



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Circulares

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 4/2010, de 30 de diciembre, *sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.*

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Arts. 263 bis, 282 bis, 334, 367 bis- 367 septies, 545-572, 604, 614, 615, 650 *in fine*, 764, 773,781.1, 989.2 LECrim

Arts.589.2, 590, 591, 630-633 LEC

Art.116-122, 127, 128, 301, 319, 374, 385 bis, 431 CP

Art. 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, *de Represión del Contrabando*

Art. 20, 34, 83, 86 de la Ley Hipotecaria

Art. 12.2.o) del Real Decreto1258/2010, de 8 de octubre, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Política Social*

Arts. 15, 19, 23.1, 24 Ley 4/2010, de 10 de marzo, *para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso*

Arts. 11.2.d), 22.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal*

Arts. 43, 44 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, *regula las funciones de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias*

Arts. 3, 6 apartado primero Ley 25/2007, de 18 de octubre, *de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*

Arst.3, 16.1 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 el procedimiento*

Art. 19.1 párrafo primero Ley 1/2008, de 4 de diciembre *para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.*

Arts. 4 apartado primero *in fine*, 5,18 bis EOMF

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

Circular 4/2013, de 30 de diciembre, *sobre las diligencias de investigación penal*

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

1. Los preceptos a los que hace referencia la Circular no han sido modificados, si bien el art. 604 LECrim que se menciona ya había sido dejado sin contenido en la fecha de la Circular por el art. 2.68 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*.

2. El apartado 6 de la Circular 4/2010 que se intitula "La investigación del patrimonio criminal realizada por el Ministerio Fiscal. Posibilidades de actuación en el marco de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal en este ámbito", se ha visto afectado por la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, *sobre las diligencias de investigación penal*. Cabe hacer las siguientes consideraciones:

— En relación a la autorización por el Fiscal de la técnica del agente encubierto, el apartado primero del art. 282 bis LECrim exige que cuando autorice tal técnica de investigación dé *cuenta inmediata al Juez*.

La Circular 4/2013 introduce un criterio diferente respecto a lo que supone la "dación de cuenta inmediata al Juez" al indicar que dicha dación de cuenta no implica la necesidad de acordar la inmediata judicialización del expediente. No procederá la remisión al Juez de lo actuado sino hasta tanto se constate la existencia de unas diligencias judiciales abiertas o concurran las circunstancias previstas en el epígrafe VIII.-2.1 de la propia Circular.

Por el contrario, la Circular 4/2010 establece que en estos supuestos habrá de procederse a la inmediata judicialización del expediente, en tanto el apartado primero del precepto antes citado exige del Fiscal que cuando autorice tal técnica de investigación dé *cuenta inmediata al Juez*. A tales efectos, aun cuando la Ley no lo especifica habrá de entenderse que tal dación de cuenta con remisión de las Diligencias de Investigación hasta el momento tramitadas habrá de darse al Juzgado de Instrucción o Central de Instrucción de Guardia competente, con el fin de cumplir esa legalmente exigida inmediatez en la dación de cuentas.

- Por lo que respecta al acceso a la información de los registros oficiales, la Circular 4/2013 especifica que debe tenerse presente que aún no se ha desarrollado el Fichero de Titularidades al que se refiere el art. 43.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* que establece

que con ocasión de la investigación de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo el Ministerio Fiscal podrá obtener los datos declarados en el Fichero de Titularidades Financieras.

—En relación a las comunicaciones telefónicas, la Circular 4/2013, después de referirse al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 (“Es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre”), nos recuerda que la Circular 1/2013 declara al respecto “puede pues concluirse con que tras fluctuaciones jurisprudenciales se ha asentado el criterio que establece que la relación de llamadas emitidas o recibidas por un terminal telefónico es materia que afecta al derecho que garantiza el art. 18.3 CE, siendo necesario a tales efectos, a falta de consentimiento de los sujetos comunicantes, la autorización judicial correspondiente otorgada en el curso de una investigación de carácter penal. Tal autorización será también necesaria para acceder al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil”.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introduce modificaciones profundas en materia de decomiso.

FICHA ELABORADA POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA FGE

TEXTO DE LA CIRCULAR ANALIZADA

Circular 4/2010, de 30 de diciembre, *sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.*

1. La investigación patrimonial en el proceso penal. 1.1. El aseguramiento de la responsabilidad civil ex delicto. La intervención del Ministerio Fiscal. 1.2. La investigación del patrimonio relacionado con la actividad criminal. 2. Orientaciones jurídico-penales relativas al decomiso de los bienes relacionados con las actividades criminales. 2.1. Iniciativas en el ámbito internacional. 2.2. Regulación del comiso en el Código Penal. 2.3. El denominado comiso ampliado. Su incorporación al ordenamiento jurídico español. 2.4. La vigencia del principio de presunción de inocencia en la vinculación de determinados patrimonios a la actividad delictiva. 3. Extensión del comiso. 3.1. La identificación de los bienes y objetos decomisables. 3.2. Bienes decomisados en poder de terceras personas. La intervención de éstas en el proceso penal. 3.3. El principio de proporcionalidad en el comiso. 4. Las Oficinas de Recuperación de Activos. 5. Destino de los bienes decomisados. 6. La investigación del patrimonio criminal realizada por el Ministerio Fiscal. Posibilidades de actuación en el marco las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal en este ámbito. 7. El tratamiento del patrimonio de origen delictivo en el proceso penal. La intervención del Ministerio Fiscal. 7.1. En la fase de instrucción. 7.2. Medidas cautelares de aseguramiento de los bienes. 8. Las nuevas funciones del Ministerio Fiscal en materia de investigación patrimonial en el ámbito internacional. 9. Conclusiones.

1. La investigación patrimonial en el proceso penal

La construcción dogmática clásica del Derecho penal fue diseñada sobre los pilares de bienes jurídicos individuales -la vida, la libertad, la propiedad privada-, siendo su principal objetivo la persecución y castigo del infractor de las normas establecidas para la protección de aquellos.

Las consecuencias de carácter patrimonial derivadas del delito, quedaban relegadas a un segundo plano.

Los innumerables cambios producidos en las estructuras y sensibilidades de la sociedad durante las últimas décadas, han determinado que el panorama actual sea ostensiblemente diferente. Estas transformaciones han trascendido al Derecho penal, en cuyo ámbito, la tradicionalmente preterida investigación del patrimonio del infractor y su entorno, ha pasado a ocupar lugar preferente.

En la actualidad, la investigación patrimonial tiene especial interés en el ámbito del proceso penal por los siguientes motivos: en primer lugar, porque es necesaria para asegurar el pago de las genéricamente denominadas responsabilidades pecuniarias, que incluyen la responsabilidad civil -ex delicto- derivada de la infracción penal, las costas procesales y la multa; en segundo lugar, porque a través de la concreción de determinados flujos y movimientos patrimoniales se pueden obtener los elementos probatorios de la realización de diversas infracciones; y, en tercer lugar, porque la investigación criminal en ocasiones estará orientada a la localización de bienes relacionados con la actividad delictiva, con el objetivo de proceder a su incautación, actuación que constituye un instrumento de primer orden para hacer frente a diversas manifestaciones delictivas, en particular a las realizadas por grupos organizados, por cuanto incide directamente en las ganancias ilícitamente obtenidas con las que éstos se financian. La primera de las indicadas finalidades tiene por objeto la localización de bienes de origen lícito para el afianzamiento de las expresadas responsabilidades pecuniarias, mientras que las dos últimas constituyen la investigación del patrimonio relacionado con la actividad criminal.

1.1. El aseguramiento de la responsabilidad civil ex delicto. La intervención del Ministerio Fiscal

En numerosas ocasiones la única posibilidad de reparar el daño causado por la infracción penal es la satisfacción económica a las víctimas y perjudicados. El objeto de la denominada responsabilidad civil "ex delicto" lo constituye la restitución del bien objeto de la infracción penal con abono de los deterioros o menoscabos, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por la misma. Las actuaciones judiciales realizadas con esta finalidad han de estar dirigidas a la determinación y aseguramiento de los bienes que han de ser restituidos, así como aquellos pertenecientes a las personas que, en virtud de las normas contenidas en los arts. 116 a 122 CP, pueden resultar civilmente responsables.

Por tanto, la reclamación de la reparación de los daños y perjuicios únicamente puede realizarse en el proceso penal en los supuestos en que la infracción criminal sea productora de un menoscabo en la esfera jurídico-patrimonial del perjudicado. Se trata de una acción civil que nuestro ordenamiento permite ejercitar conjuntamente con la penal.

La determinación y afianzamiento de bienes suficientes para cubrir la satisfacción de dicha responsabilidad constituye una de las finalidades de la fase de instrucción del proceso penal. La tramitación de las actuaciones judiciales orientadas a este objetivo se realiza en las denominadas piezas de responsabilidad civil, en las que se

concreta su cuantía y, mediante la aplicación de las medidas cautelares de fianza y embargo reguladas en los arts. 589 y sptes., 615, 764 LECRIM y concordantes, se garantiza su efectividad, junto con el resto de las responsabilidades pecuniarias -costas y multas-.

La Fiscalía General del Estado mediante la Instrucción n.º 1/1992, referida a la tramitación de las piezas de responsabilidad civil, llamó la atención de los Sres. Fiscales sobre la importancia de la actividad procesal a desarrollar en relación con esta materia y la necesidad de adoptar, desde el inicio de la instrucción, las medidas cautelares necesarias para la protección económico-social de la víctima. Más recientemente, mediante las Instrucciones n.º 8/2005, sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el Proceso Penal, n.º 2/2008 sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción, y n.º 1/2010 relativa a las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales, la Fiscalía General del Estado ha vuelto a manifestar su preocupación por el riguroso cumplimiento por parte de los Sres. Fiscales de las funciones que tienen legalmente asignadas en aras de la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por el delito.

A estos efectos y sin perjuicio de las pautas contenidas en las citadas Instrucciones, plenamente vigentes, se reitera la obligación de los Sres. Fiscales de promover ante el Juzgado de Instrucción o, en su caso, ante el órgano jurisdiccional competente la investigación exhaustiva de los bienes del inculpado y, en su caso, de las personas que puedan resultar civilmente responsables, para asegurar el pago de las cantidades que, como responsabilidades pecuniarias, se fijan en la resolución judicial que se dicte.

En orden a la localización de los bienes necesarios para dicho afianzamiento, en virtud de lo dispuesto en el art. 614 LECRIM, es de aplicación directa en el proceso penal la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo de destacar que el art. 589.2 de este texto legal dispone que el requerimiento al ejecutado para la manifestación de sus bienes se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren, y que los arts. 590 y 591 de la misma ley procesal establecen la obligación de todas las personas y entidades públicas y privadas de prestar colaboración en las actuaciones de investigación judicial patrimonial acordadas en materia de embargo y traba de bienes.

