 14 de febrero de 1995, RJ 1995, 818.  
1995- STS 20 de diciembre de 1995, RJ 1995, 9458.  
1995- STS 31 de octubre de 1995, RJ 1995, 7698.  
1995-STS de 15 de enero de 1995, RJ 1995/ 465.  
1996- STS 2 de abril , RJ 1996/ 2873.  
1996- STS 19 de octubre de 1996, RJ 1996/ 7419.  
1996- STS 22 de julio, RJ 1996/ 6072  
1996- STS 26 de octubre de 1996, RJ 1996/ 7846.  
1996- STS de 19 de octubre de 1996 , RJ 1996, 7834.  
1996- STS 16 de marzo de 1996, RJ 1996 / 916  
1996- STS 49/ 1996, de 26 de marzo , RTC 1996, 49.  
1996- STS de 13 de noviembre de 1996 , RJ 1996, 8249.

1996- STS de 13 de febrero de 1996, RJ 1996, 824.  
1996- STS de 17 de diciembre de 1996, RJ 1996, 9178.  
1996- STS de 18 de enero de 1996, RJ 1996, 291.  
1996- STS de 2 de abril de 1996, RJ 1996, 2847.  
1996- STS de 28 de noviembre de 1996, RJ 1996, 8737.  
1996- STS de 4 de marzo de 1996, RJ 1996, 2405.  
1996- STS14 de noviembre de 1996, RJ 1996, 8202.  
1996- STS 12 de diciembre de 1996, RJ 1996/ 8953.  
1996- STS16 de diciembre de 1996, RJ 1996, 9176.  
1996-STS 20 de diciembre de 1996, RJ 1996/ 9038.  
1996- STS 16 de septiembre de 1996, RJ 1996/ 6618.  
1997- STS de 26 de septiembre de 1997, RJ 1997/  
1997- STS11 de abril de 1997, RJ 1997, 2802.  
1997- STS 27 de febrero de 1997, RJ 1997, 1460.  
1997- STS 4 de febrero de 1997, RJ 1997/ 1380.  
1997- STS 8 de febrero de 1997, RJ 1997, 888.  
1997- STC 123/ 1997, de 1 de julio , RTC 1997, 123.  
1997- STS de 11 de abril de 1997, RJ 1997, 2802.  
1997- STS 12 de abril de 1997, RJ 1997/ 2817.  
1997- STS de 11 de abril de 1997, RJ 1997, 2802.  
1997- STS de 11 de abril de 1997, RJ 1997, 2802.  
1997- STS de 11 de abril e 1997, RJ 1997, 2802.  
1997- STS de 25 de enero de 1997, RJ 1997, 109.  
1997- STS de 26 de septiembre de 1997, RJ 1997, 6696.  
1997- STS 25 de febrero de 1997, RJ 1997, 1737.  
1998- STS 20 de febrero de 1998, RJ 1998/ 2341.  
1998- STS de 12 de marzo de 1998, RJ 1998/ 2353.  
1998- STS de 30 de abril de 1998, RJ 1998, 4254.  
1998- STS de 9 de marzo de 1998, RJ 1998, 2346.  
1998- STS 20 de febrero de 1998, RJ 1998, 1466.  
1999- STS 18 de febrero de 1999, RJ 1999/ 1464.  
2001- STS de 24 de abril de 2001, RJ 2001/ 3568.  
2002- STS 591/ 2002, de 1 de abril, RJ 2002 / 5444.  
2002- STS de 30 de septiembre de 2002, RJ 2002, 9153.

2002-ST5 588/2002 de 4 de abril, RJ 2002/ 5445.

2003- ST5 23 de enero de 2003, RJ 2003, 1993, F. J. 3.

2003- ST5 de 15 diciembre de 2003, RJ 2003, 9479.

#### *JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE LOS E.E.U.U.*

1920- SIVERTHORNE LUMBER Co. V. U.S., 251 U.S. 385, 40 S. Ct. 182 ,1920

1939- NARDONE v. U.S. 308 U. S. 338, 60 S. Ct. 266 , 1939.

1975- BROWN V. Illinois, 442 U.S. 590, 95 S. Ct. 2254 . 1975.

1984- Caso MALONE, Sentencia del 2 de agosto de 1984

#### *JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS*

1978- STEDH 6 de septiembre de 1978, Caso Klass y otros contra Alemania.

1979- STEDH de 13 de julio de 1979, Caso Marchks c. Bélgica.

1983- STEDH de 25 de marzo de 1983, Caso Silver.

1985- STEDH de 28 de mayo de 1985 , Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido.

1988- SSTEDH de 24 de marzo de 1988, Caso Olsson.

1990- STEDH de 24 de abril de 1990, Caso Kruslin

1990- STEDH de 27 de septiembre de 1990, Caso Windisch.

1990- STEDH de 24 de abril de 1990, Caso Huvig contra Francia.

2000- STEDH de 6 de abril de 2000 (TEDH 2000, 120), Caso Labita contra Italia.

#### *BIBLIOGRAFIA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA*

#### *INDICE DELLA BIBLIOGRAFIA CONSULTATA*

- ANSELMI, *Attenti alla gogna elettronica*, in *La reppubblica*, 10 febbraio 2005.

