

INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA EJECUCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA DE RESOLUCIONES JUDICIALES DE DECOMISO Y A LA LEY ORGANICA COMPLEMENTARIA.

I. Consideraciones previas

Por medio de comunicación del Secretario de Estado de Justicia ha sido remitido a la Fiscalía General del Estado, para informe, el texto del Anteproyecto de Ley para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso, así como la Ley Orgánica complementaria por la que se modifica la LO 6/1986 de 1 de Julio del Poder Judicial para atribuir a los Juzgados de lo Penal la competencia para la ejecución de las decisiones de decomiso adoptadas por las autoridades competentes de otros Estados de la Unión Europea.

El Anteproyecto incide en el ámbito funcional del Ministerio Fiscal. En primer lugar, y desde el punto de vista activo, se trata de la ejecución de una sanción adoptada en un proceso penal español y al Ministerio Fiscal le corresponde, conforme a lo dispuesto en el Art. 3. 9 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público o social. Por otro lado, y desde el punto de vista pasivo, en el artículo 21 del mencionado anteproyecto se atribuye al Ministerio Fiscal una función esencial como es el control de las decisiones judiciales que responden a las solicitudes extranjeras de ejecución de resoluciones de decomiso ya que, tanto en el caso de que el juez español acuerde el reconocimiento y la ejecución del decomiso ordenado por la autoridad extranjera, como si decide la no ejecución de la orden transmitida por una autoridad extranjera, el Fiscal está legitimado para presentar los recursos de

reforma y apelación. Se trata de una función esencial que por un lado permite garantizar la uniformidad en la aplicación de la ley y que confiere además a una institución pública española una función que en cierta forma puede ser entendida como de representación de los intereses generales de la Unión Europea. Estos intereses quedan plasmados en el principio de reconocimiento mutuo defendido en este caso por el Ministerio Público cuando se advierte la obligación de ejecución de un decomiso acordado de conformidad con lo establecido en la Decisión Marco y en la legislación española que la traspone.

II. Consideraciones sobre el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en el ámbito de la Unión Europea.

El presente anteproyecto trata de llevar a cabo la incorporación al Derecho Español de la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo de 6 de Octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 22 de la propia Decisión Marco que fija como fecha límite para la transposición el 28 de Noviembre de 2008.

Esta Decisión Marco es una nueva experiencia de desarrollo del principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en la UE. Tras la orden europea de detención y entrega, las decisiones de embargo y aseguramiento de pruebas y las sanciones pecuniarias, se incorpora ahora el reconocimiento mutuo para la ejecución de las decisiones judiciales de decomiso.

El Tratado de Ámsterdam proclamó como objetivo de la Unión “ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, elaborando una acción común entre los Estados miembros en los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal”. Para lograr este objetivo la Cumbre de Tampere, en Octubre de 1999,

configuró el “reconocimiento mutuo de sentencias y demás resoluciones judiciales como “piedra angular” de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión”.

El reconocimiento mutuo significa la aceptación de la resolución adoptada por las autoridades judiciales competentes de un Estado extranjero dando por buenos los hechos declarados probados que no pueden ponerse en cuestión ni ser objeto de revisión por las autoridades judiciales del Estado de ejecución. El reconocimiento mutuo impone la relación directa entre autoridades judiciales y elimina prácticamente cualquier intervención discrecional de las autoridades gubernativas en la decisión de reconocimiento y ejecución. Los motivos de no ejecución son excepcionalmente limitados y valorados exclusivamente por la autoridad judicial competente.

El camino por el que la Unión Europea ha decidido sustituir la formula convencional del auxilio judicial por el reconocimiento mutuo viene marcado por el Programa de medidas que el Consejo adoptó el 29 de Noviembre de 2000. Este programa diseña un proyecto de incorporación progresivo del principio a las diferentes decisiones judiciales. Concretamente, la Medida 19 de este Programa pretende mejorar la ejecución en un Estado miembro de una resolución de decomiso, en particular a efectos de la devolución a la víctima de una infracción penal, dictada en otro Estado, habida cuenta de la existencia del Convenio del Consejo de Europa de 8 de Noviembre de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los beneficios del delito. La presidencia danesa presentó en este sentido una propuesta que dio lugar a la redacción de la Decisión Marco cuya transposición nos ocupa.

III. Antecedentes en la regulación europea del decomiso.

La priorización de la mejora del auxilio judicial en todo lo referente al decomiso viene marcada expresamente en el Consejo Europeo de Tampere.

