



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL



Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

MÓDULO IV

TEMA 11

Orden Europea de Embargo Preventivo y Aseguramiento de Pruebas, Decomiso y Exhorto Europeo

5ª Edición

2013



AUTOR

Andrés Palomo del Arco

Presidente de la Audiencia Provincial de Segovia



Con el apoyo financiero del Programa de Justicia Penal de la Unión Europea
With the financial support from the Criminal Justice Programme of The European Union
Avec le soutien financier du Programme de Justice Pénale de l'Union Européenne

NIVELES

NIVEL I: TEMA

NIVEL I: TEMA

ÍNDICE

- 1.- Relegación del apartado material o real del delito frente al personal, en los iniciales instrumentos de cooperación.
- 2.- Ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas.
- 3.- Consecuencias de la previsión de la cooperación en dos tiempos
- 4.- Ejecución de las resoluciones de decomiso.
 - 4.1.- Decisión Marco 2001/500/JAI, *relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*
 - 4.2.- Decisión Marco 2005/212/JAI, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.*
 - 4.3.- Decisión Marco 2003/577/JAI, *relativa a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas (vd. ut supra, epígrafe 2).*
 - 4.4.- Decisión Marco 2006/783/JAI, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.*
 - 4.5.- Decisión 2007/845/JAI, *sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito.*
 - 4.6.- Propuesta de Directiva *sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea*, COM(2012) 85
- 5.- Exhorto europeo de obtención de pruebas.
- 6.- Exhorto europeo de investigación.

1.- Relegación del apartado material o real del delito frente al personal, en los iniciales instrumentos de cooperación.

Como hemos visto en los módulos precedentes, la asistencia judicial penal internacional europea, asienta sus bases actuales en la segunda mitad del siglo pasado, tras la segunda gran guerra, en el seno de la Europa amplia, en el Consejo de Europa; donde los instrumentos iniciales, esencialmente el *Convenio Europeo de 1959*, fue el instrumento vigente de referencia durante el siglo XX, aunque en la última década por interacción con la normativa de la Unión Europea, se desencadena un desarrollo de dimensiones difícilmente previsibles. Pero con la particularidad de que los múltiples instrumentos que en la Unión, regulan esta materia, incluso los que surgen emitidos al amparo del reconocimiento mutuo, se han promulgado con profusión, pero como material de aluvión, pues generalmente nacen con voluntad de coexistencia con estos tratados primigenios, que sin derogarlos, se superponen con mera voluntad de perfeccionamiento para singulares apartados.

Sucede también, que el Convenio del 59, en su origen obedecía a ser instrumento auxiliar del Convenio de Extradición de 1957 y ello motivó una atención preferencial a las diligencias de investigación o de instrucción y medidas cautelares de carácter personal, sobre las reales y materiales, los objetos en definitiva. De forma que si bien entre las comisiones rogatorias (artículo 3º) se contemplaba aquellas que tuvieran por objeto realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos; si fuera preciso realizar un registro, a su vez se posibilitaba de manera amplia, declaraciones que condicionasen o limitasen su cumplimiento, como resulta de su artículo 5¹. Todos los Estados Parte, salvo Francia, Grecia, Israel, Italia y Letonia optaron voluntariamente por restringir la cooperación en solicitudes de embargo², de forma que la posibilidad real de que prosperase una petición internacional de embargo era escasa; en especial por cuanto, aunque no

¹ 1. Toda Parte Contratante, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su Instrumento de Ratificación o de adhesión, podrá, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, reservarse la facultad de someter la ejecución de las comisiones rogatorias que tengan como fin un registro o un embargo de bienes, a una o varias de las condiciones siguientes:

a) Que la infracción que motive la comisión rogatoria sea punible según la ley de la Parte requirente y de la Parte requerida.
b) Que la infracción que motive la comisión rogatoria pueda dar lugar a la extradición en el país requerido.
c) Que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con la ley de la Parte requerida.

2. Cuando una Parte Contratante hubiere formulado una declaración conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, cualquier otra Parte podrá aplicar la regla de la reciprocidad.

² Además Bosnia-Herzegovina, la ex República yugoslava de Macedonia y Serbia-Montenegro, no formularon declaración ni reserva alguna al firmar y ratificar el Convenio.

hubieran formulado reservas, podían oponer falta de reciprocidad ante los Estados que las hubieran alegado. Pero además, aún en ausencia de reservas, el comportamiento reactivo a la cooperación era frecuente; y así en el informe de evaluación mutua realizado por el Unión Europea³, aunque con régimen diferenciado según que la finalidad ulterior sea el decomiso o el aseguramiento de pruebas, aún cuando no se hubieran formulado reservas, en la práctica, la doble incriminación y la adecuación a la legislación nacional también era exigida.

Inclusive en el *Protocolo Adicional de 1978 al Convenio de 1959* (STC nº 99), acordado con la finalidad de suprimir la posibilidad de denegar la asistencia judicial en la investigación de infracciones fiscales; además de no haber sido ratificado por Andorra, Bosnia-Herzegovina, Liechtenstein, Mónaco, Israel, San Marino y Suiza, existen declaraciones y reservas relevantes por parte de Alemania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, España, Georgia y Luxemburgo, en su mayoría tendentes precisamente a la exigencia de la doble incriminación o a reservarse la posibilidad denegar la asistencia para practicar embargos por razón de infracciones fiscales.

El primer intento para paliar este déficit, aún en el seno del Consejo de Europa, fue el *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen*, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990 (STC nº 141), con la expresa vocación de facilitar la cooperación judicial en estas materias, en la conciencia de la diversidad de las legislaciones europeas en estas materias e incluso de la carencia y defecto de una completa legislación al respecto.

Convenio tendente a lograr de manera eficaz asistencia judicial en la privación patrimonial ilícita, con diferentes instrumentos escalonados según los diferentes momentos procesales: identificación, seguimiento y embargo como medidas tendentes bien al aseguramiento cautelar de bienes susceptibles de ulterior decomiso o confiscación; el comiso mismo en el momento de la sentencia; y en su defecto, en segundo escalón como criminalización secundaria, la privación patrimonial de las ganancias provenientes del delito a través de la tipificación del blanqueo de capitales. Convenio de gran trascendencia y que no lleva el apellido “europeo”, porque en el comité ad hoc encargado de su redacción, no sólo participaron representantes del viejo continente, sino que también se adhirieron al mismo expertos de Australia Canadá y Estados Unidos, así como de diversos organismos, desde la propia Comunidad Europea a las Naciones Unidas, Interpol o la Asociación Internacional de

³ Sirva de ejemplo el doc. 7254/00 CRIMORG 52.

Derecho Penal. Ratificado por los 47 Estados europeos e incluso por Australia, su dimensión trasciende el ámbito continental, pues es uno de los modelos que indican las 40 recomendaciones GAFI en materia de cooperación judicial contra el blanqueo de capitales.

El segundo peldaño, en la ponderación de la materia real del delito, viene con el *Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen (CAAS)*, que además de facilitar con carácter general la asistencia judicial, especialmente al posibilitar el contacto directo entre autoridades judiciales, facilita el seguimiento y localización de objetos, pero sobre todo amplía las posibilidades de cumplimentar una solicitud de embargo internacional, al limitar las posibilidades denegatorias en las solicitudes de asistencia judicial que tuvieran por objeto la realización de un embargo (artículo 51)⁴, además de evitar las reservas que se hubieran formulado al Convenio de 1959.

En orden a la localización de objetos buscados *con vistas a su incautación o como pruebas en un procedimiento penal*, el Sistema de Información de Schengen, de conformidad con el artículo 100.3 CAAS contiene diversas categorías de objetos que hayan sido robados, sustraídos u ocultados fraudulentamente: a) vehículos de motor (> 50 cc.); b) remolques y caravanas (> 750 Kg); c) armas de fuego d) documentos vírgenes; e) documentos de identidad expedidos (pasaportes, documentos de identidad, permisos de conducción); y f) billetes de banco (registrados); y en una paulatina incorporación ulterior documentos de viaje; certificados de matriculación de vehículos y placas de matrícula y valores mobiliarios y medios de pago (tales como cheques, tarjetas de crédito), bonos, valores y acciones. El acceso a esta base de datos, se limitaba en el artículo 101 CAAS a las autoridades competentes en materia de control de fronteras, aduanas (y policía en relación con estas actividades), visados y permisos de residencia; pero con la Decisión 2005/211/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, de conformidad con su destino a la investigación delictiva, se establece de forma explícita el derecho a consultar estos datos directamente por las autoridades judiciales nacionales, especialmente las competentes para incoar el proceso penal y la instrucción judicial previa a una imputación, en el desempeño de

⁴ Bastaría par deber ser atendido:

a) Que el hecho que motive la comisión rogatoria sea sancionable según el Derecho de ambas Partes contratantes a una pena privativa de libertad o a una medida de seguridad que restrinja la libertad durante un período máximo de, al menos, seis meses, o sea sancionable con arreglo al Derecho de una de las dos Partes contratantes con una sanción equivalente y, según el Derecho de la otra Parte contratante, constituya una infracción de reglamentos perseguida por autoridades administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante una jurisdicción competente, en particular en materia penal.

b) Que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con el Derecho de la Parte contratante requerida.

sus funciones, según disponga la legislación nacional.

Después, ya en el ámbito del tercer pilar, seguirían una serie instrumentos normativos que intentaban avanzar en esta materia, como la DECISIÓN MARCO 2001/500/JAI, del Consejo *relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*, de 26 de junio de 2001, que sustituye a la acción común de 1998 de igual título; o la DECISIÓN MARCO 2005/212/JAI, de 24 de febrero, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*, tendentes fundamentalmente a la inoperatividad entre los EMM de la UE de las declaraciones y reservas que hubieran formulado a los instrumentos citados del Consejo de Europa.