En todo caso, se recuerda que, en virtud de lo dispuesto en el art. 650 in fine y 781.1 LECRIM, en los escritos de calificación provisional o de acusación, los Sres. Fiscales tienen la obligación de formular la petición de restitución, reparación o indemnización por los daños y/o perjuicios causados por la infracción penal, en concordancia con el relato de hechos, en el que se deberá concretar la suma a la que alcanza el contenido de la responsabilidad civil que es objeto de reclamación o los criterios en base a los cuales se ha de determinar su cuantía, la indicación de la persona o personas a las que se atribuye dicha responsabilidad, así como la sucinta descripción del hecho en virtud del cual la hubieren contraído.

Además, como se indica en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado n.º 1/2010, en fase de ejecución de sentencias, los Sres. Fiscales deberán velar por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los

términos dispuestos en el fallo de las mismas, debiendo oponerse al archivo de las ejecutorias mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito o la verdadera situación de insolvencia del condenado. En este último caso, se solicitará el archivo provisional y se instará periódicamente, de conformidad con los criterios que deben establecer los Sres. Fiscales Jefes, la revisión de las ejecutorias en esta situación para averiguar si el condenado ha venido a mejor fortuna, hasta que prescriba el plazo para exigir las indemnizaciones civiles concedidas.

En este ámbito también hay que tener presente que la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, ha dado una nueva redacción al art. 898.2 LECRIM estableciendo que a efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Secretario judicial podrá encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia.

1.2. La investigación del patrimonio relacionado con la actividad criminal

Mientras que, como se ha indicado, la investigación patrimonial referida a la efectividad de la responsabilidad civil ex delicto está orientada a la determinación de los bienes del infractor y demás responsables civiles con el objeto de reparar los daños y perjuicios causados, es decir, se trata de asegurar el ejercicio de acciones civiles; por el contrario, la investigación del patrimonio criminal se encamina a la determinación e incautación de los bienes relacionados con la actividad delictiva, es decir, se integra por las actuaciones enmarcadas en el ámbito del proceso penal, dirigidas a la averiguación de actividades delictivas y a la aplicación de las sanciones o consecuencias correspondientes.

La STS n.º 56/1997, de 20 de enero, ya perfilaba la diferenciación entre las actuaciones de investigación patrimonial orientadas a la realización de la responsabilidad civil derivada del delito, de las dirigidas a la determinación de los bienes relacionados con la actividad delictiva, señalando que el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito (art. 48 CP de 1973) constituye una “pena accesoria”, y, en el nuevo Código Penal, es configurada como una “consecuencia accesoria” de la pena (art. 127 C.P. de 1995). En ambos Códigos, por tanto, es cosa distinta de la responsabilidad civil “ex delicto”. (...) La responsabilidad civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.

Más recientemente la STS n.º 202/2007, de 20 de marzo, en el mismo sentido expresa que los decomisos sólo podrán considerarse correctos si los bienes decomisados hubieran sido adquiridos con dinero procedente en su totalidad de delito o delitos relativos al tráfico de sustancias estupefacientes (en el caso que estamos examinando), bien directamente, bien indirectamente, esto es, a través de las transformaciones que hubiera

podido experimentar ese dinero ilícito como consecuencia de negocios y operaciones posteriores (decomiso subrogatorio).

La investigación del patrimonio criminal abarca todos los bienes del sospechoso a efectos de evidenciar la relación de los mismos con la actividad delictiva, bien porque su objetivo sea la obtención de elementos probatorios del *iter criminis*, o bien porque mediante la misma se pretenda la incautación de los bienes utilizados para la preparación o ejecución del delito, así como los generados como ganancias de la actividad delictiva. Incluso, a estos efectos pueden ser objeto de la investigación los bienes de origen lícito, cuando no puedan ser aprehendidos los anteriores, dada la posibilidad de incautar los mismos en el marco del comiso de valor equivalente, o cuando los bienes sean desproporcionados y su titular real o ficticio fuera condenado por actividades relacionadas con la criminalidad organizada, al poder ser objeto del comiso ampliado, figura que ha sido incorporada al Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Por tanto, aunque la investigación de patrimonio criminal está íntimamente relacionada con el comiso, conviene precisar que el ámbito de la misma no se agota con la determinación de los bienes que pueden ser decomisados (incluido el comiso por equivalencia y el comiso ampliado), pues la finalidad de aquella puede ser más extensa, como sucede cuando está dirigida a obtener los elementos de prueba de la infracción criminal, toda vez que a través de la investigación de los flujos o movimientos patrimoniales puedan constatarse el *iter criminis* de determinados tipos penales.

2. Orientaciones jurídico-penales relativas al decomiso de los bienes relacionados con las actividades criminales

Tradicionalmente el Derecho penal sólo se preocupó de la incautación de los efectos e instrumentos del delito con la única pretensión de evitar que volvieran a ser utilizados para la comisión de nuevas infracciones; sin embargo, en la actualidad la investigación de los bienes relacionados con la actividad delictiva es considerada una fórmula eficaz para contrarrestar el incremento progresivo de conductas antijurídicas cada día más complejas -grandes estafas, infracciones fiscales, actividades relacionadas con la corrupción-, muchas de ellas realizadas por grupos organizados surgidos alrededor de las ingentes ganancias que las mismas reportan, que en muchas ocasiones trascienden el ámbito fronterizo de los Estados e incluso pueden llegar a constituir atentados contra las estructuras básicas de las sociedades democráticas.

Para hacer frente a estos graves fenómenos criminales se han utilizado numerosas fórmulas, como el incremento de las penas privativas de libertad o de las cuantías de las penas pecuniarias, con importes que, aún superando los límites exigidos por la aplicación estricta del principio de proporcionalidad, han demostrado su insuficiencia.

Ante dicha situación y evidenciándose que la intención última de los grupos delictivos organizados es la colocación en el "circuito legal" del producto de su actividad, para su utilización y disfrute en las mismas condiciones que si su procedencia fuera lícita, las nuevas estrategias de política criminal tienden a incidir en las ganancias producidas por el delito, procurando limitar el enriquecimiento y la capacidad económica de dichos grupos criminales. Para ello, los Estados, siguiendo las directrices establecidas en los foros internacionales que

se han ocupado de estas cuestiones, han desarrollado en sus textos legales una amplia normativa de carácter preventivo y punitivo sobre el blanqueo de capitales, complementada con la tipificación penal de diversas conductas que atentan contra los intereses socio-económicos de las sociedades modernas, así como con la instauración novedosas técnicas de investigación criminal y de diversos instrumentos jurídicos dirigidos a la cooperación internacional en la incautación y decomiso de los beneficios derivados de las actividades criminales.

2.1. Iniciativas en el ámbito internacional

Los Estados partes firmantes de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ya percibieron la necesidad de desarrollar y armonizar sus legislaciones con el objeto de privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad. Posteriormente ampliando su ámbito a las modalidades delictivas más graves, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (BOE 17.4.2002); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE 29.9.2003), también conocida como Convención de Palermo; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que tuvo lugar en Mérida (México) los días 9 al 11 de diciembre de 2003, incidieron en dicha estrategia.

Con posterioridad la Comunidad Internacional ha seguido la política criminal de priorizar el desarrollo de la legislación preventiva y represiva del blanqueo de los beneficios económicos procedentes de delito y la revitalización de la figura del comiso -también denominado decomiso o confiscación- de los bienes relacionados con la actividad delictiva, como instrumentos esenciales para hacer frente al fenómeno delictivo en general y al organizado en particular.

Han sido de especial trascendencia en el ámbito del Consejo de Europa el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo en 1990 – Convenio n.º 198- (CCE/2005), y el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (Instrumento de ratificación BOE 26.6.2010).

Por su parte la Unión Europea ha elaborado diversos instrumentos jurídicos sobre esta materia, pudiéndose citar:

- Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de instrumentos y productos del delito;
- Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, incorporada a nuestro derecho mediante 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 el procedimiento, y la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la anterior;

- Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, que ha sido incorporada al Derecho español mediante Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias;
- 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, cuya incorporación a nuestro ordenamiento se ha llevado a efecto por la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución de la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, y la Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, complementaria de la anterior.

En la actualidad se debaten diversas iniciativas internacionales que complementarán las adoptadas hasta la fecha, cuyo objetivo es la armonización de las legislaciones internas en lo que se refiere al delito de blanqueo y a la institución del comiso, con la finalidad de lograr una mayor efectividad en su aplicación transnacional.

2.2. Regulación del comiso en el Código Penal

El desarrollo normativo de dicha orientación en la política criminal contra la criminalidad organizada se inició en España a partir de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal, que, centrada en el narcotráfico, destacaba en su Exposición de Motivos el objetivo de reducción y eliminación de los beneficios económicos de dicha actividad a través de tres mecanismos: la elevación de la cuantía de la pena de multa, la ampliación de los términos de la institución del comiso y la tipificación penal como delito de receptación especial del blanqueo de dinero de origen delictivo.

El Código penal de 1995, asumió la normativa anterior, reproduciendo en los arts. 127 y 374, respectivamente, como regulación genérica del comiso y específica para los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales, el mismo texto de los arts. 48 y 344 bis c) del Código penal de 1973. Fue mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuando se modificó el ámbito y alcance del comiso, con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero.

Esta reforma, siguiendo las directrices supranacionales, incorporó en nuestro ordenamiento jurídico importantes innovaciones como la extensión del comiso a los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado el delito así como a las ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar, incluso si se hubieran transmitido a un tercero, salvo que éste los hubiera recibido legalmente de buena fe. También se incorporó la posibilidad de que con carácter subsidiario se decrete el comiso de otros bienes de los criminalmente responsables por el valor equivalente al de aquellos cuyo decomiso no fuera posible, o la de acordar dicha consecuencia accesoria, aun cuando no se imponga pena alguna, en los casos de exención o extinción de la responsabilidad criminal, siempre que se demuestre la situación patrimonial ilícita.

Las expresadas modificaciones ya fueron objeto de atención por parte de la Fiscalía General del Estado, que mediante la Circular n.º 1/2005 y, más específicamente en la Circular n.º 2/2005 referida a los delitos de tráfico de drogas, estableció una serie de criterios que los Sres. Fiscales deberían observar en la aplicación de la

regulación del comiso introducida mediante la indicada reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Dichas pautas de actuación, aunque no varían sustancialmente con el contenido de la presente Circular, es conveniente adaptarlas a las directrices que derivan de las nuevas modificaciones legislativas, que reclaman del Ministerio Fiscal una actuación más firme y eficaz en materia de investigación de los patrimonios relacionados con las actividades criminales.

Efectivamente, transcurridos siete años desde la expresada modificación de la regulación de la institución del comiso efectuada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, el legislador español mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, además de incorporar en el art. 127 CP un nuevo apartado en que se prevé la posibilidad de acordar el comiso, dentro de ciertos límites, en el caso de delitos imprudentes, ha dado un nuevo paso siguiendo las directrices de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero, con la finalidad de establecer normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, que constituye un objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra la delincuencia organizada.