- APRILE E.– SPIEZA F., *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Giuffrè , 2004.

- ARCUDI G. e MONTANARO S., *L'identificazione del vivente e le impronte digital in Guisto Giusti – Trattato di Medicina legale e Science affini*, Cedam, 1998, p. 691.
- BALDASSARRE A., *Privacy e Costituzione*, Bulzoni, 1974.
- BARBIERI A., *In tema di intercettazioni nell'abitacolo di un'autovettura*, in *Giur. It.* 2002, p. 140.
- BARUCCI P., *Reciclaggio del denaro sporco*, Comitato Scientifico, Milano, 1991.
- BLAIOTTA R., *Con una sentenza storica*, in *Cass. Pen. IV*, 2003, p. 1202.
- BORRELLI G., *Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2439.
- BOTTI C., *Ma il sensore posto nell'autoveicolo potrebbe violare il domicilio*, in *Dir. e giust.*, 2002 (22), p. 17.
- BROGAN J., *Facing the music: the dubious constitutionality of facial recognition technology*, in 25, *Hasting Comm. & Ent. Law Journal*, 65 (2002- 2003).
- CALAMANDREI, J. *Verballi di prove e documenti acquisibili da altri procedimenti dopo la riforma del 1992*, in *Giust. pen.* III, 1992, p. 92.
- CAMON A., *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale qualche chiarimento e dubbi nuovi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, p. 1565.
- CAMON A., *Le riprese visive come mezzo di indagine : spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cass., pen.*, 1999, p. 1200.
- CASONATO C., *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori*, Università di Trento, Trento, 1995.
- CAPELLETTI M., *Il verbale come requisito quod substantiam del procedimento probatorio?* In *Giur. It.*, 1959, I, 1, c. 597 ss.
- CAPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, rist., Milano, 1974, p. 92 ss.
- CAPRIOLI F., *Riprese visive nel domicilio e intercettazioni per immagini*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 2188.
- CARLI L., *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Giuffrè, 2005, II ed.
- CARNELUTTI F., *Ispezione giudiziale non documentata*, in *Riv. Dir. Proc.* 1960, p. 131 ss.
- CAVALLONE A., *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. Dir. Proc.* 1978, p. 733.



- CERRI A., voce *Riservatezza*, ( *diritto all, III- Diritto costituzionale* ) in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1991, p. 2 s.
- CLANCY T., *Coping with technological change: Kyllo and the proper analytical structure to measure the scope of Fourth Amendment rights*, in 72, *Miss Law Journal* , 526, 538 (2002- 2003).
- CHIAPPETTI A., voce *Polizia ( Diritto pubblico)* in *Enciclopedia del diritto XXXIV*, Milano, 1985,p. 132.
- CHIAVARIO M., *L' azione penale tra politica e diritto*, Cedam, 1995.
- CIVININI M.J.,*Il procedimento in camera di consiglio*,in *Giur. Sistemática di dir. proc. Civ.* vol I- II, Torino, 1994.
- CORDERO F., *Prove illecite nel processo penale*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale* , Milano , 1961.
- CORDERO, F. *Codice di procedura penale*, UTET, 1992.
- CORDERO, F., *Procedura Penale*, Giuffrè, 1995, III ed.
- CORDERO F.,*Le prove illecite in Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè,1963, p.45.
- CRISTIANI A., *Le modifiche al nuovo processo penale e la giurisprudenza costituzionale*, G.Giappichelli, 1993.
- DALIA A., *L' attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, varese, 1979.
- DALIA A. – FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*,Cedam, 2002.
- DAMASKA M.R., *Il diritto delle prove alla deriva*, in *Il Mulino*, Bologna, 2003, p. 55.
- D'AMBROSIO L., *La pratica di polizia giudiziaria*, CEDAM, 2003.
- DASH, SCHWARTZ, KNOWLTON, *The Eavesdroppers*, New Brunswick, N.J. 1959.
- DE ANGELIS M., *La videosorveglianza ed il teleallarme le nuove frontiere dell'attività di vigilanza*, in *Riv. Polizia*, 2002, p. 409.
- De GREGORIO G., *L'inutilizzabilità* , in *Le prove*, coordinato da E. MARZADURI, I, Giappichelli , Torino , 1999, p. 253.
- D'ELIA G., *Magistratura, Polizia giudiziaria e Costituzione*, Giuffrè , 2002.
- DEGANELLO M., *I criteri di valutazione della prova penale*, Giappichelli, 2005.
- DI PAOLO G.,*Tecnologie del controllo e prova penale*, Cedam, 2008.
- D'ISA, R., *Sulla disciplina dei documenti nel nuovo processo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc.. Pen.* , 1992, p. 1413.
- DOMINIONI O., *La prova penale scientifica*, Giuffrè,2005.

- ENNIO A., *La fase anteriore al dibattimento nella nuova legge per il codice di procedura penale*, in *Giust. Pen.* III, 1982.
- FALCO DE *Sulle videoriprese più ombre che luci. Non basta il dictum delle Sezioni Unite*, in *Dir. & Giust.* 2006, n. 45, 71.
- FANUELE C., *Il concetto di privata dimora ai fini delle intercettazioni ambientali*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2746.
- FASSONE E., *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Laterza, p.201 e s.
- FASSONE E., *La valutazione della prova*, in AA.VV. , *Manuale pratico dell'inchiesta penale*, a cura di L. Violante, Milano, 2002.
- FERRUA P., *Studi sul processo penale, II. Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli,1992.
- FERRUA P., *Il processo penale dopo la riforma dell' articolo 111 della Costituzione*, in *Quest. Giust.* 2000, n.1, p. 49, 56 – 57.
- FILIPPI L., *L'home watching documento, prova atipica o prova incostituzionale?* In *Dir.pen. proc.* , 2001, p.94 ss.
- FUMU G., *Articoli 266- 271 in Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, UTET, II, 1990, p. 774.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam. 1992.
- GIANFORMAGGIO L., *Certeza del diritto , coerenza e consenso . Variazioni su un tema di MacCormick*, in *Mat. St. Cult. Giur.* , p. 473.
- GIANFORMAGGIO L., *Modelli di ragionamento giuridico*, in *La teoria generale del diritto . Problema e tendenze attuali*, a cura di Scarpelli, Edizione di Comunità ,1983, p. 131 e ss.
- GIORDANO P., *Le indagini preliminari*, CEDAM, 2002.
- GIORDANO P., *Inapplicabili le garanzie delle intercettazioni al semplice monitoraggio della posizione* , in *Guida dir.* 2002, n. 23, p. 54.
- GRASSO S., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice procedura civile*, diretto da Allorio, I, Torino, 1973, p. 1305.
- GREVI V., *Nemo tenetur se detergere* , Giuffrè, 1972.
- IACCOVIELLO M., *Scelta decisionale < giusta> e motivazione insufficiente : gli incerti poteri del giudice di legittimità* , in *Cass. Pen.* 1995,p. 145.

- IACOVIELLO F.M., *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.* , 1996, p. 196.
- IACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione* , Giuffrè, Milano, 1997, p. 222.
- LA FAVE I., *Criminal procedure*, West Publishing Co., S.Paul, Minn, 1992 , II ed.
- LARONGA A., *Il pedinamento satellitare un atto atipico lesivo di diritti inviolabili?* in *Queso. Giust.* V, 2002, p. 1155.
- LARONGA A., *L' utilizzabilità probatoria del controllo a distanza eseguito con sistema satellitare g.p.s.* , in *Cass. pen.* , 2002, p. 3050.
- LARONGA A., *Le prove atipiche nel processo penale*, CEDAM, 2002.
- LATTANZI F., *Brevi considerazioni sul sequestro del corpo del reato* , in *Cass. pen.* II, n. 271, 1991, p. 758.
- LONGO P., *Commentario Costituzionale al Codice di Procedura Penale*, Cedam, 2003.
- MANDRIOLI C., *Corsi di diritto processuale civile, II*, Giappichelli, 2006.
- MARGARITTELLI A., *Problemi di prova e di difesa nei processi separati : la perizia assunta nell' incidente probatorio*, in *Giur. Cost.* 1994, p. 2985.
- MARINELLI C., *Intercettazione processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007.
- MASCIANDARO D., *Banche e riciclaggio . Analisi economiche e regolamentazione*, Milano, 1994.
- MOLINARI F., *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria* , in *Cass. pen.* , 1996, p. 196.
- MONTESANO L., *Le prove atipiche nelle presunzioni e negli argomenti del giudice civile* in *Riv. Dir. Proc.*, 1980, p. 235 ss e 249.
- MORGIGNI A., *L' attività della polizia giudiziaria* , Giuffrè ,2002.
- NANNUCCI U., *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo di parti*, in *Cassazione penale*, 1993, p.2949.
- NAPPI A., *Processo penale ed emergenze*, in *Cass. Pen.* 1983, p.667.
- NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 1992.
- NAPPI A., *Falso e legge penale*, II ed. Giuffrè, 1999.
- NAPPI A., *Guida al Codice di Procedure Penale*, Giuffrè ,2000, VII ed.
- NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale* , Giuffrè , 2004, IX ed.

- NOBILE M. *Commento all'art. 188 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHAVARIO, II, Utet, 1990, p. 40
- NOBILI M., *Articoli 187- 193*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHAVARIO, UTET, II, 1990.
- NOBILI, M., *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.* , 1989, p. 266.
- NUVOLONE P., *Le prove vietate nel processo penale dei Paesi di diritto latino*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, p. 470.
- ODIFREDDI P., *C' era una volta un paradosso Storie di illusioni e verità rovesciate*, Einaudi, 2001.
- ONDA V., *La posizione costituzionale del C.S.M. e i rapporti con gli altri poteri*, in *Magistratura , C.S.M. e principi costituzionali* , a cura di B. Caravita , Roma – Bari 1994, p. 30.
- ORLANDO, Renzo *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1992.
- PACE A., voce , *Libertà personale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano , 1974, p. 310.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, CEDAM, 1990- 1992, Vol. II.
- PACE A., *Le videoregistrazioni ambientali, tra gli artt. 14 e 15 Cost.* in *Giur. Cost.* 2002, p. 1073.
- PAPA, M. *Contributo allo studio delle rules of evidence nel processo penale statunitense*, in *Indice pen.* 1987, p. 332.
- PERETOLI P., *Controllo satellitare con GPS: pedinamento o intercettazione?*, Commento a Cass. sez. V pen. 2 maggio 2002, in *Diritto penale e processo*, 2003, fasc. 1 p. 94- 101.
- PEZZUTO G., *Paradisi fiscali e finanziari*, Il sole 24 ore, Milano, 2da.ed,2001.
- POTETTI D., *L'art. 270 del codice di procedure penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova* , in *Riv. Pen.* 1993, p. 785.
- PROTO PISANI A., *Appunte sulle prove civile*, in *Foro it.* , V, 1994.
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, Giuffrè ,1997, III ed.
- RICCI G., *Le prove atipiche*, Giuffrè, Milano, 1999.
- RICCI G., *La prova penale*, Padova, 2000 , IV ed.

- RIVELLO P.P., *Commento all' art. 238 c.p.p.* , in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale. Secondo aggiornamento* , coordinato da M. Chiavario, Utet, 1993, p. 82, 89.
- SALVI G., *Rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero*, in *Giustizia penale*, 1989, p. 726.
- SALTZBURG, CAPRA, *American criminal procedure . Cases and commentary*, 7- ed. , 2000, p. 64 – 72.
- SELVAGGI E., *L` oggetto nel sequestro probatorio en el sequestro preventivo*, in *Cass. pen*, 762, p. 937
- SCAGLIONE A., *Attività atipica di polizia giudiziaria e controllo satellitare*, in *Foro it.*, 2002, II, c. 635.
- SCAGLIONE A., *L`attività ad iniziativa della polizia giudiziaria* , Giappichelli ,2000.
- SCELLA A., *Prove penali e inutilizzabilità . Uno Studio introductivo.*, Giappichelli, 2000.
- SELMI S., *Captazione visiva e libertà domiciliare*, in *Giust. Pen.*, 2003, c. 52.
- SILVESTRI G., *Il P.M. quale era, qual è, dovrebbe essere*, in *Guirispudenza Costituzionale* 1997, V, p. 960.
- SIMMONS, *The powers and pitfalls of technology*, New York University, School Law, 2005.
- SIRACUSANO D., *Le prove*, in D.SIRACUSANO – A. GALATI – G. TRANCHINA – E. ZAPPALÀ ( a cura di ) , *Diritto processuale penale*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 353.
- SLOBOGIN C., *Public privacy: camera surveillance of public places and right to anonymity* , in 72, *Miss. Law Journal*, 2002- 2003, p. 238 ss.
- SQUASSONI C., *Commento all`art. 238 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale* , coordinato da M. Chiavario, Vol. II Utet, 1990, p. 656, 659.
- STELLA F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.* , 2002, p. 767.
- TARZIA G. *Problemi del contraddittorio nell`istruzione probatoria civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 1984, p. 654.
- TARONI F.– CHAMPOD C. *Riflessioni sulla valutazione della prova scientifica*, in *Giut. Pen.* 1993, III, p. 247. ss.

- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992.
- TARUFFO M., *Libero convincimento del giudice* in Enciclopedia Giuridica XVIII, Roma, 1990, p. 3.
- TARUFFO M., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, Cedam, 2000, III ed.
- TIEGHI R., *La videoregistrazione nelle indagini preliminari*, in *Studium iuris*, 2003, V, p.570.
- TONINI P., *Il controllo processuale sulle indagini di polizia giudiziaria* in *Foro Italiano* 1980, V, p.43 ss.
- TONINI P., *Polizia giudiziaria e magistratura. Profili storici e sistematici*, Milano, 1979.
- TONINI P. *La prova penale*, CEDAM, 2000, IV ed.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2005, V ed.
- TONINI P., *Manuale breve. Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2006.
- UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979.
- UBERTIS, G., *Variazioni sul tema dei documenti*, in Cass. pen, UTET, 1992, p. 2521.
- UBERTIS, Giulio *Variazioni sul tema dei documenti*, in Cass. pen. p.2523.
- VELANI L.G., *Nuove tecnologie e prova penale il sistema di individuazione satellitare, g.p.s.*, in *Giur. It.* 2003, p. 2373.
- WOO C. - SO M. *The case for Magic Lantern, September 11 highlights the need for increased surveillance*, in Volume 15, Number 2, *Harward Journal of Law and Technology*, p. 521 ss.
- WROBLEWSKI, *Livelli di giustificazione delle giustificazioni giuridiche*, in A.A. V.V., *Etica e diritto*, a cura di Gianformaggio e Leocaldano, Laterza, 1986, p. 203.
- ZANON N., *Pubblico ministero e Costituzione*, CEDAM, 1996, p. 121 nota n. 67.
- ZINGARELLI N., *Vocabulario Della lingua italiana*, Bologna, 1990.

## INDICE DI GIURISPRUDENZA

- 1952- *Public Utilities v. Pollack*, 343, U.S. 451,1952.
- 1969- C. cost. 23 giugno 1969, n. 104 (inedita).
- 1974- *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583, 1974.
- 1975- *United States v. Colmes*, 521 F2d 859 (5th Cir. 1975).

1976- *United States v. Bobinsk*, 415 F. supp. 1334 (D.Mass. 1976).

1979- Cass. 25 gennaio 1979, in *CP* 1980, p.1096, 998.

1979- Cass., Sez. I , 25 marzo 1979, Barraco , in *Giust. Pen.* 1979, III, p. 664.

1979- Cass. 26 ottobre 1979, 1981, 513, 541 (inedita).

1980- Cass., Sez, Milano, 21 maggio 1980, in *Cass. Pen.* 1981, n. 1538.

1980- Cass. 22 maggio 1978, in *CP* 1980, p. 47, 25.

1981- Cass., Sez II, 20 marzo 1981, Russo, in *Cass. pen.* , 1982, p.1831.

1981- Cass., Sez II, 20 marzo 1981, Russo, in *Cass. pen.* , 1982, p.1831.

1981- Cass., Sez. IV, 9 giugno 1981, Acito, m. 150197 (inedita).

1983- Tribunal Supremo español (Sala 2·), 25 di giugno di 1983, (inedita).

1984- *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984).

1984- Cass., Sez., III, 1 giugno 1984 , Guarducci , in *Cass., pen.*, 1986, p. 124, contra Frigo, 1, 1989, p. 657.

1985- Cass., Sez. I,7 febbraio 1985, Maccia, in *Giur. It.* 1985, II, c. 63.

1985 Cass. , Sez. I , 30 settembre 1985, Curzi, in *Giust. Pen.* 1986, III, 539.

1985- Cass., Sez. I , 29 ottobre 1985, Bagarella, in *Cass., pen.* 1987, p. 1430.

1985- Cass. 13 novembre 1985, Solla, *C.E.D.* , in Cass. n. 171038.

1986- Cass. 1 luglio 1986, Forcucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 173281.

1986- Cass. 23 ottobre 1986, Faraone, in *C.E.D. Cass.*, n. 174046.

1987- Cass., Sez. I 29 maggio 1987, Senapa, m. 176834 (inedita).

1988- Corte Suprema dell'Oregon, in *State v. Campell*, 759 P.2d, 1040, 1048- 1049 (Or. 1988).

1989- Cass. 22 marzo 1989, Pastore, in *C.E.D. Cass*, n. 180856.

1989- Cass. Sez I, 11 luglio 1989, Ferro, in *Cass. pen.* 1990, p. 96.

1989- Cass., Sez.VI , 11 dicembre 1989 Baglio, in *Cass., pen.*, 1989, II, p.10.

1990- Trib. Roma, 4 dicembre 1989, Zumpano, in *Giur. It.*, 1990, II, p. 132.

1990- Cass. 14 marzo 90, Bartolomeo ed. a. , in *Cass. pen.* , 1990, II, p. 207.

1990- Cass. 29 maggio 90, Penna , in *Cass pen* 1991, II, p. 642.

1990- Cass., Sez. I , Batani, 15 ottobre 1990, in *Cass. Pen.* , 1991, II, n. 228.

1990- Cass., Sez. I, Grilli, 22 ottobre 1990, in *Arch. n. Proc. Pen.* 1991, p. 469.

1990- Cass. Sez. VI , 28 novembre 1990 , Patelli, *Arch. n. proc. pen.* 1991, p. 468.

1990- Cass., Sez. I, 18 dicembre 90, Scarcia, in *ANPP*, 1991, 571.

1991- Cass., Sez. VI, , 5 gennaio 1991, Rabibi in *Riv. pen.* 1992, p. 204.

1991- Cass. , Sez. VI, 11 gennaio 1991 Carollo , in *Riv. Pen.* 1992, p.2000.

1991- Cass., Sez. VI , 11 gennaio 1991, Teresi, in *Cass. pen.* 1991, II, n. 361.

1991- Cass., Sez. II, 25 febbraio 1991, Esposito, n. 6394, in *CP*, 1992, p. 532.

1991- Cass. 25 marzo 1991, ed. a., D'Errico in *G. it.* 1992, II, p.130.

1991- Cass., Sez. I , 5 de marzo 1991, Calò , in *Cass. Pen.* , 1992, p. 1010.

1991- Cass. 28 giugno 1990, Cariello, 1991, 1034 (inedita).

1991- Cass. 26 marzo 1991, Corazza, in *C.E.D.*, Cass., n. 193622.

1991- Cass. , Sez. VI, 10 maggio 1991, Zampano, m. 187367 (inedita)

1991- Cass. , Sez., I , 10 maggio 1991, Franceschini, in *Giur. It.* , 1992, II p. 223.

1991- Cass. , Sez V, 14 giugno 1991, n. 525, Grossi, in *C.E.D. Cass.*, n. 187992.

1991- Cass., Sez. Un. , 18 giugno 1991, Raccah , in *Cass. pen.*, 1991, 330.

1991- Cass. , Sez. VI, 20 giugno 1991, Pernice, *Cass., pen.* 1992, p. 1872.

1991- Cass. 9 settembre 1991, *C.E.D. Cass. Romano*, n. 188156 (inedita).