Incluso en el ámbito intergubernamental, la UE trata con el Convenio 2000 incorporar las nuevas tecnologías y nuevas instituciones procesales al ámbito de la asistencia judicial, pero los avances, en esta materia real o material del delito fueron pocos. Si bien el Protocolo al Convenio de Asistencia Judicial 2000, firmado el 16 de octubre de 2001⁵, fue un importante avance para el logro de información y documentación bancaria, aunque se permite a los Estados subordinar su cumplimiento a las mismas condiciones que aplican a las solicitudes de registro y embargo (es decir condicionar su cumplimiento a la existencia del requisito del doble tipicidad y la compatibilidad con su derecho interno –Austria formuló una declaración expresa en este sentido-); además de limitar su ámbito a determinados delitos, especificados por una triple alternativa que abraza un amplio y extenso catálogo: a) delitos sancionados con cuatro años en el Estado miembro requirente y dos años en el Estado miembro requerido; b) delitos contemplados en el Convenio Europol; y c) infracciones contempladas en los instrumentos relativos a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas⁶. Las solicitudes en esta materia, deben ser motivadas en orden a su pertinencia e indicarán la información que dispongan y los indicios o elementos que justifica la suposición de la existencia de la cuenta bancaria en cuestión; de modo que facilite en todo lo posible la ejecución de la solicitud, además

⁵ DO C 326 de 21.11.2001. Cuenta a su vez con informe explicativo aprobado el 14.10.2002 por el Consejo (DO C 257, de 24.10.2002).

⁶ Fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; utilización o presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos o que tengan el mismo efecto (si no son ya punibles bien como infracción principal, bien por complicidad, instigación o tentativa de fraude); corrupción pasiva que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; corrupción activa que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas; y blanqueo de capitales relativo a los productos del fraude mencionados, al menos en los casos graves, y a la corrupción activa y pasiva mencionada.

de vedar las diligencias de “pesca”.

También desde el Consejo de Europa se entendió necesario perfeccionar los mecanismos de asistencia previstos en el Convenio de 1990; y así, a finales de 2003, se inició la redacción de un Protocolo adicional a este Convenio, que recogiera los avances manifestados en instrumentos y actividades aparecidos tanto de Naciones Unidas, Unión Europea, como en el GAFI o el propio Grupo Egmont; especialmente para incorporar disposiciones relevantes a la prevención del blanqueo (identificación y verificación de clientes, identificación de los titulares beneficiarios, informes sobre operaciones sospechosas, regulación de los centros de inteligencia financiera o la transparencia de las personas jurídicas) así como a la financiación del terrorismo. Como el texto resultante conllevaba modificaciones sustanciales del Convenio, se concluyó que era preferible un instrumento autónomo; y así surge el *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo* (STC nº 198), abierto a la firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

La interacción entre los instrumentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea, se revelan aquí de forma privilegiada; pues así como el Convenio 2000 de la Unión Europea, perfecciona y desarrolla el Convenio de asistencia del Consejo de Europa de 1959, el Convenio 2005 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo, en sus artículos 17, 18 y 19, reproduce las medidas de investigación de cuentas bancarias que contiene el Protocolo de 2001 al Convenio 2000. Si bien el Convenio 2005, amplía le ámbito de aplicación de estas investigaciones, al posibilitar que las partes las apliquen a instituciones financieras no bancarias y no limita los delitos sobre los que se proyecta.

Así, hasta que llegan los instrumentos de *reconocimiento mutuo*; cuyo origen y concepto ha sido ampliamente desarrollado en temas precedentes y que en una primera aproximación, tal expresión de reconocimiento mutuo, supone que una vez adoptada una resolución dictada por un juez en el ejercicio de sus competencias en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones extranacionales, será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros, y surtirá allí los mismos efectos o, al menos, similares que en el Estado de su adopción; y ello siempre sin merma de los derechos fundamentales reconocidos a las personas, pues su fin explícito es tanto facilitar la cooperación entre autoridades como la protección judicial

de los derechos individuales. Por lo que las resoluciones dictadas bajo este régimen en un EM; se ejecutarán en los demás, de forma directa e inmediata, como si hubiese sido dictada por una autoridad judicial del Estado requerido.

Conviene en todo caso recordar que el art. 82 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos especificados en su apartado segundo, de la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, los derechos de las personas durante el procedimiento penal, los derechos de las víctimas de los delitos; u otros elementos específicos del procedimiento penal, determinados previamente por decisión del Consejo.

2.- Ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas.

Cuando se decide iniciar la puesta en marcha del proceso que llevará al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, se opta por comenzar por la materia del embargo preventivo de bienes⁷; y para su planificación la Secretaría General del Consejo, elabora un estudio⁸ a partir de los informes de evaluaciones mutuas sobre asistencia judicial y sobre las denominadas “fichas belgas”. Advierte que a diferencia de los procedimientos habituales de cooperación donde el Estado requirente hace una solicitud y el Estado requerido acepta o no darle curso, el reconocimiento mutuo implicaría que al Estado requerido le corresponde aplicar la solicitud que se le presenta sin analizarla desde el punto de vista de su Derecho interno; la resolución dictada tendría el carácter de título ejecutorio válido en todo el espacio de la Unión. A partir de la asunción de esta consecuencia elemental de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, que genera una asistencia judicial de mayor vinculación que la iniciada por el Convenio del 59, desgrana las líneas de trabajo que deben desbrozarse para conseguir su plasmación normativa: a) naturaleza del instrumento, que en cuanto conlleve aproximación legislativa si debe existir una a) regulación común mínima, debería ser una decisión marco; b) la necesidad de suprimir

⁷ Reunión del Comité del artículo 36 de 14 de enero de 2000.

la doble tipificación; c) para evitar en lo posible las diferencias de idiomas, la adopción de un modelo único de orden de embargo preventivo de bienes (con indicaciones pre-impresas) en todos los idiomas de la Unión; d) necesaria simplificación y rapidez del procedimiento de validación; e) tipos de recursos; f) identificación del bien cuyo embargo se solicita; g) ámbito de infracciones donde resulta posible su aplicación; y h) motivos de denegación.

Este esquema, señala las líneas básicas tanto de los trabajos preparatorios como de las Decisiones marco aprobadas, adoptando este principio del reconocimiento mutuo.

La formalización del proceso de adopción surge con la Iniciativa de los Gobiernos de la República Francesa, del Reino de Suecia y del Reino de Bélgica encaminada a que el Consejo adopte una decisión marco relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas⁹, que abocó en la Decisión marco del Consejo 2003/577/JAI, de 22 de julio, *relativa a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas*¹⁰, si bien el atentado del 11-S, determinó que fuera antes aprobada la Decisión marco 2002/584/JAI, sobre la orden de detención europea¹¹.

Expresa como *objeto*, el establecer las normas en virtud de las cuales un Estado miembro deberá reconocer y ejecutar en su territorio una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas dictada por una autoridad judicial de otro Estado miembro en el marco de un procedimiento penal.

Define la resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas como cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente cualquier operación de destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un bien que pudiera: a) ser decomisado por el Estado de emisión; o b) constituir elementos de prueba.

Por tanto, quedan excluidas de su ámbito, medidas cautelares tendentes a asegurar las responsabilidades patrimoniales en el proceso penal; o garantizar la responsabilidad civil derivada del delito; o asegurar el abono de las sanciones pecuniarias; o garantizar el abono de los gastos y costas del proceso. Aunque algunos

⁸ Doc. 6522/00 CATS 16 CRIMORG 34 COPEN 14, de 2 de marzo de 2000.

⁹ DO C 75, de 07.03.2001.

¹⁰ DO L 196, de 02.08.2003, pp 45-55.

¹¹ DO L 190, de 18.07.2002.

Estados Miembros de la Unión europea, conozcan de las responsabilidades civiles dentro del proceso penal, la ejecución de este apartado civil, debe tramitarse conforme a los instrumentos de reconocimiento mutuo civiles. Si bien dentro del ámbito del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen, su artículo 49 establece que también se prestará asistencia judicial en las acciones civiles conexas a las acciones penales, mientras el órgano jurisdiccional penal aún no se haya pronunciado definitivamente sobre la acción penal (apartado d).

En definitiva, conforme indica la doctrina, los requisitos que deben observarse para no exceder el *ámbito* de la aplicación de la orden de embargo o aseguramiento de pruebas, son:

a) Tratarse de medidas judiciales, adoptadas por una autoridad judicial en un procedimiento penal.

b) De naturaleza provisional, cautelar, anteriores a sentencia firme.

c) Con una finalidad específica, impedir provisionalmente la destrucción, transformación desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes.

d) Los bienes, objetos, datos o documentos, objeto de la medida, deben ser susceptibles de ser ulteriormente sometidos a decomiso, o bien, servir como elementos de prueba.

Su *justificación* resulta tanto por la insuficiencia de los instrumentos clásicos para el auxilio judicial que hemos examinado, como por las especialidades que presenta frente al resto de resoluciones penales, al requerirse para que fuera mínimamente eficaz la solicitud de asistencia en esta materia, la celeridad en su cumplimiento, prácticamente inmediata. Basado en relaciones de confianza, determina el reconocimiento de la resolución judicial que lo acuerda sin trámite alguno, de manera que su ejecución deviene directa e inmediata, como si hubiese sido dictada por una autoridad judicial del Estado requerido; con el sólo requisito del acompañamiento de un certificado firmado por la autoridad competente del Estado de emisión que haya dictado la medida, dando fe así de la exactitud de su contenido; y en cualquier caso posibilitando si falta, su subsanación.