Así, la nueva regulación general del comiso sigue recogida en el art. 127 CP, cuyas normas ubicadas en el Libro I del Código Penal, son también de aplicación a los supuestos de comiso previsto en la parte especial del citado texto legal (arts. 319, 374, 385 bis y 431) y en las leyes especiales (art. 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando), sin perjuicio de la aplicación preferente de estas normas por razón de la especialidad si existe contradicción entre unas y otras.

2.3. El denominado comiso ampliado. Su incorporación al ordenamiento jurídico español

Las dificultades probatorias acerca de la vinculación con la actividad criminal de los bienes y efectos pertenecientes a quienes son condenados por actividades delictivas cometidas en el seno de organizaciones criminales preocupa desde hace décadas a la Comunidad Internacional, conscientes de que ello puede constituir un serio obstáculo para la incautación de los efectos y las ganancias derivadas del hecho criminal y en definitiva para el estrangulamiento de las actividades de dichas organizaciones. Así, el art. 5.7 de la Convención de Viena de 1988, ya sugería a los Estados la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito de los bienes susceptibles de decomiso, en la medida en que ello fuera compatible con los principios informadores de los derechos internos y en igual sentido el art. 12.7 de la antes citada Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de diciembre de 2003, hecha en Mérida (México), contemplaban la posibilidad de que los Estados parte pudieran exigir del delincuente la demostración del origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso en la medida en que ello fuera conforme con los principios de su normativa interna y con la índole de los respectivos procedimientos judiciales.

En el ámbito europeo, la Recomendación 19 del Plan de Acción 2000, denominado "Prevención y control de la delincuencia organizada-Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio" planteaba también la conveniencia de estudiar y promover instrumentos que con el debido respeto a los principios jurídicos fundamentales, introdujeran la posibilidad de mitigar la carga de la prueba, en el ámbito penal, civil o fiscal, según los casos, en lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada por infracciones

relacionadas con delincuencia organizada.

De acuerdo con las indicadas directrices internacionales y en cumplimiento de los compromisos derivados de la pertenencia de España a la Unión Europea, mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se ha realizado la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero, relativa al decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, a través de la cual se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el denominado comiso ampliado, y encomienda a los jueces y tribunales que acuerden esta medida respecto de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de organizaciones o grupos criminales, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo. Para facilitar la aplicación del comiso ampliado, se establece la presunción de considerar que proceden de actividades delictivas aquellos patrimonios cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o delito de terrorismo.

La citada Decisión Marco 2005/212/JAI establece en su art. 3.2 que cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso cuando (...) 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. Como se ha indicado, transponiendo esta Decisión Marco, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha añadido un segundo párrafo en el apartado primero del art. 127 del siguiente tenor:

El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

Esta reforma también se hace eco de la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la cual venía propugnando una interpretación de la institución del comiso que permitía su aplicación aun cuando no pudiera acreditarse la vinculación concreta de los bienes incautados con un hecho ilícito determinado, sino simplemente su procedencia de la actividad delictiva. Al respecto el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en fecha 5 de octubre de 1998, a propósito de los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales, acordó considerar que el comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del C. Penal debe extenderse a las ganancias de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso, el principio acusatorio.

En virtud de esta nueva regulación, en los expresados supuestos de comiso ampliado -efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o

grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo-, no será necesaria la prueba de la relación de causa-efecto o, en otras palabras, de vinculación concreta entre el delito que la sentencia declara probado y los bienes cuyo comiso se decreta, pero si será necesario probar y que así se aprecie en la sentencia, que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización criminal, grupo criminal o terrorista o que ha realizado un delito de terrorismo y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada.

A partir de dichos presupuestos, el legislador establece una presunción iuris tantum acerca del origen de dicho patrimonio, susceptible en todo caso de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado, o al menos que no procede de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista o derivadas de la realización de un delito de terrorismo.

2.4. La vigencia del principio de presunción de inocencia en la vinculación de determinados patrimonios a la actividad delictiva

La incorporación de la presunción legal, plasmada en el inciso final del transcrito segundo párrafo del apartado primero del art. 127 CP no afecta en si misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia. En realidad se trata de una presunción que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. Tal y como aparece configurada, opera respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en el que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra el; sus consecuencias, por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado.

En el expresado sentido se pronuncian las SSTC n.º 219 y 220/2006, de 3 de julio, precisándose en ambas de forma idéntica que la fundamentación con la que los órganos de la jurisdicción ordinaria justifican el comiso de los bienes no está referida al principio de presunción de inocencia, puesto que este derecho implica que nadie pueda ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas de cargo válidas, que han de estar referidas a los elementos esenciales del delito y han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia (...). La presunción de inocencia opera «como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable» (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2). Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia.

En los demás supuestos regulados en el art. 127 sigue manteniéndose la necesidad de probar la relación entre el bien objeto de comiso y la infracción enjuiciada, si bien este criterio ha de considerarse matizado en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que siguiendo el acuerdo adoptado en el citado Pleno de 5 de octubre de 1998, no exige que se acredite que todos y cada uno de los bienes que resulten objeto de comiso proceden directamente de los concretos hechos enjuiciados, bastando a dichos efectos que se pruebe su procedencia de la actividad delictiva.

Por tanto, la prueba relativa a la procedencia de los bienes ha de versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que, siguiendo la doctrina expresada en la STS n.º 450/2007, 30 de mayo, podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venia dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venia dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito. Sentados estos hechos concluyentes, puede deducirse como conclusión razonable, y en absoluto arbitraria o caprichosa, que los bienes que han ingresado en el patrimonio del afectado (o del tercero interpuesto) proceden directa o indirectamente del delito y, por lo tanto, deberán ser decomisados, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión.

Obviamente, estas cuestiones habrán de ser objeto de debate en el enjuiciamiento, para lo cual deberá contarse con la expresa solicitud por parte de los Sres. Fiscales, siendo también preciso que se motive en la Sentencia la decisión al respecto (STS n.º 1061/2002, de 6 de junio, que hace referencia a las n.º 1178/2000, de 30 de junio, y n.º 328/2001, de 6 de marzo).

3. Extensión del comiso

3.1. La identificación de los bienes y objetos decomisables

El art. 127 establece que serán decomisados -con la salvedad de que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente- los efectos, los bienes o ganancias cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar, que provengan de la infracción penal, así como los medios o instrumentos con los que la misma se haya preparado o ejecutado.

En realidad dicha disposición regula, bajo la misma denominación, dos instrumentos con diferente finalidad: por un lado, a través del comiso de los efectos, medios o instrumentos, se pretende evitar el potencial o evidente peligro de los mismos, o que vuelvan a ser utilizados para la comisión de nuevas infracciones; en cambio, cuando lo que se decomisa son los beneficios o ganancias, se persigue evitar la existencia de patrimonios de procedencia ilícita y, sobre todo, que los mismos puedan servir para financiar nuevas actividades delictivas.

Aunque algunos sistemas jurídicos regulan de forma distinta el comiso según se trate de efectos e instrumentos o de ganancias, el ordenamiento jurídico español, al igual que la normativa supranacional, ha optado por su regulación unitaria; no obstante, en virtud de la diversa naturaleza de los efectos o bienes sobre los que recae, una vez que se proceda a su incautación a resultas del correspondiente procedimiento penal, su tratamiento dependerá de las características de los mismos, para lo cual los Sres. Fiscales se guiarán por las pautas que se

establecen en el apartado 7.2 de la presente Instrucción.

En todo caso, las solicitudes de comiso formuladas por los Sres. Fiscales se extenderán a todos los efectos, medios, instrumentos, bienes y ganancias provenientes del delito o falta, incautados en el curso de la tramitación del correspondiente procedimiento penal. Dichas peticiones, particularmente las formuladas en los escritos de acusación o calificación, deberán contener además de la narración de los hechos constitutivos de la correspondiente infracción penal, la identificación de los efectos, medios, bienes o ganancias a que se extiende la solicitud, así como la especificación de las circunstancias fácticas de las que resulte su vinculación con la infracción penal, ya sea por que han servido para su preparación, ejecución o bien porque proceden de la misma, indicando, en su caso, las transformaciones precedentes.

La expresión transformaciones que hubieren podido experimentar, no debe entenderse sólo en un sentido exclusivamente fáctico o descriptivo, sino también jurídico, lo que permitirá decomisar los bienes en que se hayan invertido las ganancias procedentes del delito (comiso por subrogación), con independencia de que de tal transformación jurídica se puedan deducir los elementos suficientes para el enjuiciamiento de tal conducta como delito de blanqueo, toda vez que a tenor de la nueva redacción del art. 301 CP, se tipifica expresamente el denominado "autoblanqueo", es decir, cuando las conductas de adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, o realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, se realizan por la misma persona que ha participado en delito precedente, cuyas ganancias se introducen mediante dicha actividad en el circuito económico legal.

Para hacer posible el cumplimiento del comiso de valor equivalente, los Sres. Fiscales procurarán que en el curso de la tramitación del procedimiento penal se cuantifique el valor de los medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito, así como el producto y ganancias derivadas de la actividad criminal, de forma que cuando no sea posible proceder a su incautación por pérdida, desaparición o irreivindicabilidad, se proceda por sustitución de los mismos (por valor equivalente) al decomiso de otros bienes de origen lícito del responsable.

En los procedimientos relativos a delincuencia organizada o terrorismo, durante la fase de instrucción los Sres. Fiscales deberán solicitar que los correspondientes organismos oficiales y la policía judicial emitan informe sobre la totalidad del patrimonio de los imputados, así como que se practiquen las valoraciones periciales correspondientes en los supuestos en que se deduzcan indicios de desproporción en relación con los ingresos legales de aquellos. Estas funciones podrán ser encomendadas a las Oficinas de Recuperación de Activos previstas en el art. 367 septies LECRIM. En los escritos de acusación o calificación formulados por los Sres. Fiscales en estos procedimientos se deberá formular la petición procedente respecto del comiso ampliado, identificando, en todo caso, los bienes a decomisar.

Igualmente dichas peticiones deberán hacer referencia a la verdadera titularidad de los bienes o, en su caso, a las circunstancias por las que la misma se estima ficticia.

3.2. Bienes decomisados en poder de terceras personas. La intervención de éstas en el proceso penal

A tenor de lo dispuesto en el último inciso del art. 127.1 CP, no procede el comiso cuando los bienes “pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente”. El comiso no siempre recaerá sobre bienes propiedad de quien ha cometido la infracción penal, sino que puede alcanzar a terceros en los supuestos en que el ordenamiento jurídico considera que la adquisición realizada por los mismos no ha de ser protegida. Para que dicha protección sea efectiva, precisa de la concurrencia de cuatro requisitos: 1.º que los bienes pertenezcan a un tercero; 2.º que la titularidad sea ostentada de buena fe; 3.º que la adquisición se haya realizado legalmente; y 4.º que el titular de los bienes no sea responsable del delito.

Este planteamiento acerca de la protección de terceros es concordante con lo previsto en el art. 122 CP en relación a la responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo, así como con el principio plasmado en diferentes normas del derecho privado, entre ellas los art. 638 del Código Civil, art. 85 del Código de Comercio y el art. 34 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor no se protege la propiedad de las adquisiciones a título gratuito o lucrativo frente a la acción reivindicatoria y, por tanto, no se genera ope legis la adquisición del derecho de propiedad.