1991- Cass., Sez. II, 29 novembre 1991, Rodà , in *Riv. pen.* , 1992, p. 524.

1991- Cass., Sez. II, 29 novembre 1991, Rodà , in *Riv. pen.* , 1992, p. 524.

1991- Trib. Torino, 23 dicembre 1991, in *Cass. Pen.* 1992, p. 2217.

1992- Cass. 6 febbraio 1992, Baraldi, in *Cass. pen.* 1993, p.1738.

1992- Cass., Sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Foro it.* 1993, II, 85.

1992- Cass. 22 maggio 92, Artuso. In *Foro. it.* 1992,II, p. 553.

1992- Cass., Sez. I , 5 giugno 1992, Minniti, in *Arch. n. Proc. Pen.* 1992, p. 807.

1992- Cass., Sez. VI, 11 giugno 1992, Taurino, m. 191989 (inedita).

1992- Cass., Sez. I , 24 giugno 1992, in *Re.*, m. 191878.

1992- Cass. 23 ottobre 1992, Torcato, in *Cass. pen.* 1994, p. 676.

1992- Cass., Sez. I, 21 ottobre 1992, Angelino, m. 192575 (inedita)

1993- Corte cost. 93/81.

1993- Cass. 14 gennaio 93, Strati, in *A. n.proc. pen.* 93, p. 812.

1993- Cass., sez. I , 14 gennaio 1993, Strati, m. 193509 (inedita).

1993- Cass., Sez., I , 20 gennaio 1993, Mattiuzzi, m. 193088 (inedita).

1993- Cass., Sez. I , 2 febbraio 1993, Gennari, m. 193105 (inedita).

1993- C. cost. , 11 marzo 1993, n. 81 (inedita).

1993- Cass., Sez. I, 30 marzo 1993, Grosoli , m. 194010 (inedita)

1993- Cass., Sez., VI, 6 aprile 1993, Caputi, m. 194374 (inedita).

1993- Cass., Sez. II, 16 aprile 1993, Ciampà (inedita).

1993- Cass., Sez. I, 22 aprile 1993, Zappoli Thyron, m. 194420 (inedita).

1993- C. cost., 13 maggio 1993, n. 237 (inedita).

1993- Cass. sez. I, 22 ottobre 1993, La Delia, m. 195793 (inedita).

1993- Cass., sez. Un., 12 novembre 1993, Grollino, *Cass. pen.*, 1994, p. 910

1995- Cass., Sez., II, 5 aprile 1995, Scialpi, m. 201270 (inedita).

1993- Cass., Sez., Un. , 12 novembre 1993 , De Gasperini , m. 195626 (inedita).

1993- Cass., Sez. Un. , 12 novembre 1993, Grollino (inedita).

1993- Cass., Sez. III, 3 dicembre 1993, Sacco n. 2639 (inedita).

1993- Cass., Sez. III, 3 dicembre 1993, Foderà, n. 2640 (inedita).



1993- Cass. 4 dicembre 1993, Rostato, in *C.E.D.*, Cass., n. 197350.

1993- Cass., Sez II, 21 dicembre 1993 Modesto, m. 196955 (inedita).

1994- Corte cost. 94/ 63.

1994- Cass.12 gennaio 1994, Vetrallini, 2757 (inedita).

1994 Cass. 19 gennaio 1994 p.m. in c. Frignani, in *R. pen.* 1995, p. 479.

1994- Cass., Sez. , I , 14 gennaio 1994, Corona , m. 196563 (inedita).

1994- Cass., Sez. V, 24 gennaio 1994, Aulicino, in *Cass. Pen.* ,1995, p. 143.

1994- Cass., Sez. VI, 1 de febbraio 1994, Cuozzo, m. 197146 (inedita).

1994- C. cost. 24 febbraio 1994, n. 63 (inedita).

1994- Corte cost. , sent. 12-26 maggio 1994, n. 198, in *Giur cost.* 1994, p. 1718.

1994- Cass., Sez. I , 27 maggio 1994, Ferraro, n. 6252 (inedita).

1994- Cass., Sez. VI, 14 luglio 1994, Greco, m. 199545 (inedita).

1994- Cass., Sez. II, 11 ottobre 1994, Cascio, n. 3974, in *CP*, 1996, p. 182.

1994- Cass., Sez. I , 20 ottobre 1994, Oliveri, m. 200083 (inedita).

1994- Cass., Sez. I, 5 dicembre 1994, Colonnetti, m. 200238 (inedita).

1995- Cass., Sez., II, 5 aprile 1995, Scialpi, m. 201270 (inedita).

1995- Cass., Sez. VI, 7 febbraio 1995, Cerciello, m. 200805 (inedita).

1995- Cass. , Sez. I, 18 aprile 1995, Farinella, m. 201649 (inedita).

1995- Cass. 6 giugno, 1995, Micic, m. 202909 (inedita).

1995- Cass. 14 luglio 1995, Berlusconi, in *Cass. pen.* , 1996, p. 2328.

1995- Cass. 10 agosto 1995, Calibrese, in *Cass. pen.* 1996, p. 2666.

1995- Cass. , Sez. I , Poerio ed altro 18 settembre 1995 Poerio ed altro , n. 9704 (inedita).

1995- Cass., Sez. V, 31 ottobre 1995, Annis, m. 203391 (inedita).

1995- Cass., Sez. I, 20 novembre 1995, Stasi , m. 203558 (inedita)

1995- Cass., Sez. V, 27 novembre 1995, Melillo , m. 203593- 203594 (inedita)

1995- Cass., Sez. , 13 dicembre 1995 Un. Clarke,, m. 203428 (inedita)

1996- Cass., 4 gennaio 1996, Gervasi, in *C.E.D.* Cass., n. 203849.

1996- Cass. 2 marzo 1996, Pirrone, in *GD*, 1996, p. 15, 74.

1996- Cass. Sez. Un. , 27 marzo 1996, Sala , in *Gazz. Giur.*, 1996, n. 25 , p. 57.

1996- C S.U. 27 marzo 1996, Sala *F. it.*1996, II, 473, nonchè in *Guida dir.* 96, f. 29, 73.

1996- Cass., Sez VI, 18 aprile 1996, Barbaro, m. 205235 (inedita).

1996- Cass., Sez. IV, 21 giugno 1996, Ricci, m. 206546 (inedita).

1996- Cass. 10 luglio 1996, p.m. in c. Iacona , in *Guida dir.*1996, f. 46, 88.

1996- Cass., Sez. IV, 28 agosto 1996, Serru, m. 205985 (inedita).

1996- Cass. Sez. II, 17 ottobre 1996, Arcidiacono, in *Gazz. Giur.* 1997, n. I. p. 23.

1996- Cass., Sez., II, 20 novembre 1996, Marras , m. 209929 (inedita).

1997- Cass. 24 novembre 97, Mininni, in *Guida dir.* , 1998, f. 5, 78.

1997- Cass. 17 dicembre 1996, Koudri, in *GD*, 1997, VIII, p. 85.

1997- Cass., Sez. II, 16 gennaio 1997, Becacci, m. 208468 (inedita).

1997-Cass. Sez. I, 7 febbraio 1997, Pagliaroli, m. 207144 (inedita).

1997- Cass., Sez. I, 3 marzo 1997, D' Onghia, in *C.e. d.* , n. 207816.

1998- Cass 5 marzo 1997, Taliento, in *Cass. pen.* 1998, p. 2423.

1997- Cass., Sez., II, 26 marzo 1997, Baldini, in *Cass. pen.*, 1999, p. 249.

1997- Cass. 30 aprile 97, Tosti, in *A. n. proc. Pen.* 1998, p. 296.

1997- Cass., Sez., I, 11 aprile 1997, Ricco, in *Gazz. giur* 1997, n. 23 p. 29.

1997- Cass., Sez. II , 22 maggio 1997, Acampora, in *Gazz. giur.* 1997, n. 31 , p. 52.

1997- Cass. , Sez. I , 20 maggio 1998, Molinu, m. 210875 (inedita).

1997- Cass., Sez. II, 11 agosto 1997, Vezzoni, in *Cass., pen.*, 1998, p. 2414.

1997- Cass., Sez. II, Chirico, 2. 9. 1997, n. 2655 (inedita).

1997- Cass., Sez. I, 8 ottobre 1997, Mangiolfi, in *Arch. n. proc. pen.* 1998, p. 275.

1997- Cass. 18 ottobre 1997, Verdoni e altro, in *GD*, 1997, p. 46,95.

1997- Cass., Sez., II, 28 ottobre 1997, Cesetti, m. 209927 (inedita).

1997- Cass. , Sez. V, 10 novembre 1997, Signorelli, in *Gazz, giur.* 1998, n. 9, p. 26.

1997- Cass. Sez. VI, 10 novembre 1997, Greco, (inedita).

1998- Cass. 5 marzo 1997, Taliento, in *Cass pen.* 1998, p. 2423.

1998- Cass., Sez. VI, 21 gennaio 1998, Greco (inedita).

1998- Cass., Sez. II , 12 marzo 1998, Zagaria, in *Riv. Pen.*, 1998, p. 1177.

1998- Cass. 27 marzo 1998, Cerutti, in *C. E. D. Cass.*, n. 210329.

1998- Cass. , Sez. Un , 13 luglio 1998, Gallieri, in *Gazz, giur.* 1998, n. 38 p.30.

1998- C. cost. 17 luglio 1998, n. 281 (inedita)

1998- Cass. 7 ottobre 1998, Rasso, in *Cass. pen.* 2000, p. 1959.

1998- Cass., Sez. V, 14 ottobre 1998, Cunsolo, in *Gazz. Giur.* 1999, n. 13, p.30.

1998- Cass., Sez., Un., 28 ottobre 1998, Barbagallo (inedita).

1998- Cass. Sez. VI, 3 novembre 1998, Di Lanza, m. 212683 (inedita).

1998- Cass. 26 novembre 1998, Makraoui, in *Giust., pen.* 2000, III, p. 60.

1998- Cass., Sez. I, 17 de dicembre 1998, De Simone m. 212276 (inedita).

1998- Cass. 26 novembre 1998, Makraoui, in *Giust., pen.* 2000, III, p. 60.

1999- Cass., Sez. V, 16 febbraio 1999, Bartoli, n. 6712 (inedita).

1999- Cass. Sez. V, 16 de marzo 1999, Di Marco , m. 213183 (inedita).

1999- Cass. 7 maggio 1999, Bettio, in *C.E.D., Cass.* , n. 213311.

2000- Cass. Sez IV , 16 marzo 2000, Viskovic (inedita).

2000- Cass., Sez. I, 24 maggio 2000, in *C.E.D. Cass.* , n. 216613.

2000-Cass., Sez. I, 24 maggio 2000, in *C.E.D. Cass.*, n. 216613.

2000- Cass., Sez. I, 14 giugno 2000, Guastalegname e altri, in *C.e.d.*, n. 216551.

2000- Cass., Sez IV, 15 giugno 2000, Viskovic, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, I, p. 87.

2000- Cass. 20 novembre 2000 D'Anna , in *GD*, 2000, II, p. 105.

2000- Corte cost. 00/304 (inedita).

2001- Cass. 20 febbraio 2001, Rainer, 219457 (inedita).

2001- Trib. Palermo 30 marzo 2001, Castello in *ed. a. G. mer.* 2001,p.730.

2001-Cass. 26 ottobre 2001, Tarantino, in *A. n.proc. pen.* 2002.

2001- Corte cost. 01/ 332 (inedita)

2001- Cass., Sez. II, 4 maggio 2001, Berlingieri , in *Arch. Giur. Circ.* 2001, p. 818.

2001- Cass., Sez. V, 26 giugno 2001, Busatta, m. 219703 (inedita).

2001- Cass. Sez V, 26 ottobre 2001, Tarantino , m. 220261 inedita

2001- Cass., Sez. Un. , 31 ottobre 2001, Policastro, in *Foro it.*, 2002, II, c. 170.

2001- Cass, Sez V, 3 dicembre 2001, Tarantino in *C.e.d.*, n. 220261.

2002- Cass., Sez. V, 27 febbraio 2002, Bresciani e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2003, I, p. 93.

2002- C. cost. sent. 24 aprile 2002, n. 135 (inedita).

2002- Corte di Cassazione sentenza n. 16130 del 2 maggio 2002 (inedita).

2002- Cass., Sez. Un. , 10 luglio 2002, Franzese, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 3643, n. 1224.

2002- Cass., Sez. IV, 15 ottobre 2002, Loi in *Foro it.* , 2003, II, c. 406.

2003- *State v. Jackson*, 76 P. 3d. 217, 223-224 (Wash. 2003).

2003 Cass. 17 ottobre 2003, Trecarichi (inedita).

2003- Cass., Sez. I, 8 maggio 2003, in *Dir. e giust.* 2003, n. 29, p. 79.

2003- Cass., Sez, Un. 28 maggio 2003, Torcasio (inedita).

2004- *Illinois v. Lidster*, 124 S. Ct. 885 (2004).

2004-Cass. 18 giugno 2003, Kazazi (inedita).

2004- Cass., Sez. II, 26 gennaio 2004, in *Arch. nuova proc. Pen.* 2005, p. 113.

2004- Cass. 12 marzo 2004, Trecco in *ed a.*, 228822.

2004- Cass., Sez. V, 12 marzo 2004, Brancato in *Guida al diritto*, 2004, p. 91- 92.

2004- Cass., Sez. V, 7 maggio 2004, Massa (inedita).

2004- Trib. Bologna 28 giugno 2004, in *Guida dir.* 2004, n. 38, p. 86.

2004- Cass. 7 maggio 2004, Massa in *ed a.*, *A. n. proc. pen.* 2005, p. 527.

2004- Cass. 6 luglio 2004, Caldeo in *ed. a.* , *A. n. proc. pen.* 2005, p. 726.

2005- Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2005, Besnik ,in *Riv. Pen.* , 2006, p. 363.

2005- Trib. Milano 24 gennaio 2005, Hamraouki in *ed. a.*, *Cass. pen.* 2005, p. 3114

2005- Cass. 14 febbraio 2005 , Palamara, in *A, n. proc. pen.* 2006, p. 452.

2005- Cass. 24 ottobre 2005, Ponte in *ed. a.*, 233068.

2005- Cass. 2 dicembre 2005, Euchì , in *C. pen.* 2006, p. 3555.

2006- Cass., Sez. Un. 28 marzo 2006, Prisco (inedita).

- 2006- Cass. 23 maggio 2006, Albereto, in *Dir. Giust.* 2006, f. 33, p. 40.
- 2006- Cass. 25 ottobre 2006, Arcione in *ed a. Dir. Giust.* 2006, f. 45, p. 72.
- 2007- Cass. 22 maggio 2007, Rigo, in *Cass. pen.* 2008, 2967, nonché 2008, p. 3377.
- 2007- Cass. 5 febbraio 2007, in *Guido ed a. .* 2008, p. 112.
- 2008- Cass. 11 marzo 2008, Dottore Stagna, 241239 (inedita).
- 2008- Cass. 15 luglio 2008, Auriemma, 241572 (inedita).
- 2008-Cass. 16 luglio 2008, Portoghese, 241402 (inedita).
- 2008- Cass. 29 ottobre 2008, Tolio, 241657 (inedita).