Por tanto, en cuanto al *procedimiento*, la primera advertencia, es que a diferencia con la orden de detención y entrega, donde la propia emisión de la orden conforme a la cumplimentación del formulario que acompañaba a la Decisión Marco,

constituía la resolución judicial y por tanto suponía un título único europeo, en la orden de embargo o aseguramiento de pruebas, el título judicial viene integrada por la resolución judicial que conforme a su legislación nacional dicte la autoridad judicial, que debe remitir acompañada, ahora sí, por el certificado cuyo modelo incorpora la Decisión Marco.

La *transmisión* directa entre autoridades judiciales de la solicitud de embargo se prevé como medio ordinario¹²; la transmisión, deberá ir acompañada de una solicitud ulterior de transferencia de los elementos de prueba o del comiso, según la finalidad de la medida cautelar previa adoptada; o bien una instrucción de para que le bien siga inmovilizado, en cualquiera de las dos alternativas, hasta que se concrete esa solicitud consecutiva.

Pero especialmente debe acompañar a la solicitud el *certificado*. Su falta o su integración incompleta es la causa de denegación de la solicitud de embargo; no obstante aún en estos casos debe concederse plazo para subsanación, o bien aceptar un documento equivalente; o incluso si se considera suficientemente ilustrado, dispensar la obligación de su presentación. De dicho certificado se prevé su traducción a la lengua oficial o entre las declaradas admisibles por el Estado requerido.

Otras *causas de denegación* son la existencia de inmunidad o privilegio, o quebranto del *non bis in idem*, o falta de doble tipicidad salvo el listado de las treinta y dos infracciones exentas integrantes del listado habitual¹³ de estos instrumentos, siempre que estén sancionados con penas privativas de libertad cuya duración máxima al menos de tres años. Como meras causas de suspensión se prevén que la ejecución impida el buen desarrollo de una investigación penal en curso, o la media de embargo ya haya sido acordada en otra causa penal.

La resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas será *reconocida* por la autoridad competente del Estado de ejecución sin más trámite y ejecutada sin demora del mismo modo que lo sería una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas nacional; y también sin demora, y por cualquier medio que deje constancia escrita, se dará cuenta de la ejecución a la

¹² Aunque a Irlanda y Reino Unido podrán formular excepciones, especificando una autoridad central u otras autoridades específicas.

¹³ En la versión francesa del listado de infracciones exentas de doble incriminación, las relativas a tráficos (de estupefacientes, armas, sustancias hormonales, material nuclear), mientras en la Decisión marco sobre la orden de detención europea, precisaba que debía tratarse de tráficos *ilícitos*, este adjetivo se había suprimido en esta decisión marco (salvo para los bienes culturales). Omisión de estilo debida

autoridad competente del Estado de emisión (si fuera posible la decisión se comunicará dentro de las 24 horas siguientes a la recepción). La *ejecución* si fuera preciso para el Estado de emisión, podrá adecuarse al criterio de *forum regit actum*; pero si hubieran de adoptarse resoluciones coercitivas complementarias, se tomarán según el procedimiento aplicable en el Estado de ejecución. Dado que se trata de medidas cautelares, se prevé la posibilidad de limitar su temporalidad.

Así mismo se contemplan la posibilidad de *recursos* no suspensivos por parte del imputado, la víctima o cualquier persona física o jurídica que invoque buena fe, ante la autoridad competente del Estado de emisión o del Estado de ejecución, de acuerdo con la legislación nacional respectiva; si bien el recurso en el Estado de ejecución no podrá formularse por motivos atinentes al fondo.

Por último se regula la responsabilidad del Estado de emisión que eufemísticamente aparece bajo el epígrafe de *reembolsos*, cuando la información contenida en el certificado, fuese inexacta en el momento de su transmisión y hubiese dado lugar a la ejecución de una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de pruebas que hubiese perjudicado a alguna persona, en cuya consecuencia el Estado de ejecución hubiese debido indemnizar por esta causa.

La fecha límite de *transposición* al derecho interno, era el 2 de agosto de 2005; aunque no ha sido cumplimentado aún por la totalidad de los Estados Miembros, conforme indica la Secretaría General del Consejo, doc. 16921/10¹⁴, de 7 de diciembre de 2010, en base a las comunicaciones de los propios Estados, si bien el proceso e encuentra muy avanzado. En base al mismo, con ligeros matices, la Red Judicial Europea, elaboró el siguiente cuadro:

Member State	Implementation date	Member State	Implementation date
Austria	✓ 2 August 2005	Latvia	✓ 1 January 2008
Belgium	✓ 16 September 2006	Lithuania	✓
Bulgaria	✓	Luxembourg	✗
Cyprus	✓	Malta	✓
Czech Republic	✓ 1 July 2006	Netherlands, The	✓ 1 August 2005
Denmark	✓ 22 December 2004	Poland	✓ 2 August 2005
Estonia	✓	Portugal	✓
Finland	✓ 2 August 2005	Romania	✓ 13 November 2008

exclusivamente al traductor, que sin embargo, causó recelos dada la crítica doctrinal a esta enumeración por categorías, tan escasamente precisa.

¹⁴ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st16/st16921-re01.en10.pdf>

France	✓ 4 July 2005	Slovakia	✓ 1 January 2006
Germany	✓ 30 June 2008	Slovenia	✓ 25 November 2007
Greece	✗ <i>process ongoing</i>	Spain	✓ 7 June 2006
Hungary	✓	Sweden	✓ 1 July 2005
Ireland	✓ 1 September 2008	United Kingdom	✗ <i>process ongoing</i>
Italy	✗ <i>process ongoing</i>		

Las comunicaciones de los Estados miembros sobre las *autoridades competentes y el idioma* en que debe ir redactado el certificado y en su caso los documentos anejos, se puede consultar en la página web de la Red Judicial Europa: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?ld=24>

3.- Consecuencias de la previsión de la cooperación en dos tiempos

Como se ha indicado, en la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, relativa a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, la transmisión, debería ir acompañada de:

- a) una solicitud de transferencia de los elementos de prueba al Estado de emisión, o
- b) una solicitud de decomiso, o
- c) una instrucción para que el bien permanezca en el Estado de ejecución en espera de que el Estado de emisión solicite una de las dos medidas anteriores.

EMBARGO CON FINES DE DE DECOMISO U OBTENCIÓN DE PIEZAS PROBATORIAS tras DM 2003/577	
1. <i>Identificación del bien</i>	Solicitud de asistencia judicial clásica
2. <i>Seguimiento y detección o localización del bien</i>	Solicitud de asistencia judicial clásica
3. <i>Aprehensión o "embargo" provisional</i>	Reconocimiento Mº D-Marco 2003/577/JAI

4. Destino	a) Decomiso	Solicitud de asistencia judicial clásica
	b) Transferencia pruebas	Solicitud de asistencia judicial clásica

De forma que el embargo formalizado conforme a criterios de reconocimiento mutuo, podía devenir estéril, pues, la entrega ulterior de la prueba incautada o el decomiso subsiguiente, se tenían que resolver por criterios de clásicos de asistencia judicial, donde al ser el cauce más estrecho, podría no resultar fructífera la petición.

De ahí que hubo que adoptarse sendos instrumentos, donde esta última fase también se resolviera conforme a criterios de reconocimiento mutuo: el relativo a la ejecución de las resoluciones de decomiso y el relativo al exhorto de obtención de pruebas, que posibilitarían este esquema:

EMBARGO CON FINES DE DE DECOMISO U OBTENCIÓN DE PIEZAS PROBATORIAS tras DM 2003/577		
1. Identificación del bien		Solicitud de asistencia judicial clásica
2. Seguimiento y detección o localización del bien		Solicitud de asistencia judicial clásica
3. Aprehensión o "embargo" provisional		Reconocimiento Mutuo D-Marco 2003/577/JAI
4. Destino	a) Decomiso	Reconocimiento Mutuo D-Marco 2006/783/JAI
	b) Transferencia pruebas	Reconocimiento Mutuo D-Marco 2008/978/JAI

En los dos epígrafes siguientes contemplamos estos dos instrumentos concatenados de reconocimiento mutuo.

4.- Ejecución de las resoluciones de decomiso.

La Unión Europea, fundamentalmente en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada, cuenta con varios instrumentos, algunos ya citados, que regulan el comiso, tendentes a privar a estas organizaciones de los productos de su

ilícita actividad, con diversa vinculación normativa entre ellos. Así:

4.1.- La Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio *relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito*, tendente a posibilitar la asistencia judicial de las solicitudes de decomiso; regula también el decomiso del valor cuando no se pueda incautar el producto directo del delito y obliga a cumplimentar todas las solicitudes presentadas por los demás Estados miembros con la misma prioridad que los procedimientos nacionales;

4.2 La Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero, *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*, que armoniza las normativas sobre decomiso. Conviene precisar que este instrumento no integra la modalidad asistencial de reconocimiento mutuo. Mantiene las mismas definiciones que el Convenio Europeo de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito; y reitera al igual que la Decisión marco 2001/500/JAI, la obligación de la adopción de medidas para decomisar los instrumentos y productos de los delitos que lleven aparejadas penas privativas de libertad superiores a un año de libertad o de bienes cuyo valor corresponda a dicho producto; pero incluso los bienes procedentes de infracciones fiscales, respecto de los cuales permite aplicar procedimientos no penales, para lograr la privación del producto de la infracción.

Obliga también a los EEMM a disponer de una *potestad de decomiso ampliada* en relación a determinados delitos susceptibles de generar un gran beneficio económico cometidos en el ámbito de la criminalidad organizada o de ámbito terrorista, siempre que estén sancionados con penas máximas entre 5 y 10 años al menos (sólo cuatro en el caso del blanqueo): i) cuando un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior (razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto); o ii) cuando esté plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por el delito; o iii)

alternativamente 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 llega a estar plenamente convencido de que la propiedad en cuestión se deriva de la actividad delictiva de la persona condenada¹⁵.