La interpretación sistemática de estas disposiciones, en relación con el art. 3.3 de la citada Decisión Marco 2005/212/JAI, en los casos de bienes en poder de un tercero, permite distinguir varios supuestos:

1. Si se trata de un adquirente de buena fe a título lucrativo, podrá acordarse el comiso, pero deberá llamársele al proceso, en concepto de tercero civilmente responsable, como ya indicaba la Circular 2/2005, lo que implica que se le haya permitido ejercitar la defensa de sus intereses, pudiendo utilizarse a dichos efectos los trámites previstos en los arts. 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
2. Si se evidencia que es un adquirente de buena fe a título oneroso, no podrá decomisarse el bien, tal y como establece el último inciso del art. 127.1 CP y, en consecuencia, esta circunstancia permitirá la apertura del llamado comiso por valor equivalente previsto en el art. 127.3 CP, respecto de otros bienes de los acusados.
3. Finalmente, la titularidad de los bienes que puedan ser objeto del comiso puede haberse adquirido con conocimiento de su ilícita procedencia y, en tal caso, la investigación criminal debe encaminarse también a esclarecer tal extremo desde la perspectiva del delito de receptación, blanqueo, o, en su caso, como posibles supuestos de participación criminal en el hecho delictivo de que se trate, sin perjuicio también de la posibilidad de participación a título lucrativo de los efectos del delito. Estas circunstancias podrán acreditarse mediante prueba indiciaria, construida con elementos como las relaciones preexistentes entre transmitente y adquirente, la adecuación del precio al valor del bien, la efectividad del pago o la procedencia del dinero utilizado para el pago, entre otros.

Dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula expresamente la posición procesal de los terceros titulares de bienes que pueden ser objeto de comiso, la STS n.º 56/1997, de 20 de enero, estableció una serie de pautas a seguir para evitar la indefensión constitucionalmente proscribida cuando se investiguen delitos en los que sea previsible la medida del comiso, indicando que el Juez Instructor deberá proceder, en primer término, a ordenar el depósito de los efectos e instrumentos del delito, como medida cautelar encaminada a asegurar la efectividad de la resolución que, en definitiva, pueda tomarse en la sentencia penal sobre los mismos. Tal depósito (...) deberá notificarse a los interesados, que serán oídos sobre el particular -dado que el comiso no podrá afectar a

los terceros no responsables del delito, a los que pertenezcan los bienes por haberlos adquirido legalmente de buena fe-.

Y, desde ese momento, dichos terceros podrán intervenir en el proceso, nombrando Letrado y Procurador, si preciso fuere, para proponer los medios de defensa de sus derechos e intervenir en las diligencias acordadas al respecto, tanto a su instancia como a instancia de las demás partes personadas en la causa -normalmente las acusadoras-; llegando su intervención, lógicamente, a la formulación de calificaciones provisionales o escrito de defensa, con la pertinente proposición de pruebas -bien que limitadas a la defensa exclusiva de sus derechos-. A falta de una concreta previsión legal sobre el particular, y por razón de analogía, podrían aplicarse, en lo procedente, las normas previstas en los arts. 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de “responsabilidad civil de terceras personas”, formando “pieza separada”, interpretadas aquéllas de conformidad con los preceptos y principios constitucionales (art. 5.1 LOPJ). Por su parte, los Tribunales de instancia podrían acordar, en su caso y por razones de analogía también, la suspensión del juicio oral y la práctica de la pertinente instrucción suplementaria, para subsanar las posibles deficiencias advertidas en la fase de instrucción, que afecten a la materia examinada (v. art. 746.6.º LECRIM).

Con el objeto de hacer frente a situaciones fraudulentas consistentes en la utilización de titularidades aparentes, en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas el legislador ha adoptado la doctrina denominada “levantamiento del velo” y en consecuencia establece en el art. 374.3 CP que los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos.

Por lo que se refiere a otras actividades delictivas, el ordenamiento jurídico español dispone de suficientes elementos normativos para hacer frente a dichas situaciones de utilización de testaferreros, mediante la aplicación de lo dispuesto en los arts. 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil, que permiten la declaración de nulidad de los actos o negocios realizados con terceros que no hayan obrado de buena fe, pronunciamiento que entraría dentro de las competencias de los órganos jurisdiccionales penales, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto al destino final de los bienes y efectos afectados por dicha declaración de nulidad.

Como complemento de lo anterior y en relación a los bienes inscritos a nombre de terceros, el último párrafo del art. 20 de la Ley Hipotecaria establece que en los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento.

3.3. El principio de proporcionalidad en el comiso

La decisión del legislador de apartar el comiso del catálogo y clasificación de las penas pasando a configurarse como una de las denominadas consecuencias accesorias, podría interpretarse en el sentido de que al comiso ya no le es aplicable el principio de proporcionalidad, predicable de toda sanción penal, y por tanto puede aplicarse cualquiera que sea el valor de los bienes o efectos con los que se haya ejecutado o preparado el delito o estén relacionados con el mismo en los términos antes expuestos. Sin embargo, el art. 128 CP introduce una cláusula

de ponderación al establecer que cuando los referidos efectos o instrumentos a decomisar sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente; disposición que está en concordancia con el art. 5.1 .c) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, al excluir del comiso los medios de transporte que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en el delito si el Juez o el Tribunal competente estiman que el comiso resulta desproporcionado en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando.

No obstante, hay que resaltar que el art. 128 CP únicamente se refiere a los efectos e instrumentos de la infracción criminal sin mencionar las ganancias, toda vez que la incautación de los beneficios ilícitos por elevada que sea su cuantía no queda afectada por la aplicación de esta cláusula de proporcionalidad. Por tanto, los Sres. Fiscales únicamente cuando formulen peticiones de comiso respecto de efectos e instrumentos, ponderarán que las mismas se ajusten al principio de proporcionalidad, pues aunque dicha decisión judicial tiene carácter potestativo, en virtud del principio acusatorio la petición del Ministerio Fiscal puede ser determinante al respecto. Las ganancias procedentes de la infracción criminal deberán ser decomisadas cualquiera que sea su cuantía.

4. Las Oficinas de Recuperación de Activos

En la actualidad las fronteras prácticamente han desaparecido en las relaciones entre las personas y los grupos sociales. Hoy las nuevas tecnologías permiten realizar mediante transacciones electrónicas la transferencia inmediata de bienes entre personas o entidades situadas en diferentes Estados. Esta situación que hace posible la fluidez de las transacciones financieras, también permite que los bienes susceptibles de decomiso se desplacen sin dificultad a un Estado distinto de aquel en que se cometió la actividad delictiva o, en todo caso, a un Estado diferente de aquel en el que se tramita el correspondiente proceso penal.

Para hacer posible la efectividad del comiso, se vuelve a evidenciar que una mayor agilidad de la cooperación entre las autoridades de los Estados es un instrumento imprescindible. En el marco de la Unión Europea, ya en el conocido como Programa de La Haya, aprobado en noviembre de 2004, se abogaba por que se reforzaran los instrumentos para hacer frente a los aspectos económicos de la delincuencia organizada, concretamente mediante el fomento de la creación en los Estados miembros de la Unión Europea de unidades de inteligencia especializadas en activos delictivos.

En desarrollo del citado Programa se adoptó la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre la cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos de los Estados miembros en el ámbito de la localización e identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, en la que se resalta la necesidad de establecer una estrecha cooperación entre las respectivas autoridades de los Estados miembros con competencias en el seguimiento de los productos ilegales y otros bienes que puedan ser objeto de decomiso, así como establecer disposiciones que permitan una comunicación directa entre dichas autoridades.

La misma línea se ha seguido por el llamado Programa de Estocolmo, aprobado en diciembre 2009 bajo

Presidencia sueca, en el que expresamente se recoge que el Consejo Europeo insta a los Estados miembros y, en su caso, a la Comisión a aumentar la capacidad para investigaciones financieras y combinar todos los instrumentos disponibles en Derecho fiscal, civil y penal, constatando que la confiscación de las ganancias ilícitas debería ser más eficaz, y tendría que reforzarse la cooperación entre los organismos de recuperación de activos, con vistas a determinar las ganancias ilícitas de forma más eficaz y confiscarlas.

En el Plan de Acción para desarrollar el mencionado programa, aprobado en 2010 bajo Presidencia española, no sólo se prevé la publicación de un informe de la Comisión sobre la antes mencionada Decisión 2007/845/JAI, sino que la Comisión queda emplazada para elaborar una propuesta sobre un nuevo marco jurídico para la recuperación de activos, prevista para 2011.

Por último, valga citar la Comunicación de la Comisión –COM (2010) 673 final- de 22 de noviembre de 2010, titulada “La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura” en la que se recuerda la obligación adquirida en la ya citada Decisión de 2007 por los Estados miembros de “crear organismos de recuperación de activos equipados con los medios necesarios y dotados de las facultades, la formación y la capacidad de intercambiar información”. Asimismo, la Comisión anuncia para el año 2013 “la elaboración de indicadores comunes que servirán a los Estados miembros para evaluar el funcionamiento de dichos organismos”. Recuerda además la Comisión que en 2014 los Estados miembros “deberán haber adoptado las medidas institucionales necesarias mediante, por ejemplo, la creación de organismos de gestión de activos que garanticen que los activos inmovilizados no pierdan valor antes de su eventual decomiso”, así como que en 2013 la Comisión impartirá directrices sobre las mejores prácticas para prevenir que organizaciones o grupos delictivos readquieran los activos decomisados.

El art. 1 de la citada Decisión Marco 2007/845/JAI del Consejo, establece que cada Estado miembro designará como mínimo un organismo nacional de recuperación de activos, los cuales facilitaran el seguimiento y la identificación de productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con delitos, es decir, el intercambio de información estratégica para recuperar activos procedentes de delitos. España ha designado a estos efectos al Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) integrado en el organigrama del Ministerio del Interior y a la Fiscalía Especial Antidroga.

También se establece que los Estados miembros deberán asegurarse de que sus organismos de recuperación de activos cooperen entre sí, intercambiando información con rapidez tanto de manera espontánea como a petición de cualquiera de ellos. Estos intercambios de información deben seguir los procedimientos establecidos en la Decisión Marco 2006/960/JAI sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre servicios de seguridad de los Estados miembros.

En definitiva, el objeto de las Oficinas de Recuperación de Activos es triple: en primer lugar, han de ser un instrumento para la localización de patrimonios relacionados con la actividad criminal; en segundo lugar, tienen que contar con los medios técnicos y jurídicos precisos para la gestión y realización de los bienes incautados; y en tercero y principalmente, deberán constituir el cauce adecuado para el fluido intercambio de información con las Oficinas similares de cada Estado, de forma que se facilite la localización e incautación de activos de forma

inmediata cualquiera que sea el lugar donde los infractores los hayan situado.

En el ámbito internacional existen diferentes modelos de Oficina de Recuperación de Activos, también denominadas AROs (del inglés Asset Recovery Offices), cuyas estructuras varían, unas tienen carácter exclusivamente policial, otras están integradas por diversos organismos administrativos e incluso algunas tienen el carácter de “agencia interdisciplinaria” u “organismo multiagencia” con intervención incluso de entidades de carácter privado.

La creación de la Oficina de Recuperación de Activos española se ha realizado en virtud de lo dispuesto en el apartado tres de la disposición final primera de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, que introduce un nuevo art. 367 septies en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor:

El Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos.

Dicha Oficina tendrá la consideración de Policía Judicial, y su organización y funcionamiento, así como sus facultades para desempeñar por sí o con la colaboración de otras entidades o personas las funciones de conservación, administración y realización mencionadas en el párrafo anterior, se regularán reglamentariamente.

Asimismo, la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, por cualquier otra unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada.

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias a los que se refiere este apartado podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.

El Plan Nacional sobre Drogas actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan.

El legislador español ha concebido dicha Oficina como un instrumento auxiliar de la Administración de Justicia, orientado a hacer verdaderamente efectiva la actuación de ésta en los tres indicados ámbitos: investigación, gestión de los bienes incautados y cooperación judicial internacional. La Oficina española únicamente actuará en virtud de requerimiento judicial, el cual habrá de ser promovido en todo caso y necesariamente por el Ministerio Fiscal. Así se establece en los dos primeros párrafos del citado art. 367 septies al disponer que el Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos.

En relación con la gestión de los bienes incautados, el párrafo tercero del nuevo art. 367 septies generaliza la posibilidad de uso de los bienes intervenidos o decomisados por parte de la Policía Judicial, particularidad hasta ahora referida en exclusiva a los procedentes del tráfico de drogas y blanqueo de capitales relacionado con dicha actividad, a todas las tareas de investigación que le competen, pero con la limitación de que deberán estar referidas a la criminalidad organizada. El uso de los objetos intervenidos se limita temporalmente a la duración del procedimiento, requiriendo previa autorización judicial y que se garantice su conservación. Dicha utilización se atribuye a la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, a cualquier otra unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada.

Esta disposición asigna nuevas e importantes funciones en materia de lucha contra la criminalidad organizada al Ministerio Fiscal, encomendando a dicha Institución la iniciativa de instar del Juez o Tribunal competente que encomiende a la Oficina de Recuperación de Activos la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en dicho ámbito.

Sin perjuicio del desarrollo reglamentario de dicha disposición en relación con la organización y funcionamiento de la Oficina de Recuperación de Activos, hay que significar que en materia de delitos relativos al tráfico de drogas y conexos, cometidos por organizaciones, en la actualidad la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, en virtud de lo dispuesto en el art. 12.2.o) del Real Decreto 1258/2010, de 8 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Política Social, tiene la función de colaborar con los órganos judiciales competentes en la enajenación anticipada de los bienes de lícito comercio aprehendidos o incautados por la comisión de cualquiera de los delitos referidos en el art. 1 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de los bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados. Además, el último párrafo del art. 367 septies LECRIM, introducido mediante la Disposición final primera de la Ley 5/2010, de 22 de junio, establece que dicho organismo actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan.

Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Ley 5/2010, de 22 de junio, los Sres. Fiscales con funciones en materia tráfico de drogas adecuarán su actuación al contenido de lo dispuesto en el art. 367 septies LECRIM, ponderando la dotación de medios con los que a estos efectos se vaya proveyendo a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas como Oficina de Recuperación de Activos y en la medida que se hayan desarrollado reglamentariamente sus competencias, instarán de los órganos jurisdiccionales, cuando sea procedente, que resuelvan encomendar la conservación, administración y realización de los bienes, instrumentos y ganancias procedente de actividades delictivas de tráfico de drogas o blanqueo de capitales procedentes de dicho delito, cometidas en el marco de una organización criminal, a dicha Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas.

5. Destino de los bienes decomisados

La modificación efectuada en el art. 127 CP por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, traslada intacta al punto

quinto la redacción que tenía dicha disposición en el punto cuatro antes de la reforma, estableciendo que los bienes que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.

Esta disposición, inspirada en la protección de las víctimas, podría interpretarse en el sentido de que en determinados supuestos el autor de la infracción penal resulte beneficiado de la venta de los bienes decomisados, cuando los mismos se empleen para resarcir a las víctimas del delito, lo que liberará a aquél de indemnizarles con cargo a su patrimonio de origen lícito. Sin embargo, el tenor de dicho precepto no obsta para la aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad civil ex delicto contenida en el art. 116 y siguientes del Código Penal; por lo cual, cuando se produzcan estas situaciones, los Sres. Fiscales estarán especialmente vigilantes de su cumplimiento en los términos expresados en el apartado 1.1 de la presente Circular, realizando todas las diligencias indicadas para evitar que las responsabilidades civiles sean satisfechas con fondos procedentes de la actividad criminal siempre que sea posible hacerla efectiva con los bienes del/los responsable/s civil/es, y, por tanto, solamente cuando estos no sean bastantes, se podrá aplicar el producto de los bienes decomisados al pago de dichas responsabilidades civiles.

Esta cuestión no se produce en los delitos relativos al tráfico de drogas, toda vez que el art. 374.4 CP dispone que los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado. Esta adjudicación ha de hacerse al Fondo de bienes decomisados procedentes del tráfico de drogas, regulado en la Ley 17/2003 por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

Por lo que se refiere al destino de los bienes decomisados, el párrafo cuarto del nuevo art. 367 septies LECRIM establece que el producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias (...) podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.

En relación con esta materia conviene recordar que la Instrucción de la Fiscalía General del Estado n.º 6/2007, aunque referida a la problemática planteada por la gestión y la financiación de los gastos que producen la conservación o la administración de los bienes incautados en los procesos penales, establecía pautas de actuación en cuanto al destino de aquellos bienes en los que concurren las circunstancias de abandono expreso de su propietario, peligro para la salud o para la seguridad, o supongan importante disminución de su valor, indicando que los Sres. Fiscales debían instar su enajenación anticipada.

Por otro lado, también conviene tener presente que mediante Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, se regula el procedimiento a través del cual se van a transmitir, por parte de las autoridades judiciales españolas, aquellas sentencias firmes por las que se imponga un decomiso, a otros Estados miembros de la Unión Europea, así como el modo en el que las autoridades

judiciales españolas van a reconocer y a ejecutar tales resoluciones cuando le sean transmitidas por otro Estado miembro. En el art. 24 de dicha disposición legal se regula la distribución de los bienes decomisados en España en virtud de las resoluciones que se establecen en dicha Ley, cuya aplicación deberá ser vigilada por los Sres. Fiscales.

6. La investigación del patrimonio criminal realizada por el Ministerio Fiscal. Posibilidades de actuación en el marco las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal en este ámbito

Las denominadas Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal fueron introducidas en el ordenamiento jurídico español por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuyo art. 5 establece la posibilidad de que el Fiscal lleve a cabo u ordene diligencias para el esclarecimiento de hechos que fueran sean denunciados ante el mismo o que aparezcan en los atestados.

No obstante, el hito fundamental en materia de investigación patrimonial por el Ministerio Fiscal se produjo mediante la Ley 5/1988, de 24 de marzo, por la que se crea la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico de Drogas -en la actualidad Fiscalía Especial Antidroga-, introduciendo un nuevo art. 18 bis en la citada Ley 50/1981, a través de cual se atribuyeron importantes funciones a dicha Fiscalía, entre ellas las mencionadas en el apartado d), investigar la situación económica y patrimonial, así como las operaciones financieras y mercantiles de toda clase de personas respecto de las que existan indicios de que realizan o participan en actos de tráfico ilegal de drogas o de que pertenecen o auxilian a organizaciones que se dedican a dicho tráfico, pudiendo requerir de las Administraciones Públicas, Entidades, sociedades y particulares las informaciones que estime precisas.

A su vez, la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo - en aquellas fechas- art. 785 bis (en la actualidad derogado) que complementando el art. 5 del EOMF instauraba nuevas vías a la actuación del Ministerio Fiscal en la investigación criminal. Aquella regulación, aunque insuficiente, unida a la imaginación y el esfuerzo aportado por los Sres. Fiscales, han servido para evidenciar la utilidad de las Diligencias de Investigación como fase previa a la instrucción judicial, particularmente en lo que se refiere a la investigación patrimonial, siendo de destacar la importancia de la labor desarrollada por la entonces denominada Fiscalía Especial para la Prevención y Represión de Trafico Ilegal de Drogas en el desarrollo de estas facultades investigadoras por parte del Ministerio Fiscal, que ha sido objeto de reconocimiento institucional, por su papel más que destacado en la formulación de propuestas legislativas encaminadas a la obtención de cobertura legal para una más eficaz investigación de los delitos relacionados con el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales (Memoria FGE 2001)

En la actualidad el sustento legal de las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal se encuentra en los arts. 773.2 LECRIM y 5 EOMF, cuya actual redacción fue dada por Ley 38/2002, de 24 de octubre y por Ley 25/07, de 9 de octubre, respectivamente; disposiciones que no obstante mantienen las expresadas deficiencias de sus precedentes legislativos, que han sido en parte solventadas por la profusa doctrina elaborada por la Fiscalía General del Estado en los diversos documentos publicados en años precedentes en relación a aspectos parciales de las Diligencias de Investigación, lo que unido a la experiencia práctica generada en los últimos años

por el conjunto del Ministerio Fiscal en numerosos ámbitos, permiten impartir algunas pautas útiles en la utilización de estas Diligencias en la investigación de negocios jurídicos, transacciones o movimientos de bienes, valores o capitales, flujos económicos o activos patrimoniales, de los que se deduzcan indicios de estar relacionados con actividades delictivas.

Debe recordarse que existen una serie de actuaciones de carácter general consistentes en la emisión de mandamientos, dirigidos a entidades bancarias, entidades u organismos, requiriendo información patrimonial, respecto de las que no existe duda sobre la posibilidad de que el Fiscal pueda llevarlas a efecto a los fines de la determinación del objeto de la investigación. Así, la STS n.º 986/2006, de 19 de junio desestima el recurso basado en que las informaciones facilitadas por las entidades bancarias en las Diligencias de Investigación del Fiscal no fueron refrendadas mediante autorización judicial, recordando el Alto Tribunal que el Fiscal, en virtud de los arts. 4, 5, y 18 bis EOMF, puede requerir a las Administraciones Públicas, Entidades, Sociedades y particulares las informaciones que estime precisas en el curso de sus investigaciones, y que el art. 11.2.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, exime de la exigencia del previo consentimiento del interesado los casos en que la comunicación de datos tenga por destinatario al Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las funciones que éste tiene atribuidas.

Efectivamente, aunque conforme al apartado primero del art. 11 de la Ley Orgánica 15/1999, los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado, de acuerdo con el apartado segundo letra d) del mismo precepto el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario (...) el Ministerio Fiscal (...) en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

Es de significar que existen numerosos organismos e instituciones públicas y privadas a las que el Fiscal puede acudir para recabar los datos que precise en sus Diligencias de Investigación. Sin ánimo exhaustivo se puede señalar respecto a productos bancarios: la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), la Asociación Española de la Banca (AEB); en relación con investigaciones sobre sociedades y empresas: la Tesorería General de la Seguridad Social o los Registros Mercantiles; para la investigación sobre bienes muebles: el Registro de automóviles de la Dirección General de Tráfico, el Registro de matrículas de embarcaciones de la Dirección General de la Marina Mercante, el Registro de matrículas de Aeronaves de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, así como el Registro de Bienes Muebles; respecto de la situación de bienes inmuebles: los Registros de la Propiedad o la Dirección General del Catastro. Hay que destacar por su utilidad a estos efectos el Índice Único Informatizado Notarial, que recibe quincenalmente, de forma telemática, la comunicación al Consejo General del Notariado de todos los datos sobre los documentos autorizados en las diversas notarias.

También hay que tener presente que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria habilita expresamente al Fiscal para recabar de la Administración tributaria los datos, informes o antecedentes necesarios para el desempeño de sus funciones en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada.

Es de señalar que la habilitación legal del Ministerio Fiscal para recabar datos sensibles incluidos en otros registros públicos, que fue inicialmente objeto de alguna controversia, ha sido despejada tras la reforma operada por Ley 24/2007, 9 de octubre, que modifica el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, toda vez que conforme a la nueva redacción dada al apartado primero in fine del art. 4, el Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá (...) acceder directamente a la información de los Registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial.

También puede acordar el Fiscal la práctica de los informes periciales que sean precisos, los cuales son un instrumento fundamental en la investigación patrimonial, donde suele ser frecuente la aportación de un ingente cúmulo de documentos contables sin criterio selectivo alguno, habiendo indicado al respecto la STS n.º 1282/2000, de 25 de septiembre, que no constituye función del Tribunal efectuar una auditoría contable, analizando de un modo minucioso el conjunto documental obrante en el procedimiento. Por ello, la aportación de los informes periciales contables puede resultar muy conveniente en orden a la realización del análisis de dicho conjunto documental para hacerlo valer como prueba.

Igualmente pueden ser útiles en el ámbito de la investigación patrimonial diligencias consistentes en reconocimientos fotográficos e inspecciones oculares, que pueden ser acordadas por el Fiscal en los términos y con las limitaciones y garantías establecidas en la LECRIM.

En relación con los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, el art. 44 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, regula las funciones de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, que es el órgano al que se atribuye la dirección e impulso de las actividades de prevención en la utilización del sistema financiero o de otros sectores de actividad económica para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, siendo una de dichas funciones la de garantizar el más eficaz auxilio en estas materias a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial.

A su vez, el art. 43 de dicha Ley instaura el denominado Fichero de Titularidades Financieras que se configura con las declaraciones que en relación con dichos activos deben realizar las entidades de crédito al Servicio Ejecutivo de la expresada Comisión, respecto de los datos identificativos de los titulares, representantes o autorizados, así como de cualesquiera otras personas con poderes de disposición, de la fecha de apertura o cancelación y/o del tipo de cuenta o depósito. Dichos datos deberán ser facilitados, con ocasión de la investigación de delitos relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, a los jueces de instrucción, al Ministerio Fiscal y, previa autorización judicial o del Ministerio Fiscal, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La circulación o entrega vigilada, puede ser también una técnica de investigación sumamente útil para detectar el curso y los destinatarios de dinero u otros bienes. El art. 263 bis LECrim, en su redacción dada por LO 5/1999, de 13 de enero, modificada por LO 5/2010, de 22 de junio, habilita al Ministerio Fiscal, para autorizar en el seno de unas Diligencias de Investigación la circulación o entrega vigilada -además de drogas o precursores- de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el art. 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, sustancias, objetos y especies animales y vegetales

a los que se refieren los arts. 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569 del Código Penal.

También el Fiscal podrá autorizar la técnica del agente encubierto, en los casos y con las formalidades previstas en el art. 282 bis LECrim, en su redacción dada por LO 5/1999, de 13 de enero, modificada por LO 15/2003, de 25 noviembre y LO 5/2010, de 22 de junio. En su virtud, en estos supuestos habrá de procederse a la inmediata judicialización del expediente, en tanto el apartado primero de este precepto exige del Fiscal que cuando autorice tal técnica de investigación dé cuenta inmediata al Juez. A tales efectos, aun cuando la Ley no lo especifica habrá de entenderse que tal dación de cuenta con remisión de las Diligencias de Investigación hasta el momento tramitadas habrá de darse al Juzgado de Instrucción o Central de Instrucción de Guardia competente, con el fin de cumplir esa legalmente exigida inmediatez en la dación de cuentas.

Tanto las autorizaciones de entregas vigiladas como las de utilización de la figura del agente encubierto, presentan numerosas particularidades en cada supuesto concreto, por lo que es difícil establecer, pautas concretas de actuación más allá de las que se refieren al estudio pormenorizado de cada una de las situaciones y la prudencia en la adaptación de las mismas.

Por el contrario, es claro que al Ministerio Fiscal le está vedada la práctica de la diligencia de entrada y registro en domicilio, concepto que ha sido perfilado por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (SSTC n.º 22/1984, de 17 de febrero, 137/1985, de 17 de octubre y 10/2002, de 17 de enero), como tampoco podrá acordar el Fiscal entradas y registros en determinados edificios y lugares cerrados distintos de los domicilios, pues aunque la Constitución no impone la exclusividad jurisdiccional en este ámbito, sí lo hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus arts. 545 a 572. Sin embargo, en los supuestos en los que medie autorización del titular o se esté cometiendo un delito flagrante, habrá de partirse de que la misma legitimación que se confiere a las fuerzas de seguridad, es trasladable al Ministerio Fiscal.

Existen algunas diligencias cuya atribución al Fiscal resulta dudosa. Debemos especialmente analizar las relativas a la investigación acerca de la titularidad y las comunicaciones realizadas desde un determinado número de teléfono o terminal informático.

En relación con esta materia, la Consulta 1/1999, de 22 de enero, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones concluía que el Ministerio Fiscal no puede inmiscuirse en los datos incorporados al contenido sustancial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones sin licencia judicial.

La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones viene a reforzar de manera expresa aquella conclusión, tanto en relación con telefonía de red fija y a la telefonía móvil como con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet a los efectos de obtener los datos que las operadoras, conforme a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley, están obligadas a conservar.

El apartado primero del art. 6 de la reseñada Ley 25/2007 establece que los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en la misma, sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se

determinan y previa autorización judicial. Al respecto el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible ponía de manifiesto la conveniencia de que el legislador valorase la modificación de dicha disposición contenida en la Ley 25/2007, en el sentido de que no sea necesario el requisito de autorización judicial previa exigido en dicha disposición respecto de los datos relativos estricta y exclusivamente a la identidad de abonados o usuarios de las comunicaciones electrónicas, que no estén amparados por el derecho fundamental al secreto de comunicaciones del art. 18.3 de la CE, sino por el derecho de intimidad del art. 18.1 que está sometido al requisito de previsión legal.

No obstante, conviene significar la precisión que en este ámbito aporta la STS 249/2008, de 20 de mayo, en la que tras analizar la superación del concepto de datos externos del proceso de comunicación invocado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 2 de agosto de 1982 -Caso Malone- y la jurisprudencia constitucional inspirada en la misma, señala que cuanto antecede advierte que el concepto de datos externos manejado por el TEDH en la tantas veces invocada sentencia del Caso *Malone*, ha sido absolutamente desbordado por una noción más amplia, definida por la locución «datos de tráfico», en cuyo ámbito se incluyen elementos de una naturaleza y funcionalidad bien heterogénea. Y todo apunta a que la mecánica importación del régimen jurídico de aquellos datos a estos otros, puede conducir a un verdadero desenfoque del problema, incluyendo en el ámbito de la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones datos que merecen un tratamiento jurídico diferenciado, en la medida en que formarían parte, en su caso, del derecho a la protección de datos o, con la terminología de algún sector doctrinal, del derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

Así sucede en los supuestos no regulados en la Ley 25/2007, como son los ficheros automatizados recogidos, no en poder de las entidades prestadoras de servicio de comunicación, sino recogidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por otros medios a los que la legalidad les faculta, siendo de aplicación en estos casos lo dispuesto en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en cuyo art. 22.2 se establece que la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.

Supuesto en relación con el cual la anteriormente citada STS 249/2008, de 20 de mayo, indica que esa legitimidad que la ley confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado nunca debería operar en relación con datos referidos al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE) o respecto de datos susceptibles de protección por la vía del art. 18.4 de la CE que afectaran a lo que ha venido en llamarse el núcleo duro de la privacidad o, con la terminología legal, los datos especialmente protegidos (art. 7.2 LO 15/1999).

Por último, hay que tener presente que el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010, ha adoptado el Acuerdo que textualmente dice: «Es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación

cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre». En este texto, al igual que en la referida STS 249/2008, de 20 de mayo, puede observarse que la exigencia de autorización judicial se precisa para que el operador pueda ceder la información que almacena, pero no se extiende a la posibilidad de que el Fiscal pueda obtener esos datos por otra vía, para lo que no será necesaria dicha autorización.

7. El tratamiento del patrimonio de origen delictivo en el proceso penal. La intervención del Ministerio Fiscal

7.1. En la fase de instrucción

La Instrucción n.º 2/2008, “sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción” recuerda, respecto del Procedimiento Abreviado, que el art. 773.1 párrafo primero LECrim obliga al Fiscal a constituirse en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley, y que en su párrafo segundo este mismo precepto establece que “corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal”.

Es en esta fase, y especialmente al comienzo de la instrucción, cuando el Fiscal ha de adoptar una actitud especialmente activa, tanto en lo que se refiere al afianzamiento de las posibles responsabilidades civiles (Instrucción n.º 1/1992) como al aseguramiento de los objetos, efectos, instrumentos y ganancias del delito.

7.2. Medidas cautelares de aseguramiento de los bienes

El aseguramiento de los bienes que puedan ser objeto de comiso implica una decisión más sencilla que el de las responsabilidades civiles, pues mientras que las medidas cautelares para garantizar estas últimas exigen una determinación de su importe y una evaluación de los bienes en relación con dicha garantía, las referidas al comiso únicamente exigen que se aprecie indiciariamente que los bienes aprehendidos están incurso en alguna de las causas que permiten acordar el decomiso, de modo que su valoración sólo resultará imprescindible en determinados casos, particularmente en los de la venta anticipada o en los supuestos de comiso por valor equivalente.

A fin de garantizar la efectividad del comiso, se establece en el art. 374.2 CP que los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Esta disposición de carácter procesal incardinada en el Código Penal entre las normas especiales referidas a los delitos de tráfico de drogas y precursores y aplicable también al blanqueo de dinero relacionado con los citados delitos, supone una especificación y adaptación a la realidad

jurídica actual de la obsoleta norma general contenida en el art. 334 de la LECRIM que establece que el Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida (...). En definitiva, ambas normas conceden muy amplias facultades a los órganos jurisdiccionales para incautar provisionalmente todo tipo de bienes relacionados con la infracción criminal.

Nuestro ordenamiento carece de una regulación completa y específica sobre el tratamiento de los bienes incautados en el proceso penal, y aunque la reciente Ley 18/2006, de 25 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de prueba en los procesos penales, ha introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II, en el cual se regula la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales, cuyas normas -según la Exposición de Motivos de la ley- han de servir, con carácter general, para agilizar la gestión de los bienes embargados en los procesos penales (...), sin embargo, las normas contenidas en la obsoleta Ley procesal penal, incluso con la remisión a legislación civil que se realiza el art. 614 LECRIM, dejan pendientes de regulación diferentes problemas que se plantean con los bienes incautados provisionalmente en los procedimientos penales. Por ello desde la Fiscalía General del Estado se estima conveniente impartir determinadas pautas que, en atención a la distinta naturaleza de los bienes, deben regir la actuación de los Sres. Fiscales, promoviendo las iniciativas que resulten necesarias o, en su caso, impulsando la actuación judicial de acuerdo con los siguientes criterios ya desarrollados en la Instrucción n.º 6/2007:

1.ª En los supuestos en que lo incautado sea dinero en efectivo, se procederá a su ingreso en las cuentas judiciales habilitadas al efecto.

2.ª Cuando se trate de cuentas y depósitos bancarios, deberá dictarse un auto decretando su bloqueo y congelación de los saldos en las propias entidades en donde se encuentren, aunque en algunos supuestos puede resultar indicado permitir los movimientos de ingreso.

3.ª Si lo intervenido son activos, valores u otros instrumentos financieros, se deberá decretar la prohibición de disponer, resolución que ha de comunicarse a la entidad emisora de los títulos y sociedades intermediarias o administradoras, con orden de ingresar en la correspondiente cuenta vinculada los rendimientos o dividendos que genere. Se trata, por tanto, de un supuesto de administración de los fondos, cuya gestión se encomienda a la entidad depositaria de aquéllos, con las limitaciones indicadas y bajo el control judicial.

4.ª Respecto de las joyas debe procederse a su depósito en la Caja General de Depósitos o Establecimiento adecuado al efecto; no parece en principio procedente su venta anticipada, salvo que concurra alguno de los supuestos del art. 367 quater.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, particularmente los apartados c) cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí, e) cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso de tiempo, o f) cuando, debidamente requerido e propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.

5.ª En cuanto a los medios de transporte en general -embarcaciones, camiones, automóviles, aviones o

avionetas- la regla general debe ser su enajenación anticipada, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción de esta Fiscalía General n.º 6/2007, de 18 de diciembre. Pero deberá evaluarse previamente si conviene autorizar su utilización provisional de acuerdo con lo previsto en los arts. 374.1.3.º CP y párrafo tercero del art. 367 septies LECRIM con las debidas garantías para su conservación.

6.ª Por lo que se refiere a los bienes inmuebles la medida cautelar se ejecutará conforme a lo dispuesto en el art. 604 LECRIM mediante la expedición de mandamiento para que se haga la anotación preventiva de embargo o prohibición de disponer conforme a la legislación hipotecaria, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo final del art. 20 de la Ley Hipotecaria que ha sido transcrito ut supra en relación a los supuestos en los que el imputado no sea el titular registral. En estos casos deberán evaluarse cuidadosamente extremos como el carácter privativo o ganancial de los bienes, o si los mismos pertenecen al imputado o a un tercero, para lo cual los Sres. Fiscales cuidarán que el auto judicial que se dicte sea expresivo de los elementos que inducen o determinan que el titular real del inmueble es el imputado y no aquél a cuyo nombre figura registrado (Resoluciones de la D.G.R.N. de 29 de diciembre de 2005 y 27 de febrero de 2006), lo que permitirá al Instructor o Tribunal, en su caso, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad a anotar dicha prohibición, la imposición de multas coercitivas o incluso la deducción de testimonio por un delito de desobediencia.

Por otra parte debe tenerse en cuenta que La Ley Hipotecaria contiene dos normas aparentemente contradictorias: en primer término, el art. 83, a cuyo tenor "Las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria." En segundo lugar, el art. 86, que dispone: "Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalada en la Ley un plazo más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrá prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la anotación misma de prórroga. Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos."

En realidad no existe contradicción entre ambos preceptos: el primero de ellos se refiere a las pretensiones de cancelación antes de que transcurra el plazo de cuatro años, en cuyo caso sólo procede aquélla mediante resolución judicial motivada. Y, en todo caso, el art. 86 LH prevé la caducidad de la anotación preventiva correspondiente por el transcurso de cuatro años, plazo que se cuenta, no desde la fecha del auto que lo acuerda, sino desde el de la práctica de la anotación misma, si bien puede prorrogarse por períodos iguales siempre que el mandamiento se presente en el Registro de la Propiedad antes de la fecha de caducidad.

Aunque la caducidad de una anotación preventiva de prohibición de disponer no debería impedir que se acordase una nueva anotación, el riesgo de enajenación del bien en el período comprendido entre la caducidad y el nuevo mandamiento, exige que los Fiscales estén atentos a los procedimientos en que se hayan acordado estas medidas, para instar su prórroga con la suficiente anticipación, por lo que deberá crearse un registro de estas medidas cautelares en las Fiscalías, con el pertinente sistema de alertas, a fin de evitar los efectos de la caducidad, que es automática, sin perjuicio de lo que dispone el propio art. 86, en el sentido de que «La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o

derecho real afectado.”.

En el supuesto en que el inmueble forme parte de una explotación mercantil (por ejemplo, un aparta-hotel, un complejo turístico de apartamentos con alquileres, etc.), además de la anterior anotación preventiva será preciso comprobar que los administradores no tienen responsabilidad en el delito investigado, y en este caso podrá acordarse que continúen con la explotación, pero ingresando las rentas que procedan en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, para lo que deberán rendir las oportunas cuentas, o subsidiariamente acudir al más complejo procedimiento de administración previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil –arts. 630 a 633-.

7.^a Si lo incautado es una entidad mercantil que pertenezca íntegramente a los imputados o a algunos de ellos, debe procederse a la constitución de una administración judicial, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 630 a 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se trata de simples participaciones sin derecho de administración, bastará con acordar la prohibición de disponer de aquellas y requerir a los administradores para que los rendimientos que se abonen se ingresen en la cuenta de consignaciones y depósitos del órgano judicial competente.

8. Las nuevas funciones del Ministerio Fiscal en materia de investigación patrimonial en el ámbito internacional

El objetivo de la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea encuentra en la cooperación judicial internacional una de sus piezas esenciales, razón por la que en su seno se ha elaborado un importante elenco normativo orientado a la superación de los obstáculos derivados de las barreras lingüísticas, de los diferentes sistemas procesales y penales, y de la lentitud de los instrumentos tradicionales de cooperación.

En cumplimiento de los compromisos internacionales derivados de la integración en la Unión Europea y siguiendo las directrices de dicha normativa, se han operado diversas modificaciones en la legislación nacional que inciden decisivamente en la actuación del Ministerio Fiscal en determinadas materias.

Así sucedió con la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros que dio lugar a la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y a la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior, que supusieron numerosas nuevas obligaciones que han sido asumidas por el Ministerio Fiscal de forma eficiente.

Siguiendo la misma dirección se aprobó la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, que se incorporó al derecho español 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 el procedimiento, cuyo objeto es el establecimiento de un mecanismo para la transmisión, reconocimiento y cumplimiento, entre autoridades judiciales de los Estados miembros, de las medidas de embargo de bienes o de aseguramiento de pruebas acordadas en procedimientos penales cuando los objetos, datos o documentos a los

que se refiera la medida se encuentren en otro Estado miembro.

En la Exposición de Motivos de esta Ley se recuerda que el concepto de autoridad judicial, en el ámbito de la cooperación internacional, no se limita a los órganos judiciales sino que incluye al Ministerio Fiscal, estableciendo en el art. 3 que los fiscales españoles son competentes, en el ámbito de las Diligencias de Investigación que dirijan, para emitir a las autoridades de otro Estado resoluciones de aseguramiento de pruebas que no sean limitativas de derechos fundamentales, así como para la ejecución de aquellas medidas que pueden realizar dentro de sus competencias.

Posteriormente, se ha dado un paso más dirigido a mejorar la cooperación judicial a través del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, mediante la aprobación de la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, incorporada al Derecho español por Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.

Esta Ley pretende garantizar en España la máxima cooperación judicial con el resto de los Estados miembros de la Unión Europea regulando el procedimiento a través del cual se han de transmitir, así como reconocer y ejecutar entre las autoridades judiciales españolas y las de los otros Estados miembros de la Unión Europea, aquellas resoluciones firmes por las que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica como consecuencia de la comisión de una infracción penal.

Aunque la competencia para la ejecución de las resoluciones sobre la expresada materia se atribuye al órgano jurisdiccional penal competente para su ejecución en España, y concretamente a los Jueces de lo Penal del lugar donde se encuentren las propiedades o fuente de ingresos o la residencia habitual de la persona física o la sede social de la persona jurídica sobre la que recaiga la sanción pecuniaria, los Sres. Fiscales han de asumir las importantes obligaciones derivadas de su función constitucional y estatutaria de velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes.

Posteriormente, la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones de decomiso, se ha incorporado a nuestro ordenamiento mediante la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, que regula el procedimiento a través del cual se lleva a efecto la transmisión, reconocimiento y ejecución de las sentencias firmes por las que se imponga un decomiso, dictadas por las autoridades judiciales de los Estados miembros. El art. 15 de dicha disposición legal, al regular la actuación de los Jueces de lo Penal que en nuestro país resulten competentes para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones de esta índole dictadas por una autoridad judicial de otro Estado de la Unión Europea, establece como requisito previo e ineludible, antes de despachar la ejecución, un informe del Ministerio Fiscal que necesariamente deberá emitirse en un plazo no superior a siete días, el cual deberá versar sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la actuación judicial y/o sobre la existencia de alguno de los motivos que justifican el no reconocimiento o la no ejecución de la resolución y que se detallan en el art. 19 de la misma Ley.

Es importante destacar que en el ámbito de la cooperación judicial internacional, las decisiones judiciales que apliquen erróneamente la expresada legalidad sobre el reconocimiento de resoluciones procedentes de

autoridades competentes de otro Estado, pueden implicar un incumplimiento de las obligaciones contraídas como miembro de la Unión Europea. Por ello, el legislador español ha establecido un cauce de revisión de las resoluciones judiciales dictadas en relación con esta materia que al tiempo facilita la unificación de los criterios interpretativos de las normas que incorporan el principio de reconocimiento mutuo, a través de un sistema de recursos en el que se otorga la legitimación activa al Ministerio Fiscal.

Ello es así porque siendo las autoridades judiciales extranjeras emisoras las principales o únicas interesadas en el cumplimiento de las resoluciones que emiten, es el Ministerio Público, en cumplimiento de su función constitucional de defensa de la legalidad, a quien le corresponde vigilar el cumplimiento del principio de reconocimiento mutuo, el cual una vez incorporado al ordenamiento interno conforma un aspecto de dicha legalidad.

Así, el párrafo primero del art. 16.1 de la Ley 18/2006, de 5 de Junio, establece que contra los autos dictados por el Juez de Instrucción que resuelvan acerca del reconocimiento y ejecución de las resoluciones de embargo, incautación de bienes o de aseguramiento de pruebas emitidas por la autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Ministerio Fiscal, el sujeto pasivo del proceso penal de que trae causa la resolución o los titulares de derechos e intereses legítimos que puedan verse afectados podrán interponer el recurso de reforma y el de apelación, que no suspenderán la ejecución.

De forma similar el párrafo primero del art. 19.1 de la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, establece que contra las resoluciones dictadas por el Juez de lo Penal que resuelvan acerca del reconocimiento y ejecución de las resoluciones emitidas por una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Ministerio Fiscal, el sujeto pasivo del proceso de que trae causa la resolución o los titulares de derechos e intereses legítimos que puedan verse afectados podrán interponer el recurso de reforma y el de apelación, que no suspenderán la ejecución.

Y también el párrafo primero del art. 23.1 de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, en su art. 23 establece que contra las resoluciones dictadas por el Juez de lo Penal que resuelvan acerca del reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre decomiso emitidas por una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Ministerio Fiscal, el sujeto pasivo del proceso de que trae causa la resolución o los titulares de derechos e intereses legítimos que puedan verse afectados podrán interponer el recurso de reforma y el de apelación, que no suspenderán la ejecución.

En todas estas disposiciones se dispone que el recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación. Todos estos recursos se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la recurribilidad de los autos de los Jueces de Instrucción o de los Jueces de lo Penal, según corresponda, en el procedimiento abreviado.

Sin perjuicio de que en el futuro se dicte una Instrucción en la que se desarrollen de forma pormenorizada las obligaciones de los Sres. Fiscales emanadas de las expresadas disposiciones, ha de indicarse que en el ejercicio de su actuación deberán desarrollar con la debida diligencia y atención las funciones que se atribuyen al

Ministerio Público en esta normativa como promotores y defensores de la legalidad vigente.

9. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se mantiene la vigencia de las Instrucciones n.º 1/1992, sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil, n.º 8/2005, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal, n.º 2/2008 y n.º 1/2010 sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción y en la de ejecución de los procesos penales, respectivamente, y se reiteran el contenido de las mismas respecto de las obligaciones de los Sres. Fiscales en aras a la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por el delito.

SEGUNDA.- A los efectos indicados en la anterior conclusión, los Sres. Fiscales deberán interesar del Juzgado de Instrucción o, en su caso, del órgano jurisdiccional correspondiente la investigación exhaustiva de los bienes del inculpado, para cuya localización, en virtud de lo dispuesto en el art. 614 LECRIM, es de aplicación directa en el proceso penal la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, particularmente en sus arts. 589.2, 590 y 591.

TERCERA.- Los Sres. Fiscales en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 650 Y 781.1 LECRIM deberán concretar en los escritos de calificación provisional o de acusación la suma a la que alcanza el contenido de la responsabilidad civil que es objeto de reclamación o los criterios en base a los que se ha de determinar su cuantía, identificando a la persona o personas a las que se atribuye dicha responsabilidad, así como la sucinta descripción del hecho en virtud del cual la hubieren contraído.

CUARTA.- En fase de ejecución de sentencias, los Sres. Fiscales deberán velar por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los términos dispuestos en el fallo de las mismas, debiendo oponerse al archivo de las ejecutorias mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito o la verdadera situación de insolvencia del condenado. En este último caso, se solicitará el archivo provisional y se instará periódicamente, de conformidad con los criterios que deben establecer los Sres. Fiscales Jefes, la revisión de las ejecutorias en esta situación para averiguar si el condenado ha venido a mejor fortuna, hasta que prescriba el plazo para exigir las indemnizaciones civiles concedidas.

QUINTA.- Las solicitudes realizadas por los Sres. Fiscales interesando el comiso deberán extenderse a todos los efectos, medios, instrumentos, bienes y ganancias provenientes del delito o falta, incautados en el curso de la tramitación del correspondiente procedimiento penal. Dichas peticiones, particularmente las formuladas en los escritos de acusación o calificación, deberán contener además de la narración de los hechos constitutivos de la correspondiente infracción penal, la identificación de los efectos, medios, bienes o ganancias, así como la especificación de las circunstancias fácticas de las que resulte su vinculación con la infracción penal, ya sea por que han servido para su preparación, ejecución o bien porque proceden de la misma, indicando, en su caso, las transformaciones precedentes. Igualmente citarán concretamente las normas que resulten aplicables.

SEXTA.- En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 128 CP, los Sres. Fiscales vigilarán que en la aplicación del comiso no se produzcan situaciones contrarias al principio de proporcionalidad, debiendo tenerse en cuenta que,

como se expresa en el apartado 3.3 de la presente Circular, únicamente rige este principio en relación con el comiso de efectos e instrumentos del delito o falta, pero no es de aplicación respecto de las ganancias o productos obtenidos mediante la actividad delictiva, los cuales han de ser decomisados en su totalidad.

SÉPTIMA.- Para hacer posible el cumplimiento del comiso de valor equivalente, los Sres. Fiscales procurarán que en el curso de la tramitación del procedimiento penal se cuantifique el valor de los medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito, así como el producto y ganancias derivadas de la actividad criminal, de forma que cuando no sea posible su comiso por pérdida, desaparición o irreivindicabilidad, se proceda por sustitución de los mismos (por valor equivalente) al decomiso de los bienes de origen lícito del responsable.

OCTAVA.- En virtud de la nueva regulación sobre el comiso ampliado - efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo-, no será necesaria la prueba de la relación de causa-efecto o, en otras palabras, de vinculación concreta entre el delito que la sentencia declara probado y los bienes cuyo comiso se decreta, pero si será necesario probar y que así se aprecie en la sentencia, que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización criminal, grupo criminal o terrorista o que ha realizado un delito de terrorismo y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada.

NOVENA.- Con el objeto de posibilitar la efectividad del comiso ampliado, en los procedimientos relativos a delincuencia organizada o terrorismo, durante la fase de instrucción los Sres. Fiscales deberán solicitar que los correspondientes organismos oficiales y la policía judicial emitan informe sobre la totalidad del patrimonio de los imputados, así como que se practiquen las valoraciones periciales correspondientes en los supuestos en que se deduzcan indicios de desproporción en relación con los ingresos legales de aquellos. Estas funciones podrán ser encomendadas a las Oficinas de Recuperación de Activos.

En las peticiones relativas al comiso ampliado que los Sres. Fiscales formulen sus escritos de acusación o calificación, deberán identificar los bienes a decomisar, así como la titularidad de los mismos o, en su caso, expresar las circunstancias por las que ésta se entiende ficticia.

DÉCIMA.- Los Sres. Fiscales velarán por la plena vigencia del derecho de defensa respecto de terceras personas que puedan resultar afectadas por la consecuencia accesoria de comiso. Por tal motivo los Sres. Fiscales cuando, durante la fase de instrucción del correspondiente procedimiento, interesen la adopción de la medida cautelar de depósito de los efectos e instrumentos de delito o falta, así como las que correspondan respecto de las ganancias o transformaciones de las mismas que se encuentren en poder de terceros, deberán solicitar la notificación de la resolución judicial adoptada en este sentido a los titulares de tales bienes, para que puedan intervenir en el procedimiento en defensa de sus intereses y, en su caso, se les permita formular las alegaciones que resulten procedentes, a cuyo fin serán de aplicación analógica las disposiciones contenidas en los arts. 615 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DECIMOPRIMERA.- Sin perjuicio del desarrollo reglamentario de la organización y funcionamiento de la Oficina

de Recuperación de Activos, los Sres. Fiscales con funciones en materia tráfico de drogas adecuarán su actuación al contenido de lo dispuesto en el art. 367 septies LECRIM, ponderando la efectiva dotación de los medios con que se vaya proveyendo a dicha Oficina en virtud del anunciado desarrollo reglamentario; instando, en los supuestos que proceda, de los órganos jurisdiccionales que resuelvan encomendar la conservación, administración y realización de los bienes, instrumentos y ganancias procedente de actividades delictivas de tráfico de drogas o blanqueo de capitales procedentes de dicho delito, cometidas en el marco de una organización criminal a la Delegación del Gobierno para Plan Nacional sobre Drogas.

DECIMOSEGUNDA.- Las denominadas Diligencias de Investigación reguladas en los arts. 773.2 LECRIM y 5 EOMF constituyen un cauce adecuado por el que los Sres. Fiscales pueden realizar las indagaciones y practica de actuaciones precisas para la acreditación del patrimonio criminal o para el cumplimiento del auxilio judicial internacional en relación con esta materia. Dichas Diligencias de Investigación deberán adaptarse a las pautas contenidas en el apartado 6 de la presente Circular.

DECIMOTERCERA.- Cuando a tenor de las actuaciones practicadas en las Diligencias de Investigación resulte indicado la adopción de medidas cautelares de afianzamiento y embargo para el aseguramiento de responsabilidades civiles (Instrucción FGE n.º 1/1992) o para la incautación de los objetos, efectos, instrumentos y ganancias, los Sres. Fiscales procederán a la inmediata judicialización de las mismas a los referidos efectos. En todo caso, durante la fase de instrucción judicial, y si es posible al inicio de la misma, los Sres. Fiscales adoptarán una actitud especialmente activa en relación con la adopción de dicha medidas aseguratorias.

DECIMOCUARTA.- Los bienes incautados en el proceso penal deberán ser objeto de tratamiento en virtud de su distinta naturaleza, las pautas que ha de regir la actuación de los Sres. Fiscales en este ámbito son las expresadas en el apartado 7.2 de la presente Circular.

DECIMOQUINTA.- Los Sres. Fiscales vigilan de forma especial que el producto de la venta de los bienes decomisados, salvo que lo hayan sido por delitos de tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales relacionado con los anteriores delitos, se apliquen para cubrir las responsabilidades civiles únicamente cuando no queden bienes suficientes en el patrimonio del condenado para hacer frente a dichas responsabilidades.

DECIMOSEXTA.- Se reitera la vigencia de la Instrucción n.º 6/2007 *sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia*.

DECIMOSÉPTIMA.- Los Sres. Fiscales deberán promover o cumplimentar el auxilio judicial internacional en materia de investigación patrimonial, que se establece en las disposiciones expresadas en el apartado 8 de la presente Circular, así como vigilar la aplicación de la distribución de bienes decomisados en España en virtud de las resoluciones que se regulan en la Ley 4/2010, de 10 de marzo, *para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso*.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales, se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, a 30 de diciembre de 2010

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES

