



Obtención de pruebas

1. Definición

En estos tiempos de fronteras cada vez más permeables para los malhechores, éstas siguen siendo, sin embargo, una barrera real para las autoridades judiciales. Un fiscal extranjero, por ejemplo, no puede ordenar a un banco de Suiza que bloquee los haberes de un estafador, ni tampoco puede requerirle la entrega de los medios de prueba constituidos por los documentos bancarios de una cuenta. El principio de soberanía excluye cualquier acto oficial sobre el territorio de un Estado extranjero. Sin embargo, gracias a la *asistencia o auxilio judicial internacional* en materia penal, los Estados pueden prestarse mutuamente asistencia en la lucha contra la criminalidad transfronteriza. Cuando un fiscal tiene que instruir un caso en el extranjero puede pedir a las autoridades judiciales del país correspondiente que actúen en su lugar. En tal caso, el Estado requerido accederá al pedido de asistencia judicial, cumpliendo en su territorio los actos oficiales requeridos, y comunicará los resultados al Estado requirente para que puedan ser utilizados en el correspondiente proceso penal. La asistencia judicial incluye, en especial, la toma de declaración a testigos e inculcados, la incautación y la entrega de medios probatorios, documentos, objetos o haberes, el registro y la confiscación, el careo de personas y la notificación de citaciones, sentencias y otros actos judiciales.

La asistencia judicial incluye también la posibilidad de que un fiscal suizo *transmita espontáneamente* a una autoridad judicial penal extranjera *informaciones y medios de prueba* que haya recabado en el transcurso de su propia investigación. Sin embargo no podrá transmitir medios de prueba que caigan dentro del ámbito de la esfera secreta (documentos bancarios, por ejemplo). Aún así, el fiscal suizo estará habilitado para suministrar informaciones que afecten al ámbito del secreto únicamente cuando estas informaciones sean de tal naturaleza que permitan a un colega extranjero presentar una solicitud de asistencia judicial a Suiza.

No hay que confundir la asistencia judicial con *el intercambio de informaciones de policía*. Este intercambio se dirige simplemente a la obtención de información sin el empleo de

medidas coercitivas, por ejemplo, personas a las que la policía toma declaración a título informativo, transmisión de extractos de registros oficiales, indicación del titular de una línea telefónica, de un apartado de correos o de un vehículo, precisiones sobre la identidad de una persona o búsqueda de direcciones.

Tampoco hay que confundir la asistencia judicial con la asistencia administrativa que se prestan las autoridades fiscales y las otras autoridades administrativas. El intercambio de informaciones en materia fiscal está regulado por la Ley federal suiza sobre la asistencia administrativa en materia fiscal y por los acuerdos bilaterales de doble imposición. La Administración Federal de Contribuciones es la encargada de ejecutar las solicitudes de asistencia administrativa provenientes del extranjero y de enviar las solicitudes suizas a las autoridades extranjeras.

2. Principios de la asistencia judicial

La asistencia judicial presupone la previa apertura de un procedimiento penal en el Estado requirente. Con arreglo a la Ley federal suiza sobre la asistencia judicial en materia penal, Suiza podrá conceder asistencia judicial a todos los países. En caso de que no se hubiera concluido ningún acuerdo entre Suiza y el Estado requirente, la asistencia judicial sólo podrá concederse si el Estado requirente garantiza la reciprocidad.

Al ejecutar la solicitud de asistencia judicial, será posible ordenar medidas coercitivas (registro domiciliario, incautación de medios probatorios, citación bajo pena de ejecución forzosa, toma de declaración a testigos y levantamiento de secretos protegidos por la Ley) cuando la descripción de los hechos expuesta en la solicitud corresponde con los elementos de una infracción reprimida por el derecho suizo (principio de doble incriminación). El secreto bancario no es, pues, absoluto. Cuando, por ejemplo en un caso de corrupción, se trate de entregar a la autoridad requirente medios de prueba en forma de documentos bancarios (extractos de cuentas) el secreto bancario no ofrecerá ninguna protección al presunto malhechor.

No se proporcionará ninguna asistencia en las investigaciones o procedimientos relacionados con infracciones que Suiza considere como actos de naturaleza política. Sin embargo, Suiza deniega todo carácter político al conjunto de crímenes que constituyen un genocidio o que son considerados, de forma general, como particularmente reprobables (secuestro de aviones, toma de rehenes). Tampoco se proporcionará la asistencia cuando se trate de infracciones de carácter militar (rechazo a servir en el ejército, desertión).