Además, insta a considerar la posibilidad de aplicar este decomiso ampliado, a los bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y a los bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados; al igual que cuando la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica; e incluso permite recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal¹⁶ para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate. Y también regula vías de recurso a las personas interesadas en el decomiso acordado y reitera expresamente la obligación de observar la presunción de inocencia.

4.3.- La Decisión Marco 2003/577/JAI, que regula, el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo preventivo, con fines de decomiso, antes desarrollada en el epígrafe 2..

4.4.- La Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre.

Recordábamos que la obtención de un embargo obtenido al amparo de la Decisión marco 2002/577/JAI, precisaba una ulterior solicitud de decomiso, que para maximizar

¹⁵ Así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, {casos *Welch* (S. 9.II.1995) y *Phillips* (S. 5.VII.2001) contra Reino Unido}, ha manifestado que la legislación inglesa sobre tráfico de drogas de Reino Unido (ulteriormente ampliado su ámbito en *Proceeds of crime Act 2002*, en base al concepto de “estilo de vida criminal”), que autoriza a un tribunal a tomar como hipótesis que todos los bienes de una persona condenada por tráfico de drogas durante los seis años anteriores representan el producto de dicho tráfico, no integra quebranto al derecho a un juicio justo, por cuanto dicha hipótesis habría podido ser rechazada si el inculcado hubiera demostrado, de manera verosímil, que había adquirido los bienes por medios distintos al tráfico de drogas; e incluso el Tribunal tenía la opción de no aplicar la hipótesis si hubiese considerado que su aplicación corría riesgo de integrar una injusticia.

¹⁶ Ejemplos americanos, los encontramos en *Colombia con la Ley 333 de 1996 de “Extinción del Dominio sobre los Bienes”* o en la *Ley de Reforma del Decomiso Civil de Bienes de Estados Unidos, del año 2000*, donde al contrario que sucede en el ámbito penal, que precisa probar la procedencia ilícita de los bienes objeto de comiso más allá de toda duda razonable, basta superar la preponderancia comparativa de pruebas que debe realizarse frente a las presentadas por el demandado. En Europa, Irlanda para bienes de valor superior a 10.000 libras irlandesas; o Italia en su legislación Antimafia respecto de bienes que no guardan proporción con los ingresos legítimos de su propietario. El Tribunal de Casación francés, ha validado una decisión civil de decomiso italiana (asunto *Crisafulli*) aunque en Francia sólo existía el

su eficacia, precisaba de un nuevo instrumento, que respondiera a los mismos principios de reconocimiento mutuo. A este fin obedece la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre, **relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso**, donde se establecen las normas en virtud de las cuales un Estado miembro deberá reconocer y ejecutar en su territorio, una resolución de decomiso dictada por un órgano jurisdiccional competente en materia penal de otro Estado miembro.

Transmisión.- La resolución de decomiso debe ir acompañada de un certificado, cuyo modelo se incorpora a la Decisión marco, firmado por la autoridad competente del Estado de emisión que a su vez dará fe en el mismo de la exactitud de su contenido. Deberá haberse traducido al idioma oficial del país de ejecución o a otro idioma oficial de la Unión que indique tal país, y se envía directamente a la autoridad competente del país de la UE en donde la persona (física o jurídica), tenga bienes o ingresos si se trata de decomisar dinero, o donde se encuentren los bienes concretos objeto de la resolución; y si no hubiera motivos concretos para determinar un Estado miembro concreto se podrá transmitir al Estado donde la persona física resida habitualmente o en su caso la persona jurídica, tenga su domicilio social.

La transmisión de una resolución de decomiso no limita el derecho del Estado emisor a ejecutar él mismo la resolución. Pero entonces, deberá informarse al Estado de ejecución.

Ejecución.- El Estado de ejecución reconocerá y ejecutará la resolución sin demora y sin que sea precisa ninguna otra formalidad. El procedimiento de ejecución será de acuerdo con la Ley del país de ejecución y según las formalidades que sus autoridades decidan. Las resoluciones de decomiso dictadas contra personas jurídicas deberán ser ejecutadas inclusive cuando el país de ejecución no haya previsto la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Si varias solicitudes de ejecución se refiriesen a la misma persona, el país de ejecución debe decidir el orden de ejecución habida cuenta de la gravedad de los delitos y de cualquier otra circunstancia pertinente.

Las cantidades decomisadas corresponden al Estado de ejecución si la cantidad decomisada es inferior a 10.000 euros; si la cantidad recaudada fuera

decomiso penal. En España, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de octubre de 2012, en su art. 127 ter, establece asimismo algunos supuestos de "decomiso sin condena".

superior, deberá transferirse la mitad de su importe al Estado emisor.

Tanto el Estado de ejecución como el de emisión, pueden conceder el indulto o la amnistía, pero sólo el Estado emisor es competente para conocer las solicitudes de revisión del fondo de la resolución de decomiso.

Motivos de denegación del reconocimiento.- En la misma línea que el resto de instrumentos de reconocimiento mutuo, se recogen diversos supuestos donde el reconocimiento puede ser denegado:

- La falta de certificado, integración incompleta o manifiestamente no se corresponda con la resolución.
- Conculcación del *ne bis in idem*.
- Falta de doble tipicidad, salvo en el caso del listado de las 32 infracciones exentas, cuando son sancionadas al menos con tres años de prisión de duración máxima.
- Previsión en el país de ejecución de inmunidades o privilegios que impidan la ejecución.
- Cuando los derechos de las partes interesadas o de los terceros de buena fe, hicieran imposible la ejecución de la resolución conforme la legislación del país de ejecución.
- Si la sentencia se dictó en ausencia, en los términos explicitados en la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, *destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado*.
- Cuando las infracciones que originaron el decomiso, se hubieren cometido en parte o en su totalidad en el territorio del país de ejecución o fuera del territorio del país emisor y en la normativa del país de ejecución no figure un procedimiento legal contra dichas infracciones.
- Si la resolución de decomiso ha prescrito, conforme a la aplicación del

Derecho nacional del país de ejecución, siempre que los hechos se encuentren bajo la jurisdicción de tal país de acuerdo con su código penal.

Aplazamiento.- Se faculta en el caso de que la ejecución de la resolución de decomiso pueda resultar perjudicial para una investigación o un procedimiento penal en curso en el país de ejecución; o bien cuando se considere necesaria la traducción omitida de la resolución de decomiso.

Recursos.- Se impone a los Estados la obligación de disponer recursos para garantizar a las personas interesadas y a los terceros que actúan de buena fe, la posibilidad de presentar recurso ante un tribunal del país de ejecución. Si la normativa nacional del Estado de ejecución así lo establece, el recurso legal puede tener efecto suspensivo de la resolución de decomiso. Pero los recursos sobre los motivos de fondo en los que se basa la resolución de decomiso; sólo cabe interponerlo ante el Estado de emisión.

Implementación.- La fecha para dar cumplimiento a la Decisión marco, era de 24 de noviembre de 2008, pero a pesar del tiempo transcurrido faltan algunos Estados por transponer la Decisión marco.

La Comisión, el 23 de agosto de 2010, elaboró un informe sobre su implementación, incorporado al documento COM(2010) 428 final¹⁷; la Secretaría general del Consejo, lo hace con fecha de 24 de abril de 2012, en su documento 9006/12¹⁸. Por su parte la Red Judicial Europea, elabora el siguiente cuadro:

Member State	Implementation date	Member State	Implementation date
Austria	✓ 1 July 2007	Latvia	✓ 14 July 2009
Belgium	✓ 14 April 2012	Lithuania	✗
Bulgaria	✓ 27 February 2010	Luxembourg	✗
Cyprus	✓ 25 June 2010	Malta	✓ 22 October 2010
Czech Republic	✓ 1 January 2009	Netherlands, The	✓ 1 June 2009
Denmark	✓ 1 January 2005	Poland	✓ 5 February 2009
Estonia	✗ process ongoing	Portugal	✓ 31 August 2009
Finland	✓ 24 November 2008	Romania	✓ 13 November 2008

¹⁷ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0428:FIN:EN:PDF>

¹⁸ <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st09/st09006.en12.pdf>

France	✓ 9 July 2010	Slovakia	✗
Germany	✓ 22 October 2009	Slovenia	✓ 25 October 2007
Greece	✗	Spain	✓ 10 March 2010
Hungary	✓ 8 January 2009	Sweden	✓ 1 July 2011
Ireland	✗	United Kingdom	✗
Italy	✗		

Las notificaciones, declaraciones y comunicaciones de los Estados miembros, consecuentes al proceso de implementación, sobre las autoridades designadas competentes e idioma admitidos, pueden consultarse en la siguiente página de la web de la Red Judicial Europea:

<http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?ld=34>

4.5 Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito.

Omnipresente la idea de que la mejor manera de luchar contra la criminalidad organizada, es la privación de sus beneficios económicos, tendente a su logro se pretende organizar el rápido intercambio de toda información que pueda llevar a la localización y embargo de los productos de actividades delictivas y facilitar el ulterior decomiso en su caso. A tal fin, en conexión con las previsiones del Programa de la Haya, sobre la creación en los Estados miembros de la UE de unidades de inteligencia especializadas en activos delictivos, surge la Iniciativa austriaca, belga, y finlandesa¹⁹ que obliga a los Estados miembros a organizar Organismos de Recuperación de Activos encargados de facilitar la localización e identificación de los productos de actividades delictivas con vistas a su ulterior embargo, incautación o decomiso por parte de la autoridad judicial competente.

La eficacia de estas instituciones, se puso de manifiesto en el informe consecuente con la evaluación mutua en relación con la asistencia judicial, practicado

en Irlanda²⁰, donde opera una “Oficina de Bienes de Procedencia Criminal”, creada el 15 de octubre de 1996, integrada por funcionarios de distinta procedencia²¹ que gozan del anonimato de sus trabajos, donde sus objetivos principales consistían en detectar aquellos bienes, dondequiera que estuvieren, que procedan o se sospecha que proceden, directa o indirectamente, de la actividad delictiva, y tomar a continuación las medidas oportunas para privar a los delincuentes de dichos bienes. El juez del Tribunal de Distrito, tras oír la declaración de un oficial adscrito a la Oficina, puede, si le consta que hay motivos razonables para sospechar que en un lugar pueden hallarse pruebas relativas a bienes o productos procedentes de una actividad delictiva, dictar una orden de registro de dicho lugar y de cualquier persona que allí se encuentre. Si como resultado de ésta u otra medida se hallan bienes, la Oficina de Bienes de Procedencia Criminal solicita al Tribunal Superior, con arreglo a la Ley de Productos del Delito, en primer lugar una orden provisional de embargo preventivo o incautación de bienes, y a continuación, una providencia cautelar con un plazo de validez de siete años. Si, en esos siete años, no queda probado a satisfacción del Tribunal que los bienes detectados no son productos del delito, dichos bienes pasan a disposición del Estado. Mientras la orden de embargo preventivo o incautación de bienes o una providencia cautelar, se encuentre en vigor, la persona contra la que se dictó la orden podrá ser obligada a declarar la totalidad de sus ingresos y la procedencia de los mismos durante los diez años anteriores. Narra el informe que los tribunales irlandeses han considerado que esta disposición no vulnera el principio de no autoinculpación, por cuanto el procedimiento es civil y no penal. Por ello, tampoco es necesario demostrar que una persona ha sido condenada por un delito para privarla de bienes, incluso podría incluso haber sido absuelta. Basta demostrar que se ha beneficiado de la actividad delictiva. En compensación, existen disposiciones con una detallada normativa sobre la indemnización a que puede optar una persona si se demuestra que ha sufrido pérdidas a raíz de una orden de las descritas cuando los bienes no eran en realidad productos del delito.

Otras Oficinas de Confiscación o Decomiso, existen en Holanda (BOOM) o Bélgica (COSC), a cuya iniciativa se constituyó CARIN (Camden Asset Recovery Inter-Agency Network), en septiembre de 2004, en cooperación con Irlanda, Reino Unido, Austria, Eurojust y ulteriormente Alemania, con apoyo de la Comisión europea; integra

¹⁹ Doc. 15628/05 CRIMORG 156, de 14.12.2005.

²⁰ Doc. 9079/99 CRIMORG 70, de 19.08.1999.

²¹ Agentes de la Garda Síochána, de la Administración de Hacienda y del Ministerio de Asuntos Sociales y Comunitarios y de la Familia.

una red informal de profesionales y expertos con la intención de mejorar el conocimiento común de las metodologías y técnicas en el ámbito de la identificación, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito. La presidencia es compartida entre Holanda y Bélgica; la secretaría permanente es sustentada por Europol; prevé dos puntos de contacto operativos (uno policial y otro judicial) por país; e incluye expertos de más de 50 países y jurisdicciones, entre ellos 26 Estados miembros de la UE.

La Decisión 2007/845/JAI obliga a los Estados miembros a crear o designar organismos nacionales de recuperación de activos («ARO») como puntos centrales de contacto nacionales que facilitan, mediante una cooperación mejorada, el seguimiento más rápido posible a escala de la UE de los activos derivados del delito.

Permite a los ARO intercambiar información y buenas prácticas, previa solicitud o también de manera espontánea, independientemente de su estatuto (autoridades administrativas, policiales o judiciales). La Decisión insta a los ARO a intercambiar información con arreglo a las condiciones establecidas en la Decisión Marco 2006/960/JAI²² («la iniciativa sueca») y con arreglo a las disposiciones aplicables de protección de datos.

La Decisión también está encaminada a apoyar la red CARIN (Camden Assets Recovery Inter-Agency Network, «Red Camden entre Organismos para la Recuperación de Activos»), que como se ha descrito es una red mundial de profesionales y expertos cuyo objetivo es mejorar el conocimiento mutuo sobre los métodos y técnicas para la identificación transfronteriza, la inmovilización, embargo y decomiso de activos ilícitamente adquiridos.

Conforme indica la Comisión en su doc. COM(2011) 176 final, de 12 de abril, en la designación de los ARO, se han establecido principalmente en los servicios policiales; el resto casi por igual entre los integrados por autoridades judiciales y los ARO dotados de una estructura multidisciplinaria; además siete Estados, conforme permite el art. 1.2, han designado dos ARO; y como la Decisión trata también de establecer estructuras formales para apoyar las actividades de la red CARIN, casi todos los ARO designados incluyen el punto o puntos de contacto de la red CARIN.

Concretamente, los designados han sido:

²² Véase en el Módulo III, las concreciones del principio de disponibilidad.

ESTADO	AROS DESIGNADOS
AUSTRIA	Policía Judicial Federal (Bundeskriminalamt – Referat «Vermögensabhöpfung»)
BÉLGICA	Organe Central pour la Saisie et la Confiscation (Organismo Central de Embargo y Decomiso – OCSC)
BULGARIA	Comisión para Determinar los Productos de la Actividad Delictiva (CEPACA, que posteriormente cambió su nombre por CEPAIA) y la Fiscalía Suprema.
CHIPRE	Unidad para la Lucha contra el Blanqueo de Dinero (MOKAS-FIU Chipre).
REPÚBLICA CHECA	Unidad para la Lucha contra la Corrupción y los Delitos Financieros (UOKFK), Departamento de Cooperación Internacional,
DINAMARCA	Fiscalía del Estado para los Delitos Económicos Graves (Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet).
ESTONIA	V División, Departamento de Investigación, Policía Judicial Central.
FINLANDIA	Oficina Nacional de Investigación, División de Inteligencia Criminal/Centro de Comunicaciones
FRANCIA	Dirección Central de Investigación Judicial (Plateforme d'Identification des Avoirs Criminels - PIAC); y La Agencia para la gestión y recuperación de los activos embargados y decomisados (AGRASC).
ALEMANIA	Policía Judicial Federal (Bundeskriminalamt Referat SO 35 « Vermögensabschöpfung ») y el Ministerio de Justicia (Bundesamt für Justiz).
GRECIA	Unidad para los Delitos Financieros y Económicos en el Ministerio de Finanzas.
HUNGRÍA	Centro Nacional de Investigación (Nemzeti Nyomozó Iroda).
IRLANDA	Oficina de Activos de Origen Delictivo.
LETONIA	Departamento de Policía Económica del Departamento Central de Policía Judicial de la Policía del Estado.
LITUANIA	Policía Judicial (Lietuvos kriminalines policijos biuras) y la Fiscalía General (Lietuvos Respublikos generaline prokuratūra).
LUXEMBURGO	Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg, Section éco-fin.
PAÍSES BAJOS	Servicio de Fiscalía de la Oficina de Privación de Activos de Origen Delictivo (Bureau Ontnemingswetgeving Openbaar Ministerie - BOOM).
POLONIA	Unidad de Recuperación de Activos, Oficina Judicial, Dirección General de la Policía.
ESLOVAQUIA	Unidad de Inteligencia Financiera de la Oficina de Lucha contra la Delincuencia Organizada de la Jefatura de Policía.
ESPAÑA	Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) y la Fiscalía Especial Antidrogas del Ministerio de Justicia.
SUECIA	Servicio Nacional de Policía de Inteligencia Criminal y la Oficina Nacional de Delitos Económicos (Ekobrottsmyndigheten).
REINO UNIDO	Agencia de Lucha contra la Delincuencia Organizada Grave (Serious Organised Crime Agency – SOCA -) para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, y Agencia Escocesa de Lucha contra la Delincuencia y la Droga (Scottish Crime and Drug Enforcement Agency – SCDEA -) para Escocia.

La existencia de de las Oficinas de Recuperación de Activos –ARO-, determina su vez, la consecuencia de la previsión de organismos destinados a la custodia y administración de bienes confiscados y/o incautados a favor del Estado (Assets Management Office –AMO-) con competencia para afectación temporal o definitiva anticipada de esos bienes e incluso, si fuera necesario, el recurso al *outsourcing*.

4.6 Propuesta de Directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, COM(2012) 85 final, de 12 de marzo.

La práctica y ámbito de los instrumentos anteriores, se entendía aún insatisfactoria, por lo que se intenta la configuración de un instrumento que facilita la posibilidad de decomiso, en sus más extensas modalidades, con vistas fundamentalmente a combatir la criminalidad organizada transnacional, pero con vocación extensiva a un amplio espectro delictivo. Concretamente se ha optado por determinar su proyección sobre un determinado y concreto *listado de infracciones*, con remisión de su definición a los Decisiones marcos o Directivas donde se contiene su regulación²³.

²³ Por infracción penal entiende la regulada en:

- (a) el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea;
- (b) la 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;
- (c) la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo;
- (d) la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo[modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 9 de diciembre de 2008];
- (e) la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento preventivo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito;
- (f) la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado;
- (g) la 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;
- (h) la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información;
- (i) la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada;
- (j) la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo;
- (k) la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco del Consejo 2004/68/JAI.

Los *antecedentes* de su ámbito y finalidad, expresamente mencionados en la Propuesta son tres:

a) Las conclusiones del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior sobre el decomiso y la recuperación de activos adoptadas en junio de 2010²⁴, donde interesan un enfoque más coordinado entre los Estados miembros, con vistas a la posibilidad de reforzar el marco jurídico para instituir unos regímenes más eficaces para el decomiso de terceros y el decomiso ampliado, con atención a todas las fases del proceso de decomiso y recuperación de activos, sin obviar las medidas preventivas para preservar el valor de los activos durante dicho proceso.

b) El informe del Parlamento sobre la delincuencia organizada²⁵ de 2011, solicita a la Comisión que proponga nueva legislación sobre decomiso lo antes posible que regule especialmente el uso eficaz del decomiso ampliado y el decomiso no basado en condena, el decomiso de activos transferidos a terceros y normas que atenúen la carga de la prueba tras la condena de una persona por infracciones graves respecto el origen de los activos en su posesión.

c) La Comunicación de la Comisión titulada «La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción»²⁶ donde ya existe la previsión sobre una propuesta legislativa con objeto de reforzar el marco jurídico de la UE en materia de decomiso, que contemple especialmente el decomiso de terceros y el decomiso ampliado, y para facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso no basado en condena entre los Estados miembros.

Objeto.- Normas mínimas sobre el embargo preventivo de bienes con vistas a su posible incautación posterior y sobre el decomiso de bienes en asuntos penales

Modalidades.- Junto al decomiso basado en condena, regula el decomiso ampliado, el decomiso no basado en condena y decomiso de terceros.

A la vez, indica su respecto por los derechos humanos y libertades reconocidas, de modo que precisa en la exposición motivada de la propuesta que: a) la introducción de disposiciones armonizadas sobre el decomiso no basado en condena sólo está prevista en circunstancias muy limitadas, esto es, cuando el acusado no pueda ser procesado por causa de fallecimiento, enfermedad o fuga.; b) el

²⁴ Documento nº 7769/3/10.

²⁵ 2010/2309(INI)

²⁶ COM(2010) 673 final de 22.11.2010

decomiso ampliado solo está permitido cuando un órgano jurisdiccional concluya, basándose en hechos concretos, que una persona condenada por una infracción penal posee activos que es considerablemente más probable que procedan de otras actividades delictivas similares que de otro tipo de actividades; en todo caso, se da a la persona condenada la posibilidad efectiva de refutar dichos hechos concretos; y de ningún modo puede aplicarse a los presuntos productos de actividades delictivas respecto de las cuales el interesado haya sido absuelto en un juicio anterior o en otros casos en los que se aplique el principio *ne bis in idem*; y c) el decomiso de terceros solo se permite en determinadas condiciones, a saber, cuando el tercero adquirente hubiera pagado un importe inferior al valor de mercado y debiera haber sospechado que los activos eran productos del delito y tras una evaluación que indique que no es probable decomisar con éxito los activos directamente a la persona que los transfirió; el tercero al igual que el imputado o sospechoso debe ser informado sobre el proceso, tiene derecho a contar con representación letrada y deben serle comunicadas todas las decisiones que afecten a la propiedad lo antes posible y debe disponer de la posibilidad efectiva de interponer recurso contra esas decisiones.

Derogaciones.- Sustituiría las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI.

5.- Exhorto europeo de obtención de pruebas

El *origen y finalidad* de complementar la Decisión marco del Consejo 2003/577/JAI, de 22 de julio, *relativa a la ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas*, determina el actual contenido fragmentario del exhorto europeo, regulado por **DECISIÓN MARCO 2008/978/JAI de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal**. Finalidad que expresamente reconoce en los considerandos 5º y 6º de su Expositivo.

Meramente integra un primer paso, para la obtención de los elementos de prueba que existen ya y que están directamente disponibles; la próxima etapa sería prever el reconocimiento mutuo de resoluciones para la obtención de los otros tipos de pruebas. Éstas, que aún restan fuera del ámbito de este instrumento, pueden dividirse en dos categorías:

a) Aquellas que no existen todavía pero que están directamente disponibles. Esto incluye la obtención de pruebas mediante declaraciones de sospechosos, testigos o expertos, y a través de la intervención de llamadas telefónicas o control de transacciones bancarias.

b) Los elementos de prueba que, aunque existan, no están directamente disponibles sin una investigación o análisis. Esto incluye el tomar de pruebas del cuerpo de una persona (tales como muestras del ADN). Esta categoría también incluye situaciones que requieren otras investigaciones, en especial mediante la obtención o análisis de objetos, documentos o de datos existentes. Un ejemplo sería encargar un informe a expertos.

En concreto, **no** puede ser objeto de solicitud, a través de este instrumento:

a) que se mantengan entrevistas, tome declaraciones o inicie otros tipos de interrogatorios con sospechosos, testigos, expertos cualquier otra persona;

b) que se lleven a cabo registros corporales u obtenga materiales orgánicos o datos biométricos directamente del cuerpo de cualquier persona, como muestras de ADN o impresiones dactilares;

c) que se obtenga información en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, vigilancia discreta o control de cuentas bancarias;

d) que se analicen objetos, documentos datos o existentes;

e) que se obtengan datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones electrónicas accesible al público o de una red de comunicaciones pública.

f) solicitud de intercambio de información sobre condenas penales extraída del registro de antecedentes penales se llevará cabo con arreglo la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005²⁷

No obstante, anuncia una etapa final normativa, donde estos actos separados podrán reunirse en un solo instrumento consolidado que incluirá una parte general con

²⁷ Esta Decisión es derogada por la Decisión Marco 2008/315/JAI DEL CONSEJO, de 26 de febrero de 2009, *relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros*, cuyo plazo de transposición acabó el 26 de marzo de 2012 (DO L 93, de 7.04.2009).

disposiciones aplicables a toda cooperación.

Su consecución a pesar de todo, no ha sido fácil, ha cambiado notablemente la redacción original de la iniciativa de 2003; de modo que incluso ha sido objeto de tres remisiones a informe del Parlamento.

El exhorto europeo, aquí contemplado, puede *definirse* como la resolución judicial emitida por una autoridad competente de un Estado Miembro con objeto de recabar objetos, documentos, datos de otro Estado Miembro para un procedimiento “penal”²⁸.

Sólo debe expedirse cuando los objetos, documentos o datos recabados son necesarios y proporcionados al objeto de los procedimientos enumerados; y siempre y cuando pudieran obtenerse conforme a la Ley del Estado de emisión, si estuvieran *disponibles* en su territorio. Si bien, basta la existencia de motivos razonables para suponer que se hallan en el Estado de ejecución. En el caso de los datos electrónicos, que sean directamente accesibles conforme a la legislación del Estado de ejecución²⁹.

Para mejor delimitar su contorno, se asevera una *delimitación de su ámbito positiva*: objetos, documentos y datos cuando ya obren en poder de la autoridad de ejecución antes de la emisión del exhorto. También los hallazgos causales: cualquier otro objeto, documento o dato que la autoridad de ejecución descubra al ejecutar el exhorto y que, sin mediar otras investigaciones complementarias, considere pertinente para los procedimientos a cuyos efectos haya sido emitido. E incluso, si se solicita, las declaraciones de las personas presentes durante la ejecución del registro, directamente relacionadas con el asunto.

²⁸ Así definido en el artículo 5:

- a) en los procesos penales entablados por una autoridad judicial o que van entablarse ante una autoridad judicial por hechos constitutivos de delito con arreglo a la legislación nacional del Estado de emisión;
- b) en los procedimientos incoados por autoridades administrativas por hechos tipificados en la legislación nacional del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales, y cuando la decisión pueda dar lugar a un procedimiento ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular, en materia penal;
- c) en los procedimientos incoados por autoridades judiciales respecto a hechos tipificados en la legislación nacional del Estado de emisión por ser infracciones de disposiciones legales, y cuando la decisión pueda dar lugar a ulteriores procedimientos ante una autoridad jurisdiccional competente, en particular, en materia penal;
- d) en relación con los procedimientos mencionados en las letras a), b) y c) que se refieran delitos o infracciones por los cuales una persona jurídica pueda ser considerada responsable o ser castigada en el Estado de emisión.

²⁹ Previsión que tiene su origen en el Convenio de Cibercriminalidad, al posibilitar que el Estado requerido obtenga pruebas en formato electrónico que son legalmente accesibles en su territorio mediante una red de comunicaciones electrónica, a condición de que se refieran a servicios proporcionados a su territorio, aunque se almacenen en el territorio de otro Estado miembro; siempre que su legislación nacional no prohíba al Estado de ejecución miembro acceder a ellos.

Y también una *delimitación negativa*, de modo que no puede ser utilizado para solicitar:

a) que se realicen entrevistas, tomen declaraciones o inicien otros tipos de interrogatorios con sospechosos, testigos, expertos cualquier otra persona;

b) que se lleven a cabo registros corporales u obtengan materiales orgánicos o datos biométricos directamente del cuerpo de cualquier persona, como muestras de ADN o impresiones dactilares;

c) que se obtenga información en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, vigilancia discreta o control de cuentas bancarias;

d) que se analicen objetos, documentos o datos existentes;

e) que se obtengan datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones electrónicas accesible al público o de una red de comunicaciones pública.

f) intercambio de información sobre condenas penales extraída del registro de antecedentes penales, pues se indica que es objeto de regulación específica por la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005³⁰

El exhorto está llamado a *coexistir* con los actuales procedimientos de asistencia judicial³¹, pero dicha coexistencia ha de considerarse transitoria hasta el momento en que, conforme al Programa de La Haya, los tipos de obtención de pruebas excluidos del ámbito de aplicación de la presente Decisión Marco estén sujetos igualmente a un instrumento de reconocimiento mutuo, cuya adopción dará lugar a un régimen completo de reconocimiento mutuo que sustituirá los procedimientos de asistencia judicial actuales.

³⁰ Esta Decisión es derogada por la Decisión Marco 2008/315/JAI DEL CONSEJO, de 26 de febrero de 2009, *relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros*, cuyo plazo de transposición acaba el 26 de marzo de 2012 (DO L 93, de 7.04.2009).

³¹ En la redacción de la iniciativa, se resaltaba la vocación de sustituir los siguientes convenios, cuando la solicitud de asistencia fuese la obtención de pruebas comprendidas en el ámbito de su aplicación: a) Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y sus Protocolos adicionales de 17 de marzo de 1978 y 8 de noviembre de 2001; b) Convenio europeo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990; c) Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; d) Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su Protocolo de 16 de octubre de 2001. Y congruentemente, **derogaba** el artículo 51 del Convenio de aplicación de Schengen y el artículo 2 del Protocolo de 2001 al Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000.

Aunque debe recurrirse al exhorto europeo cuando todos los objetos, documentos datos que necesiten solicitar al Estado de ejecución estén incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Decisión Marco. De modo que cuando la solicitud tuviere un ámbito más amplio de asistencia, la utilización de esta Decisión Marco para la obtención objetos, documentos y datos, sería facultativa.

Las *autoridades competentes* para emitir e exhorto europeo, son

i) un juez, tribunal, juez de instrucción o fiscal, o

ii) cualquier otra autoridad judicial según se defina por el Estado de emisión y que, en el caso de que se trate, actúe en calidad de autoridad de investigación en procesos penales y tenga competencia para ordenar la obtención de pruebas en casos transfronterizos con arreglo a la legislación nacional.

Mientras que para ejecutar, la designada en cada caso por la legislación nacional al incorporar la Decisión Marco; con la posibilidad a su vez de designar una Autoridad central (o varias).

En su emisión debe cumplimentarse el correspondiente *formulario* que acompaña a la Decisión marco, que también deberá ser firmado y certificado como “exacto”; además de redactado o traducido a una de las lenguas oficiales o de las designadas por el EM de ejecución. En su integración, debe indicarse cuando el exhorto complemente otro enviado con anterioridad y muy especialmente si es consecutivo a una resolución de embargo preventivo expedida en virtud de la Decisión marco 2003/5777/JAI.

La previsión de su *transmisión* es la habitual en los instrumentos de reconocimiento mutuo: directamente entre autoridades, por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita en condiciones en condiciones que permitan establecer su autenticidad. O por el sistema protegido de telecomunicaciones de la Red Judicial Europea. Red que auxiliará en la averiguación de quien sea en cada caso la autoridad de ejecución. En caso de recepción por una autoridad no competente, deberá remitirlo a la competente y comunicarlo a la autoridad de emisión.

Ejecución.- La autoridad de ejecución deberá reconocer sin requerir otra formalidad, y adoptará inmediatamente las medidas necesarias para que se ejecute de la misma manera que si los objetos, documentos o datos fueran recabados por una autoridad del Estado de ejecución.

Le corresponde al Estado de ejecución, elegir las medidas que, con arreglo a su legislación, garanticen la obtención de los objetos, documentos o datos solicitados en un exhorto y decidir si es necesario el uso de medidas coercitivas para prestar esta asistencia.

No obstante, si fuera preciso realizar un registro, si la autoridad de emisión no hubiese sido, juez, autoridad judicial, juez de instrucción o fiscal; o no hubiese sido validado por alguna de estas autoridades, el Estado de ejecución, puede negarse en el caso concreto a ejecutar el registro o la incautación. También se posibilita una declaración para la exigencia en todo caso de dicha validación. Aunque a su vez, en el caso del listado de infracciones reiterada en los instrumentos de reconocimiento mutuo, se llevará a cabo, sin exigencia de que concurra doble incriminación.

En su ejecución, se observarán las *formalidades y procedimientos* expresamente indicados por el Estado de emisión, siempre que los mismos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución; aunque ello no da origen a una obligación de adoptar medidas coercitivas; que si se adoptan seguirán las normas de procedimiento aplicables en el Estado de ejecución.

En cuanto a los *motivos de denegación*, indica que “podrá” denegarse, en locución en principio dirigido a la autoridad judicial, no al legislador, en los casos siguientes:

- a) si su ejecución infringe el principio de *ne bis in idem*;
- b) si, en los casos especificados de territorialidad accesoria, el exhorto se refiere a actos que no constituyen un delito con arreglo a la legislación del Estado de ejecución;
- c) si no es posible ejecutar el exhorto mediante ninguna de las medidas de que dispone la autoridad de ejecución en el caso específico de inexistencia de medidas para un caso nacional semejante;
- d) si una inmunidad o un privilegio conforme a la legislación del Estado de ejecución hace imposible ejecutar el exhorto;
- e) si, habiendo sido emitida por autoridad no judicial, no ha sido objeto de validación;
- f) si el exhorto se refiere a hechos delictivos que se consideran territorialmente

propio; o siendo extraterritoriales el Estado de ejecución no permite la acción penal contra tales delitos en caso de haber sido cometidos fuera del territorio de aquel Estado.

g) si, en un caso concreto, su ejecución pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de la información, o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia, o

h) si el formulario previsto en el anexo está incompleto o es manifiestamente incorrecto y no se ha completado o subsanado en el plazo razonable otorgado al efecto.

No integra motivo de denegación, la verificación de *doble tipificación*. Salvo que se a preciso, proceder a una registro o a una incautación; aunque en este caso tampoco, como se ha anticipado, en el caso del listado de infracciones incorporado al efecto, que coincide con la habitual en los instrumentos de reconocimiento mutuo, si en el Estado de emisión, resulta castigado con una pena privativa de libertad de al menos tres años en grado máximo.

Establece unos *plazos* de decisión y ejecución muy expeditivos; así la decisión de denegación: cuanto antes y a más tardar en 30 días. La toma de posesión de los objetos, documentos o datos, por la autoridad de ejecución: 60 días, desde la recepción del exhorto. Si no fuere posible observar los plazos, lo comunicará e indicará el plazo aproximado de ejecución. Y la entrega de los objetos, salvo recurso o motivo de aplazamiento: sin demora.

Estos *motivos de aplazamiento*, se pueden proyectar sobre el reconocimiento, en relación con un formulario incompleto o manifiestamente incorrecto, o preciso de validación en caso de necesidad de registro; y sobre la ejecución, si puede resultar perjudicada una investigación o actuaciones penales; o que los objetos, documentos o datos, estén siendo utilizados en otros procedimientos. Las resoluciones de aplazamiento, en el caso de que el exhorto hubiera sido emitido o validado por una autoridad judicial, la resolución de denegación también deberá ser acordada por una autoridad judicial.

Establece la obligatoriedad de un sistema de *recursos*, en virtud de los cuales, cualquier parte interesada, incluidos terceros de buena fe, pueda recurrir contra el reconocimiento y ejecución de un exhorto, para preservar sus intereses legítimos.

Aunque faculta a los Estados Miembros para que limiten los recursos legales a los casos en que el exhorto se ejecute mediante medidas coercitivas. El recurso deberá interponerse ante una autoridad jurisdiccional del Estado de ejecución de conformidad con el ordenamiento jurídico de dicho Estado. Si bien, como es habitual, los motivos de fondo por los que se haya expedido el exhorto, sólo podrán impugnarse mediante un recurso interpuesto ante una autoridad jurisdiccional del Estado de emisión.

También introduce una cláusula indemnizatoria, bajo el epígrafe de *reembolso*, a favor del Estado de ejecución, a cargo del Estado de emisión, en caso de perjuicio ocasionado como consecuencia del exhorto y del que deba responder.

Regula expresamente las condiciones aplicables a los *datos personales obtenidos* por el exhorto europeo; y permite su utilización por el Estado de emisión para: a) procedimientos para los que el exhorto puede emitirse; b) procedimientos judiciales y administrativos relacionados directamente con los anteriores; y c) prevenir una amenaza inmediata y grave para la seguridad pública. Para cualquier otra finalidad, se precisa consentimiento previo del Estado de ejecución, o bien consentimiento del interesado. Términos excesivamente amplios, cuya holgura, es criticada por la doctrina.

El *plazo de incorporación* al derecho interno, finalizó el 19 de enero de 2011.

De manera novedosa, frente a instrumentos de reconocimiento mutuo anteriores, exige que cuando fueren a incorporarse a la legislación interna motivos de denegación relacionados con la territorialidad (cometidos en territorio considerado propio o tuvieren origen en atribución extraterritorial que su legislación no comprende), deberá notificarlo mediante una *declaración* a la Secretaría General del Consejo en el momento de la adopción.

A su vez, se permite específicamente a *Alemania*, la declaración por la cual, cuando la ejecución de un exhorto europeo de obtención de pruebas exija el registro o la incautación, reservarse el derecho de supeditar la ejecución a la verificación de la doble tipificación en el caso de los delitos relacionados con el terrorismo, los delitos informáticos, el racismo y la xenofobia, el sabotaje, el chantaje y la extorsión y la estafa, a menos que la autoridad de emisión haya declarado que el delito de que se trate cumple con el contenido y definición que de los mismos desarrolla en su declaración.

6.- Iniciativa con vistas a la adopción de una Directiva relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal.

Cuando aún no había pasado el plazo para la adopción interna de la precedente Decisión marco, siete Estados, Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Austria, Eslovenia y Suecia, formularon una iniciativa que lleva fecha de 21 de mayo de 2010³², con base al reconocimiento mutuo de resoluciones para la obtención de cualquier tipo de prueba y no sólo las previamente existentes y disponibles³³; se trataba de adelantar la consecución de esa segunda etapa donde el exhorto no tuviera limitación o restricción en función del tipo de prueba a lograr y evitar por tanto la excesiva fragmentación que conllevaba la persistencia de las Decisiones Marco 2003/577/JAI y 2008/978/JAI, donde podíamos asegurarlas pero la etapa ulterior de instar su remisión o transferencia, salvo las existentes y disponibles, sólo era posible en base a criterios de cooperación clásica.

Surge así la propuesta sobre el **exhorto europeo de investigación (EEI)**, donde se *define* a este instrumento como <<la resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial competente de un Estado miembro ("el Estado de emisión") para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro ("el Estado de ejecución") con vistas a obtener pruebas con arreglo a las disposiciones de la Directiva. También se podrá emitir un EEI para obtener pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución>>.

De modo, que dos son las notas fundamentales en el avance del reconocimiento mutuo que propone este instrumento para la obtención de pruebas transnacionales:

a) Su *voluntad codificadora*, o al menos unificadora; por cuanto además de aplicarse al aseguramiento de los elementos de prueba en sustitución de las disposiciones correspondientes de la Decisión marco 2003/577/JAI, derogar la Decisión Marco 2008/978/JAI, sustituye en las relaciones entre los Estados Miembros, al menos al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del 20 de abril de 1959 y sus dos protocolos adicionales; al Convenio de 19 de junio de 1990 relativo

³² Documento nº 9288/10. La última redacción del texto aprobado por el Consejo como orientación general, se contiene en el documento nº 18918/11, de 21 de diciembre.

³³ Diario Oficial nº C 165 de 24/06/2010 p. 0022 – 0039.

a la aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985; y al Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE y su Protocolo de 16 de octubre de 2001. No obstante, expresa en su apartado expositivo que no se aplica a las observaciones transfronterizas contempladas en el artículo 40 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen; fundamentalmente por entenderse fundamentalmente de medida policial. En todo caso se anuncia un Anexo con las Disposiciones afectadas por esta Directiva, previendo ya que no resultará afectado el Convenio de Nápoles II.

b) Su *amplio ámbito horizontal*, al aplicarse a casi todas las medidas de investigación; la excepción la integra la medida de creación de un equipo conjunto de investigación y la reunión de pruebas en su seno, con la lógica contraexcepción del supuesto de que el equipo conjunto de investigación necesite ayuda de un Estado miembro que no haya participado en la creación del equipo o de un tercer Estado, las autoridades competentes del Estado en el que actúe el equipo también podrán formular la petición de ayuda a las autoridades competentes del otro Estado afectado, de conformidad con este instrumento. En las sucesivas redacciones de esta iniciativa se han suprimido algunas restricciones que la su inicial contenido preveía respecto de alguna modalidad de interceptación de telecomunicaciones y su transmisión inmediata. A su vez contiene *regulación específica* sobre alguna de las medidas:

- *Traslado temporal de detenidos al Estado de emisión con el fin de llevar a cabo una medida de investigación.*
- *Traslado temporal de detenidos al Estado de ejecución con el fin de llevar a cabo una medida de investigación.*
- *Audición por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual*
- *Audición por conferencia telefónica.*
- *Información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras.*
- *Información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras.*
- *Medidas de investigación que impliquen la reunión de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado periodo de tiempo, como las entregas vigiladas y el control de transacciones bancarias.*
- *Investigaciones encubiertas.*
- *Intervención de telecomunicaciones, con distingo de la necesidad de asistencia técnica de otro Estado miembro; o la mera notificación al Estado miembro en el que se encuentre la persona y cuya asistencia técnica no sea necesaria.*
- *Medidas cautelares.*

En cuanto a su *ámbito territorial*, Reino Unido e Irlanda han notificado su deseo de participar en la adopción de esta Directiva (art. 3 del Protocolo nº 21 anejo a los Tratados), mientras que Dinamarca ha decidido no participar (arts. 1 y 2 del Protocolo nº 22 anejo a los Tratados).

Potencial fungibilidad de la medida de investigación.- Si bien el Estado de emisión es quien determina, dentro de los criterios de proporcionalidad y adecuación, cuando la medida requerida no exista con arreglo al Derecho nacional del Estado de ejecución o no estuviese disponible en ese caso, la autoridad de ejecución deberá, siempre que sea posible, recurrir a otro tipo de medida; salvo que la medida se refiera a:

- a) la audición de un testigo, una víctima, un sospechoso o un tercero en el territorio del Estado de ejecución, o
- b) cualquier medida de investigación no coercitiva
- c) la obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad de ejecución siempre que, con arreglo al ordenamiento jurídico del Estado de ejecución, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines del EEI;
- d) la obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles a la autoridad de ejecución en el marco de un procedimiento penal;
- e) la identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados;
- f) el registro y la incautación, cuando se hayan solicitado en relación con las 32 categorías de delitos habituales (exentas tradicionalmente en otros instrumentos de reconocimiento mutuo del requisito de la verificación de la doble criminalidad), conforme a lo indicado por la autoridad de emisión en el EEI, si en el Estado de emisión son punibles con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años.

También se permite recurrir a otro tipo de medida de investigación cuando ésta consiga el mismo resultado que la medida prevista en el EEI por medios que supongan una injerencia menor en los derechos fundamentales del interesado; una menor afectación de su intimidad; si bien en este caso, salvo el listado de las 32 infracciones, puede exigirse la verificación de la doble criminalidad..

En cuanto a las *autoridades competentes* para la emisión y ejecución del exhorto, así como los *tipos de procedimientos* para los cuales puede emitirse, mantiene esencialmente la redacción de la Decisión marco 2008/978/JAI.

El *contenido y forma* del EEI debe ajustarse al correspondiente *formulario* que acompaña a la Directiva, que también deberá ser firmado y certificado como “exacto” por la autoridad de emisión; además de redactado o traducido a una de las lenguas oficiales o de las designadas por el EM de ejecución. Deberá indicarse así mismo si el exhorto emitido está relacionado con un exhorto anterior.

Procedimiento.- en la medida de lo posible y sin perjuicio de los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución, de conformidad con las

formalidades y procedimientos que indique explícitamente el Estado de emisión. Puede interesarse que participen una varias autoridades del Estado de emisión, en cuyo caso, la autoridad de ejecución deberá cumplir dicha solicitud, si fuere preciso fijando las condiciones relativas al alcance y la naturaleza de la presencia de estas autoridades del Estado de emisión. Si bien en las medidas de investigación que impliquen el *acopio de pruebas en tiempo real*, de manera continua o durante un determinado periodo de tiempo, se otorga a la autoridad de ejecución la suficiente *flexibilidad*, habida cuenta de las diferencias existentes en los derechos nacionales de los Estados miembros.

Motivos de denegación de reconocimiento y de ejecución.- Con carácter general contiene supuestos habituales de estos instrumentos como: a) inmunidades y privilegios; b) pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de la información, o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia; c) se refiera a procedimientos de infracciones de disposiciones legales (no delitos) y su ordenamiento no previera la medida en esos supuestos; d) *ne bis in idem*; e) extraterritorialidad del Estado de emisión o territorialidad propia, suponga el EEI medida coercitiva y el hecho no es delito conforme a la legislación del Estado de ejecución.

Destaca que en el Expositivo incluya entre los supuestos de inmunidad o privilegio, protecciones aplicables a las profesiones de médicos y abogados; y expresamente en la normativa asimila a los supuestos de inmunidad o inviolabilidad, las normas sobre determinación y limitación de la responsabilidad penal en relación con la libertad de la prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación.

Además recoge motivos específicos de denegación, en relación con determinadas medidas de investigación.

Plazos.- Debe adoptarse el EEI y la medida de investigación llevarse a cabo, con la misma celeridad y prioridad que en casos nacionales similares y, en cualquier caso, dentro de los plazos previstos en la Directiva. La resolución de reconocimiento o ejecución lo antes posible y, a más tardar 30 días después de la recepción; y la medida de investigación igualmente sin demora a más tardar en 90 días desde la anterior resolución. Además, si la autoridad de emisión ha indicado en el EEI que, debido a los plazos procesales, la gravedad del delito u otras circunstancias particularmente urgentes, se requiere un plazo más corto; o si la autoridad de

ejecución ha indicado en el EEI que la medida de investigación tiene que llevarse a cabo en una fecha concreta, la autoridad de ejecución tomará debida cuenta en la medida de lo posible de este requisito. Y el traslado de las pruebas, deberá ser inmediato.

Recursos.- Las vías de recurso que deben ser garantizadas, incluida la información de su posibilidad y existencia, deberán ser, como mínimo, iguales a las existentes en el caso nacional contra la medida de investigación de que se trate. Cuando la parte interesada presente objeciones contra un EEI en el Estado de ejecución aduciendo motivos de fondo en relación con la emisión del EEI, es aconsejable que la información sobre esta impugnación se transmita a la autoridad de emisión y se informe de ello a la parte interesada.

Gastos.- Como es habitual, los gastos causados en el territorio del Estado miembro de ejecución por la ejecución de un EEI, deberán ser sufragados exclusivamente por dicho Estado miembro. No obstante, en el caso de costes excesivamente elevados (por ejemplo, informes periciales complejos, o bien actividades policiales operativas o de vigilancia de gran envergadura o prolongadas en el tiempo) la cuestión de los costes podrá ser objeto de consultas entre los Estados miembros interesados; e inclusive, como último recurso, la autoridad de emisión podrá decidir retirar el EEI o mantenerlo y asumir la parte de los costes que el Estado de ejecución considere excepcionalmente elevados y que resulten absolutamente necesarios.

Los *motivos de aplazamiento* son los habituales, que pueda resultar perjudicada una investigación o actuaciones penales; o bien que los objetos, documentos o datos, estén siendo utilizados en otros procedimientos.

Equipara los *funcionarios del Estado de emisión*, que hayan actuado en el Estado de ejecución en aplicación de la Directiva, a efectos de exigencia de responsabilidad civil y penal.

Además establece una obligación general de confidencialidad de la investigación, además de exigir medidas tendentes a evitar que los bancos revelen al cliente bancario interesado ni a otros terceros el hecho de que se ha transmitido información al Estado de emisión o de que se está llevando a cabo una investigación.