

La recuperación de activos ilícitos por medio del decomiso como política pública nacional e internacional para hacer frente a la ‘sociedad incivil’

*Nicolás Rodríguez-García**

SUMARIO: I. Introducción. II. El decomiso según las Naciones Unidas. III. El decomiso según el Consejo de Europa. IV. El decomiso según la Unión Europea. V. El decomiso en otros ámbitos territoriales. VI. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

[1] Así, como ‘sociedad incivil’, con ocasión de la promulgación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, calificaba el Secretario General de las Naciones Unidas a “terroristas, criminales, traficantes

* Director, en la Universidad de Salamanca, del Grupo de Investigación “GIR: Justicia, sistema penal y criminología”, del “Grupo de Estudio sobre la Corrupción”, del “Máster Universitario en Estrategias anticorrupción y políticas de integridad”, del “Máster Iberoamericano en políticas anticorrupción (on-line)” y del “Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global” (<https://doctorado.usal.es/es/doctorado/estado-de-derecho-y-gobernanza-global>). Este trabajo se ha elaborado en el marco de dos Proyectos de Investigación, uno del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2016-79895-P) y otro de la Junta de Castilla y León (SA129G18).

de drogas, tratantes de personas y otros grupos que desbaratan las buenas obras de la sociedad civil. Sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad. Esos grupos prosperan en los países con instituciones débiles y no tienen escrúpulos en recurrir a la intimidación o a la violencia. Su crueldad es la verdadera antítesis de lo que consideramos civil. Son poderosos y representan intereses arraigados y el peso de una empresa mundial de miles de millones de dólares; pero no son invencibles”.¹

Justamente a partir de esta dimensión económica y patrimonial de la acción de la delincuencia organizada transnacional, que ponen en serio riesgo el disfrute de derechos humanos,² se exhorta a los países a que actúen y cooperen entre sí diseñando y ejecutando, entre otras herramientas jurídicas —de *hard law* o de *soft law*—,³ el embargo preventivo, la incautación y el decomiso. Ante su infrutilización,⁴ se los *redescubre* para minimizar

¹ Annan, K. A. (2004), “Prefacio”, en *Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, Naciones Unidas, p. iii. Frente a esta ‘sociedad incivil’ se encuentra ‘lo civil’: “Cuando digo ‘lo civil’ quiero decir la civilización: los siglos acumulados de conocimientos que sientan las bases del progreso. Cuando digo ‘lo civil’ también quiero decir la tolerancia: el pluralismo y el respeto con los que aceptamos a los diversos pueblos y nutrimos de ellos nuestras fuerzas. Y, por último, quiero decir la sociedad civil: los grupos de ciudadanos, empresas, sindicatos, profesores y periodistas, los partidos políticos y demás grupos que desempeñan una función esencial en el funcionamiento de toda sociedad”.

² En relación con los casos de corrupción véase Coriolano, M. (2017), “El impacto negativo de la corrupción en el goce de los derechos humanos. Perspectivas desde el informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas”, en Lamoglia, C. M., Rodríguez García, N. (coords.), *Administración pública & corrupción*, Buenos Aires, Zavallia, pp. 109 y ss.

³ Ebikake, E. (2016): “Money laundering: An assessment of soft law as a technique for repressive and preventive anti-money laundering control”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 19, núm. 4, pp. 346 y ss.

⁴ Así se reconoce de manera expresa en el Considerando núm. 4 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea* (DOUE núm. L 127, de 29 de abril de 2014) (DIR 2014/42/UE).

que los infractores puedan disfrutar de sus ganancias ilegales, de manera personal o grupal, contribuyendo al mantenimiento y crecimiento de las actividades de sus empresas delictivas en un mundo cada vez más globalizado.⁵ De ahí el *decomisa que algo queda*: pareciera que, en el *casino de la Justicia*, los países han puesto un número considerable de sus *fichas* en esta institución del sistema penal.

[2] A nuestro juicio, se nos antoja de la máxima relevancia conocer no tanto lo que los diferentes sistemas jurídicos han hecho en esta tarea como estudiar cómo conciben el decomiso los diferentes organismos en los que se agrupan y a partir de cuya actuación se articulan las vías de asistencia y cooperación internacional. Más en concreto, este estudio puede valer para alcanzar los siguientes logros:

- a) saber lo que en realidad dicen —y lo que no—,⁶ los diferentes instrumentos normativos supranacionales e internacionales, que día a día son implementados por los diferentes Estados para cumplir con sus compromisos internacionales con esos organismos;
- b) conocer cómo se posicionan —o no— esos organismos en los temas fundamentales del régimen jurídico del decomiso;⁷
- c) ver si esos planteamientos transnacionales se ajustan a la tradición jurídica, y a los derechos y garantías fundamentales, de cada país en concreto, los cuales operarán siem-

⁵ Comisión Europea (2017), *Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización*, Bruselas: Comisión Europea [COM(2017) 240 final/2], pp. 12 y ss.; World Bank Group (2017), *Global economic prospects. A fragile recovery*, Washington, International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank; Ramió Matas, C. (2016), “El Estado en el año 2050: entre la decadencia y el esplendor”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 66, pp. 5 y ss.

⁶ Rodríguez García, N. (2017), “Dilemas en el diseño de una estrategia efectiva en la recuperación de activos procedentes de la corrupción”, en Rodríguez García, N., Rodríguez López, F. (coords.): *Corrupción y desarrollo*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 367.

⁷ Rodríguez García, N. (2016), “Delitos económicos y sistema penal: nueva estrategia en materia de recuperación de activos y decomiso”, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 82, pp. 93 y ss.

- pre como un limitante en los procesos de trasposición de las obligaciones internacionales;
- d) detectar dónde hay que fortalecer la asistencia y cooperación para prevenir y combatir más eficazmente las repercusiones económicas derivadas de las actividades de la delincuencia organizada transnacional, lo cual está referido tanto a materias —v. gr., el secreto bancario— como a países —entre ellos, como los más necesitados, los que podemos calificar como *Estados fallidos*—,⁸ con el objetivo último de diseñar eficaces estrategias a partir de un enfoque basado en riesgos⁹ que reduzca los niveles de impunidad,¹⁰ así como los *paraísos penales*,¹¹ y
- e) diagnosticar en qué países y regiones del mundo se dan las mejores condiciones para realizar una transición pacífica de la *cooperación* a la *integración* jurídica,¹² con respeto a los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como al de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

II. EL DECOMISO SEGÚN LAS NACIONES UNIDAS

[3] La mejor forma de entender cómo y por qué se han sucedido los cambios normativos en los ordenamientos penales y procesales penales de muchas partes del mundo, ya sean del *common* o del *civil law*, entre ellos el español, es repasar la secuencia

⁸ Pavlidis, G. (2017), “Asset recovery: a Swiss leap forward?”. *Journal of Money Laundering Control*, núm. 2, pp. 150 y ss.

⁹ Loughman, B. P., Sibery, R. A. (2012), *Bribery and corruption: navigating the global risks*, Hoboken, John Wiley & Sons, Inc.

¹⁰ Le Clercq Ortega, J. A., Rodríguez Sánchez Lara, G. (coords.) (2017), *Dimensiones de la impunidad global. Índice Global de Impunidad 2017*, Puebla, Fundación Universidad de las Américas.

¹¹ Moiseienko, A. (2015), “‘No safe haven’: denying entry to the corrupt as a new anti-corruption policy”. *Journal of Money Laundering Control*, vol. 18, núm 4, pp. 400 y ss.

¹² Alli Turrillas, I. (2016), *Prevención de la delincuencia grave y organizada en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson.

de los principales convenios internacionales auspiciados en Naciones Unidas desde la década de los ochenta del siglo pasado y ver la tendencia seguida en los procesos legislativos internos —y también supranacionales—.

Con el paso de los años, las preocupaciones se han ido sucediendo, empezando por el narcotráfico, y siguiendo por el terrorismo, el crimen organizado transnacional y la corrupción. Y en todas ellas, además de enfatizarse los efectos que las comisiones de los hechos delictivos tienen para las víctimas directas y para las bases económicas, culturales y políticas de los países, amenazando su estabilidad, seguridad y soberanía, se han identificado dos ideas clave presentes en todos los convenios:

- a) primera, que todos los delitos generan en favor de sus responsables grandes rendimientos económicos, una parte de ellos reinvertidos en invadir, contaminar y corromper las estructuras de la Administración Pública, de las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus niveles,¹³ todo ello con una doble finalidad: por un lado, maximizar sus beneficios, y por otro, tratar de eludir la acción de la justicia para no hacer frente a sus responsabilidades en todos los niveles, y
- b) segunda, que las versiones más graves de estas conductas delictivas se producen a nivel internacional, por lo que es una prioridad definir y desarrollar instituciones y mecanismos de asistencia y cooperación jurídica internacional, impulsados por aquellos países que están en mejores condiciones políticas e institucionales para hacerlo.

Siendo así las cosas, se ha convertido en una prioridad en la estrategia internacional para combatir a los delitos más graves impulsada desde Naciones Unidas el privar a sus responsables de todos los elementos patrimoniales que les han posibilitado y permiten actuar, así como del producto obtenido en sus actividades delictivas, que se ha convertido en el principal aliciente para seguir actuando. Por ello, no se escatiman esfuerzos en recurrir a cualquier instrumento que permita afectar el patrimonio ilícita-

¹³ Biagioli, A. (2008), “Financial crime as a threat to the wealth of nations”. *Journal of Money Laundering Control*, vol. 11, núm. 1, pp. 88 y ss.

mente obtenido,¹⁴ ocupando un lugar preeminente entre todos ellos el decomiso.

[4] En materia de decomiso, recuperación de activos y cooperación jurídica internacional, los convenios de Naciones Unidas no son los más acabados, los que condicionan más el quehacer de los legisladores nacionales,¹⁵ pero sí con los que se ha iniciado el trabajo colectivo en la prevención y represión de las conductas delictivas más graves y con un cierto componente de transnacionalidad, sirviendo de fuente de inspiración de otras estructuras integradas de ámbito geográfico inferior. Todo ello, además, con el objetivo último de fomentar y favorecer la cooperación —operativa y legislativa— entre los Estados,¹⁶ de manera efectiva, para lo cual se revela esencial el funcionamiento de los mecanismos de seguimiento de las convenciones que en las mismas se establecen, y que de manera periódica analizan los niveles de implementación de sus disposiciones en los diferentes países.

[5] Naciones Unidas comenzó su acción legislativa para hacer frente, y en menor medida prevenir, uno de los delitos más rentables a los que se dedican los grupos organizados: el narco-

¹⁴ Bacigalupo Sagesse, S. (2002), *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 79 y ss.

¹⁵ Muchas de las ideas e instituciones que plasman son clara manifestación de *soft law*, a consecuencia de su ámbito geográfico global en el que hay que poner de acuerdo, al menos en los mínimos, a una gran cantidad de países. A este respecto, véase Korkea-Aho, E. (2015), “Legal interpretation of EU framework Directives: a soft Law approach”, *European Law Review*, núm. 1, pp. 70 y ss.; Laporta San Miguel, F. J. (2014), “Gobernanza y *soft law*: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional”, en Ruiz Miguel, A. (dir.), *Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Trotta, pp. 41 y ss.; Medina Ortega, M. (2009), “Soft-law: su relevancia como instrumento jurídico de la Unión Europea”, en Beneyto Pérez, J. M., Maíllo González-Orús, J., Becerril Atienza, B. (coords.), *Tratado de derecho y políticas de la Unión Europea. Vol. 4: Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, pp. 263 y ss.

¹⁶ Véase Bassiouni, M. CH., Gualtieri, D. S. (1996), “Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, pp. 70 y ss.

tráfico.¹⁷ Consecuentemente, la *Convención de Viena*¹⁸ dedica en exclusiva el artículo 5 al decomiso, al que en el artículo 1.f), CNUN se le define como “...la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente”.

Partiendo de la obligación impuesta a los Estados Parte de adoptar medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

- señala que su ámbito de aplicación comprende los estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos previstos en la Convención, el producto derivado de ellos, así como los beneficios que se hayan generado, y todo ello incluso cuando los bienes se hayan podido transformar o mezclar;
- recoge las modalidades de decomiso directo y el decomiso por sustitución;
- recuerda la necesidad de asegurar el decomiso final de los bienes llevando a cabo actuaciones previas de identificación, detección, embargo preventivo e incautación de los elementos patrimoniales de los sujetos afectados por esta medida;
- atribuye competencias, no sólo a órganos jurisdiccionales, sino también a “otras autoridades competentes”, que pueden ser tanto las policiales como las administrativas;
- niega que las autoridades de los Estados puedan abstenerse de actuar amparándose en el secreto bancario, facultando además a sus órganos judiciales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales;
- obliga a que en todo momento las autoridades nacionales sean respetuosas con los derechos de los terceros de buena fe;

¹⁷ Huber, B. (1990), “El comiso de las ganancias en el Derecho Penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas”, en *Actualidad Penal*, núm. 17, p. 167.

¹⁸ Convención de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1988, *contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (CNUN).

- abre la posibilidad, controvertida por su constitucionalidad desde siempre y hasta hoy en día,¹⁹ de que cada uno de los Estados pueda *invertir la carga de la prueba* respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso,²⁰ en la medida en que ello sea com-

¹⁹ Véase Planchadell Gargallo, A. (2017), “La regulación del decomiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: ¿complemento necesario al Código Penal?”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46, pp. 16 y ss.; Neira Pena, A. M., Pérez-Cruz Martín, A. J. (2017), “El decomiso sin condena y la constitucionalidad de las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes objeto de decomiso”, en Fuentes Soriano, O. (coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 495 y ss.; Nieva Fenoll, J. (2015), “El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios”, en *Diario La Ley*, núm. 8601, pp. 1 y ss.

²⁰ Problemática que también se da en relación con la prueba de los delitos de blanqueo de capitales y de enriquecimiento ilícito. Véase Blanco Cordero, I. (2017), “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-16, pp. 1 y ss.; Durrieu Figueroa, R. (2017), *La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo*, Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 296 y ss.; Fabián Caparrós, E. A. (2017), “Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia”, en Rodríguez García, N., Rodríguez López, F. (coords.), *Corrupción y desarrollo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 323 y ss.; Fernández López, M. (2017), “Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito”, en Asencio Mellado, J. M. (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 268 y ss.; Rodrigues da Silva Costa, V. C., Junqueira Ribeiro, L. M. (2017), “A criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos: limites dogmáticos à intervenção penal”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, núm. 132, pp. 85 y ss.; Carpio Delgado, J. del (2015), “El delito de ‘enriquecimiento ilícito’: análisis de la normativa internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 23, pp. 1 y ss.; Pérez Cebadera, M. A. (2015), “Decomiso ampliado: A vueltas con la prueba del origen del patrimonio”, en Demetrio Crespo, E. A., González-Cuellar Serrano, N. (dirs.), *Halcones y Palomas: Corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, pp. 403 y ss.; Rodríguez García, N., Orsi, O. G. (2015), “El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 116, pp. 201 y ss.; Muzila, L., Morales, M., Mathias, M., Berger, T. (2012), *On the Take. Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Washington, International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, pp. 27 y ss.

- patible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y otros procedimientos,²¹ y
- respetando los principios de igualdad soberana y de integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros, desarrolla cómo se tiene que proceder cuando el decomiso se refiere al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una dimensión internacional, particularizando los mecanismos y actuaciones de cooperación y asistencia judicial recíproca que se recogen en los artículos 6 y ss. CNUN,²² y, una vez finalizados, entre quiénes repartir los bienes y/o los fondos derivados de su venta, y qué destino darle a los mismos.

Con disposiciones como las señaladas, y siempre preservando las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Convención pretende alcanzar su propósito, declarada en el Preámbulo, de ser un instrumento:

- completo, para superar el déficit normativo sustantivo, procesal, orgánico y de cooperación jurídica internacional se puede observar en la mayor parte de los países;
- operativo, puesto que no en vano muchas de las disposiciones más novedosas están referidas a técnicas especiales de investigación, aprovechables para asegurar tanto las responsabilidades penales y civiles como las consecuencias patrimoniales del delito, y

²¹ Y para hacerlo ello factible, e intentar salvar las dudas de constitucionalidad, el decomiso se reorienta, como señalara Vervaele, J. A. E. (1998), “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?”, en *Revista Penal*, núm. 2, p. 68; para el embargo-confiscación, hacia el objeto (*in rem*), quedando muy reducidas su relación con la persona (*ad personam*) y con el hecho penal (*mens rea-actus reus*). Y ello tanto en la resolución final como en las medidas cautelares que previamente pudieran adoptarse.

²² Véase Palomo del Arco, A. (2004), “Asistencia internacional en la delincuencia económica”, en VV.AA.: *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 105 y ss., quien realza a esta Convención como uno de los antecedentes fundamentales en la creación de procesos internacionales de asistencia judicial.

- especialmente eficaz, para lo cual se pide a los Estados que en el enjuiciamiento de los responsables de los hechos delictivos se esmeren en asegurar que cualesquiera facultades discrecionales contempladas en la Convención, una vez que sean conformes con su Derecho interno, se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos (art. 3.6, CNUN).

Pero con el decomiso no termina la estrategia de tratar de dificultar que los delincuentes se enriquezcan y disfruten de los enormes beneficios que obtienen de una forma lícita para además permitir la reiteración de sus conductas y para obstaculizar la acción de la Justicia, por cuanto se va a dar cabida al delito de blanqueo de capitales que, de esta forma, queda anudado de sus inicios al tráfico de drogas,²³ dato que no conviene olvidar a la hora de estudiar la doctrina jurisprudencial surgida en materia de decomiso, esencialmente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Un instrumento *auxiliar* del que también se dotó el ordenamiento jurídico español y en el que algunos, en aquel momento, creyeron ver una debilidad —o un exceso, según se mire— del Estado, que al ver cómo ha fracasado la Administración de Justicia en la persecución, juzgamiento y sanción del narcotráfico, y en el decomiso de sus beneficios, recurrían a este nuevo delito del blanqueo de capitales.²⁴ En la actualidad, el blanqueo de capitales se ha *independizado* a nivel interno e

²³ Fabián Caparrós, E. A. (1993), “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 46, f. 2, pp. 585 y ss.; Manzanares Samaniego, J. L. (1988), “Aproximación al comiso del nuevo artículo 344 bis e) del Código Penal (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. «B.O.E.» de 26 del mismo mes”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1500-1502, pp. 3795 y ss.).

²⁴ Palomo del Arco, A. (2004), “Asistencia internacional en la delincuencia económica”, en VV.AA.: *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 110.

internacional,²⁵ si bien mantiene una relación fundamental con el crimen organizado y la corrupción,²⁶ debido a las enormes cantidades de dinero que se generan con las conductas ubicables en ese concepto.

[6] Mucho más lacónica se mostró Naciones Unidas pocos meses después con ocasión del *Convenio de Nueva York*,²⁷ y eso que su objeto esencial es de contenido económico y financiero: adoptar medidas para prevenir y contrarrestar, mediante medidas internas apropiadas, la financiación de terroristas y de organizaciones terroristas, materia que es motivo de una profunda preocupación para la comunidad internacional, que es consciente de que el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que puedan obtener los terroristas, razón por la cual hay una necesidad urgente para que se intensifique la cooperación internacional entre los Estados con miras a elaborar y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir la financiación del terrorismo, así como para re-

²⁵ Keesoony, S. (2016), "International anti-money laundering laws: the problems with enforcement". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 19, núm. 2, pp. 132 y ss.; Berdugo Gómez de la Torre, I., Fabián Caparrós, E. A. (2011), "La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español", en Muñoz Conde, F., Lorenzo Salgado, J. M., Ferré Olivé, J. C., Cortés Bechiarelli, E., Núñez Paz, M. A. (dirs.), *Un Derecho penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 117 y ss.

²⁶ Levi, M. (2015), "Money for crime and money from crime: Financing crime and laundering crime procedes". *European Journal on Criminal Policy and Research*, núm. 21, pp. 277 y ss.; AI, L. (2012), "A cost-effective strategy of implementing international anti-corruption initiatives". *Journal of Money Laundering Control*, vol. 16, núm. 1, pp. 83 y ss. Tal y como señala Fabián Caparrós, E. A. (2013), "Corrupción y delincuencia socioeconómica: cohecho transnacional y blanqueo de capitales", en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 8, p. 3, entre la corrupción y el lavado de activos hay una relación de mutua interacción, por cuanto en ocasiones es "[...] la corrupción la que sirve al blanqueo, relajando deliberadamente el control de las transacciones sospechosas; en otras ocasiones, es el lavado el que sirve a la corrupción, reciclando las ganancias detraídas del ejercicio ilícito del poder público".

²⁷ Convenio de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1999, *para la represión de la Financiación del Terrorismo* (CNUFT).

primirlo mediante el enjuiciamiento y el castigo de sus autores.²⁸

Tan solo en el artículo 8, CNUFT se concentran las menciones al decomiso, muy básicas, siempre con respeto a los principios jurídicos internos de cada uno de los Estados: (i) adoptar las medidas que resulten necesarias para la identificación, la detección y el aseguramiento o la incautación de todos los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos de terrorismo, así como el producto obtenido de esos delitos, con la finalidad de favorecer su posterior decomiso; (ii) decomisar esos fondos y el producto obtenido del delito; (iii) estudiar la posibilidad de celebrar acuerdos entre los Estados con el fin de compartir, en general o en casos particulares, los fondos obtenidos de las actuaciones decomisivas; (iv) analizar los Estados la conveniencia de utilizar los fondos procedentes de los decomisos para indemnizar a las víctimas —o a sus familiares— de los delitos de terrorismo, y (v) tutelar de manera efectiva, en la aplicación de estas previsiones, los derechos de los terceros de buena fe.

Ante la ausencia de mayores concreciones normativas sobre el decomiso, nada ha impedido que se tomaran como elementos referenciales esenciales en este ámbito las disposiciones que hemos citado de la Convención de Viena.

[7] Entrados ya en el siglo XXI, Naciones Unidas concentró sus esfuerzos en promover la cooperación de los países para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional, tanto los hechos delictivos en sí mismos considerados, como el afán de generar lucro que sirve de acicate a estos delincuentes,²⁹ los cuales actúan, en la mayor parte de las ocasio-

²⁸ Preámbulo CNUFT.

²⁹ Por ello, cuando el artículo 2.a), CNUNDOT define a un “grupo delictivo organizado”, marca que siempre su objetivo es “...obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Más ampliamente, véase Blanco Cordero, I., Sánchez García de Paz, I. (2000), “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y de la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de una participación en una organización criminal y los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio”, en *Revista Penal*, núm. 6, pp. 3 y ss.

nes, no de forma fortuita sino de manera estable, organizada y mantenida en el tiempo.

La *Convención de Palermo*³⁰ penaliza, en general, “delitos graves”,³¹ y, en particular, la participación en un grupo delictivo organizado (artículo 5, CNUDOT), el blanqueo del producto del delito (artículo 6, CNUDOT), la corrupción (artículo 8, CNUDOT) y la obstrucción de la justicia (artículo 23, CNUDOT).

Además, en el artículo 1, CNUDOT se establece la obligación de que los Estados establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas, pero sin *mojarse* en cuanto a su naturaleza —puede ser de índole penal, civil o administrativa—, si bien si añade dos matices esenciales: por un lado, que los Estados se aseguren que las sanciones —penales o no penales, incluidas las monetarias— que se impongan a las personas jurídicas sean eficaces, proporcionadas y disuasorias; y, por otro, que dicha responsabilidad exista sin perjuicio de la misma responsabilidad que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos la cual quedará determinada en el correspondiente proceso penal.³²

Entendiendo por decomiso “...la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente” (art. 2.g), CNUDOT), el artículo 12, CNUDOT se dedica al decomiso e incautación, con una redacción, en muchas partes, muy similar a la contenida en la Convención de Viena, pudiendo destacar del mismo las siguientes cuestiones: (i) se declaran decomisables el producto del delito, los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser usados en la comisión de los delitos, y también los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se

³⁰ Convención de las Naciones Unidas, de 15 de noviembre del 2000, *contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (CNUDOT).

³¹ Definidos en el artículo 2.b), CNUDOT como “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.

³² Neira Pena, A. M. (2017), *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch; Gimeno Beviá, J. (2016), *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Pamplona, Civitas.

haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito; (ii) se permite el decomiso por sustitución en relación con bienes cuyo valor corresponda al del producto del delito; (iii) se especifican los casos en los cuales, o bien, el producto del delito se ha transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, o bien, cuando el producto del delito se ha mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas; (iv) se ordena a los Estados el que adopten las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien con miras a su eventual decomiso; (v) también se les encarga facultar a sus tribunales u otras autoridades competentes el poder exigir la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales, prescribiendo expresamente que los Estados no podrán negarse a colaborar en este punto amparándose en el secreto bancario; (vi) se manda proteger la situación jurídica de los terceros de buena fe en la interpretación de la Convención de Palermo, y (vii), de forma más laxa en las formas que en la Convención de Viena, en la que como hemos referenciado de forma expresa se habla de “inversión de la carga de la prueba”, pero teniendo la misma finalidad, se exhorta a los Estados Parte a considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su Derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

El artículo 13, CNUDOT se dedica íntegramente a la cooperación internacional para el decomiso, un plus en relación con la *simple* asistencia judicial que hemos señalado que era objeto de tratamiento en la Convención de Viena, y que en ésta se establece con carácter general en el artículo 18, CNUDOT.

Finalmente, conforme a la disposición del producto del delito o de los productos decomisados, el artículo 14, CNUDOT mantiene el criterio de la Convención del narcotráfico en el sentido de declarar que esta cuestión será establecida por el Derecho interno y los procedimientos administrativos de cada Estado. No obstante, cuando se trata de bienes decomisados a raíz de la so-

licitud de otro Estado Parte, se busca que el requerido dé consideración prioritaria a la devolución del producto del delito, o de los bienes decomisados al requirente, con el fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito, o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos. Igualmente, se admite la celebración de acuerdos entre el Estado que emite la solicitud y el Estado requerido, para que los fondos —total o parcialmente— se depositen en una cuenta destinada a satisfacer en los países en desarrollo o con economías de transición, las necesidades relacionadas con la aplicación de la Convención; se entreguen a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra la delincuencia organizada, o simplemente se repartan entre ellos.

[8] *La Convención de Mérida*,³³ además de promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, en el artículo 1, CNUC se fija una doble finalidad: por una parte, promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; y, por otra, promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en esa prevención y lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos.

Esta línea de trabajo viene marcada al haber podido constatar, según reza el Preámbulo: (i) los vínculos que se dan entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero;³⁴ (ii) las vastas cantidades de activos que entrañan los casos de corrupción, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de los Estados; (iii) que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley, y (iv) la necesidad

³³ Convención de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003, *contra la Corrupción* (CNUC).

³⁴ Rose-Ackerman, S., Palifka, B. (2016), *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press., pp. 294 y ss.

que se da a nivel mundial de prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente, así como de favorecer la cooperación internacional para la recuperación de activos.

Al estar tan reciente la Convención de Palermo, se utilizan las mismas fórmulas que en ella para regular en el artículo 31, CNUC los aspectos básicos del decomiso, referidos en este caso, lógicamente, a los bienes, equipo, instrumentos, producto, ingresos y beneficios relacionados con los delitos de corrupción.³⁵ Por tanto, un tratamiento en detalle del decomiso transnacional en la investigación —identificando los elementos patrimoniales susceptibles de ser decomisados—, en la adopción de medidas cautelares —como el embargo preventivo— para asegurar su ejecución, en la decisión de su adopción y en las finalidades que pueden ser cubiertas con los bienes —o su realización dineraria— que hayan sido decomisados.

³⁵ La “corrupción” entendida como término referencial, como un concepto jurídico indeterminado y no un delito en concreto, pretensión que se abandonó en el momento final de la gestación de la Convención, ante lo abierto e infructuoso que resultaba la definición que se ensayaba en el artículo 2.1) del Proyecto de Convención: “Sin perjuicio de los actos de corrupción generalmente reconocidos en los distintos ordenamientos jurídicos, el término corrupción denotará los actos previstos en la presente Convención, independientemente de que se atribuyan a un funcionario público o privado, así como cualesquiera otros actos que el Estado Parte pueda haber tipificado o definido como acto de corrupción en su derecho interno o pueda penalizar o definir de ese modo en el futuro.

Nada de lo dispuesto en la presente Convención limitará las posibilidades futuras de penalizar nuevos actos de corrupción o de adoptar medidas de lucha contra tales actos”. Siendo así, en el Capítulo III de la Convención, dedicada a la penalización y aplicación de la ley, se especifican los delitos comprendidos en el término corrupción: soborno de funcionarios públicos nacionales (art. 15, CNUC); soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16, CNUC); malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17, CNUC); tráfico de influencias (art. 18, CNUC); abuso de funciones (art. 19, CNUC); enriquecimiento ilícito (art. 20, CNUC); soborno en el sector privado (art. 21, CNUC); malversación o peculado de bienes en el sector privado (art. 22, CNUC); blanqueo del producto del delito (art. 23, CNUC); encubrimiento (art. 24, CNUC); y obstrucción a la justicia (art. 25, CNUC).

El Capítulo IV de la Convención está dedicada a la cooperación jurídica —policial, judicial y administrativa— y a la asistencia judicial recíproca entre los países, y el Capítulo V al desarrollo de uno de los pilares básico de la Convención: la recuperación y la restitución de los activos procedentes de la corrupción.³⁶

En el artículo 52, CNUC se recogen un conjunto de medidas para prevenir y detectar las transferencias de productos del delito, lo que implica que las instituciones financieras tengan que verificar la identidad de los clientes, adoptando medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensificando el escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores —conocidos como Personas Expuestas Políticamente (PEP)—.³⁷ De igual forma, se busca frenar las operaciones de los bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación. Y, también, que los Estados compartan con otros la información financiera de importancia para investigar, reclamar o recuperar los activos que son productos de un delito y controlar las actividades financieras de los funcionarios públicos.

Sobre la recuperación directa de activos por parte del Estado perjudicado, en el artículo 53, CNUC se pretende, por una parte,

³⁶ Monográficamente sobre el tema, véase Olivera Serrano, J. L. (coord.) (2012), *Libro Blanco de mejores prácticas en recuperación de activos*, Madrid, Ministerio del Interior. Dirección General de la Policía; Jorge, G. (coord.) (2008), *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

³⁷ Alcalde Gutiérrez, E., Rodríguez Soler, L. (2014), “Las Personas Expuestas Políticamente y la prevención del blanqueo de capitales”, en *Boletín Económico del ICE*, núm. 3047, pp. 47 y ss.; Blanco Cordero, I. (2014), “Las personas expuestas políticamente (PEP). Riesgo de blanqueo para los sujetos obligados”, en Veríssimo de Carli, C., Fabián Caparrós, E. A., Rodríguez García, N. (coords.), *Lavagem de capitais e sistema penal: contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas*, Porto Alegre, Verbo Juridico, pp. 43 y ss.; Serio, M. (2008), “Politically exposed persons: AML, taking the profit out of corruption and problems for the Banks”. *Journal of Money Laundering Control*, vol. 11, núm. 3, pp. 269 y ss.

que los Estados reconozcan a otros su derecho a interponer una acción civil para determinar la titularidad o propiedad de los bienes adquiridos mediante la comisión de los delitos previstos en la Convención; y que se faculte a los tribunales a ordenar a quienes los han cometido, a resarcir o indemnizar en daños y perjuicios al Estado que resulte perjudicado y que se permita a los tribunales u otras autoridades competentes, a reconocer en relación con el comiso, el derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes que se han adquirido mediante la comisión de un delito de los ya mencionados.

De igual forma se articulan mecanismos de recuperación de activos a través de la cooperación internacional para el decomiso (arts. 54 a 56, CNUC), previendo facultades importantes en tanto en cuanto con frecuencia los delincuentes procuran ocultar el producto, los instrumentos y las pruebas del delito en más de una jurisdicción, con el fin de malograr los intentos de los organismos de aplicación de la ley para localizarlos e incautarlos.³⁸

En lo relacionado con la restitución y disposición de lo decomisado, el artículo 57, CNUC contempla tres clases de bienes: los fondos públicos, el producto de los demás delitos contemplados en la Convención y los bienes decomisados en cualquier otro caso. A partir de esta clasificación, se determinará quién sea el beneficiado con la restitución, una vez que se haya tomado en cuenta la situación de los terceros de buena fe: (i) cuando se trate de fondos públicos que han sido objeto de malversación, peculado o blanqueo, el Estado requerido los devolverá al Estado Parte requirente, pues éste es su titular; (ii) cuando se trate del producto de cualquier otro delito previsto en la Convención, los bienes decomisados serán devueltos al Estado requirente si éste demuestra su propiedad anterior sobre ellos, o si ha sufrido daños que deberán ser reconocidos por el Estado requerido, y (iii) los bienes decomisados en cualquier otro caso deberán restituirse prioritariamente al Estado requirente, a sus propietarios legítimos anteriores, o se dedicarán a la indemnización de las víctimas del delito.

³⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2012), *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2a. ed., New York, United Nations, p. 220.

Por último, reseñar que en el artículo 58, CNUC se hace mención a algunas necesidades orgánicas para que la eficacia en materia de recuperación de activos sea mayor. Concretamente, a que los países piensen en la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera encargada de recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas relacionadas con actos de corrupción. Una materia en la que los países están más avanzados en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo —con las Unidades de Inteligencia Financiera—³⁹ o de narcotráfico,⁴⁰ cuya experiencia es esencial en la creación y actuación de las Oficinas de Recuperación —y Gestión— de Activos,⁴¹ debiendo entre todas ellas estar coordinadas tanto en la prevención como en el combate de los fenómenos delictivos en los que son competentes y que tan inte-

³⁹ Véase Vervaele, J. A. E. (2017), “Uso de información de inteligencia en el proceso penal”, en Moreno Catena, V., Arnáiz Serrano, A. (dirs.), *El Estado de Derecho a prueba: Seguridad, libertad y terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 27 y ss. y, además, el Documento de Trabajo de la Comisión Europea, de 26 de junio de 2017, *sobre la mejora de la cooperación entre las Unidades de Inteligencia Financiera de la Unión Europea* [SWD(2017) 275 final], así como el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 26 de junio de 2017, *sobre la evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que afectan al mercado interior y están relacionados con actividades transfronterizas* [COM(2017) 340 final].

⁴⁰ En el caso de España, con la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones prevista en el artículo 6 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, *por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados* (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2003). En esta materia véase VV.AA. (2009), *Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Política Social; Zaragoza Aguado, J. A. (2006), “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho comparado”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, pp. 20 y ss.

⁴¹ Garrido Carrillo, F. J. (2017), “La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”. En: Fuentes Soriano, O. (coord.), *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 505 y ss.; Perrino Pérez, A. L., Jaén Vallejo, M. (2016), *La recuperación de activos frente a la corrupción. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*, Madrid, Dykinson.

rrelacionados entre sí están,⁴² máxime cuando tienen carácter transnacional.⁴³

III. EL DECOMISO SEGÚN EL CONSEJO DE EUROPA

[9] Es sabido, y reconocido públicamente,⁴⁴ que desde la segunda mitad del siglo xx el Consejo de Europa ha jugado un papel esencial en la definición de una política criminal en la lucha

⁴² Como señala la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (2010), *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, New York, United Nations, pp. 233 y ss., con carácter general, las dependencias de inteligencia financiera desempeñan tres funciones básicas:

1.^a) Funcionan como un depositario para centralizar la información sobre blanqueo de dinero, en general procedente de instituciones financieras y otros intermediarios, y ejercen un importante control operacional en relación con el uso y la difusión de esa información.

2.^a) Llevan a cabo una “función de análisis” consistente en procesar la información que reciben y agregar datos útiles sobre la operación notificada. Esta información se suele obtener a partir de los propios datos de las dependencias, así como de otras bases de datos gubernamentales a las que las dependencias tienen acceso, las fuentes del dominio público, entidades que proporcionan datos adicionales y dependencias de inteligencia financiera extranjeras. Parte de la función de análisis puede incluir la realización de actividades de investigación con un análisis estratégico y/o estadístico que se compartiría con otras autoridades encargadas de hacer cumplir la ley en relación, por ejemplo, con el desarrollo de nuevas tendencias o tipologías de blanqueo de dinero, el levantamiento de mapas en que se indicarían las actividades financieras delictivas en amplias zonas geográficas y el establecimiento de vínculos internacionales que no son evidentes en las actividades de investigación iniciales.

3.^a) Las dependencias sirven para facilitar, de manera activa y reactiva, el intercambio de información sobre operaciones financieras poco frecuentes o sospechosas entre dependencias extranjeras y organismos nacionales encargados de hacer cumplir la ley, regulatorios o judiciales.

⁴³ Yasaka, N. (2017), “Knowledge management in international cooperation for anti-money laundering”. *Journal of Money Laundering Control*, vol. 20, núm. 1, pp. 27 y ss.

⁴⁴ Ruiz Vadillo, E. (1985), “Algunas consideraciones sobre la contribución del Consejo de Europa al desarrollo y perfeccionamiento del Derecho Penal”, en *Revista General de Derecho*, núm. 489, pp. 1715 y ss.

contra el crimen en los cuarenta y siete países miembros. Y más allá, puesto que su influencia se ha extendido a otras áreas geográficas e incluso a las iniciativas normativas de Naciones Unidas, que siempre ha tomado los tratados y convenios del Consejo de Europa como una fuente de inspiración prioritaria.

El decomiso, relacionado con el blanqueo de capitales y con la corrupción, no ha sido una excepción en su línea de trabajo primordial en los últimos años en orden a proteger a la sociedad con una política penal común.

[10] En 1990 se aprobó el *Convenio de Estrasburgo*,⁴⁵ considerando que la lucha contra los delitos graves, que constituye un problema con una dimensión cada vez más internacional, requiere del uso de métodos modernos y efectivos a escala internacional, en especial, aquellos que posibiliten el privar a los delincuentes del producto del delito.⁴⁶

Ya con la rotulación del Convenio, en el que se alude al blanqueo, el seguimiento, el embargo y el decomiso de los productos del delito, se deja claro que su contenido es específico en la materia que estamos estudiando, y más detallado en muchos de los aspectos, lo cual es posible teniendo presente que el número de Estados que se tienen que poner de acuerdo son notablemente menos, y en la mayoría de los casos tienen amplios puntos en común en sus tradiciones jurídicas y en los códigos actuales.

Sorprendentemente, el término “decomiso”, que aparece en el título, no es utilizado en el articulado, en el que se repiten las alusiones a la “confiscación”, empezando por su artículo 1, CCOEE en el que se le define como “una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien”. Por tanto, para el Consejo de Europa la confiscación no tiene ninguna consideración peyorativa y se utiliza como sinónimo de decomiso.

⁴⁵ Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, ratificado por España el 21 de octubre de 1998 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1998) (CCOEE).

⁴⁶ Cfr. Preámbulo CCOEE.

En los artículos siguientes: (i) se declara confiscables los bienes, instrumentos y productos del delito —e, indirectamente, las ganancias—;⁴⁷ (ii) se reconoce la confiscación por sustitución sobre bienes que tengan un valor equivalente al de los productos que no se pueden decomisar; (iii) se ordena a los Estados, en términos generales, que adopten medidas legislativas y de *otro tipo* que sean necesarias para poder identificar y localizar los bienes que se quieran confiscar, y en especial, medidas para que puedan ordenar la presentación o el embargo de archivos bancarios, financieros o mercantiles, sin que sea posible que los países nieguen la colaboración amparándose en el secreto bancario; (iv) se encomienda a los Estados que estudien la posibilidad de adoptar técnicas indagatorias especiales que faciliten la investigación y seguimiento del producto y la acumulación de pruebas al respecto, y (v) partiendo de una aplicación generalista de la confiscación a cualquier delito,⁴⁸ se deja libertad a los países para que en el momento de vincularse de alguna forma al Convenio puedan formular reservas para limitar en su territorio la aplicación del Convenio a los delitos o categorías de delitos que especifique, válvula de escape que si bien quita presión a los Estados favoreciendo la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al Convenio, complica la armonización legislativa de los países en un espacio geográfico —relativamente— integrado,⁴⁹ lo que años más tarde, cuando menos para sus países, trató de ser corregido por la Unión Europea con la AC 98/699/JAI.⁵⁰

⁴⁷ Así lo señalamos por cuanto en el artículo 1.a), CCOEE se define “producto” se alude a “...todo provecho económico derivado de un delito”; es decir, que se exigen tres requisitos a la ganancia: a) una naturaleza económica; b) un origen en un delito, y c) una relación con el mismo de manera directa —nada se dice expresamente de las indirectas, por lo cual tienen que ser excluidas—.

⁴⁸ Exactamente, a aquellos que “...generen un producto” (art. 1.e), CCOEE).

⁴⁹ Igualmente se hace, en relación con los delitos de blanqueo, en el artículo 6.4, CCOEE.

⁵⁰ Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, *relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito* (DOUE núm. L 333, de 9 de diciembre de 1998).

Después de regular en el artículo 6, CCOEE los delitos de blanqueo, el centro del Convenio de Estrasburgo lo conforma el Capítulo III (arts. 7 a 35), dedicado a la cooperación internacional en relación con la cual se pretende crear un sistema más eficaz que el existente en aquellos momentos, pidiendo a los Estados que atiendan a las solicitudes: por un lado, de confiscación de bienes específicos que constituyan producto o instrumentos, así como la confiscación de un producto que consista en el requerimiento de pago de una cantidad de dinero correspondiente al valor del producto; y, por otro, de auxilio en la investigación y medidas provisionales con el fin de llevar a cabo cualquiera de las formas de confiscación acabadas de mencionar.

Tomando como punto de partida estos principios y medidas generales de cooperación internacional, se regula el tema de la identificación y localización de los bienes que pueden ser sometidos a confiscación; su aseguramiento a través de medidas provisionales y la ejecución del comiso a través de la orden respectiva, sea porque el Estado ejecute la orden dictada por el órgano judicial del Estado peticionario, o la emitida por sus propias autoridades competentes. Por último, el Convenio se refiere al destino de los bienes confiscados, al indicar que será el que señale la legislación nacional del Estado requerido, salvo que se acuerde por los países implicados algo diverso.

[11] Este Convenio de Estrasburgo fue actualizado y sustituido por el *Convenio de Varsovia*,⁵¹ que amplió su ámbito a la financiación del terrorismo (art. 2, CCOEV).

El artículo 1.d), CCOEV sí define el comiso —o decomiso—⁵² como “...una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien”.

De las disposiciones generales sobre comiso, destacamos: (i) pueden ser decomisados los instrumentos, los bienes —blan-

⁵¹ 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, ratificado por España el 26 de junio de 2010 (BOE núm. 155, de 26 de junio de 2010) (CCOEV).

⁵² El sustantivo y el verbo son usados indistintamente en su articulado.

quedados—⁵³ y los productos del delito, tanto directos como indirectos;⁵⁴ (ii) se permite el comiso por sustitución sobre los bienes cuyo valor equivalga al del producto sobre el cual no se ha podido actuar; (iii) se declara expresamente en varios pasajes que los bienes lícitos del sujeto pasivo también pueden resultar investigados y alcanzados por las actividades relacionadas con el comiso; (iv) se establecen cautelas para cuando al llevar a efecto la congelación, embargo o comiso el producto se ha transformado o convertido en otros bienes, o se ha mezclado —en todo o en parte— con bienes adquiridos legítimamente; (v) los Estados Parte tienen reconocidas variadas facultades en relación con los delitos que pueden dar lugar al comiso: por un lado, pueden hacer reservas para limitar la aplicación del comiso⁵⁵ en los delitos de blanqueo de capitales y en las categorías de delitos previstas en el Anexo al Convenio;⁵⁶ por otro, pueden prever el comiso con carácter obligatorio conforme a ciertos delitos, siempre que

⁵³ Así es pedido por el artículo 3.1, CCOEV, mención que no era legalmente necesaria por cuando esta clase de bienes ya forman parte del producto del delito en la consideración que la Convención da a esta palabra.

⁵⁴ A diferencia del Convenio de Estrasburgo, ahora se define “producto” como “...todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito” (art. 1.a), CCOEV). Y más: el artículo 5.c), CCOEV exige a los Estados que adopten las medidas que sean necesarias para garantizar la congelación, el embargo y el comiso de “las rentas u otros beneficios derivados del producto de los bienes en que se haya transformado o convertido el producto del delito o de los bienes con los que se haya mezclado el producto del delito, hasta el valor estimado del producto mezclado, de la misma manera y en la misma medida que el producto”.

⁵⁵ Declarando formalmente, como se recoge en el artículo 3.2, CCOEV, que se aplicará “[ú]nicamente en la medida en que el delito sea punible con una pena de privación de libertad o una medida de seguridad de una duración máxima superior a un año. No obstante, cada Parte podrá realizar una declaración en relación con esta disposición respecto del comiso del producto de los delitos fiscales, con el único objetivo de que le esté permitido decomisar dicho producto, ya sea a escala nacional o en el marco de la cooperación internacional, en virtud de la legislación nacional e internacional en materia de cobro de deudas fiscales; y/o únicamente a una relación de delitos especificados”.

⁵⁶ El 22 de octubre de 2014 se enmendó el Anexo al Convenio, en el que se listan los delitos a los que es aplicable el Convenio, modificación que entró en vigor de forma general y para España el 25 de octubre de 2015 (BOE núm. 294, de 9 de diciembre de 2015).

los mismos puedan dar lugar al comiso;⁵⁷ (vi) se pide a los Estados que prevean quién y cómo tienen que gestionar los bienes decomisados, y (vii) se encomienda en los artículos 12 y siguientes, CCOEV un papel esencial en la eficacia de las actuaciones de comiso, así como en la prevención⁵⁸ de los delitos de los que trae causa, a las Unidades de Inteligencia Financiera,⁵⁹ a las que se pide que cooperen entre sí.⁶⁰

⁵⁷ El artículo 3.3, CCOEV señala, a título de ejemplo, el blanqueo, el tráfico de estupefacientes, la trata de seres humanos y otros delitos graves.

⁵⁸ En el artículo 13.3, CCOEV se impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para:

- a) Exigir que las personas físicas y jurídicas que se dediquen a actividades que sean especialmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de dinero, en el marco de dichas actividades: (i) determinen y verifiquen la identidad de sus clientes y, cuando sea oportuno, de sus beneficiarios efectivos, y que sometan la relación de negocios a una vigilancia constante basada en un enfoque adaptado al riesgo; (ii) comuniquen sus sospechas sobre blanqueo, con sujeción a garantías, y (iii) adopten medidas de apoyo, tales como la conservación de los datos relativos a la identificación de los clientes y a las operaciones, la formación de personal y el establecimiento de políticas y procedimientos internos y adaptados, cuando proceda, a la magnitud y la naturaleza de las actividades. b) Prohibir, cuando proceda, a las personas mencionadas en la letra a) revelar el hecho de que se ha transmitido un informe de operación sospechosa o de información conexa o de que se está realizando o puede realizarse una investigación por blanqueo. c) Garantizar que las personas a que se hace referencia en la letra a) se sometan a sistemas eficaces de seguimiento y, cuando proceda, de control con vistas a garantizar que cumplan sus obligaciones en materia de lucha contra el blanqueo de dinero. En su caso, estos dispositivos pueden adaptarse en función del riesgo.

⁵⁹ En el artículo 1.f), CCOEV se establece que la Unidad de Inteligencia Financiera será un organismo nacional central encargado de recibir —y, en la medida en que se le permita, de solicitar—, analizar y transmitir a las autoridades competentes las comunicaciones de información financiera, bien relativa a activos de los que se sospeche que sean producto del terrorismo o que sirvan para su financiación, o bien, exigidas por la legislación o por la regulación nacional, con objeto de combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. De utilidad en esta materia tomar en consideración también la Recomendación 29 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), y la *nota interpretativa* que a la misma se ha efectuado. Véase Gafilat (2015), *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y de la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI*, Buenos Aires, Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, pp. 98 y ss.

⁶⁰ Véanse los artículos 46 y 47, CCOEV.

Tal y como hemos visto que se hacía en el ámbito de Naciones Unidas, el artículo 3.4, CCOEV, de manera clara pero sin utilizar la expresión *inversión de la carga de la prueba*, obliga a los países a adoptar, siempre que ello sea compatible con los principios de su Derecho interno, “...medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para exigir, en el caso de uno o varios delitos graves definidos por su derecho interno, que el autor demuestre el origen de sus bienes sospechosos de ser producto o de otros bienes que puedan ser objeto de comiso”.

Finalmente, siguiendo la tendencia surgida en el Convenio de Estrasburgo, de manera prolija los artículos 15 a 45, CCOEV se dedican a regular las condiciones en las que tiene que ser prestada la cooperación internacional por los Estados Parte, prestando especial atención los artículos 23 a 27, CCOEV cuando la misma está referida al comiso de bienes.

IV. EL DECOMISO SEGÚN LA UNIÓN EUROPEA

[12] En materia penal y procesal penal, desde hace más de veinte años la Unión Europea está considerada como el mejor laboratorio de integración penal regional,⁶¹ en el que se trabaja tanto por las acciones delictivas que se producen *en* Europa, como las que se hacen *contra* Europa, todo ello de manera acorde a cómo se viene trabajando fundamentalmente en Naciones Unidas, en la Organización de Estados Americanos, en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y en el Consejo de Europa, en aras a erradicar los espacios de impunidad.⁶²

Uno de sus ámbitos de actuación más desarrollados es el que tiene que ver con el combate al fraude, a la corrupción, al blan-

⁶¹ Manacorda, S. (1999), *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Napoli, Jovene, pp. 206 y ss.

⁶² Szarek-Mason, P. (2011), “The European Union policy against corruption in the light of international developments”, en Eckes, C., Konstadinides, T. (eds.), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice. A European Public Order*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 43 y ss.

queo de capitales y a los delitos económicos,⁶³ en orden a proteger, en última instancia, los intereses financieros de la Unión y el euro, para lo cual se ha legislado en materia de Derecho penal, de Derecho procesal penal, e inclusive desde la perspectiva orgánica, en la que se viene trabajando en la creación de una Fiscalía Europea.⁶⁴

Tomando como referente la actividad legislativa en materia penal del Consejo de Europa, progresivamente, con la sucesión de los Tratados de Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa, se ha ido pergeñando, en la *política de los pequeños pasos* de la que se hablaba en la Declaración Schuman, un espacio común integrado, cada vez más amplio —de la *pequeña Comunidad de los Seis* a la *Unión de los veintiocho*—, que entre otros objetivos “se marca el ofrecer a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de prevención y lucha contra la delincuencia” (art. 3.2, TUE). En orden a ello, la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia y de lucha en contra de ella, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal,⁶⁵ de acuerdo con los principios de legalidad,

⁶³ Y, a consecuencia de ello, el comiso. Véase Rodríguez Puerta, M. J. (2009), “La política europea en materia de comiso”, en Tamarit Sumalla, J. (coord.), *Las sanciones penales en Europa*, Pamplona, Aranzadi, pp. 399 y ss.

⁶⁴ Sobre la misma, prevista en el artículo 86, TFUE, véase Moreno Catena, V. (2014), *Fiscalía Europea y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch; Rodríguez García, N. (2013), “Aprendiendo del pasado en el proceso de creación de la Fiscalía Europea”, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, pp. 31 y ss.; Morán Martínez, R. A. (2011), “La nueva Decisión de Eurojust y la previsión del Tratado de Lisboa de la creación, a partir de Eurojust, de la Fiscalía Europea”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 4, pp. 1 y ss.

⁶⁵ Faggiani, V. (2016), “El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal. Elementos para una construcción dogmática”, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, pp. 73 y ss.; VV.AA. (2015), *La cooperación judicial penal en Europa: De la asistencia judicial al reconocimiento mutuo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial; Díaz Pita, M. P.

subsidiariedad y proporcionalidad, y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales (art. 67.3, TFUE). Y todo ello con un claro contrapunto: respetando los derechos fundamentales y las garantías definidas a nivel europeo,⁶⁶ y además las tradiciones jurídicas y los principios constitucionales de cada uno de los países.

En la *fiducia recíproca*,⁶⁷ que es el punto de partida de las relaciones interestatales en la Unión Europea, desde finales de los años noventa del siglo pasado se han ido sucediendo en la Unión Europea acciones comunes, decisiones marco y directivas en materia penal y procesal penal, cada día más amplias en su contenido y obligaciones para los Estados,⁶⁸ pero cuya eficacia siempre

(2013), “La lucha contra los delitos transfronterizos y no transfronterizos en la unión europea: los instrumentos de investigación transfronteriza y el principio de reconocimiento mutuo”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 20, pp. 1 y ss.; Licata, G. F. (2013): “El principio de Reconocimiento Mutuo y su desarrollo”, en Carmona Ruano, M., González Vega, I., Moreno Catena, V. M. (dirs.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, Madrid, Dykinson, pp. 705 y ss.; VV.AA. (2011), *Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el Espacio Judicial Europeo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

⁶⁶ Izquierdo Sans, C. (2016), “La callada configuración de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Pérez Manzano, M., Lascurain Sánchez, J. A. (dirs.), *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Madrid, Marcial Pons, pp. 57 y ss.; Ruiz Miguel, C. (2015), “Derechos fundamentales constitucionales y derechos humanos internacionales: su articulación normativa en España”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 26, pp. 33 y ss.; Etxeberria Guridi, J. F. (2008), “Los derechos fundamentales en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82, f. 2, pp. 103 y ss.; Arangüena Fanego, C. (coord.) (2007), *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea*, Valladolid, Lex Nova.

⁶⁷ Hoyos Sancho, M. de (2005), “El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 22, pp. 807 y ss.

⁶⁸ Pérez Cepeda, A. I. (2016), “¿Existe un sistema penal transnacional?”, en Pérez Cepeda, A. I. (dir.), *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 219 y ss.; Gascón Inchausti, F. (2007), “En torno a la creación de un derecho procesal penal europeo”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 23, pp. 371 y ss.

queda supeditada a los procesos de transposición que en cada uno de ellos se haga a su sistema jurídico interno.⁶⁹

El estudio de cómo se han implementado cada una de las normas permite evidenciar, por un lado, los diferentes niveles de compromiso entre los veintiocho países miembros en la prevención y represión de la delincuencia grave que tenga dimensión transfronteriza,⁷⁰ y, por otro, el cómo estas normas se han *usado* por los gobiernos nacionales como justificación de muchas de las reformas orgánicas, penales y procesales llevadas a cabo en los países en los últimos años, o mejor dicho de *cobertura*,⁷¹ conscientes de que la Unión Europea, con sus normas, aporta estándares

⁶⁹ Morán Martínez, R. A. (2007), “Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 117, p. 170.

⁷⁰ Según el artículo 83.1, TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo pueden establecer, por medio de directivas, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que reúnan dos características: que sean de especial gravedad y que además tengan una dimensión transfronteriza, la cual puede derivar del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. En particular, se establece que estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Además, teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios que acabamos de indicar.

⁷¹ De manera muy gráfica Aguado Correa, T. (2014), “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, en *InDret*, núm. 1, p. 1; señala como: “[...] el Gobierno Español, bajo el lema de que «más vale que sobre que falte», aborda la reforma de esta sanción elevando a régimen general lo que se prevé a nivel europeo como régimen especial para delitos de cierta gravedad, los conocidos como eurodelitos”. Con el mismo tono crítico véase también Vidales Rodríguez, C. (2015), “Consecuencias accesorias: Decomiso (arts. 127 a 127 octies)”, en González Cussac, J. L. (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 391 y ss.; quien a la luz de la reforma penal de 2015 sobre el decomiso alerta para que se tomen medidas para “[...] extremar el patente riesgo... de una aplicación desmedida”.

mínimos que no impide que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.⁷²

[13] La AC 98/699/JAI⁷³ nació con la pretensión general de mejorar la actuación contra la delincuencia organizada, bastante ineficaz hasta esos momentos debido, entre otras cuestiones, a que los países europeos habían formulado reservas a los artículos 2 y 6, CCOEE (art. 1.1 AC 98/699/JAI), las cuales se pide que no se mantengan —ni que se formulen otras nuevas—. Y ello con dos actuaciones legislativas:

- confiscación generalizada cuando los delitos lleven aparejada una pena de privación de libertad —o medida de seguridad— de un máximo de más de un año, e
- instrumentalmente,⁷⁴ tipificación del blanqueo de capitales cuando se trata de “delitos graves”, expresión en la que tienen que estar incluidos, al menos, los delitos que lleven aparejada una pena de privación de libertad —o medida de seguridad— de un máximo de más de un año, o, en lo referente a los Estados en cuyo sistema jurídico existe un umbral mínimo para los delitos, los delitos que lleven aparejada una pena máxima de privación de libertad o medida de seguridad de un máximo de más de seis meses.

⁷² Así lo declara el artículo 82.2.III, TFUE, después de atribuir competencia al Parlamento Europeo y al Consejo para legislar, mediante directivas adoptadas conforme al procedimiento legislativo ordinario, en: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos, y d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión.

⁷³ Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, *relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito* (AC 98/699/JAI).

⁷⁴ Desde su origen, vinculado al narcotráfico y, posteriormente, al crimen organizado, el blanqueo de capitales ha sido un tipo penal controvertido a causa de no se pacífica la determinación de cuál es el bien jurídico que se protege con el mismo. A este respecto, véase Fernández de Ceballos y Torres, J. (2014), *Blanqueo de capitales y principio de lesividad. Análisis en el orden punitivo español*, Salamanca, Ratio Legis.

Además de ello, los Estados quedaron obligados a garantizar que su legislación y procedimientos sobre confiscación de los productos del delito⁷⁵ permitan el decomiso de bienes cuyo valor corresponda a dicho producto —decomiso por sustitución—, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero (art. 1.2 AC 98/699/JAI).

En la Acción Común también se sentaron bases importantes de cara a facilitar la cooperación internacional en diversos aspectos: (i) los Estados deberán atender las solicitudes que le formule otro país miembro para posibilitar la identificación y seguimiento del presunto producto de delitos, siempre que existan motivos razonables que permitan presumir que se ha cometido una infracción penal, una asistencia que tendrá que ser prestada en una fase de la investigación tan temprana como sea posible (art. 1.3 AC 98/699/JAI), y ello sin dar prioridad a ninguna de las peticiones que se reciban (art. 3 AC 98/699/JAI); (ii) tendrán que elaborar los Estados una guía de fácil consulta en la que se dé información sobre dónde conseguir asesoramiento, con mención de la asistencia que puedan ofrecer en la identificación, el seguimiento, el embargo o la incautación y el decomiso de instrumentos y productos del delito (art. 2.1 AC 98/699/JAI); (iii) se potenciará en los países el contacto directo entre los investigadores, los magistrados encargados de las investigaciones y los fiscales de los Estados miembros, limitando al máximo las peticiones de asistencia a través de canales oficiales (art. 4.1 AC 98/699/JAI), mucho más formales y menos efectivos; (iv) se tomarán por los Estados todas las medidas necesarias para reducir al mínimo el riesgo de desaparición de los activos, entre las que se incluirán aquellas necesarias para que los activos objeto de la petición de otro Estado miembro puedan ser rápidamente embargadas o incautadas con el fin de que no se vean frustradas

⁷⁵ La vinculación de la AC 98/699/JAI con el Convenio de Estrasburgo alcanzaba incluso a asumir la definición que en el mismo se daba a los términos “instrumentos”, “bienes”, “producto” y “decomiso” (art. 1.2 *in fine* AC 98/699/JAI), que como hemos señalado está limitado a las ganancias *directas* generadas por los delitos.

posteriores demandas de decomiso (art. 5.1 AC 98/699/JAI); (v) los Estados simplificarán las peticiones de investigadores que sean adicionales o complementarias a otras ya formuladas (art. 5.2 AC 98/699/JAI), y (vi) en materia de formación en el ámbito de cooperación en materia de identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de instrumentos y productos del delito, los Estados de la Unión tienen que garantizar una adecuada formación a los jueces y magistrados, fiscales, investigadores y otros funcionarios con actuaciones operativas en estos asuntos (art. 6.1 y 2 AC 98/699/JAI).

[14] La DM 2001/500/JAI⁷⁶ derogó —y reformuló— varios de los preceptos de la AC 98/699/JAI⁷⁷ para reforzar aún más⁷⁸ la lucha contra la delincuencia organizada,⁷⁹ teniendo presente que uno de los sectores clave en los que es prioritario actuar es en la delincuencia financiera, específicamente aproximando el Derecho penal y procesal penal en materia de blanqueo de capitales —v. gr., en materia de decomiso de activos—, lo que precisa que la gama de actividades delictivas que constituyen delitos princi-

⁷⁶ Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, *relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito* (DOUE núm. L 182, de 5 de julio de 2001).

⁷⁷ En concreto, los artículos 1, 3, 5.1 y 8.1 (art. 5 DM 2001/500/JAI).

⁷⁸ En la Recomendación núm. 16 del documento “Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio” (DOCE núm. C 124, de 3 de mayo del 2000), cuyo capítulo 2.7 está dedicado al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, se dispone que “...convendría que el Consejo adoptase un instrumento que exhorte a los Estados miembros a que revisen su legislación y la aplicación de la misma con respecto a las decisiones de seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los activos de origen delictivo, y a que a continuación establezcan, en caso necesario, unos estándares mínimos que posibiliten el reconocimiento mutuo y la ejecución de dichas decisiones lo antes posible en las investigaciones y procedimientos en materia penal, teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe”.

⁷⁹ En su artículo 1 reitera la necesidad de que no se hagan reservas, ni se mantengan las reservas en relación con los artículos 2 y 6, CCOEE, dejando la excepción de cuando el decomiso se refiera al producto de los delitos fiscales.

pales en materia de blanqueo de capitales debe ser uniforme y lo suficientemente amplia en todos los Estados miembros.⁸⁰

Partiendo de ello: (i) en el artículo 2 DM 2001/500/JAI obliga a los Estados a sancionar los delitos de blanqueo de capitales, en los términos en los que están formulados en el artículo 6 del Convenio de Estrasburgo, con penas privativas de libertad cuya duración máxima no pueda ser inferior a cuatro años, y (ii) también les impone el adoptar el decomiso por sustitución en relación con el producto del delito que no pueda ser aprehendido, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero, eximiendo a los Estados de esta obligación cuando el valor que corresponda al producto del delito sea inferior a cuatro mil euros (art. 3 DM 2001/500/JAI).

[15] La DM 2002/475/JAI⁸¹ está dedicada a combatir monográficamente al terrorismo, por considerarlo una de las acciones más graves que pueden violar los valores —dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad, respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales— y principios —democracia y Estado de Derecho— de la Unión Europea.⁸² Como en su tutela son

⁸⁰ Considerandos núms. 4 y 5 DM 2001/500/JAI. Por este motivo, sin desconocer la importancia de la AC 98/699/JAI, en esta DM 2001/500/JAI, Blanco Cordero, I., Cerro Esteban, J. A. del (2006), “Blanqueo de capitales”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2015, p. 77; fijan el inicio verdadero de la estrategia penal europea en el combate al blanqueo de capitales.

⁸¹ Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, *sobre la lucha contra el terrorismo* (DOUE núm. 164, de 22 de junio de 2002).

⁸² Considerando núm. 1 DM 2002/475/JAI. Además de ello, teniendo presente la vulnerabilidad de las víctimas en estos delitos de terrorismo, en el artículo 10 DM 2002/475/JAI se contienen tres menciones fundamentales para ellas:

1a. Desligar la investigación y/o el enjuiciamiento de los hechos delictivos de la formulación de denuncia o acusación por una persona que haya sido víctima de ellos, cuando menos si los hechos fueron cometidos en el territorio de un Estado miembro.

2a. Recordar a los países la necesidad de hacer efectivas las medidas contenidas en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, *sobre el estatuto de la víctima en el procedimiento penal* (DOUE núm.

insuficientes los esfuerzos independientes y aislados que puedan realizar cada uno de los países de la Unión, la Unión Europea lleva a la práctica el principio de reciprocidad fijando medidas que, respetando los derechos fundamentales garantizados tanto en el CEDH como en la CDFUE,⁸³ tienen que ser incorporadas a sus sistemas penales por cada uno de los Estados miembros.

Para el artículo 2.1 DM 2002/475/JAI, un “grupo terrorista” tiene que tener las siguientes características: (i) organización estructurada, teniendo esta consideración la que no se haya formado “...fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada”; (ii) establecida durante cierto periodo de tiempo; (iii) compuesta por dos o más personas; (iv) que actúan de manera concertada, y (v) todo ello con la finalidad de cometer delitos de terrorismo.⁸⁴

Destacar como para favorecer la persecución efectiva de los delitos de terrorismo, en el artículo 6 DM 2002/475/JAI a los Estados se les da la posibilidad de incluir en sus Códigos Penales medidas en beneficio del autor del delito, siempre y cuando, por

L 82, de 22 de marzo de 2001), la cual ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* (DOUE núm. L 315, de 14 de noviembre de 2012), que en el caso de España ha traído como consecuencia la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito* (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

3a. Extender a los familiares de víctimas las medidas de protección y asistencia.

⁸³ Junto a esta declaración general, común a otros muchos instrumentos jurídicos, en el Considerando núm. 10 *in fine* se declara que “...[n]ada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales tales como el derecho de huelga, la libertad de reunión, de asociación o de expresión, ni, en particular, el derecho de fundar un sindicato con otras personas o de afiliarse a un sindicato para defender los intereses de sus miembros, así como el correspondiente derecho a manifestarse”.

⁸⁴ Estos “delitos de terrorismo” son detallados en los artículos 1.1 y 2 DM 2002/475/JAI, y a ellos en el artículo 3 DM 2002/475/JAI se les añaden otros “delitos ligados a las actividades terroristas”.

una parte, abandone la actividad terrorista y, por otra, proporcione a las autoridades, administrativas o judiciales, información de que éstas no hubieran podido obtener de otra forma, si con ello se les ayuda a impedir o atenuar los efectos del delito, identificar o procesar a los otros autores del delito, encontrar pruebas, o impedir que se cometan otras actividades terroristas.

Lógicamente, hay que entender que estos *beneficios* para los autores de los hechos deben alcanzar las actividades terroristas en sí mismo consideradas como su financiación, lo que tiene relación directa con la operatividad del decomiso en todas sus modalidades.

[16] Hay que destacar también la DM 2003/577/JAI,⁸⁵ que entre otras finalidades tiene la de establecer las normas en virtud de las cuales un Estado miembro tiene que reconocer y ejecutar en su territorio una resolución de embargo preventivo dictada por una autoridad judicial de otro Estado miembro en el marco de un procedimiento penal, con el objetivo de impedir, con carácter provisional, la destrucción, transformación, desplaza-

⁸⁵ 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 aseguramiento de pruebas* (DOUE núm. L 196, de 2 de agosto de 2003). La misma fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 18/2006, de 5 de junio, *para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales* (BOE núm. 134, de 6 de junio de 2006), así como por la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, *complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE núm. 134, de 6 de junio de 2006). Véase Delgado Martín, J. (2007), “Emisión de una Decisión de embargo preventivo de bienes o aseguramiento de pruebas en el ámbito de la Unión Europea”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 117, pp. 1 y ss.; Irurzun Montoro, F. (2007), “Principio de confianza y reconocimiento mutuo. Su reflejo en la ejecución de resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas en la Unión Europea”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 117, pp. 1 y ss.; Morán Martínez, R. A. (2004), “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las Decisiones marco”, en Galgo Peco, A. (dir.), *Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 381 y ss.

miento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso.⁸⁶ Por tanto, las resoluciones de embargo de bienes tienen una función instrumental en relación con su posterior decomiso.

En la tramitación de las peticiones, se exigen de tener que superar el control de la doble tipificación de los hechos un amplio listado de delitos, ampliable en el futuro, entre los que se encuentran la pertenencia a una organización delictiva, el terrorismo, la corrupción, el fraude y el blanqueo del producto del delito,⁸⁷ tomando como referencia la definición que se haga de los mismos en el Estado de emisión y siempre y cuando sean castigados con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años.

La parte nuclear de la Decisión Marco la constituyen los artículos 4 a 12, dedicados al procedimiento de ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes, en los que se recogen los trámites a seguir, la duración de la medida de embargo, los motivos de no reconocimiento o no ejecución, así como los de su suspensión, y el tratamiento subsiguiente a dar a los bienes embargados.

[17] La DM 2004/757/JAI,⁸⁸ en la que se destaca como el tráfico ilícito de drogas no sólo representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de vida de los ciudadanos de la Unión Europea, sino también para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros,⁸⁹ recoge también menciones — pocas— en relación con el decomiso, que permiten ir asentando los criterios europeos en esta materia: (i) la obligación de los Estados de decomisar las sustancias, los instrumentos utilizados o que se pretenda utilizar en estos delitos, y los productos de dichos delitos (art. 4.5 DM 2004/757/JAI); (ii) para asegurar

⁸⁶ Artículo 2.c) DM 2003/577/JAI.

⁸⁷ Artículo 3.2 DM 2003/577/JAI.

⁸⁸ Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, *relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (DOUE L 335, de 11 de noviembre de 2004)*.

⁸⁹ Considerando núm. 1 DM 2004/757/JAI.

la eficacia final del decomiso, al menos en términos económicos; en los países los órganos judiciales tendrán que adoptar el embargo de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, sustancias o instrumentos referenciados (art. 4.5 *in fine* DM 2004/757/JAI); (iii) bajo el rubro “sanciones a las personas jurídicas” (art. 7.1.f) DM 2004/757/JAI), la aplicación a ellas del decomiso; (iv) la protección de los derechos de los terceros, siempre que hayan actuado de buena fe (art. 4.5 DM 2004/757/JAI), y (v) el respeto a los derechos de las víctimas, que en materia de narcotráfico siempre van a tener una consideración especial a la hora de prever el destino a dar a los bienes decomisados o a los recursos económicos que se obtengan de su venta (art. 4.5 DM 2004/757/JAI).

[18] Con la DM 2005/212/JAI⁹⁰ el Consejo de la Unión Europea dio un paso más en la estrategia de ahogar financieramente a la delincuencia transfronteriza organizada, privándola de todo beneficio económico, considerando que la prevención y lucha contra ella deben centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, acciones que siempre se ven dificultadas por las asimetrías que se dan entre las legislaciones de los países europeos.⁹¹

Los cambios realizados comienzan desde el artículo 1 DM 2005/212/JAI con las definiciones, puesto que:

- “decomiso” es “toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien”, con lo cual, por un lado, se afirma su carácter retributivo, y por otro, se reserva su imposición, en exclusiva, a los órganos judiciales del orden jurisdiccional penal,⁹² y

⁹⁰ Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito* (DOUE núm. L 68, de 15 de marzo de 2005).

⁹¹ Considerando núm. 1 DM 2005/212/JAI.

⁹² No obstante, para la privación del producto de las infracciones fiscales los Estados podrán aplicar procedimientos distintos de los penales (art. 2.2 DM 2005/212/JAI).

- “productos” es “todo beneficio económico derivado de una acción penal”, que pueden consistir “...en cualquier clase de bienes..., materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes”, lo que mantiene la idea recogida en otros textos de su naturaleza económica, su asimilación a las ganancias y su carácter derivado en relación con los delitos cometidos.

El decomiso, total o parcial, va a alcanzar a bienes, instrumentos y productos de infracciones penales, pero siempre que las mismas estén tipificadas —en abstracto— con penas privativas de libertad de duración superior a un año (art. 2.1 DM 2005/212/JAI). Y, como en textos ya analizados, el artículo 2.1 *in fine* DM 2005/212/JAI permite el decomiso por sustitución.

La novedad más importante que se recoge en esta Decisión Marco la constituye la “potestad” otorgada a los órganos jurisdiccionales de decretar el “decomiso ampliado”, regulado con detalle en el artículo 3 DM 2005/212/JAI: (i) pese a que el artículo utiliza en su rotulación el término “potestad”, estamos ante una obligación que la Unión Europea impone a los Estados, al menos en los niveles mínimos que se marcan en el mismo; (ii) la infracción que puede dar lugar al decomiso tiene que cumplir dos exigencias: que haya sido cometida en el marco de una “organización delictiva”,⁹³ y que la misma esté recogida en concretas

⁹³ A los efectos de esta DM 2005/212/JAI, se toma el concepto de “organización delictiva” recogido en el artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, *adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L 351, de 29 de diciembre de 1998)*: “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

Decisiones Marco referidas a: falsificación del euro;⁹⁴ blanqueo de capitales;⁹⁵ trata de seres humanos;⁹⁶ represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares;⁹⁷ lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil;⁹⁸ tráfico ilícito de drogas;⁹⁹ y terrorismo,¹⁰⁰ y (iii) esas infracciones tienen que tener dos rasgos: primero, tener capacidad de generar un beneficio económico, esto es, ganancias,¹⁰¹ y, segundo, si se trata del blanqueo de capitales, que se castiguen con penas de prisión de al menos cuatro años en su grado máximo, y para las infracciones diferentes que se castiguen con penas de prisión de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo.

Cumpléndose todas estas exigencias, los Estados tendrán que posibilitar el decomiso ampliado en las siguientes situaciones:¹⁰²

1a. Cuando el órgano jurisdiccional —nacional—, basándose en hechos concretos, considere razonable el decomiso al estar plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona

⁹⁴ Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, *sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro* (DOUE núm. L 140, de 14 de junio de 2000).

⁹⁵ DM 2001/500/JAI.

⁹⁶ Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, *relativa a la lucha contra la trata de seres humanos* (DOUE núm. L 203, de 1 de agosto de 2002).

⁹⁷ Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares* (DOUE L 328, de 5 de diciembre de 2002).

⁹⁸ Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, *relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* (DOUE núm. L 13, de 20 de enero de 2004).

⁹⁹ DM 2004/757/JAI.

¹⁰⁰ DM 2002/475/JAI.

¹⁰¹ Esto significa que, al menos expresamente, quedan excluidas del decomiso ampliado los bienes, efectos e instrumentos del delito.

¹⁰² Vargas González, P. (2012), *El comiso del patrimonio criminal*, Salamanca, Universidad de Salamanca —tesis doctoral inédita—, pp. 58 y ss.

sentenciada durante un periodo anterior —abierto— a su condena, y que sean de la misma clase que la que ha motivado la condena. En este primer caso, el decomiso parte de una sentencia de condena en el proceso penal principal por una actividad delictiva, que como se ha venido dando también con hechos antecedentes —imprescindibles— se aprovecha el que se acuerde el decomiso para privar a su titular de la totalidad de los bienes, esto es, sin hacer distinción si proceden de los hechos enjuiciados o de otros previos pero que por ser iguales generan los mismos bienes.

2a. Cuando el caso sea como el anterior, pero que las infracciones presenten sólo similitudes entre sí. Este supuesto es más conflictivo, porque la valoración jurisdiccional tiene que alcanzar a ponderar la relación existente entre los hechos ilícitos sentenciados que han generado unos bienes que son decomisados de manera directa, y los hechos similares anteriores a la condena con los que tiene relación y que dan lugar a bienes, que sin que se exija responsabilidad penal a sus autores —al menos ahora— van a caer en el ámbito del decomiso —ampliado— acordado en el proceso principal. Sin olvidar que como hemos señalado esta Decisión Marco abarca delitos complejos en los que se reúnen gran cantidad de hechos delictivos muy relacionados —cuando menos por la búsqueda de un rédito económico que tendrá que ser blanqueado—, lo que habrá que deslindar es si los distintos hechos que se pretende que justifiquen distintos decomisos están o no relacionados, conforme a qué criterio —temporal, fáctico...— y con qué alcance, porque si no alcanzan un grado muy alto de *similitud*, que es muy difícil de predeterminedar, el acordar sobre ellos el decomiso sería una extralimitación inaceptable de los juzgados y tribunales.¹⁰³

¹⁰³ Coincidimos con el comentario crítico que realiza a este artículo 3.2.b) Gascón Inchausti, F. (2007), *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, Cóllex, p. 75: “...el pronunciamiento judicial que decreta el decomiso ha de fundarse en la certeza judicial —que puede sustentarse en indicios— de que los bienes a los que afecta proceden de una actividad delictiva que no es la enjuiciada en ese proceso. Se abren, con ello, dos posibles opciones: — La primera pasa por exigir que el sujeto en cuestión haya sido previamente condenado por las actividades delictivas *similares* — que son aquellas de las que, a juicio del tribunal en el otro proceso, proceden de los bienes decomisados—: ahora bien —y dando por sentado que la primera

3a. 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. En este caso, a los órganos judiciales no les tiene que bastar el acreditar la desproporción patrimonial entre los bienes que posee el condenado penal y sus ingresos legales, sino que además para acordar el decomiso ampliado tiene que tener certeza de la conexión entre esos bienes y la actividad delictiva de esa persona, en cuya investigación puede ayudar, en un inicio, esa previa desproporción patrimonial, sin que se indique que el titular de los bienes tenga que llevar a cabo alguna actuación. Por tanto, a diferencia de otras normas ya comentadas, no hay una inversión de la carga de la prueba, ni expresa ni tácita: es la acusación quien tiene que probar la desproporción y la conexión de los bienes con las infracciones.

Estos tres supuestos comentados son de implementación obligatoria para los Estados, puesto que el artículo 3.2 DM 2005/212/JAI usa la expresión “como mínimo”.¹⁰⁴ A mayores,

condena no hubiera llevado aparejado decomiso alguno—, cabría plantearse si decretar en el segundo proceso el decomiso de los bienes asociados al delito enjuiciado en el primero no comporta un *bis in idem*, que sirva para corregir errores o deficiencias en ese punto del primer proceso o, en cualquier caso, un ataque a la cosa juzgada de la sentencia que no impuso la sanción del decomiso.

– La segunda opción consistiría en no exigir una previa condena por las actividades delictivas similares, de modo que el tribunal estaría pronunciándose sobre ellas a título incidental, a los únicos efectos de decretar el decomiso de los bienes procedentes de aquéllas: se aprovecharía así un proceso penal en curso para sancionar «indirectamente» a través del decomiso conductas distintas de aquéllas que son objeto actual de persecución. Tampoco parece una forma muy razonable de proceder, puesto que, en rigor, o bien, podría abrirse el correspondiente proceso penal que tuviera por objeto esas actividades delictivas similares (y en el que podría decretarse el decomiso), o bien, ya no procede hacerlo, por razones sustantivas y procesales, en cuyo caso la legitimidad del decomiso quedaría en entredicho”.

¹⁰⁴ A nuestro juicio, son tres supuestos *obligatorios* a implementar, y no tres *opciones*, por una de las cuales podría decantarse cada legislador nacional, como defiende Jiménez-Villarejo Fernández, F. (2011), “Novedades legis-

los países van a poder considerar introducir en sus ordenamientos penales la extensión del decomiso ampliado, total o parcial, a terceras personas concretas —de las que cabe presumir que actúan de mala fe—, sean: físicas, *allegadas* al condenado; o jurídicas, cuando sean receptoras de la transferencia de bienes por parte del condenado, siempre que ejerza sobre ella un control efectivo individualmente o junto con sus allegados, siendo igualmente posible proceder así cuando la parte interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.

Y a ambos colectivos, cuando los bienes tienen su origen en las actividades delictivas que el sujeto realizó con anterioridad a su condena, y que pueden ser de igual o similar naturaleza a la de aquellos que sirven de fundamento a la sentencia.

Finalmente, el artículo 3.4 DM 2005/212/JAI plantea la posibilidad a los Estados de que puedan recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate. No se dice cuáles pueden ser, ni de qué naturaleza —jurisdiccional o no—, ni de quién pueden ser competencia —órganos judiciales u otras autoridades—, ni en qué hechos delictivos o infracciones se puede aplicar, ni a qué decomiso se refiere —si está ubicado en el precepto dedicado a la modalidad ampliada—, etc. Y casi mejor que no lo haya hecho, porque esta puerta que abre el legislador europeo, de resultados inciertos y a buen seguro con importantes *costes* para los derechos y garantías del sistema penal en caso de traspasarla, o bien, se refiere a las infracciones fiscales, dando continuidad a lo expresado en el artículo 2.2 DM 2005/212/JAI, o mal, se compadece con el concepto de decomiso, que ya hemos comentado que reserva su adopción a jueces y magistrados del ámbito penal.

[19] Con la DM 2005/214/JAI¹⁰⁵ los Estados de la Unión Europea formalizaron la necesidad de que las sanciones pecuniarias impuestas por las autoridades nacionales, judiciales o administra-

lativas en materia de decomiso y recuperación de activos”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, p. 100.

¹⁰⁵ Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias* (DOUE núm. L 76, de 24 de febrero de 2005) (DM 2005/214/JAI).

tivas, sean sometidas al empleo del principio de reconocimiento mutuo para que las mismas puedan ser aplicadas en un Estado miembro distinto de aquel en el que fueron acordadas.

A nuestros efectos, cuando en el artículo 1 DM 2005/214/JAI se define qué es una “sanción pecuniaria” se excluyen las órdenes de confiscación de instrumentos o productos del delito, y sí se incluyen: (i) una cantidad de dinero en virtud de una condena por una infracción, impuesta mediante una resolución; (ii) una compensación impuesta en la misma resolución en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano jurisdiccional actúe en el ejercicio de su competencia penal; (iii) una cantidad de dinero en costas judiciales o gastos administrativos originados por los procedimientos que conducen a la resolución, y (iv) una cantidad de dinero a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas, que imponga la misma resolución.

[20] La DM 2006/783/JAI¹⁰⁶ hace aplicación específica del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones de decomi-

¹⁰⁶ 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* (DOUE núm. L 328, de 24 de noviembre de 2006) (DM 2006/783/JAI), la cual ha sido implementada en España tanto por la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014) como por la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, *complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2014). Una materia en la que además se está trabajando activamente para modificarla, como lo demuestra la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de diciembre de 2016, *sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso* [COM(2016) 819 final]. Véase González Cano, M. I. (2016), *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Valencia, Tirant lo Blanch, en VV.AA. (2016a), *Cooperación jurídica penal internacional*, Madrid, Lefebvre-El Derecho, pp. 603 y ss.; Arangüena Fanego, C., Hoyos Sancho, M. de, Rodríguez-Medel Nieto, C. (dirs.) (2015), *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre*, Cizur Menor, Aranzadi; Gascón Inchausti, F. (2010), “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 6, pp. 1 y ss.

so, con la que se pretende *automatizar*¹⁰⁷ de manera inmediata su ejecución en otros países diferentes de aquél en el que juzgados y tribunales competentes en materia penal de otro Estado de la Unión lo ha dictado; incluso, cuando se haya de ejecutar una resolución de decomiso en más de un Estado miembro simultáneamente.

El sustento que permite poder actuar, así es la confianza de que las resoluciones que se han de reconocer y ejecutar se dictarán siempre de acuerdo con los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad. Y, además, el carácter inmutable de los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales recogidos en el artículo 6, TUE y reflejados, fundamentalmente, en el Capítulo VI de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1.2 DM 2006/783/JAI).

La Decisión Marco se centra en este aspecto concreto de la cooperación jurídica porque se ha venido constatando como no basta simplemente con garantizar el reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea de medidas legales temporales como el embargo preventivo y la incautación.¹⁰⁸

El artículo 2.c) DM 2006/783/JAI conceptúa por “resolución de decomiso” la “sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes”. A partir de ella: (i) queda difuminada la naturaleza jurídica del decomiso, que puede ser una “sanción” o una “medida”; (ii) se restringe al ámbito jurisdiccional la potestad de acordar el decomiso, y (iii) no se establece expresamente que el procedimiento en el que se dicte tenga que ser penal, aunque sí tiene que estar relacionado con uno en el que se resuelvan una o varias infracciones penales —“a raíz de”—.

Sí hay que resaltar el amplísimo contenido que se le da en el artículo 2.d) DM 2006/783/JAI al término “bienes”, al que se le

¹⁰⁷ Durbán Sicilia, L. (2011), “Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)”, en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 316, p. 32.

¹⁰⁸ Considerando núm. 7 DM 2006/783/JAI.

relaciona con la actividad decomisiva que sobre ellos haya acordado el juzgado o tribunal competente en una resolución que se pretende sea reconocida por otro Estado miembro, lo que sirve entonces para saber a qué modalidades de decomiso se aplica esta Decisión Marco.

Estarán afectos al decomiso cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes. Y ellos van a poder ser: (i) el “producto” de una infracción penal, es decir, el beneficio económico que se produce a partir de la comisión de las mismas; (ii) los bienes que “equivalen” —parcial o totalmente— al valor de dicho producto, con lo cual se está permitiendo que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales de decomiso se aplique al decomiso por sustitución, pero sólo en relación con el producto; (iii) los que constituyen los “instrumentos” de la infracción, sin que los mismos estén vinculados al hecho de que hayan sido usados en la comisión de los hechos delictivos que se han juzgado y que dan lugar al decomiso,¹⁰⁹ y (iv) los que puedan ser decomisados con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifiquen, bien en su Derecho interno, bien en la DM 2005/212/JAI.

El resto de la Decisión Marco está dedicada a regular, siguiendo esquemas similares de otras, quienes son las autoridades competentes para emitir y ejecutar la resolución judicial de decomiso (art. 3 DM 2006/783/JAI) y cuál es el procedimiento que tienen que seguir en la tramitación de las solicitudes, sean una o varias, así como el régimen de reembolsos y gastos por las actuaciones practicadas y los eventuales daños que se han generado a alguna de las partes y que hayan tenido que ser indemnizados.

Destacar únicamente que también en esta Decisión Marco, como en otras muchas elaboradas en los dos mil por la Unión

¹⁰⁹ En este sentido, el artículo 2.d) DM 2006/783/JAI describe a los “instrumentos” como “cualquier bien utilizado o destinado a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer una o varias infracciones penales”; por tanto, en actividades delictivas del pasado —“utilizado”— o del futuro —“destinado a utilizarse”—.

Europea —v. gr., en la de la orden europea de detención y entrega—,¹¹⁰ el Consejo de la Unión ha pensado fundamentalmente en su aplicación a determinadas infracciones, a las cuales en el artículo 6.1 DM 2006/783/JAI se les exime de tener que superar el control de la doble tipificación, si bien supeditado a que tomando como referencia la definición del tipo penal en el Estado de emisión en el mismo se castiguen los hechos con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años. Entre ellas están, como no podría ser de otra forma, la pertenencia a una organización delictiva, el terrorismo, la corrupción, el fraude y el blanqueo de los productos del delito.¹¹¹

¹¹⁰ Artículo 1.2 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* (DOUE núm. L 190, de 18 de julio de 2002).

¹¹¹ El listado de las infracciones del artículo 6.1 DM 2006/783/JAI lo conforman: pertenencia a una organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de menores y pornografía infantil; tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas —con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas—; blanqueo de los productos del delito; falsificación de moneda, con inclusión del euro; delitos informáticos; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y a la estancia irregulares; homicidio y agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, retención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materias nucleares y radiactivas; tráfico de vehículos robados; violación; incendio provocado; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; apoderamiento ilegal de aeronaves y buques, y sabotaje.

Esta enumeración de infracciones es cerrada, pero puede ser objeto de dos modificaciones ampliando con ello el ámbito de aplicación de la Decisión Marco:

1o. El Consejo, previa Consulta al Parlamento Europeo, puede en todo momento ampliar o modificar las categorías de infracciones contenidas en la lista, y

2o. Cada Estado de emisión puede emitir resoluciones de decomiso por infracciones diferentes a las contenidas en el listado, aunque en esos supues-

[21] Con la DM 2008/841/JAI¹¹² se da continuidad a la política legislativa de la Unión Europea de intentar armonizar las legislaciones penales de los países miembros ante problemas transfronterizos, en este caso la delincuencia organizada. Un paso más que motivó la derogación de la AC 98/733/JAI.

Si bien en su breve articulado no encontramos alusión alguna al término decomiso, esta Decisión Marco es de mucha utilidad puesto que en el artículo 1 de la misma se fijan conceptos que van a ser utilizados en otros instrumentos legales.

Tomando como referencia lo que ya hemos reseñado del artículo 2 DM 2002/475/JAI para el terrorismo, se define lo que es una “organización delictiva”, concepto descriptivo en el que se recogen los rasgos que sumados permiten calificar así a una asociación de personas: (i) asociación estructurada, que significa que la misma no ha sido formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada; (ii) de más de dos personas; (iii) establecida durante un determinado periodo de tiempo; (iv) que actúa de manera concertada; (v) con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, y (vi) con el objetivo de obtener —directa o indirectamente— un beneficio económico u otro beneficio de orden material.¹¹³

tos la misma sólo será atendida por el Estado de ejecución si cumple con la condición de que los hechos que han suscitado la resolución de decomiso sean constitutivos de una infracción que permita el decomiso con arreglo a la legislación del Estado de ejecución, sean cuales fueren los elementos constitutivos o la manera en la que esté descrita en la legislación del Estado de emisión.

¹¹² Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, *relativa a la lucha contra la delincuencia organizada* (DOUE núm. L 300, de 11 de noviembre de 2008).

¹¹³ En el Considerando núm. 4 *in fine* DM 2008/841/JAI, se recuerda como más allá de este objetivo contenido en el concepto del artículo 1.1), los Estados miembros son libres para tipificar como organizaciones delictivas a otros grupos de personas, como por ejemplo, aquellos grupos cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Además de ello, en el artículo 2 DM 2008/841/JAI se obliga a los Estados miembros a tipificar como delito a uno o ambos de los siguientes tipos de conducta relacionados con una organización delictiva:

- a) la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización;
- b) la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aun cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad.

[22] La DIR 2014/41/UE,¹¹⁴ dedicada a las resoluciones judiciales emitidas o validadas por una autoridad judicial

¹¹⁴ Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, *relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DOUE* núm. L 130, de 1 de mayo de 2014) (DIR 2014/41/UE). Véase Garcimartín Montero, R. (2017), “The European Investigation Order and the Respect for Fundamental Rights in Criminal Investigations”. *EUCRIM*, núm. 1, pp. 45 y ss.; Jimeno Bulnes, M. (2016), “Orden europea de investigación en materia penal”, en Jimeno Bulnes, M. (coord.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, J. M. Bosch, pp. 151 y ss.; Martínez García, E. (2016), *La orden europea de investigación: actos de investigación, ilicitud de la prueba y cooperación judicial transfronteriza*, Valencia, Tirant lo Blanch, en VV.AA. (2016), *Cooperación jurídica penal internacional*, Madrid, Lefebvre-El Derecho, pp. 387 y ss.; Bachmaier Winter, L. (2015), “Prueba transnacional penal en Europa: La Directiva 2014/41 relativa a la orden europea de investigación”, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, pp. 1 y ss.; y Escribano Mora, A. (2015), “El exhorto europeo de obtención de pruebas y la Orden Europea de Investigación”, en González Cano, M. I. (dir.), *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 499 y ss.

Estado miembro para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro con vistas a obtener pruebas de soslayo, extiende el ámbito de aplicación de la orden europea de investigación al decomiso del producto del delito.¹¹⁵

[23] La DIR 2014/42/UE, ya citada, aborda de manera monográfica la institución del decomiso, y por ello los veintiocho países miembros están en pleno proceso de transposición de sus previsiones, o los han terminado en fechas recientes,¹¹⁶ como es el caso de España.

La Directiva parte de una realidad criminológica y forense marcada por los siguientes hechos:¹¹⁷ (i) la motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros, que hace necesario que los Estados cuenten con mecanismos y medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito; (ii) como los grupos de delincuencia organizada no conocen fronteras y cada vez adquieren más activos en Estados miembros diferentes de aquellos en los que están basados y en terceros países, cada vez es más necesario que entre ellos se dé una cooperación internacional eficaz en materia de recuperación de activos y de asistencia jurídica mutua; (iii) entre los medios más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada se encuentran, además del establecimiento de consecuencias jurídicas graves por la comisión de delitos, la detección eficaz y el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito, y (iv) los procedimientos de decomiso, nacionales, están infrautilizados, teniendo como consecuencia que las cantidades producto

¹¹⁵ Concretamente, en el Considerando núm. 34. Una técnica legislativa seguida en España por el Ministerio de Justicia de España con el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la orden europea de investigación, en el que se proponen diferentes cambios en el régimen jurídico del decomiso.

¹¹⁶ El artículo 12 DIR 2014/42/UE concede a los Estados miembros plazo hasta el 4 de octubre de 2015 para transponer y dar cumplimiento a lo establecido en la misma.

¹¹⁷ Véanse Considerandos núms. 1 a 4 DIR 2014/42/UE.

del delito recuperadas en la Unión parecen insuficientes en comparación con las estimaciones de ese producto.¹¹⁸

Ante esta tesitura, la Directiva recoge normas mínimas sobre el embargo de bienes con vistas a su posible decomiso, y sobre el decomiso de bienes en el ámbito penal, disposiciones que, según indica el artículo 1 DIR 2014/42/UE, serán complementarias a las que regulen los procedimientos que pueden utilizar los Estados miembros para decomisar los bienes de que se trate. Estamos, pues, ante un intento armonizador que trate de paliar las graves y relevantes divergencias que se dan en las legislaciones de los países en esta materia.

Pero la búsqueda de la eficacia, al menos en el plano teórico, de las actividades y procedimiento de decomiso, no se hace sin límites: mientras que la jurisdicción penal tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente, el artículo 8.1 DIR 2014/42/UE impone a los Estados, con carácter general, la obligación de tomar medidas para garantizar que las personas afectadas por la Directiva tengan derecho a una tutela judicial efectiva y a un juicio justo, con el fin de que puedan defender adecuadamente sus derechos.¹¹⁹ Y *afectados* lógicamente

¹¹⁸ Esta falta de datos, que impide saber a ciencia cierta la realidad fáctica en la que va a operar la Directiva, de cara al futuro, trata de ser corregida con las obligaciones que se impone a los Estados miembros en el artículo 11 DIR 2014/42/UE, los cuales tienen que:

a) Recopilar, de forma periódica, y llevar estadísticas exhaustivas a través de las autoridades pertinentes. Siendo así, en las estadísticas anuales que envíen a la Comisión tendrán que incluir el número de órdenes de embargo ejecutadas; el número de resoluciones de decomiso ejecutadas; el valor estimado de los bienes embargados, al menos el de los bienes embargados con vistas a un posible decomiso, en el momento del embargo, y el valor estimado de los bienes recuperados en el momento del decomiso.

b) Enviar cada año a la Comisión estadísticas en las que se recoja el número de solicitudes de ejecución de órdenes de embargo en otro Estado miembro; el número de solicitudes de ejecución de resoluciones de decomiso en otro Estado miembro, y el valor —o el valor estimado— de los bienes recuperados de resultas de la ejecución en otro Estado miembro.

¹¹⁹ En este mismo sentido, en el artículo 8 DIR 2014/42/UE se desarrollan algunos derechos y garantías a reconocer y respetar en los procesos penales,

van a ser los terceros adquirentes de los bienes de buena fe, y también, no hay que olvidar a las víctimas de los delitos, interesadas en el reparto final que se haga del resultado económico del decomiso.

debiendo destacar, además, que los mismos tienen que completarse con lo establecido en los siguientes textos:

- Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, *relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales* (DOUE núm. L 280, de 26 de octubre de 2010);
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, *relativa al derecho a la información en los procesos penales* (DOUE núm. L 142, de 1 de junio de 2012);
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* (DOUE núm. L 315, de 14 de noviembre de 2012);
- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad* (DOUE núm. L 294, de 6 de junio de 2013);
- Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio* (DOUE núm. L 65, de 11 de marzo de 2016);
- Directiva 2016/680/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo* (DOUE núm. L 119, de 4 de mayo de 2016);
- Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales* (DOUE núm. L 132, de 21 de mayo de 2016);
- Directiva 2016/1148/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, *relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad en las redes y sistemas de información en la Unión* (DOUE núm. L 194, de 19 de julio de 2016);
- Directiva 2016/2258/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de diciembre de 2016, *por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias e información contra el blanqueo de capitales* (DOUE núm. L 342, de 16 de diciembre de 2016).

[24] La DIR 2015/849/UE¹²⁰ es otro de los importantes instrumentos normativos de la Unión Europea en los que se aborda la institución del decomiso, o, al menos como en este caso, acciones de prevención específica y proporcionada del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales —y la financiación del terrorismo, más recientemente—, puesto que quienes cometen esas actividades se aprovechan de la libre circulación de capitales y de la libre prestación de servicios financieros, ambos surgidos con la construcción de un sistema financiero integrado.¹²¹ Pero

¹²⁰ Directiva 2015/849/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DOUE núm. L 141, de 5 de junio de 2015).*

¹²¹ Por tanto, esta DIR 2015/849/UE continúa el camino legislativo que se inició en la década de los noventa del pasado siglo con los siguientes textos:

- AC 98/699/JAI;
- DM 2001/500/JAI;
- Directiva 1991/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DOUE L 166, de 28 de junio de 1991);*
- Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, *por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DOUE núm. L 344, de 28 de diciembre de 2001);*
- Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, *relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUE núm. L 309, de 25 de noviembre de 2005);*
- Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, *por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada (DOUE núm. L 214, de 4 de agosto de 2006);*
- Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, *sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE (DOUE L núm. 267, de 10 de octubre de 2009).*

tienen que ser acciones limitadas, que den equilibrio entre los objetivos de protección de la sociedad frente a las actividades delictivas y de la estabilidad y la integridad del sistema financiero de la Unión y la necesidad de crear un entorno regulador que permita que las empresas desarrollen sus negocios sin incurrir en costes de cumplimiento desproporcionados.

Se han dispuesto, como consecuencia de estas premisas, medidas dirigidas a la manipulación de fondos procedentes de delitos graves y a la recogida de fondos o bienes, lícitos, para ser empleados en actividades delictivas, en este caso en aquellas que tengan fines terroristas.¹²² Del fracaso de ellas dependerá que con posterioridad haya que recurrir al decomiso de bienes y productos del delito.

[25] Más recientemente, en esta misma materia de lucha contra el terrorismo la DIR 2017/541/UE¹²³ obliga en su artículo 20.2 a que los países miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que sus autoridades competentes —embarguen o— decomisen el producto derivado de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en la misma Directiva y los instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados para tal comisión o contribución.

V. EL DECOMISO EN OTROS ÁMBITOS TERRITORIALES

[26] Sin la importancia, pujanza e influencia que han tenido y tienen los instrumentos normativos de la Unión Europea, en otros continentes se han dado hace años, como manifestación

¹²² Véanse Considerandos núms. 1, 2 y 5 DIR 2015/849/UE. Y más ampliamente, véase Met-Domestici, A. (2016), “The fight against money laundering in the EU: the framework set by the Fourth Directive and its proposed enhancements”. *Eucrim: The European Criminal Law Associations’ Forum*, núm. 4, pp. 170 y ss.

¹²³ Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, *relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo (DOUE L núm. 88, de 31 de marzo de 2017)*.

regional de un movimiento internacional de prevención y combate a la corrupción y al terrorismo, textos legales en los que se relacionan los beneficios económicos que producen esos delitos y la utilidad que puede tener un instrumento jurídico como el decomiso para prevenir y luchar contra los efectos que se derivan de los mismos. Creemos que su cita es oportuna para dejar constancia de cómo en todas las regiones del mundo se trabaja sobre los mismos temas con la pretensión de reducir los espacios a la impunidad.

[27] La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico lleva un cuarto de siglo alertando a los países sobre que el cohecho es una práctica generalizada en las transacciones comerciales internacionales, que provoca, amén de efectos comunes a otras prácticas corruptas, una distorsión de las condiciones competitivas internacionales. Por ello, el 21 de noviembre de 1997 aprobó la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”, *peaje jurídico* que han debido flanquear todos los países miembros —como España—¹²⁴ y los candidatos a la adhesión, en la cual, dentro de las *sanciones* del artículo 3, se obliga a los Estados Parte a que tomen las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero —o de los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto— estén sujetos a embargo y confiscación, o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable.

¹²⁴ Véase el Instrumento de Ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 (*BOE* núm. 46, de 22 de febrero de 2002). Sobre el mismo, y la consecuente modificación operada en el Código Penal español para regular el delito de cohecho internacional, primero en el artículo 445 bis, luego en el artículo 445 y actualmente en el artículo 286 ter —dentro de los *delitos de corrupción en los negocios*—, véase Benito Sánchez, C. D. (2015), “Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, en *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 63, núm. 1, pp. 205 y ss.; ID. (2012), *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Madrid, Iustel; Fabián Caparrós, E. A. (2003), *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch.

[28] La *Convención de Caracas*,¹²⁵ que es el primer tratado internacional dedicado monográficamente al tema de la corrupción, obliga a los Estados Parte en el artículo XV.1 a adoptar determinadas “medidas sobre bienes”: que se presten mutuamente la más amplia asistencia posible en relación con la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de actos de corrupción, y de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes. Por tanto: (i) una asistencia judicial entre países no general, sino centrada a las actividades decomisivas sobre los bienes relacionados con los hechos corruptos que se describen en la Convención; (ii) un decomiso —y actividades complementarias— *tradicional*, aplicable sobre bienes, instrumentos, efectos y productos relacionados con los delitos, y (iii) unas actuaciones que se tienen que desarrollar de conformidad con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, lo que supone tener que analizar caso por caso que no se producen situaciones antagónicas entre diferentes normas, las cuales debieran ser superadas con sentido flexible y en favor de una investigación efectiva.¹²⁶

Con posterioridad, el artículo XV.2, CICC acoge el criterio esgrimido por Estados Unidos en su tramitación conforme al cual el Estado de ejecución aplicará su normativa interna para dar el destino procedente a los bienes decomisados, quien podrá, a pedido de otro Estado signatario, compartir con él parte de esos recursos obtenidos como *premio* de su colaboración en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

[29] Consciente de la necesidad de coordinar e intensificar la cooperación, la unidad, la cohesión y los esfuerzos para alcanzar unas condiciones de vida mejor para los pueblos de África, la mayor parte de ellos flagelados durísimamente por el problema de la corrupción en los sectores público y privado, lo que frena drás-

¹²⁵ Convención Interamericana *contra la Corrupción*, aprobada el 29 de marzo de 1996 en Caracas, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos —comúnmente conocida como *Convención de Caracas*— (CICC).

¹²⁶ Manfroni, C. (2001), *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 189.

ticamente su desarrollo económico, la Unión Africana aprobó el *Convenio de Maputo*.¹²⁷

Aunque sea de manera sucinta, su articulado repasa las cuestiones básicas relacionadas con la confiscación y comiso de los productos e instrumentos de la corrupción (art. 16, CAC),¹²⁸ y con el secreto bancario (art. 17, CAC), que no puede ser un obstáculo al desarrollo de esas actuaciones.

[30] La Liga Árabe, con la finalidad de mejorar el marco normativo de la región con medidas preventivas y represivas que promuevan la cooperación internacional entre los países en la lucha contra el terrorismo, actividad delictiva relacionada directamente con el crimen organizado, el tráfico de armas, el narcotráfico, la corrupción y el lavado de capitales, el 29 de mayo del 2000 se aprobó la “Convención arábiga para combatir el terrorismo”, cuyos artículos 19 y 20 regulan el comiso de los bienes y productos derivados de los delitos.

¹²⁷ Convención sobre prevención y combate a la corrupción, aprobada el 11 de julio de 2003 en Maputo bajo los auspicios de la Unión Africana —comúnmente conocida como *Convenio de Maputo*—.

¹²⁸ Artículo 16, CAC: “1. Each State Party shall adopt such legislative measures as may be necessary to enable: (a) its competent authorities to search, identify, trace, administer and freeze or seize the instrumentalities and proceeds of corruption pending a final judgement; (b) confiscation of proceeds or property, the value of which corresponds to that of such proceeds, derived, from offences established in accordance with this convention; (c) repatriation of proceeds of corruption.

2. The Requested State Party shall, in so far as its law permits and at the request of the Requesting State Party, seize and remit any object: (a) which may be required as evidence of the offence in question; or (b) which has been acquired as a result of the offence for which extradition is requested and which, at the time of arrest is found in possession of the persons claimed or is discovered subsequently.

3. The objects referred to in clause 2 of this Article may, if the Requesting State so requests, be handed over to that State even if the extradition is refused or cannot be carried out due to death, disappearance or escape of the person sought.

4. When the said object is liable for seizure or confiscation in the territory of the Requested State Party the latter may, in connection with pending or ongoing criminal proceedings, temporarily retain it or hand it over to the Requesting State Party, on condition that it is returned to the Requested State Party”.

VI. REFLEXIONES FINALES

[31] Una vez hecho un repaso sucinto a los principales instrumentos supranacionales que abordan en mayor o menor extensión esta institución, podemos concluir en primer término, que el combate a la delincuencia grave pasa por alcanzar mayores niveles de efectividad en la investigación y enjuiciamiento penal de las conductas delictivas, condenando penalmente a sus responsables, para también privándoles de todos los elementos patrimoniales con los que han actuado, con los que pueden reiterar sus actividades y con los que se han enriquecido. Una línea de trabajo que tiene que ser lo más perfeccionada posible cuando quienes cometen los hechos lo hacen de manera organizada.

[32] Como los delincuentes en la comisión de los hechos, en la elusión de las responsabilidades o en la ocultación y/o blanqueo de los beneficios financieros, recurren a las estructuras económicas y administrativas de más de un país, no elegidos al azar, en los que los intereses económicos priman sobre los sociales.¹²⁹ Ante ello, la acción aislada de cada uno de ellos es de todo punto ineficiente, lo que motiva que ante una delincuencia transfronteriza la cooperación jurídica internacional sea más que una *opción* una *necesidad*. Incluso más: de la cooperación, imprescindible, hay que pasar a la armonización legislativa, tanto en lo sustantivo como en lo procesal para reducir la existencia de *paraísos legales*, incluso dentro de espacios geográficos limitados e integrados, o en países que predicán una política activa en la persecución eficaz de las finanzas del delito.¹³⁰

[33] Igualmente es importante la cooperación económica y financiera entre los países, porque si el gran problema en el castigo de los delitos económicos es la prueba, si entre ellos no facilitan la investigación financiera las *cifras negras* en estos delitos no harán más que crecer. Por ello, también tiene que ser una

¹²⁹ Espinosa Labella, M. (2012), “El blanqueo de capitales, los modos de blanquear y los paraísos fiscales”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 1, p. 26.

¹³⁰ VV.AA. (2016), *Paradise lost: Ending the UK's role as a safe haven for corrupt individuals, their allies and assets*. London: Transparency International UK.

prioridad globalizar a la policía,¹³¹ que tiene que cumplir un rol esencial en las acciones en pro de la recuperación de activos,¹³² empezando por su cooperación en la que participen servicios de policía, servicios de aduanas y otros servicios con funciones coercitivas especializados en la prevención y en la detención e investigación de infracciones penales.¹³³

[34] La acción legislativa de los Estados, y de los organismos internacionales en los que se agrupan, no puede empezar y acabar con la institución del decomiso: dentro de una política general de recuperación de activos, para que pueda prosperar eficazmente el decomiso de los bienes, instrumentos y productos del delito que se acuerde en una sentencia penal de condena son precisas previamente actividades de localización, embargo y administración de los elementos a decomisar. Por tanto, junto a necesarios cambios sustantivos y procesales no menos importantes son los orgánicos, de los que poco se habla en las iniciativas internacionales, en especial, entre ellos, de las Oficinas de Recuperación —y Gestión— de Activos.

¹³¹ Alain, M. (2001), “Transnational Police Cooperation in Europe and in North America: Revisiting the Traditional Border Between Internal and External Security Matters, or How Policing is Being Globalized”. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, núm. 2, pp. 113 y ss.

¹³² Sierra Caro, J. A. (2013), “Estrategia de la Unión Europea sobre la recuperación de activos y prospectiva legal en España”, en *Ciencia Policial*, núm. 121, pp. 25 y ss.

¹³³ Así se prevé en el artículo 87.1, TFUE, encomendando al Parlamento Europeo y al Consejo el estudiar el poder adoptar medidas relativas a la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente; el apoyo a la formación de personal, así como la cooperación para el intercambio de personal, los equipos y la investigación científica policial, y las técnicas comunes de investigación relacionadas con la detección de formas graves de delincuencia organizada. Véase Moral Torres, A. Del (2010), *La cooperación policial en la Unión Europea: propuesta de un modelo de inteligencia criminal*, Madrid, Real Instituto Elcano; Carrizo González-Castell, A. (2008), “Instrumentos de asistencia policial en la Unión Europea: de Schengen a las estructuras orgánicas de cooperación policial”, en Bujosa Vadell, L. M. (coord.) (2008), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo: perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*, Granada, Comares, pp. 159 y ss.

[35] La normativa analizada no utiliza de manera uniforme y única el término decomiso. Se habla de “decomiso”, de “comiso”, de “confiscación”, de “incautación”, de “bloqueo”, de “embargo”, etc. En ocasiones marcando diferencias entre ellos en las definiciones que elaboran, en otras usándolos como sinónimos — cuando no lo son—. Si bien alguna *culpa* pueden tener los traductores de los documentos internacionales,¹³⁴ en todos los ámbitos se deja manifiesto que el interés siempre está en desposeer al titular de bienes obtenidos ilícitamente de los mismos, para evitar su enriquecimiento injusto y que pueda reiterar la actividad delictiva.

[36] No hay un pronunciamiento claro y asentado acerca de cuál es la naturaleza jurídica del decomiso, y la dualidad de finalidades buscadas con el mismo —retributiva y, si cabe, preventiva— es inferida tanto por su catalogación como “medida”, como “pena” o como “consecuencia” como fundamentalmente por las finalidades que trata de satisfacer, sobre las que en muchas ocasiones se pronuncia con rotundidad —y no siempre acierto— el legislador en las exposiciones de motivos o en los preámbulos.

[37] También es difícil dar con un concepto cerrado y aceptado sobre qué es el decomiso, quizá porque siempre que se ensaya uno lo que se hace es adicionar los elementos que lo constituyen, y debido a la variabilidad en muchos de ellos, como estamos poniendo de manifiesto, el resultado no puede ser más dispar. Por eso un poco más adelante señalaremos lo que a nuestro juicio el decomiso *es*, y lo que por el contrario *no es*, que es tanto como reconocer: por un lado, que como en otras muchas instituciones,¹³⁵ hay una concepción amplia y otra estricta de la misma institución; y, por otro, que hay que ser precavido y riguroso, primero, al legislar y luego, al regular, en esta materia, para que no

¹³⁴ En este sentido, Navas Blánquez, J. J. (2016), “Aspectos prácticos derivados del embargo preventivo y el aseguramiento de prueba bajo la perspectiva de la Ley 23/2014”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 12 , p. 3; nos habla del proceso *colonizador* de carácter lingüístico procedente del acervo comunitario que ha sufrido el ordenamiento jurídico español.

¹³⁵ Esto mismo lo abordamos, por ejemplo, en el estudio de la conformidad: Rodríguez García, N. (1996), *El consenso en el proceso penal*, Barcelona, J. M. Bosch.

se produzca un *fraude de etiquetas* generador de desigualdades e inseguridad jurídica, lo cual no es fácil de evitar cuando, como en el caso español, llamándose todos por igual no hay *un* decomiso, sino *varios* decomisos.

[38] La potestad para acordar el decomiso en la generalidad de los casos se atribuye a un órgano jurisdiccional, y además del ámbito penal, puesto que no en vano el bien y/o el producto que se quiere decomisar está relacionado con una infracción penal. No obstante, como la conexión que se establece entre ellos no siempre se tiene que producir como consecuencia del enjuiciamiento penal de ésta, no se excluye que en caso de legislaciones sobre “extinción de dominio” los tribunales puedan ser de otros órdenes jurisdiccionales, o que incluso el decomiso pueda ser ordenado por “otra autoridad competente”, situación que introduce nuevas dudas acerca de la naturaleza jurídica única del decomiso. Incluso, hay casos en los cuales la atención no se centra en el *quién* sino en el *cómo*: tanto en procedimientos penales como en vías distintas a la penal.

[39] En la fijación del ámbito de aplicación, en principio el decomiso se va a aplicar a los “instrumentos” —para evitar la reiteración delictiva— y a los “productos” —para evitar el aprovechamiento económico— de la infracción. Ahora bien, según el cuerpo normativo al que nos refiramos, aparecen otros términos como “efectos”, “bienes” y “ganancias”; es una secuencia que unas veces aparece completa y otras no, sin saber en cada caso si es una omisión o una exclusión deliberada. Además, cada palabra va a ser utilizada, bien de manera reducida, bien en términos amplios, absorbiendo alguna de las otras. Incluso, las dudas surgirán respecto a la cualificación de algunos de los elementos, a la determinación de su alcance, como acontece los que integran las ganancias o beneficios, que en ocasiones no se sabe si son *brutos* o *netos*, o *indirectos* o *directos*.

[40] En cuanto a los delitos en los que se debe aplicar el decomiso, de siempre la regulación ha tenido carácter sectorial, empezando por el tráfico de drogas, por el crimen organizado —especialmente si es transnacional— y, más recientemente, por la corrupción. Con posterioridad, se ha generalizado el uso del decomiso, al menos el *directo*, a cualquier delito, si bien parece

que sólo *compensa*, o es proporcional, cuando supere un umbral mínimo penológico, colocado en una pena en abstracto de privación de libertad superior a un año.

En aquellas versiones más controvertidas sobre las que surgen dudas de constitucionalidad por vulnerar derechos y garantías procesales, como en el decomiso *ampliado*, se comenzó parcelando su uso al terrorismo y al crimen organizado, que son dos categorías jurídicas complejas y en las que se producen variaciones en su conceptualización, para pasar a extenderlo a lo que se entiende por *delincuencia grave con dimensión transfronteriza*.

Y en el caso del *decomiso autónomo*, su ámbito de aplicación no se determina ni por la naturaleza de los hechos delictivos enjuiciados, ni por la pena en la que estén tipificados, sino con las circunstancias concurrentes en relación con el sujeto pasivo: su muerte, su ausencia injustificada, el que esté enfermo, etcétera.

[41] La idea actualmente presente en toda la normativa sobre decomiso es mejorar su eficacia. Un parámetro que se mide en la *cantidad* de bienes decomisados, en su valor económico, y no en la *calidad* de las resoluciones judiciales que los acuerdan, haciendo en ocasiones uso de disposiciones legales cuya constitucionalidad es muy cuestionable. Así, con los cambios operados progresivamente en los ordenamientos penales se han establecido disposiciones que tratan de *legalizar* situaciones que han venido estando resueltas por la jurisprudencia de los altos tribunales. En esencia, cómo actuar: (i) cuando sobre los bienes originariamente decomisible no es posible actuar —decomiso *por sustitución*—; (ii) cuando por las actuaciones llevadas a cabo se puede acreditar que los bienes de procedencia ilícita del condenado penal son mayores —decomiso *ampliado*—; (iii) cuando hay certeza o riesgo de que el proceso penal principal no se va a poder culminar con una sentencia condenatoria que permita acordar el decomiso directo o por sustitución —decomiso *autónomo*—; (iv) cuando los bienes de procedencia ilícita, que se quieren decomisar, están *mezclados* con otros de procedencia lícita, o (v) cuando los bienes a los que se extiende el decomiso se han *transformado*.

[42] De forma explícita en la redacción del articulado, en los menos de los casos, o de forma encubierta, en todos los ámbi-

tos territoriales referenciados se expresa la necesidad de *invertir la carga de la prueba* sobre el origen lícito de los bienes,¹³⁶ siempre y cuando ello sea compatible con los principios y tradiciones que sustenten en ordenamiento jurídico nacional.¹³⁷ Un *mal necesario*¹³⁸ en relación con el que se utiliza como *excusa* para mitigar las acusaciones de vulneración de la presunción de inocencia y el proceso debido que el comportamiento a exigir al titular de los bienes sólo se produce una vez que ha sido condenado penalmente en el proceso principal, en el que se han tenido que cumplir todas las garantías procesales para alcanzar el fallo; es decir, que la actuación sobre su patrimonio es diferida y tiene como presupuesto precisamente esa sentencia de condena.

¹³⁶ Frente a ello, el artículo 6 DIR 2016/343/UE establece que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación, disposición que se entiende sin perjuicio de cualquier obligación del órgano jurisdiccional competente de buscar pruebas tanto de cargo como de descargo, y del derecho de la defensa a proponer pruebas con arreglo al Derecho nacional aplicable. Además de ello, los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto.

¹³⁷ Conviene recordar como en la STC 13/1982, de 1 de abril (Supl. BOE núm. 95, de 21 de abril de 1985), el Tribunal Constitucional ya sostuvo que “[...] el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos”.

¹³⁸ En el ya citado documento “Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio”, se incluye como mandato a los países “...estudiar la posibilidad de que, una vez dictada condena contra un delincuente por un delito grave pueda mitigarse la carga de la prueba en lo que se refiere al origen de los activos en su posesión. Esta mitigación haría que sea la persona condenada quien tenga que demostrar que ha adquirido dichos activos lícitamente. Si el tribunal [no] queda convencido, se puede declarar que dichos activos son productos ilegales del delito y confiscarlos”. Una opción que ha encontrado respaldo en la doctrina: véase Aguado Correa, T. (2003), “La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4, p. 11.

[43] La salvedad que siempre está incluida en las normas sobre decomiso es que su aplicación debe respetar los derechos legítimos de los terceros que han adquirido, de buena fe, los bienes decomisables que pertenecieron al condenado penal. Y para ello hay que darles audiencia, escucharles, dejarles defenderse y, aunque sobre este extremo siempre se guarda silencio, si su proceder no ha sido ajustado a Derecho iniciar actuaciones penales frente a él como cooperador necesario, o como cómplice, e incluso responsable por delitos como el blanqueo de capitales.

[44] De quien no se habla tanto, desafortunadamente, es de la víctima del delito, que en teoría es por quien se extreman los rigores retribucionistas de la reforma, y a quien —entre otros— tiene que *beneficiar* que se decomise mucho. Las previsiones no pasan de pedirle un deber de colaborar con la administración de justicia, tanto testificando en el proceso penal principal, como ayudando a las autoridades a identificar y localizar bienes del acusado que sean susceptibles de ser decomisados.

[45] Relacionado con esto último, se echa en falta que en los convenios y directivas no se establezcan lineamientos básicos y mínimos relacionados con el destino que hay que dar a los bienes decomisados o al resultado económico obtenido de su enajenación.

Quizá la *excusa* pueda estar en que la mayor parte de los delitos en los que se aplica el decomiso, y muchas de sus versiones más severas con las que se busca engrandecer el resultado final de su práctica, son pluriofensivos, *delitos sin víctima*¹³⁹ o delitos con en Estado como principal o único perjudicado, razón que justificaría que a él se le ingresen todos los bienes y recursos económicos, para que le dé el destino que le permita cubrir las necesidades manifestadas en su regulación nacional, tanto de tipo preventivo como represivo, fortaleciendo con personal, infraestructuras y formación a los operadores encargados de combatir estos delitos.

¹³⁹ Hassemer, W. (2016), *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 201 y ss.; Lascoumes, P. (2000), *Corrupciones. El poder frente a la Ética*, Barcelona, Ediciones Bellaterra, p. 20; Lamo de Espinosa, E. (1989), *Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral*, Madrid, Alianza.

Las pocas menciones que sobre esta materia podemos encontrar se refieren a que de la cantidad decomisada haya que descontar los gastos en los que se haya incurrido en su incautación, gestión y realización, y a que cuando el asunto del que provienen es transfronterizo y han participado relevantemente terceros Estados y hay que compensar económicamente su colaboración.

[46] Como los delitos a los que fundamentalmente se va a aplicar el decomiso con frecuencia se efectúan en un contexto internacional, no bastan ni las acciones propias de cada uno de los Estados ni las medidas que se puedan acordar en espacios comunitarizados si todos ellos no están en sintonía con la política que se sigue a nivel internacional y que emerge fundamentalmente del trabajo de Naciones Unidas. La existencia de diferentes niveles de exigencia en los actos legislativos procedentes de tantos foros diversos es una causa más del crecimiento descontrolado en muchas regiones del mundo de flujos de dinero ilícito, que los delincuentes en parte lo disfrutan y en parte lo reinvierten en estrategias de protección personal y de sus negocios. Por tanto, es intrínseco a la idea de maximizar la eficacia del decomiso hablar de *coordinación*, de *asistencia* y de *cooperación* operativa,¹⁴⁰ y de *armonización* y, más lejana en el tiempo se barrunta, de *unificación* legislativa.¹⁴¹

¹⁴⁰ VV.AA. (2015), *La cooperación judicial penal en Europa: De la asistencia judicial al reconocimiento mutuo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.

¹⁴¹ Cuesta Arzamendi, J. L. de la, Pérez Machio, A. I., Ugartemendía Eceizabarrena, J. I. (dirs.) (2012), *Armonización penal en Europa*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública; Gómez-Jara Díez, C. (2006), “Modelos del sistema europeo de derecho penal: ¿unificación versus armonización?”, en Bajo Fernández, M., Bacigalupo Saggese, S., Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Constitución Europea y derecho penal económico: mesas redondas de Derecho y Economía*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 326 y ss.