Los defectos graves del procedimiento extranjero (violación de la Convención Europea de Derechos Humanos o del Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos) constituyen asimismo motivos que permiten denegar la asistencia judicial. La solicitud de asistencia judicial será igualmente inadmisibile cuando el procedimiento en el extranjero tienda a perseguir o a castigar a una persona por causa de sus opiniones políticas, de su pertenencia a un grupo social determinado, de su raza, de su religión o de su nacionalidad.

La asistencia no será posible si, por el mismo caso, la persona bajo sospecha ha sido absuelta o ha cumplido su pena en Suiza o en el Estado en el que el delito fue cometido (*ne bis in idem*).

En principio, en caso de infracción fiscal, Suiza solo podrá conceder la asistencia judicial cuando los hechos expuestos en la demanda se correspondan en derecho suizo con el fraude o la estafa fiscal. La asistencia no será posible cuando se trate de una simple ocultación fiscal. En caso de duda, la Oficina Federal de Justicia solicitará el dictamen de la Administración Federal de Contribuyentes. No obstante, en el marco de los acuerdos de Schengen, Suiza podrá conceder la asistencia judicial si la ocultación fiscal se refiere a los impuestos al consumo, al IVA o a los derechos de aduanas.

- *Ocultación fiscal*: El contribuyente evita la liquidación fiscal o actúa de forma que ésta sea incompleta, omitiendo ingresos en su declaración de impuestos. La ocultación fiscal constituye en Suiza una infracción, sancionable con multa.
- *Fraude fiscal*: El contribuyente, para evitar el impuesto engañando al fisco, utiliza documentos falsos, falsificados o de contenido inexacto, tales como libros contables, balances, cuentas de resultados y certificados de salario. La *estafa fiscal* consiste en ocultar a los poderes públicos, mediante actos ingeniosos, una contribución, un subsidio u otra prestación, o perjudicar de cualquier otra forma los intereses pecuniarios de aquellos. El fraude fiscal y la estafa fiscal son delitos sancionables con pena privativa de libertad.

La asistencia judicial solo se concede a condición de que las autoridades del Estado requirente utilicen los resultados de la investigación únicamente a fines de investigación o como medios de prueba en procedimientos relativos a infracciones para las que la asistencia judicial está admitida (principio de especialidad). La utilización indirecta de esos resultados, es decir, la comunicación por las autoridades del ámbito penal a las autoridades fiscales o aduaneras de indicaciones informales basadas en las informaciones obtenidas por vía de asistencia judicial se excluye igualmente.

El procedimiento de asistencia judicial se rige por el principio de proporcionalidad. No podría, sin embargo, deducirse de este principio que un Estado extranjero sólo pueda

pedirla después de haber agotado todas las posibilidades de investigación en su propio territorio. El procedimiento de asistencia judicial deberá permitir que se lleve a término el procedimiento penal en el Estado requirente. A tales efectos, deberán serle remitidos todos los documentos cuya relación con las sospechas emitidas en ese Estado no esté en principio excluida.

Los objetos y valores que constituyan el producto de una infracción (*productum sceleris*) podrán ser remitidos al tribunal extranjero para su confiscación, o a la autoridad extranjera competente para su restitución al derechohabiente. Por regla general, deberá haber sido dictada una resolución definitiva y ejecutoria por un tribunal penal, civil o administrativo del Estado petionario. Excepcionalmente es posible renunciar a esta exigencia cuando, como por ejemplo en el caso Abacha, no haya dudas sobre el origen delictivo de los haberes.

3. El procedimiento de asistencia judicial en Suiza

Vías de transmisión

Las solicitudes de asistencia judicial se le podrán presentar a Suiza de diferentes formas:

- Los Estados miembros del Convenio Europeo de Asistencia Judicial dirigirán su solicitud, directamente o a través de su Ministerio de Justicia, a la Oficina Federal de Justicia.
- La vía diplomática será inevitable cuando no exista tratado. La Oficina Federal de Justicia es la encargada de recibir las solicitudes de la representación en Suiza del Estado requirente.
- La correspondencia directa entre la autoridad extranjera y la autoridad competente suiza está prevista en el Segundo Protocolo adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y en los protocolos adicionales al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal para las solicitudes procedentes de Alemania, Austria, Francia e Italia y, en caso de urgencia, para las solicitudes de los demás países.

Si no hay prevista ninguna correspondencia directa, las autoridades suizas deberán comunicar sus solicitudes de asistencia judicial a la Oficina Federal de Justicia, la cual las transmitirá al extranjero.

Forma y contenido de la solicitud de asistencia judicial (comisión rogatoria)

Los pedidos de asistencia judicial deberán contener las indicaciones siguientes:

- Mención de la autoridad requirente (por regla general, una autoridad judicial)

- Objeto del procedimiento extranjero y motivo de la solicitud (descripción de las actuaciones oficiales solicitadas)
- Indicaciones referentes a la persona objeto de las diligencias
- Calificación jurídica de los hechos en el Estado requirente
- Descripción de los hechos esenciales (lugar, fecha y circunstancias de la infracción)

La autoridad requirente no tendrá que aportar ninguna prueba de la exactitud del hecho descrito: bastará con que presente sospechas suficientes. No puede exigirse a la autoridad requirente que indique en ese momento lo que precisamente se pretende descubrir con la solicitud. En cambio, la búsqueda de pruebas al azar (“fishing expedition”) es inaceptable. Las pruebas no podrán ser recogidas al azar, sin indicios concretos (las autoridades suizas no podrán dar curso a solicitudes que requieren el bloqueo de todos los haberes en Suiza y entrega de documentos a falta de indicaciones más precisas sobre el lugar en donde se encuentran dichos haberes).

Procedimiento de asistencia judicial

La Oficina Federal de Justicia (Unidades de Asistencia Judicial Internacional I y II) examinará sumariamente si la solicitud de asistencia judicial satisface las exigencias formales. Cuando no sea ese el caso, la Oficina Federal de Justicia invitará a la autoridad peticionaria a que la precise o la complete. En los casos urgentes, la OFJ podrá ordenar medidas provisionales (por ejemplo, bloqueo de cuentas, embargo) tan pronto como el pedido haya sido anunciado. La Oficina Federal de Justicia fijará entonces un plazo al Estado requirente para la presentación de la solicitud formal.

Cuando la solicitud se ajuste a las exigencias y siempre que la asistencia judicial no sea manifiestamente inadmisibles (por ejemplo, infracciones militares), la Oficina Federal de Justicia la transmitirá a la autoridad judicial cantonal para su ejecución. Si las investigaciones que origine la solicitud necesitaran el concurso de varios cantones, la Oficina Federal de Justicia podrá encargar a uno de ellos que se ocupe de la coordinación del procedimiento de asistencia judicial. En la práctica, son las autoridades cantonales las que ejecutan la mayor parte de las solicitudes de asistencia judicial. La Oficina Federal de Justicia podrá igualmente delegar la ejecución del pedido de asistencia judicial en la autoridad federal que hubiera sido competente si la infracción se hubiera cometido en Suiza, por ejemplo el Ministerio Público de la Confederación (para actos de terrorismo o de corrupción de funcionarios federales) o la Dirección General de Aduanas (en caso de violación de la Ley de Aduanas). En el caso de que varios cantones se hallen concernidos, si un cantón no emitiera su resolución dentro del plazo impartido o si se tratara de un caso complejo que revistiera una particular importancia, la misma Oficina Federal de Justicia podrá ocuparse de la ejecución de la solicitud de asistencia judicial. Como consecuencia de

las buenas experiencias (especialmente en el caso Abacha), la estrategia del Consejo Federal relativa al bloqueo, la confiscación y la restitución de los haberes de potentados ("Asset Recovery") prevé confiar más a menudo a la Oficina Federal de Justicia la ejecución de las solicitudes de asistencia en estos casos. La Oficina Federal de Justicia se encarga además de todas las solicitudes de asistencia provenientes de Estados Unidos conforme al acuerdo entre los dos países.

La autoridad de ejecución examinará si se reúnen todas las condiciones materiales necesarias para la concesión de la asistencia judicial y ordenará, mediante una resolución introductoria, las medidas de asistencia pedidas que se consideren admisibles. De esa forma, el procedimiento de asistencia se habrá iniciado y proseguirá sin interrupción hasta su cierre. Cuando todas las medidas hayan sido ejecutadas y haya terminado el procedimiento, la autoridad de ejecución emitirá una resolución motivada de terminación referente a la concesión y a la extensión de la asistencia la cual definirá además el alcance de dicha asistencia, es decir, los documentos, informaciones o haberes que puedan remitirse al Estado requirente. Una ejecución simplificada del procedimiento de asistencia judicial, sin resolución de terminación, será posible cuando todos los poseedores de documentos o de valores den por escrito su consentimiento a la transmisión al Estado requirente.

Las personas que participen en el procedimiento extranjero (funcionarios de policía, fiscales, acusados, defensores) podrán asistir a las diligencias de la asistencia judicial si la admisión de las pruebas recogidas a través de la asistencia judicial está sujeta a su presencia (Estados de derecho anglosajón) o cuando esta presencia podría facilitar considerablemente el éxito de un procedimiento en el Estado requirente. El término "presencia" significa que las personas extranjeras que participen en el procedimiento podrán asistir únicamente a las diligencias del pedido de asistencia. No están por lo tanto autorizadas a proceder a ninguna diligencia oficial que sigue siendo competencia exclusiva de los funcionarios suizos.

Vías de derecho

No podrá formularse ningún recurso contra la resolución introductoria. En principio, sólo la resolución de terminación será susceptible de recurso. Las eventuales resoluciones incidentales sólo podrán ser recurridas a la finalización del procedimiento, al mismo tiempo que la resolución de terminación. La persona afectada por las medidas de asistencia judicial sólo gozará de protección jurídica al final del procedimiento. Únicamente las resoluciones incidentales que, en el caso de embargo de objetos o de valores, o de presencia de funcionarios extranjeros que participen en la ejecución de las medidas de asistencia judicial, ocasionen un perjuicio inmediato e irreparable (por ejemplo, cuando el bloqueo de una cuenta bancaria paralice una sociedad) constituyen una excepción a esa regla. Las

resoluciones de las autoridades competentes en materia de asistencia judicial podrán ser recurridas ante el Tribunal Penal Federal. Si la sentencia del Tribunal Penal Federal tiene por objeto un embargo, una transferencia de objetos o de valores, o una transmisión de información relativa a una materia secreta y si se refiere a un caso especialmente importante, podrá ser impugnada por vía de recurso ante el Tribunal Federal. Tan pronto como la resolución de terminación sea ejecutoria, la asistencia judicial podrá ser concedida al Estado requirente.

La calidad para recurrir es reconocida exclusivamente a las personas directa y personalmente afectadas por las medidas de asistencia judicial así como a la Oficina Federal de Justicia, en tanto que autoridad federal de supervisión en materia de asistencia. Así pues, un banco requerido para que entregue documentos bancarios relativos a una persona determinada no tendrá calidad para recurrir. Únicamente podrá hacerlo el titular de la cuenta bancaria. El plazo de recurso contra la resolución de terminación será de 30 días (Tribunal Penal Federal) y de 10 días (Tribunal Federal).

4. Desarrollo del dispositivo relativo a los haberes de potentados

Con el fin de impedir que los haberes adquiridos ilícitamente por personas expuestas políticamente (“haberes de potentados”) lleguen a su plaza financiera, Suiza ha elaborado un dispositivo basado en dos pilares, la prevención y la represión. Uno de los principales instrumentos de la prevención es la Ley federal sobre el blanqueo de dinero. La represión se basa en la Ley federal sobre la asistencia judicial en materia penal que permite cooperar con los demás Estados para confiscar y restituir los haberes ilícitos. Suiza ha desarrollado este dispositivo adoptando la Ley federal sobre los valores patrimoniales de origen ilícito.

La Ley sobre los valores patrimoniales de origen ilícito se aplica subsidiariamente a la Ley sobre la asistencia judicial en materia penal, es decir, únicamente cuando un procedimiento de asistencia judicial no puede llevarse a cabo con éxito porque las estructuras del Estado de origen son deficientes (“failing state” o “Estado fallido”). La Ley sobre los valores patrimoniales de origen ilícito regula el bloqueo de los haberes, su confiscación y su restitución por el Consejo Federal (a propuesta del Departamento Federal de Asuntos Exteriores). Las personas políticamente expuestas, para defender sus derechos, pueden recurrir ante el Tribunal Administrativo Federal y ante el Tribunal federal.

Hay que distinguir el bloqueo de los valores patrimoniales dentro del marco de un procedimiento de asistencia judicial (basado en la Ley federal sobre la asistencia judicial en materia penal) y el bloqueo de valores patrimoniales con vistas a una asistencia judicial o en caso de fracaso de la asistencia judicial (basado en la Ley federal sobre los valores

patrimoniales de origen ilícito) del bloqueo de valores patrimoniales en aplicación de sanciones decididas por la ONU, la OCDE o los principales socios comerciales de Suiza. Esta última medida, al igual que algunas otras, son decretadas por el Consejo Federal (a propuesta del Departamento Federal de la Economía, de la Formación y de la Investigación) basándose en la Ley federal sobre los embargos y permite preservar el respeto del derecho internacional y principalmente los derechos humanos.

Julio de 2016