Concretamente en el punto 51 de sus conclusiones se señala que el blanqueo de capitales está en el centro de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca, igualmente se afirma que el Consejo Europeo está resuelto a garantizar que se den pasos concretos para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los productos del delito. En el punto 55, el Consejo Europeo pide que se realice la aproximación del Derecho penal y procesal en las materias que afectan al blanqueo de capitales, por ejemplo garantizando el seguimiento, embargo preventivo y decomiso de fondos.

En todo caso, la primera consideración relativa a la cooperación judicial en materia de decomiso es la idea de que es ésta una de las medidas procesales sobre las que en más ocasiones se han recogido disposiciones dirigidas a favorecer su ejecución transnacional. Así se recoge específicamente en el Art. 5 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959 y también en el Art. 51 del Convenio de aplicación de los Acuerdos de Schengen de 14 de Junio de 1985. Es además el objeto principal del Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito de 8 de Noviembre de 1990, principal punto de partida en la mejora de la cooperación en esta materia, si bien la cantidad de reservas presentadas por los Estados firmantes restaban eficacia.

Por ello, y partiendo de la necesidad de mejorar la cooperación en esta materia y con el objeto de limitar las reservas y declaraciones al Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito de 8 de Noviembre de 1990 se adoptó la Decisión Marco de 26/6/ 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito que en cierta forma sustituye a la previa Acción Común de

3/12/1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación decomiso de los instrumentos y productos del delito.

En todo caso, la necesidad de seguir actuando en la armonización de la definición y regulación material del decomiso llevó a la adopción de la Decisión Marco de 24 de Febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos instrumentos y bienes relacionados con el delito.

IV. Necesidad de conexión del anteproyecto de Ley con la regulación armonizada europea del decomiso y con el reconocimiento mutuo de las medidas previas de embargo.

La Decisión Marco de 24 de Febrero de 2005 -en adelante DM de 2005- contiene la definición armonizada de lo que debe ser el decomiso en todos los países miembros de la Unión Europea, junto a la determinación de aquellos delitos que deben llevar necesariamente incorporada la sanción de decomiso. La obligación de previsión de decomiso del equivalente y de la posibilidad de consideración del decomiso ampliado están también incorporadas a esa Decisión Marco.

Es evidente que la transposición de las disposiciones de esta Decisión Marco de 2005, que armoniza la regulación material del decomiso, debe favorecer posteriormente su reconocimiento mutuo. Ninguna otra medida puede fomentar más la confianza mutua que la constatación de que la definición material de esta medida es uniforme en las legislaciones penales de todos los países miembros.

Al contrario, el retraso en la transposición al ordenamiento jurídico español de las disposiciones de esa Decisión Marco dificultan extraordinariamente la tarea de la actuación en materia procesal. La Unión Europea parte de un orden temporal lógico de acción, en este caso, en primer

lugar armonizar la regulación material del decomiso para pasar posteriormente a regular el reconocimiento mutuo de una medida que ya debe estar armonizada.

Aunque existió un anteproyecto de modificación del Código Penal que preveía la modificación del decomiso, precisamente para dar cumplimiento a lo dispuesto en la DM de 2005, por el momento su tramitación parece estar suspendida y se desconoce el plazo en que se plantee retomar esa tarea.

Por otro lado, y desde el punto de vista procesal, debe tenerse en cuenta la íntima relación de este anteproyecto con la Ley 18/2006, de 5 de Junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la Ley Orgánica 5/2006 de 5 de Junio, complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la LO 6/ 1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial por las que se traspone la Decisión Marco de 22 de Julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. Efectivamente, el decomiso es una medida definitiva que aunque puede ser adoptada en ocasiones de forma independiente, en muchos casos irá precedido de la correspondiente medida provisional de embargo que podrá haber sido ejecutada en ejecución de las disposiciones de la Ley 18/2006.

El anteproyecto no contiene ninguna mención ni prevé la coordinación y relación de la emisión de una orden de decomiso que haya sido precedida de una orden previa de embargo. Tanto desde el punto de vista activo como pasivo se puede dar esta relación que por tanto es imprescindible prever para garantizar la eficacia de las medidas y evitar la desaparición de los bienes. El propio certificado modelo incorpora en el apartado f) esta previsión solicitando

a la autoridad emisora que concrete si existió embargo previo, la fechas de transmisión, autoridad y número de referencia.

En la emisión por el Juez español, es posible que los bienes decomisados cuya ejecución se pretende en un país de la Unión Europea hayan sido sometidos previamente a embargo en el extranjero y es probable que la orden de emisión del embargo proceda de un juez distinto, puesto que el orden lógico sería que el Juez de Instrucción haya acordado el embargo que será ratificado como decomiso por el Juez o Tribunal sentenciador.

Igualmente, desde el punto de la actuación pasiva de las autoridades españolas, cuando se trate de ejecutar una orden extranjera, parece imprescindible garantizar la coordinación con posibles actuaciones previas, en tanto que los bienes cuyo decomiso se solicita al Juez de lo Penal competente han podido ser objeto de embargo previo por el Juzgado de Instrucción del lugar donde se encuentren los bienes, en ejecución de una decisión extranjera transmitida de conformidad con lo dispuesto en el la Ley 18/2006, habida cuenta que para el embargo es competente el Juez de Instrucción (Art. 3.2 Ley 18/06). La información vendrá proporcionada al Juez de lo Penal en el certificado, pero sería necesario concretar cuál debe ser la actuación del Juez de lo Penal para coordinar su actuación con al Juez de Instrucción que hubiera ejecutado y mantuviera el embargo.

V. Estructura y contenidos generales del anteproyecto.

El texto que se informa se estructura en tres capítulos: el primero recoge de forma general las definiciones y disposiciones comunes; el segundo contiene las disposiciones que regulan la actividad de las autoridades españolas competentes desde punto de vista activo, cuando solicitan a una autoridad judicial de la UE la ejecución de una decisión de decomiso; en el tercer capítulo se articula la actividad de las autoridades españolas desde el

punto de vista pasivo, cuando son requeridas para la ejecución de un decomiso adoptado por una autoridad competente de la Unión Europea los bienes nuestro territorio.

Junto al desarrollo normativo se incorpora el modelo de certificado aprobado por el Consejo y que figura como anexo a la Decisión Marco cuya implementación se actúa.

Junto a este Anteproyecto se presenta otro en el que se contiene la modificación de la LOPJ con la incorporación de un apartado 4 al artículo 89 bis con el fin de incorporar la ejecución de las decisiones de decomiso basadas en esta Ley a los Juzgados de lo Penal.

En este informe se analizará de forma separada cada uno de los apartados anteriormente mencionados, limitándonos a destacar aquellas cuestiones que pueden suscitar alguna objeción o que en nuestro criterio podrían ser mejoradas.

VI. Consideraciones relativas a las disposiciones generales.

VI.1. Definición de la resolución de decomiso

El anteproyecto comienza definiendo el objeto de la ley que no es otro que las medidas de decomiso. Como antes se recordaba el comiso es una medida cuya definición y regulación ha sido objeto previamente de armonización en la Unión Europea a través de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, que, en su artículo primero define el comiso como: “Toda pena o medida dictada por un Tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien”.

El anteproyecto opta por una definición idéntica a la que se contiene en el artículo 2 de la Decisión Marco que se traspone -que se corresponde también esencialmente con la definición de la DM de 2005-: “Se entenderá por resolución de decomiso la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales que tenga como resultado la privación definitiva de bienes...”.

Sin embargo, el anteproyecto añade a esta definición genérica una relación concreta con el Código Penal vigente al mencionar “en los términos previstos en la LO 10/95 de 23 de Noviembre del Código Penal y en las leyes penales especiales”.

En tanto que se trata de la transposición de una Decisión Marco a nuestro ordenamiento interno parece necesario vincular de alguna forma la definición del decomiso al que se refiere el anteproyecto con la definición que contiene nuestra legislación penal, sin embargo, resultaría más adecuado definir el decomiso de forma acorde con la normativa europea, en tanto es una obligación que deriva de la Decisión Marco de 24 de Febrero de 2005, sin necesidad de mencionar el concepto doblemente, primero con la definición antes mencionada y segundo por referencia a nuestra legislación interna.

Es cierto que la dificultad deriva, como antes se mencionaba del manejo de los tiempos por el legislador español. El orden lógico de actuación sería comenzar con la transposición de la definición de decomiso material previsto en la DM de 24 de Febrero de 2005 y después realizar la transposición de la DM de reconocimiento mutuo que contiene esencialmente normas procesales. En todo caso, parece más adecuada la formula de recoger una definición de decomiso adecuada a la Decisión Marco de 2005 que la de acudir a esta remisión que se realiza al Código Penal que

claramente en este momento incumple las obligaciones previstas en la DM de 24 de Febrero de 2005.

Efectivamente el Art. 2 de la mencionada DM de 2005 establece que *“Todos los Estados deben adoptar la medidas necesarias para proceder al decomiso de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos”*.

La vigente previsión del Art. 127 del Código Penal dispone que *“Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y los otros serán decomisados.”* Esta definición obviamente es contraria o, al menos no se corresponde en su totalidad, con la Decisión Marco de 2005 en tanto no prevé el decomiso para los delitos imprudentes.

La referencia de la definición del anteproyecto que se informa al Código Penal actual podría conllevar a confusión acerca de si están incluidos en la definición y si por tanto es o no posible la ejecución en España de decomisos acordados por autoridades europeas en casos de delitos imprudentes con lo que podríamos incumplir la legislación europea en lo previsto en la DM de 2005 cuya fecha de implementación ya está incumplida.

Sin embargo, por otro lado, el anteproyecto recoge, en términos idénticos a la Decisión Marco cuya transposición realiza, la definición de los bienes o efectos que pueden ser objeto de decomiso de forma que, además de recoger los instrumentos o el producto del delito o su equivalente, lo que se corresponde con la actual definición del Art. 127 1 y 2 de nuestro Código Penal, se alude a aquellos bienes que puedan ser objeto de decomiso en

virtud de los supuestos de potestad de decomiso ampliada prevista en la Decisión Marco de 2005 y que, en muchos casos no han sido incorporados a nuestra legislación interna. La técnica legislativa de remisión, sin concreción en la norma, a las previsiones de una Decisión Marco que no es aún aplicable en España dificulta su comprensión y la tarea de los operadores jurídicos llamados a aplicar la norma.

El planteamiento del artículo 3.2 de la DM de 2005 sobre las facultades de decomiso ampliadas plantea la necesidad de contemplar esta figura en alguna de las siguientes alternativas y ello pese a que el anteproyecto de reforma del artículo 127 del Código Penal lo prevé como una posibilidad alternativa concedida a los jueces.

“Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando:

a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien

c) se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos,

esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada”.

Se desconoce en este momento cuál será la opción del legislador español para acoger la obligación de prever el decomiso ampliado por lo que la decisión del Juez ante la imprevisión legal se hace extraordinariamente difícil.

Las posibilidades de ejecución del decomiso que se derivan de esta ley resultan de alguna forma desconcertantes en tanto que, desde el punto de vista activo no es aplicable más allá de los supuestos en que la regulación de nuestro Código Penal permite decomisar, y sin embargo desde el punto de vista pasivo sitúa al órgano judicial ante la posibilidad de valorar si los bienes decomisados, cuya ejecución en España se solicita, entran dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones del decomiso ampliado previstas por una Decisión Marco que no está aún en vigor en España.

Lo dispuesto en el Art. 3. 2.d) del anteproyecto que alude en la definición de decomiso a la posibilidad de que sean ejecutados decomisos adoptados por autoridades europeas a tenor de cualquier disposición de decomiso ampliado que sea permitida en el Estado de emisión parece excesivamente amplia. En primer lugar, su ancho espectro hace inútil la previsión separada del apartado c), ya que con el d) se cubrirían todos los supuestos de decomiso ampliado siempre que estén previstos en la legislación del estado de emisión.

En segundo lugar, la prudencia aconseja valorar con cuidado las posibilidades de ejecución del decomiso ampliado que se admitan en otros estados y que en algunos casos se pueden corresponder con supuestos incompatibles con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento o con supuestos a los que se refiere el artículo 3.3 de la Decisión Marco de

2005, recogidos exclusivamente como una posibilidad de extensión del decomiso a bienes de terceros relacionados de forma especial con el condenado y que se plantea a los Estados dejándoles plena libertad para valorar si lo incorporan o no a sus ordenamientos.

Efectivamente, el apartado 3 del Art. 3 de la DM de 2005 prevé que *“Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica”*.

Pero en relación con el decomiso ampliado sobre todo se deriva confusión de cierta incoherencia entre esta definición amplia del artículo 3 del anteproyecto y la previsión recogida en Art.18 g) en la que se contempla específicamente como motivo obligatorio de denegación de la ejecución el que el decomiso hubiera sido adoptado precisamente en los supuestos previstos en la letra d) del apartado 2 del artículo 3, que es precisamente el supuesto que se contempla en la definición inicial.

Si el legislador español opta por no ejecutar estos supuestos de decomiso ampliado sería más coherente no recoger inicialmente estos bienes en la definición de la resolución de decomiso que constituye el objeto de aplicación de esta ley, además, por supuesto de prever expresamente su no ejecución.

En todo caso, cabría incluso la posibilidad de concretar más el motivo de denegación del Art. 18.g), limitándolo a los supuestos en que se trate de

decomisos ejecutados en cualquiera otras disposiciones que permitan el decomiso ampliado en el Estado de ejecución y sean incompatibles con los principios generales del derecho español.

VI.2. Autoridades judiciales competentes.

Consideramos acertado el criterio del Anteproyecto de utilizar el término autoridad judicial, más amplio que el de órgano judicial. El concepto de autoridad judicial se corresponde con la idea europea de respeto a las tradiciones y conceptos jurídicos nacionales que permiten una comunicación entre órganos de naturaleza jurídica no siempre idéntica pero que en sus legislaciones tienen competencias paralelas en relación, en el caso que nos ocupa, con la adopción y ejecución de las decisiones de decomiso.

Parece también coherente con el reparto de competencias entre órganos jurisdiccionales en España la opción del anteproyecto de atribuir la competencia para la ejecución a los Juzgados de lo Penal del lugar donde se encuentren los bienes objeto de decomiso que recoge el punto 2 del Art. 4 del anteproyecto.

Sin embargo, pese a que este sea el primer criterio de determinación de la competencia en casos de bienes concretos, cabe señalar que, en garantía de la eficacia en la obtención de los bienes, la Decisión Marco admite como alternativa la posibilidad de que se envíe la orden de decomiso a la autoridad competente del lugar donde el condenado resida o tenga su sede. Se tratará en muchos casos de que el Juzgado de lo Penal trate de localizar bienes suficientes o dinero para decomisar, por eso podría contemplarse esta alternativa para garantizar que el Juez del lugar de la residencia admita en principio su competencia si recibe la decisión extranjera y no se concreta exactamente el lugar donde se encuentran los bienes. Si posteriormente no se encontraran bienes o se identificara que estos se encuentran en otro lugar,

podría acordarse por el Juez de lo Penal que recibió la solicitud la remisión a éste para su ejecución.

En cuanto a la competencia activa, las únicas autoridades competentes en el momento actual para acordar decomisos son efectivamente el Juez o Tribunal del orden penal encargados de las ejecuciones de decomiso en tanto que se trata de ejecutar decisiones firmes por lo que no hay objeción al concepto que se trata de expresar. Sin embargo, se advierte innecesaria la reiterada mención al carácter penal de la autoridad judicial española competente, (Art. 6 y 7), ya que una vez definida la autoridad judicial competente en España en el resto del articulado bastaría con la mención a la autoridad española competente.

VII. Transmisión por las autoridades judiciales españolas de una resolución de decomiso para su ejecución en otro Estado miembro de la UE.

VII.1. Transmisión de la orden a más de un Estado. Art. 8

La Decisión Marco pretende en esencia facilitar y asegurar la ejecución del decomiso acordado, por ello parte de la posibilidad de remisión sucesiva de la orden a varios Estados en el caso en que no hubiera podido ejecutarse en el primero. El Anteproyecto no menciona expresamente esta posibilidad, sería conveniente recordar a la autoridad española competente que cuenta con este recurso en caso de imposibilidad de ejecución.

En el artículo 5.1 de la Decisión Marco se establece que la resolución de decomiso sólo puede transmitirse “simultáneamente” a un solo Estado miembro excepto los supuestos previstos en el número 2 y 3 de este artículo. Ello, como se indicaba no impide la transmisión sucesiva y por eso no huelga recordarlo.

Por otro lado, la Decisión marco en el apartado 3 de este artículo 5 permite la transmisión simultánea de la orden de decomiso de cantidades de dinero cuando la autoridad judicial competente considere que hay motivos específicos para hacerlo. La mención posterior a supuestos a título de ejemplo que se contemplan en la Decisión Marco no añade nada al concepto por lo que consideremos que es innecesaria su mención en el anteproyecto. Incluso puede observarse que la indicación a modo de ejemplo del supuesto a) a que los bienes no hayan sido embargados con arreglo a la Ley 18/2006 provoca cierta confusión. En tanto que se trata de cantidades de dinero, es posible imaginar supuestos en que se haya dado un embargo parcial y pese a todo quepa la transmisión simultánea. Por ejemplo, cabría plantearse el caso de que exista una cuenta embargada por esta vía en un país y sin embargo la cantidad no sea suficiente para cubrir el importe total decomisado, nada impide en este caso que la orden se transmita simultáneamente a otro país donde haya sido localizada otra cuenta exista o no un embargo anterior.

En realidad lo que se busca con las indicaciones de la Decisión Marco, -en este artículo 8, en el 11 y en el 14-, es que no se decomise dos veces el mismo importe y no se sobrepase la cantidad sometida a decomiso, pero ello no impide que el Juez transmita la orden de decomiso de cantidades dinerarias a dos Estados cuando la primera cuenta, embargada o no, no contenga la suficiente cantidad para que se ejecute completamente el decomiso acordado.

Sugeriríamos, en aras a la claridad, suprimir los ejemplos en el anteproyecto.

VII.2. Transformación del decomiso. Artículo 10.

El artículo 10 del anteproyecto prevé que *“Cuando una resolución de decomiso afecte a un bien concreto, la autoridad judicial española podrá*

acordar con la autoridad competente del Estado de ejecución, si la legislación de este lo prevé, que el decomiso adopte la forma de obligación de pago de una cantidad de dinero equivalente al valor del bien de que se trate”.

Esta disposición se corresponde con lo dispuesto en el artículo 7. 2 de la Decisión Marco que no contiene esta previsión más que como una posibilidad que deben valorar los Estados en caso de que su legislación lo permite. La regulación española del decomiso no contiene ninguna disposición que permita al juez realizar esta transformación salvo en el caso de que el bien sobre el que se haya recaído la medida no pudiera ser decomisado. Sólo en este caso se permite, incluso se aconseja, el decomiso del equivalente, pero debe darse esa condición.

Por ello, buscando la coherencia del anteproyecto y manteniendo los criterios de discrecionalidad judicial en los límites previstos en regulación española del decomiso, parecería conveniente introducir una condición siquiera tan amplia como la prevista en el artículo 127.2 para permitir que el Juez decida transformar el decomiso de un bien por el decomiso de su valor.

VII.3.Terminación de la ejecución. Reparto de gastos. Art.11

El anteproyecto dedica el artículo 11 a los efectos de la terminación de la ejecución solicitada por la autoridad española, la primera parte obliga racionalmente a la autoridad española que emitió y transmitió la decisión a informar a la autoridad de ejecución en el caso de que, por cualquier motivo, no fuera necesario continuar con la ejecución.

El apartado segundo del Art. 11 se refiere al reparto de gastos entre Estados en el caso de que hayan sido sustanciales o excepcionales. En este supuesto, la Decisión Marco en el artículo 20 prevé que *“Si el Estado de ejecución ha tenido gastos que considera de índole sustancial o excepcional,*

podrá proponer al Estado de emisión que se compartan los gastos. El Estado de emisión tomará en consideración toda propuesta de esa naturaleza a tenor de las especificaciones detalladas que facilite el Estado de ejecución. El artículo 11. 2 establece que sea el Juez español el que decida compartir los gastos, y aunque ello pareciera una lógica conclusión del principio de reconocimiento mutuo que supone una relación entre autoridades judiciales competentes, entendemos que hay algunas cuestiones relativas a gastos que exceden de las competencias judiciales y deben mantenerse en la órbita del Ministerio de Justicia.

Efectivamente, la Decisión Marco en el Art. 20 habla de acuerdos entre Estados sobre el reparto de esos gastos y esa decisión y ese acuerdo corresponde naturalmente a la autoridad central en materia de cooperación judicial internacional y a quien corresponde también la gestión presupuestaria de los recursos de la Administración de Justicia.

Se sugiere que se mantengan estas decisiones de gastos en la órbita del Ministerio de Justicia de forma que cuando el Estado de ejecución comunique que los gastos son sustanciales o excepcionales, la autoridad judicial competente lo comunique al Ministerio de Justicia para que éste pueda llegar, en su caso, a un acuerdo sobre el reparto de los costes con la autoridad competente para comprometer esos gastos en el Estado de ejecución.

VII.4. Revisión de la resolución de decomiso. Art. 12

En materia de recursos, aunque no sea muy frecuente en cuanto se trata de la ejecución de una resolución firme, es posible que se den recursos en el marco de la ejecutoria incoada por el Juzgado o Tribunal. En estos casos el artículo 12 pretende atribuir el conocimiento de los recursos que puedan interponerse contra la decisión de decomiso a las autoridades españolas.

Sería más correcto si el precepto mencionara “a las autoridades judiciales españolas competentes para el conocimiento de los recursos interpuestos” y no a la autoridad judicial penal española a la que, como antes se ha referido, todo el proyecto viene identificando como la autoridad de emisión y transmisión y que puede no ser la competente para conocer del recurso. En tanto el recurso de apelación se atribuye a un órgano superior, la expresión más correcta sería por ello la de referirse a las autoridades judiciales competentes para el conocimiento del recurso concreto interpuesto.

VIII. Ejecución en España de una resolución de decomiso emitida por la autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea.

VIII.1 Aplicación del principio de doble tipificación. (Art. 13)

Tanto la Decisión Marco como lógicamente el Anteproyecto respetan el mismo sistema de lista adoptada para la orden europea de detención y entrega. Se acoge por tanto la obligación de reconocimiento, sin necesidad de doble incriminación, cuando se trate de hechos incardinables en la lista de infracciones que se describe en la propia Decisión y el anteproyecto siempre que estén castigadas con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años.

Para el resto de las infracciones no incluidas en la lista o que no superen el umbral punitivo determinado en el Art. 13.1 el anteproyecto recoge la misma solución que se adoptó finalmente en la ley 18/2006 -Art. 10.2- y es exigir el control de doble incriminación. Este criterio fue el mantenido por este Consejo Fiscal en aras a conseguir unidad en la aplicación de la norma, limitando la excesiva discrecionalidad judicial que planteó la Ley que regula la orden europea de detención y entrega.

En todo caso, se apunta en esta ocasión, como se hizo en el informe al anteproyecto de la ley 18/2006 una solución alternativa para garantizar una aplicación uniforme y favorecer la ejecución de los embargos. La idea de un criterio uniforme en todos los supuestos de reconocimiento mutuo podría solucionarse limitando el arbitrio judicial con algunas orientaciones en la Ley que permitan a la autoridad judicial mantener un criterio más homogéneo. Una posible solución pasaría porque el anteproyecto admitiera siempre la ejecución sin control de doble tipicidad aun cuando no se trate de delitos contenidos en la lista o estén penados por debajo del umbral en el caso de que se trate de ejecutar medidas que no afecten a los derechos fundamentales y la autoridad judicial no advierta otras razones serias para considerar que la ejecución puede ser contraria a nuestros principios fundamentales.

VIII.2 Reconocimiento y ejecución Art. 14 a 17

Los siguientes artículos del anteproyecto concretan la forma en que el Juez de lo Penal competente debe ejecutar el decomiso acordado por la autoridad extranjera o las razones por las que puede denegar la ejecución.

El sentido del principio de reconocimiento mutuo supone que la decisión de decomisar ya ha sido tomada en este caso por la autoridad judicial extranjera competente y lo que se solicita es su ejecución. En todo caso, sería conveniente alguna mención expresa al acto procesal con el que Juez de lo Penal decide ejecutar el decomiso o denegar su ejecución. Aunque en general el decomiso en la legislación española es acordado en sentencia que en este caso deberá ser firme, sin embargo, acordado el decomiso por la autoridad extranjera, la decisión española no exige nueva sentencia si no el pronunciamiento acordando el despacho de la ejecución a través de auto, lo que además se corresponde con la previsión del Art. 21 dedicado a los recursos y lo dispuesto en el Art. 17.1.

Por otro lado, para asegurar la eficacia de la decisión y que la ejecución se realice, sin más trámite, sería útil señalar un plazo razonable al juez para que resuelva el auto ejecutando el decomiso o dicte el auto rechazando su ejecución por los motivos expresamente previstos.

Cuando se produzca la necesidad de decidir respecto a resoluciones de decomiso concurrentes, el artículo 16 recoge todas las circunstancias que menciona la Decisión Marco, sin establecer orden alguno de preferencia. Se estima, sin embargo, que habida cuenta de que el decomiso se ejecutará conforme a las normas españolas sería más oportuno que sea el legislador el que determine el orden de prioridad que debe ser seguido por el Juez al ejecutar el decomiso. El establecimiento legal de criterios prioritarios jerarquizados debe facilitar la labor judicial, evitar recursos y permitir orientar también a la autoridad emisora sobre las posibilidades de éxito de su solicitud.

VIII. 3. Denegación del reconocimiento y ejecución

Respecto a los motivos de no reconocimiento recogidos en el Art. 18, el anteproyecto opta por considerar obligatorios para el Juez todos los posibles motivos recogidos en el artículo 8 de la Decisión Marco.

El Art. 18 1. e) se refiere al condenado, estimamos que dada la regulación del vigente 127.3 CP, sería más adecuada la referencia a la persona afectada a la que se refiere el Art. 8.2 de la Decisión Marco. Esta referencia es igualmente aplicable a la mención al condenado del Art. 21 en cuanto a la legitimación para recurrir.

Se advierte que no existe mención alguna a la previsión contenida en el Art. 8.3 de la Decisión Marco en relación con la ejecución de decisiones de decomiso ampliado. Esta cuestión a la que ya se ha hecho mención en el apartado VI.I de este informe en relación con la definición de decomiso. La

inexistencia de motivo de denegación basado es este apartado obliga al Juez español a ejecutar cualquier decomiso acordado en atención a las posibilidades de decomiso ampliado que plantea la DM de 2005 en el apartado 2 del artículo 3.

Sin embargo, la falta de transposición de esta DM al ordenamiento español no permite saber cuál será el criterio finalmente adoptado en España en relación a las posibilidades de opción de decomiso ampliado que se plantean en ese apartado 2 del artículo 3. Aunque la solución optima pasaría por tener esta cuestión incorporada al derecho interno antes de que se tome la opción en este anteproyecto, habida cuenta de las dificultades que pueden plantearlas distintas opciones de decomiso ampliado, sería conveniente tener en cuenta que el artículo 8.3 del DM permite incorporar al anteproyecto un nuevo motivo de no reconocimiento incluso aunque fuera parcial y se permitiera, como se prevé en este precepto, la ejecución en la medida en que lo sería en el derecho interno.

VIII.4. Recursos

Desde el punto de vista del Ministerio Público estimamos de gran interés para nuestra función de defensores de la legalidad incorporada en este caso al principio de reconocimiento mutuo la legitimación para la interposición de los correspondientes recursos frente a las resoluciones que acuerden la ejecución o la no ejecución del decomiso.

En todo caso, para que la función del Fiscal pueda ser debidamente desarrollada en este punto debería recordarse la obligación de notificación de la resolución sobre la ejecución de la medida al Ministerio Fiscal, para ello el Anteproyecto debería preverlo expresamente evitando que posibles retrasos u omisiones en las notificaciones impidan que el Ministerio Público ejercite sus funciones de forma eficaz. Debe tenerse en cuenta además que la ausencia

de esta notificación impide la firmeza de la resolución y permite recursos posteriores y extemporáneos.

La propuesta que se realiza para asegurar esta notificación podría contemplar la obligación del órgano judicial de comunicar al Ministerio Fiscal el auto en el que se acuerda ejecutar o no simultáneamente a la comunicación que se realiza a la autoridad emisora.

En lo que afecta a los efectos del recurso, parece existir una contradicción entre la previsión de sus efectos no suspensivos en el Art. 21 y la previsión de suspensión de la ejecución contenida en el apartado 1.b) del Art. 20 que dispone exactamente lo contrario y es la suspensión de la ejecución cuando se hubieran interpuesto alguno de los recursos del Art. 21.

VIII.5 Disposición de los bienes decomisados. Art. 22

El artículo 22 se refiere al reparto entre Estados de los bienes decomisados conforme a lo dispuesto en el Art. 16 de la Decisión Marco.

Aunque el artículo 22 se refiere, en el caso en que España sea el país de ejecución del decomiso al acuerdo posible para el reparto de los bienes decomisados entre las autoridades competentes de España y el Estado de emisión. Sin embargo, el anteproyecto no concreta quienes son esas autoridades competentes. Estimados que sería este anteproyecto el lugar oportuno para hacerlo, en cuanto que como se indicaba en relación a los gastos, este tipo de acuerdos no son propios de autoridades judiciales sino que se trata de acuerdos gubernativos que deben corresponder preferentemente al Ministerio de Justicia.

Por otro lado, se estima que en caso de que haya que transferir fondos al Estado de emisión la obligación del Juzgado es ingresar los fondos,

conforme se indica, al Tesoro Público o conforme a lo previsto en el artículo 374 y Ley 17/2003 de 29 de mayo y que posteriormente correspondería igualmente a los órganos gubernativos competentes y no al Juzgado remitir el importe correspondiente al Estado de emisión.

Se observa que en relación con el reparto del dinero obtenido en el decomiso no existe en el anteproyecto ninguna previsión para el reparto cuando sea España el Estado de emisión. En el supuesto que sea una autoridad española la que haya solicitado el decomiso en otro Estado y la cantidad decomisada exceda de los 10.000 debe plantearse la forma de llegar al acuerdo de reparto. Igualmente en sería útil para las autoridades de ejecución de otros Estados conocer quién es la autoridad competente para llegar a un acuerdo sobre el reparto en esta materia y el lugar donde debe remitirse el ingreso de la cantidad decomisada.

En relación con la disposición del apartado 4 del artículo 22 nos remitimos a lo informado respecto al artículo 11 y el reparto de gastos, considerando que la determinación de si procede reclamar los gastos al Estado de emisión excede de las competencias propias de un órgano judicial y debe corresponder al Ministerio de Justicia.

Madrid, 13 de noviembre de 2008
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL