

CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY PARA LA EFICACIA EN LA UNIÓN EUROPEA DE LAS RESOLUCIONES DE EMBARGO Y DE ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS EN PROCEDIMIENTOS PENALES Y A LA LEY ORGÁNICA COMPLEMENTARIA DE LA ANTERIOR, SIENDO DEL SIGUIENTE TENOR LITERAL:

I

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de junio de 2005 tuvieron entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) los textos del Anteproyecto de Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior, con sus correspondientes memorias económica, justificativa e informes sobre impacto de género, a los efectos de la emisión del preceptivo informe por este órgano consultivo.

La Comisión de Estudios e Informes, en su sesión del día 16 de junio de 2005, designó Ponente al Excmo. Señor D. Adolfo Prego de Olivar y Toliver, y en su reunión de fecha 5 de julio de 2005, aprobó el presente informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

II

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La norma que expresamente atribuye al Consejo General del Poder Judicial el ejercicio de la función consultiva es el 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en concreto se refiere a la facultad de informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de esta Ley, a *“normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de Derechos Fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*.

A la luz de esta disposición legal, en una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad de informe que en ella se reconoce al Consejo General del Poder Judicial, el parecer que le corresponde emitir al Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

El Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un

ámbito ampliado que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Anteproyecto en todas las cuestiones no incluidas en citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto al ámbito ampliado, cabe decir que el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales. Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.

En consecuencia con lo anterior, en atención al objeto del Anteproyecto que se somete a informe, éste se ceñirá a lo que atañe a las materias que han de ser informadas por el Consejo General del Poder Judicial, desde la perspectiva del mencionado ámbito estricto, sin perjuicio

de que, en su caso, puedan hacerse otras consideraciones en aras a la mejora técnica del texto.

III

EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE DECISIONES EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

El Anteproyecto de Ley *para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en el proceso penal* (en adelante, el Anteproyecto) da cumplimiento al mandato de trasposición al ordenamiento interno español de los contenidos de la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003, *relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas* (publicada en el DOUE L 196/45, de 2 de agosto de 2003, en adelante, la Decisión Marco o DM), cuyo plazo de cumplimentación se agota el día 2 de agosto de 2005 (art. 14).

La Decisión Marco se adopta en el seno del Consejo, en los términos del artículo 34.2, b) del Tratado de la Unión Europea (TUE), a iniciativa de la República Francesa, del Reino de Suecia y del Reino de Bélgica, con el propósito declarado en su parte expositiva de extender la vigencia del principio de reconocimiento mutuo y ejecución inmediata de las resoluciones judiciales adoptadas por los tribunales de los países miembros de la UE a aquellas decisiones que se hubieren dictado antes del pronunciamiento de la sentencia definitiva y que tengan por objeto actuar rápidamente para asegurar las pruebas y embargar los bienes que sean fácilmente transferibles.

La Decisión Marco constituye por lo tanto el segundo acto normativo del Consejo que incorpora el meritado principio de reconocimiento mutuo tras su inauguración en la histórica Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, cuya trasposición al ordenamiento interno español se efectuó en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, *sobre la orden europea de detención y entrega* y la LO 2/2003, de 14 de marzo, *complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega* (ambas normas publicadas en el BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2003).

Las citadas Decisiones Marco constituyen el punto de inflexión en los esquemas de cooperación judicial transnacional largamente perseguido en el seno de la Unión Europea desde la postulación en el Título VI TUE de un espacio judicial europeo. Como es sabido, la eficacia transnacional de las sentencias penales ha encontrado históricamente graves obstáculos, dado que las resoluciones adoptadas por los tribunales del orden penal expresan el *ius puniendi* de cada Estado, inescindible de la percepción de su propia soberanía, lo que contribuyó en su momento a la autarquía de los respectivos ordenamientos internos.

Las fronteras entre ordenamientos jurídicos nacionales no fueron, sin embargo, impenetrables, pues los esfuerzos desplegados a favor de una razonable cooperación judicial entre Estados para facilitar la persecución penal de los delitos y para evitar indeseables impunidades, acabaron fructificando en la firma de múltiples tratados internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, que han facilitado un cierto grado de reconocimiento recíproco de resoluciones judiciales mediante procedimientos más o menos complejos de homologación.

Hitos históricos en el proceso de acercamiento convencional de las jurisdicciones nacionales, en el ámbito multilateral, y sin ánimo exhaustivo en su mención, han sido el Convenio Europeo sobre vigilancia de personas condenadas o liberadas bajo condición de 1964 (no ratificado por España), el Convenio nº 70 del Consejo de Europa sobre validez internacional de sentencias penales, de 28 de mayo de 1970, el Convenio nº 112 del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, de 21 de marzo de 1983, complementado con un Protocolo Adicional de 1997, el Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987, el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de condenas penales extranjeras, de 13 de noviembre de 1991, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 (en especial, los arts. 67 a 69), y el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo, el 8 de noviembre de 1990.

Todos estos instrumentos se inspiran en el principio de solicitud o petición, conforme al cual la petición de auxilio de una Parte Contratante es examinada por otra Parte, que adopta su decisión tras homologar o validar la resolución judicial que la sustenta, decisión carece *per se* de eficacia fuera del ámbito de soberanía en el que ha sido dictada.

La creación de la Unión Europea mediante el Tratado de 1993, y la incorporación de la cooperación jurídica internacional en materia penal en el denominado tercer pilar, así como la ulterior integración del acervo de Schengen mediante el Tratado de Amsterdam de 1997, abrieron el camino a un reforzamiento de la integración jurídica de los Estados miembros en un espacio común de libertad, seguridad y justicia delimitado en el Título VI del

TUE que ha procurado superar las evidentes limitaciones del esquema de cooperación judicial más arriba referenciado.

El artículo 31 TUE postula expresamente *“la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros en relación con las causas y la ejecución de resoluciones”*. Se incorpora con ello a la acción común el postulado de lograr un reconocimiento mutuo y con efecto ejecutivo inmediato de las resoluciones judiciales adoptadas en cada Estado miembro, tendente a lograr la libre circulación de resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión.

En este contexto normativo, el Consejo Europeo reunido en Cardiff en el mes de junio de 1998 proclamó el ideario del reconocimiento mutuo de decisiones de los tribunales mientras que el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia trazó como objetivo de realización inmediata *“el inicio de un proceso destinado a facilitar el reconocimiento de las resoluciones y la ejecución de las sentencias en asuntos penales”*.

En el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, ya se declara que el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales es la piedra angular de la cooperación judicial entre los Estados de la Unión, y la Comisión, en su comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo (publicada en COM (2000) 495, Bruselas, 26 de julio de 2000), manifiesta que el reconocimiento mutuo significa que una vez adoptada una resolución por un juez en el ejercicio de sus facultades oficiales 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, efectos similares.

El principio de reconocimiento mutuo se sustenta en la existencia de una confianza recíproca en la validez de los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea, en la consolidación de un orden público europeo en materia de garantía de derechos fundamentales como acervo común emanado de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en los esfuerzos desplegados en el ámbito de la Unión para el acercamiento de la legislación penal, tanto sustantiva como procesal, de sus Estados con miras a hacer recíprocamente compatibles sus contenidos normativos.

Este principio sigue animando los esfuerzos del Consejo, que tras su plasmación en la orden de detención europea, y en el reconocimiento inmediato de medidas de embargo y aseguramiento de pruebas, a las que se refiere el presente Anteproyecto, tiene en fase de preparación nuevas Decisiones aplicativas del mismo, que asegurarán la extensión de la libre circulación de resoluciones judiciales penales a nuevos ámbitos y contenidos. Es el caso de la propuesta de Decisión Marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, que comprende resoluciones judiciales que contengan requerimientos de presentación de documentos, así como órdenes de registro e incautación. Esta Decisión supondría un paso nuevo en el camino hacia la consecución de un cuerpo legal único basado en el reconocimiento mutuo y sujeto a salvaguardias mínimas, que complementará la Decisión Marco de embargo y aseguramiento en aquellos aspectos relativos a incautación y transferencia de pruebas que la misma ha dejado fuera del ámbito del reconocimiento mutuo.

IV

ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El Anteproyecto de Ley sometido a informe consta de una exposición de motivos, un texto articulado distribuido en tres capítulos, una disposición adicional y tres disposiciones finales. Se acompaña de un anexo que contiene el modelo de Certificación para la ejecución de medidas cautelares en otro Estado miembro de la Unión Europea.

El capítulo primero contiene las disposiciones generales: el artículo 1 fija el objeto de la Ley, que se centra en la regulación del procedimiento de transmisión desde España y de recepción en España de resoluciones judiciales de embargo y aseguramiento, para su reconocimiento y ejecución, y formula asimismo las definiciones de algunos conceptos que se manejan en ella, en particular, qué se ha de entender, en el contexto de la norma, por “autoridad judicial de emisión” y por “autoridad judicial de ejecución”; el artículo 2 regula las medidas de embargo o de aseguramiento de pruebas, en atención a su finalidad cautelar, que no es otra que *“impedir la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso o utilizarse como medios de prueba”*; el artículo 3 establece quiénes son las autoridades judiciales españolas competentes para emitir y ejecutar las resoluciones de embargo; el artículo 4 regula la exención del control de la doble tipificación de los delitos, exención que constituye una de las notas características más sobresalientes del sistema de reconocimiento automático de decisiones que se implanta; también se recogen en este precepto, en su apartado segundo, las posibles excepciones a dicha regla general; el artículo 5

regula las indemnizaciones y reembolsos entre Estados que se deriven de la reparación de daños causados a los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por la ejecución de las medidas de aseguramiento.

El capítulo segundo, bajo la rúbrica *“Adopción en España de medidas que deberán ejecutarse en otro Estado miembro de la Unión Europea”* regula en el artículo 6 la transmisión de las medidas de embargo y de aseguramiento de pruebas; el artículo 7 contempla la documentación que habrá de acompañar a la resolución judicial que acuerda el embargo, en concreto, el Certificado previsto en el anexo de la Ley; el artículo 8 establece que el derecho aplicable a la medida solicitada será del Estado en el que haya de tener lugar, sin perjuicio de que la autoridad judicial española pueda solicitar que se apliquen determinadas formalidades y procedimientos que sean precisos para salvaguardar la validez en España de los medios de prueba; el artículo 9 se refiere al cese de las medidas cautelares y a su inmediata comunicación a la autoridad judicial de ejecución; finalmente, el artículo 10 regula los recursos que proceden contra los autos de los jueces de instrucción que acuerden la adopción de medidas de embargo o aseguramiento en un proceso penal.

El capítulo tercero, bajo la rúbrica *“Ejecución en España de las medidas de embargo de bienes y de aseguramiento de pruebas emitidas por las autoridades judiciales de otro Estado miembro de la Unión Europea”*, regula en el artículo 11 el procedimiento a seguir en España para el reconocimiento y la ejecución inmediata de las resoluciones judiciales adoptadas y transmitidas por una autoridad judicial de uno de los Estados miembros de la UE; el artículo 12 establece que la medida solicitada se ejecutará con arreglo al derecho español, si bien cuando sea necesario para garantizar la validez de las pruebas, la autoridad judicial española observará las formalidades y procedimientos indicados por la autoridad

judicial de emisión que no sean contrarios a los principios fundamentales del derecho español; el artículo 13 se regula la duración de la medida; el artículo 14 regula los motivos por los que se puede acordar el no reconocimiento o la no ejecución de las medidas solicitadas, estableciendo que en todo caso los acuerdos habrán de ser motivados y se notificarán inmediatamente a las autoridades judiciales de emisión; el artículo 15 regula por su parte los motivos de suspensión de la ejecución; finalmente el artículo 16 regula el régimen de los recursos que cabe interponer contra los autos de los jueces de instrucción que resuelvan sobre el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales de embargo y aseguramiento.

La Disposición adicional única del Anteproyecto se refiere a las especialidades que puede presentar la transmisión o recepción de medidas cautelares con el Reino Unido e Irlanda en el caso de que dichos Estados opten por exigir que se haga a través de una autoridad central. En tal caso, se considerará autoridad central española al Ministerio de Justicia.

La Disposición final primera modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para introducir en la misma un capítulo II bis en el título V del libro II, titulado *“De la realización de los efectos judiciales”*, comprensivo de los artículos 367 bis a 367 quinquies.

La Disposición final segunda determina la competencia estatal para el dictado del presente texto legal, que se ubica en el artículo 149.1.6ª de la Constitución.

La Disposición final tercera declara que por medio de esta ley se incorpora al derecho español la Decisión Marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003.

Junto al Anteproyecto de Ley se remite una memoria económica, que constata la ausencia de repercusión presupuestaria al no implicar aumento ni disminución del gasto público, un informe sobre impacto de género, que se pronuncia en el sentido de no existir impacto negativo, y una memoria justificativa del nuevo texto legal.

El Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria se compone por su parte de una breve exposición de motivos, y un artículo único que añade un párrafo g) al apartado 1 del artículo 87 de la LOPJ en virtud del cual se atribuye a los jueces de instrucción la adopción de las medidas de embargo y aseguramiento de pruebas solicitadas por un órgano judicial miembro de la Unión Europea que las haya acordado en un proceso penal, cuando los bienes o los elementos de prueba se encuentren en territorio español.

Se acompaña al mismo informe de impacto de género, memoria económica, en la que no se aprecia repercusión presupuestaria, y memoria justificativa.

V

OBJETO Y ALCANCE DE LA DECISIÓN MARCO

El artículo 1 de la Decisión Marco objeto de trasposición declara que su finalidad es 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.

El artículo 2, en sede de *Definiciones*, dice que por resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas se entiende *“cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso o constituir elementos de prueba”*.

La Decisión Marco obliga, en consecuencia, a un reconocimiento automático, o al menos cuasiautomático, con muy limitadas salvaguardias, de las decisiones judiciales que ordenan medidas provisionales de recogida o incautación de los bienes que pueden ser objeto futuro de comiso, o de fuentes de prueba; no comprende, sin embargo, la ulterior transferencia de esos bienes, documentos o elementos de prueba al Estado emisor, o su realización en el Estado de ejecución, medidas éstas que habrán de ser solicitadas y, en su caso, cumplimentadas por los cauces ordinarios de asistencia judicial.

En la terminología manejada por la Decisión Marco, embargo o incautación equivalen a la recogida, depósito judicial o bloqueo de bienes, dinero, elementos patrimoniales o activos del presunto culpable que pueden ser objeto de comiso en la sentencia definitiva o, en su caso, de los elementos de prueba que se precisan para el buen fin de la acción penal deducida en el Estado de emisión. Quedarían así comprendidas en la definición las diligencias de instrucción penal relativas a la inspección ocular y al cuerpo del delito que se regulan en nuestro ordenamiento, de forma manifiestamente dispersa y asistemática, en los capítulos I y II del título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), singularmente en los artículos 326 –recogida y conservación por el juez de los vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito-, 334 –recogida por el juez de las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase

que pudieran tener relación con el delito-, 338 –sobre acuerdos judiciales de recogida, conservación y envío al organismo adecuado para su depósito-, sin perjuicio de las atribuciones propias de la policía judicial – arts. 282 y 770.3ª LECrim-.

Se trata en todo caso de medidas provisionales de aseguramiento encaminadas a evitar la desaparición de los bienes, y cuya vigencia y efectividad se supedita a que por el Estado emisor se presente, simultáneamente o en un plazo breve, que habrá de ser anunciado, la correspondiente solicitud para su transferencia o realización.

Estas solicitudes complementarias se transmitirán por los cauces comunes de asistencia judicial en materia penal y se cumplimentarán conforme a las normas aplicables en el ámbito de la cooperación internacional en materia de decomisos (art. 10.2), lo que significa que quedan fuera del ámbito del reconocimiento mutuo y se sujetan al sistema común de tramitación de comisiones rogatorias.

Por otra parte, si la incautación o aseguramiento exigen la aplicación de alguna medida coercitiva –v. gr. la entrada y registro de un domicilio o lugar cerrado- se aplicarán las normas procesales del Estado de ejecución (art. 5.2).

Estas limitaciones en el alcance de las medidas cercenan sin duda la eficacia de la cooperación, pues sólo comprenden una parte del conjunto de la cooperación en cuanto a pruebas. No obstante, se hallan en fase de estudio y elaboración nuevas iniciativas en el seno del Consejo para suplir estas deficiencias, en particular, una iniciativa presentada por la presidencia danesa para la adopción de una Decisión Marco relativa a la ejecución de resoluciones de decomiso en la Unión Europea (DO C 184, de 2 de agosto

de 2002, p. 8), así como una iniciativa para el reconocimiento mutuo de las resoluciones destinadas a la obtención de pruebas en la propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

VI

CONSIDERACIONES SOBRE EL ANTEPROYECTO

1.- El tratamiento del principio de doble incriminación

Una de los elementos diferenciadores de la puesta en práctica del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales respecto de los sistemas clásicos de auxilio judicial reside en la exclusión general, con excepciones limitadas, de la vigencia del principio de doble incriminación como motivo justificador de su denegación.

El control de la doble tipificación penal de las conductas, esto es, la exigencia de que el hecho para cuya persecución o enjuiciamiento se solicita el auxilio judicial sea calificado como infracción punible no sólo en el derecho del Estado que solicita el auxilio, sino también en el del Estado requerido, es una salvaguardia que se repite habitualmente en los instrumentos de cooperación jurídica internacional en materia penal, salvaguardia que indudablemente produce efectos obstaculizadores o retardatarios del reconocimiento, pues obliga a comprobar su cumplimiento con carácter previo al otorgamiento de efectos a la resolución extranjera, razón por la cual en el sistema de integración reforzada que impulsa la UE en materia de cooperación penal es ésta una exigencia a extinguir.

La Decisión Marco que se traspone en el Anteproyecto objeto de informe releva de la observancia del principio de doble incriminación mediante la introducción de un sistema de lista idéntico al contemplado en la anterior Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea. Dice el artículo 3.2 de la Decisión Marco 2003/577/JAI, que *“Las infracciones siguientes, tal como se definan en el Estado de emisión y en caso de que éste las castigue con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años, no estarán sujetas al control de la doble tipificación de los hechos”* y a continuación efectúa una relación de conductas que reproducen en sus mismos términos la recogida en el artículo 2.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI.

Dicha lista contempla una gran variedad de hechos punibles, que abarcan, entre otros, el terrorismo y la pertenencia a organizaciones delictivas, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, el tráfico ilícito de drogas, de armas y explosivos, de materiales radioactivos y sustancias nucleares, de especies animales y vegetales protegidas, de órganos y tejidos humanos, de bienes culturales, la corrupción, el fraude, el blanqueo del producto del delito, la falsificación de moneda, diversas modalidades de defraudación y de falsedad, el homicidio voluntario y las lesiones graves, robos organizados o a mano armada, la violación, el incendio voluntario, los delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, y otros varios más.

Esta lista queda abierta, pues el Consejo podrá decidir en todo momento, por unanimidad y previa consulta con el Parlamento Europeo en las condiciones previstas en el artículo 39.1 TUE añadir otras categorías de delitos a la misma (artículo 3.3 DM).

Con respecto a los casos no contemplados en el artículo 3.2 DM –es decir, cuando se trate de delitos no incluidos en ninguna de las categorías de la lista, o que, estando incluidos, no tengan prevista en la legislación del Estado de emisión una pena privativa de libertad cuya duración máxima sea al menos de tres años-, la DM distingue un régimen diverso según que la finalidad del embargo sea el aseguramiento de pruebas o el decomiso ulterior de los bienes. En el primer caso, dispone que el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento y ejecución de la resolución de embargo de bienes a la condición de que los hechos por los cuales se haya dictado la resolución *sean constitutivos de una infracción* con arreglo a la legislación de dicho Estado, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la manera en que esté descrita en la legislación del Estado de emisión; en el segundo caso, el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento y ejecución de la resolución dictada a la condición de que los hechos por los cuales se haya dictado la resolución *sean constitutivos de una infracción para la cual, con arreglo a la legislación de dicho Estado, esté previsto el embargo*, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la manera en que esté descrita en la legislación del Estado de emisión (art. 3.4 DM).

El Anteproyecto reproduce en su literalidad la lista en su artículo 4.1, si bien en el apartado 2 del citado artículo no recoge el matiz diferencial según la finalidad del embargo que introduce la DM. Ello no constituye, sin embargo, un defecto de técnica legislativa, contando con que en el ordenamiento español el comiso de los instrumentos y productos es una consecuencia accesoria asociada a toda clase de delitos o faltas de naturaleza dolosa (artículo 127 CP) y que la medida provisional de recogida, depósito o incautación de los mismos se regula en la LECrim con alcance general y sin limitación alguna en razón al tipo de infracción, por lo que, siendo constitutivos de delito en la legislación penal española los hechos que fundamenten la resolución de embargo, no se daría el supuesto

de denegación de su reconocimiento y ejecución por no estar prevista la incautación de sus productos.

No obstante, el Consejo considera oportuno advertir del riesgo de dispersión de criterios que puede generarse en la aplicación del control de la doble tipificación en los casos del artículo 4.2 del Anteproyecto.

En efecto, a diferencia de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, que encomienda la ejecución de la orden europea de detención a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, órganos con jurisdicción en todo el territorio nacional (arts. 62 y 88 LOPJ), que se hallan en óptimas condiciones para crear una doctrina unificada en la materia, dotada de los rasgos de previsibilidad y seguridad ante los restantes Estados miembros de la Unión Europea, el Anteproyecto informado ha optado en el artículo 3.2 por atribuir la competencia para ejecutar una resolución de embargo y aseguramiento de pruebas a los jueces de instrucción del lugar donde se encuentren los bienes objeto de embargo o las pruebas que deban ser aseguradas, por lo que es de prever que ante supuestos idénticos se produzcan decisiones divergentes en cuanto a la exigencia de la doble tipificación penal.

La vía del recurso frente a las resoluciones judiciales no permitirá depurar las discrepancias y acrisolar criterios comunes para todo el territorio nacional, pues conforme al artículo 16.1 del Anteproyecto, contra los autos del juez de instrucción podrá interponerse recurso de reforma, y contra el resolutorio de la reforma, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que corresponda, sin perjuicio de la queja contra las resoluciones que denieguen –inadmitan- la apelación. El texto proyectado no ha previsto ningún recurso que haya de dirimirse ante una instancia judicial superior con jurisdicción en todo el territorio nacional.

Nada cabe objetar, en línea de principio, a la decisión legislativa de atribuir a los jueces de instrucción la competencia para reconocer y ejecutar las resoluciones extranjeras de embargo, porque, en primer lugar, ellos son los jueces más próximos a los bienes y a las fuentes de prueba que constituyen su objeto y se encuentran por ello en las mejores condiciones para adoptar las diligencias precisas para su aseguramiento, y en segundo lugar porque esas diligencias constituyen en el ordenamiento procesal español una parte relevante de su competencia natural, de las que no deben verse privados por el mero hecho de que actúen en este caso no a iniciativa propia, sino en cumplimiento de lo resuelto por una autoridad judicial extranjera. El riesgo de disparidad de criterios, sin embargo, no debe ser soslayado, pues recae sobre un asunto sumamente sensible en materia de cooperación judicial, afectando al grado de compromiso de España en la integración jurídica en materia penal.

Proponemos por ello una solución que permita compaginar la competencia natural de los jueces de instrucción -y en segunda instancia de las Audiencias Provinciales-, con la centralización de la decisión última en una instancia judicial superior y única para todo el territorio nacional; el equilibrio óptimo se lograría, a nuestro entender, mediante la diversificación de la competencia funcional para resolver el recurso de apelación contra los autos de los jueces de instrucción en función del contenido de la impugnación, de modo que el conocimiento de aquellos recursos que tuviesen por objeto la impugnación de un auto que, en los términos del artículo 4.2, hubiera supeditado el reconocimiento y ejecución de la resolución de embargo a la exigencia de la doble tipificación penal fuera atribuido a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la cual conocería de los recursos de apelación interpuestos con este fundamento en todo el territorio nacional, creando con sus resoluciones una doctrina única y

coherente que fijaría la posición de España en calidad de Estado de ejecución frente a los restantes Estados miembros de la UE en los términos del artículo 3.4 de la DM.

La opción por la diversificación de la competencia funcional para la resolución del recurso no resultaría inédita en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el ámbito penitenciario, la Disposición Adicional quinta de la LOPJ ordena que el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria corresponda al tribunal sentenciador o a la Audiencia Provincial de la circunscripción del establecimiento penitenciario según que la impugnación se dirija contra una decisión en materia de ejecución de penas o clasificación de penados, o se refiera, por el contrario, a cuestiones de régimen penitenciario o cualesquiera otras distintas de las anteriores.

Por otra parte, habiendo centralizado la Ley 3/2003, de 14 de marzo, en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la decisión de cumplimentación de la orden europea de detención (art. 18) y la apreciación, en su caso, de la exigencia del requisito de doble incriminación en su aplicación, considerando que el sistema de exención de dicho requisito se estructura en torno a un listado de delitos idéntico al recogido en el presente Anteproyecto, parece razonable disponer que se centralicen en el mismo órgano judicial, aunque sea en segunda instancia, las decisiones adoptadas por los jueces de las distintas circunscripciones en torno a la exigibilidad del control de la doble incriminación para los delitos no contemplados en dicha lista cuando de la adopción de medidas provisionales de embargo de bienes y aseguramiento de pruebas se trate.

2.- El tratamiento del principio de *ne bis in idem* como motivo de denegación

El artículo 7.1, letra c) de la Decisión Marco, dispone que las autoridades judiciales competentes del Estado de ejecución podrán rehusar el reconocimiento o ejecución de la resolución de embargo preventivo de bienes cuando de la información facilitada en el certificado, resulte manifiestamente que la prestación de la asistencia judicial con arreglo al artículo 10 para la infracción que motivó la resolución de embargo vulneraría el principio *ne bis in idem*.

La asistencia judicial a la que se refiere el precepto, recogida en el artículo 10, tiene por objeto la transferencia al Estado de emisión de los bienes embargados cuando sean constitutivos de elementos de prueba, o, en su caso, la ejecución del decomiso sobre los mismos, bien mediante el reconocimiento y validación de una resolución judicial de decomiso proveniente de una autoridad judicial del Estado emisor, que se ejecuta en el Estado de cumplimiento, bien mediante la obtención en el Estado de cumplimiento de una resolución judicial de decomiso para su ulterior ejecución.

La trasposición de este particular motivo de denegación se verifica a través del artículo 14.1, c) del Anteproyecto, que se pronuncia en los siguientes términos: *“Cuando resulte manifiestamente de la información facilitada en el certificado que la prestación de la asistencia judicial para la infracción que motivó la medida cautelar vulneraría el principio de cosa juzgada”*.

Esta trasposición normativa no resulta del todo fiel al texto de la Decisión Marco, pues la cosa juzgada en su dimensión formal determinaría

la imposibilidad de emprender el enjuiciamiento de una conducta que ya hubiera sido sentenciada en firme en otro Estado distinto del emisor, por el mero hecho del pronunciamiento de la sentencia, con independencia de que la pena o penas que se hubieran impuesto en la misma, de ser condenatoria, hubieran sido ejecutadas o no. El efecto de cosa juzgada formal es indiscutible en relación con los pronunciamientos de los distintos órganos judiciales ubicados dentro del mismo Estado, pero no es posible su aplicación directa e irrestricta al orden internacional.

La Decisión Marco no parece instaurar una eficacia trasnacional plena de las sentencias penales dictadas en el seno de la UE, por el mero hecho de su pronunciamiento, eficacia directa que no hallaría acomodo en los instrumentos y textos de cooperación jurídica internacional suscritos hasta la fecha, sino más bien una garantía limitada y centrada en el principio de proporcionalidad para que el mismo sujeto no pueda sufrir en ningún caso doble o múltiple sanción por los mismos hechos según sean enjuiciados por los tribunales de diversos Estados.

Sobre este particular aspecto, se ha de atender a la regulación contenida en el capítulo III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 (CAAS), incorporado al derecho comunitario a partir del Tratado de Amsterdam. Este capítulo regula la aplicación del principio *ne bis in idem* disponiendo que una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte Contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte Contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte Contratante donde haya tenido lugar la condena (art. 55 CAAS).

En el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio, una Parte Contratante podrá declarar que no está vinculada por el art. 54 en uno o varios de los siguientes supuestos (art. 55 CAAS):

a.- Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; en ese último caso, esta excepción no se aplicará si los hechos tuvieron lugar en parte en el territorio de la Parte Contratante donde se haya dictado la sentencia.

b.- Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte Contratante.

c.- Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte Contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

Finalmente, el art. 56 CAAS dispone que si una Parte Contratante entablara nuevas diligencias contra una persona que hubiese sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otra Parte Contratante, de la sanción que, en su caso, se imponga deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de esta última Parte Contratante por tales hechos. También se tendrán en cuenta en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieran aplicado.

En definitiva, el CAAS limita la eficacia del principio *ne bis in idem*, cuando la sentencia es condenatoria, a aquellos casos en que la pena ha sido ya ejecutada o está en vías de ejecución; por su parte, la LOPJ, en el artículo 23.2, c) contiene una previsión semejante al delimitar el alcance de

la jurisdicción penal española por hechos cometidos por españoles en el extranjero, al condicionar su perseguibilidad a “*que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda*”.

La redacción del artículo 14.1 c) del Anteproyecto objeto del presente informe viene a atribuir pleno efecto a las sentencias penales firmes dictadas en cualquiera de los Estados miembros de la UE, consecuencia exorbitante a los fines de la Decisión Marco que se traspone, y que contravendría el régimen de aplicación del principio *ne bis in idem* tal y como se configura en el CAAS, así como las posibles declaraciones o reservas efectuadas por los Estados parte verificadas en los términos de su artículo 55.

Parece recomendable por ello que el motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de la resolución de embargo se circunscriba a aquellos supuestos en que, de la información facilitada en el certificado, resulte manifiesto que la prestación de la asistencia judicial vulneraría el principio de *ne bis in idem* en los términos establecidos en el capítulo III del CAAS.

3.- Puntualizaciones sobre determinados aspectos de la redacción del texto articulado

La Decisión Marco que se traspone tiene por fin específico, como ya se ha indicado, introducir en las relaciones entre los Estados miembros de la UE la práctica del reconocimiento mutuo de determinado tipo de resoluciones judiciales cuyo objeto es el aseguramiento cautelar de bienes y pruebas. No contempla, sin embargo, el reconocimiento inmediato de la

medida definitiva de decomiso, la cual habrá de ser objeto de solicitud aparte, si bien se admite que se curse al mismo tiempo que se efectúa la transmisión de la resolución judicial de embargo.

En la Decisión Marco la resolución judicial por la que se acuerda el aseguramiento de los bienes procedentes de un ilícito penal recibe la denominación genérica de embargo preventivo; en concreto, el artículo 2, c) DM define la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas como *“cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso o constituir elementos de prueba”*.

Si bien el embargo preventivo como medida de afectación de los bienes a los fines del proceso constituye un medio eficaz de aseguramiento de los bienes del inculpado mediante su vinculación jurídica al proceso, algunos de los fines comprendidos en el artículo 2, c) DM, -prevenir la destrucción, transformación material, ocultación o desplazamiento físico de bienes o pruebas-, demandan una intervención en el plano material que sólo se realiza mediante la adopción de medidas específicas de garantía como son la recogida, incautación y depósito a disposición judicial de los bienes, documentos o medios probatorios.

Se estima, por ello, aconsejable que el texto legal incorpore las referencias precisas a esas otras diligencias aseguratorias del cuerpo del delito, procurando adoptar las denominaciones de uso más común en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, tales como recogida, conservación, intervención, incautación o puesta en depósito judicial (título V del libro I).

Posiblemente el término “incautación” sea el que mejor sintetice el sentido de este tipo de medidas, siendo además frecuentemente empleado junto al embargo preventivo en los actos del Consejo antecedentes de la presente DM (*vid.* Acción Común de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, *embargo, incautación* y decomiso de los instrumentos y productos del delito; igualmente, la Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, *embargo, incautación* y decomiso de los instrumentos y productos del delito).

El mismo Anteproyecto opta por tal denominación, si bien en otro contexto distinto, al introducir en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante su Disposición final primera una regulación específica de la realización de efectos judiciales, conforme a la cual, según el texto proyectado para el art. 367 bis, tendrán la consideración de efectos judiciales *“todos aquellos puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal”*.

Por otra parte, el texto legal debe distinguir con la necesaria claridad conceptual entre el embargo como resolución judicial, que se adopta en el Estado de emisión conforme a su derecho, y que, tras su documentación fehaciente, constituye el documento objeto de transmisión (art. 4.1 DM) y la cumplimentación del embargo mediante la adopción de las medidas de garantía precisas conforme a las formalidades y procedimientos del Estado de ejecución (art. 5.1 DM).

En atención a lo dicho, convendría mejorar algunas formulaciones del texto articulado que no disciernen con claridad entre resolución judicial y medidas y que no resultan por ello plenamente conformes con las previsiones de la DM. En concreto, se sugieren los siguientes cambios:

En el artículo 1.1, donde dice que la ley tiene por objeto regular el procedimiento que deben seguir las autoridades españolas para transmitir a las autoridades correspondientes de los demás Estados miembros de la Unión Europea *“una medida de embargo o de aseguramiento de pruebas”*, se estima más conforme a la DM que diga *“una resolución en la que se acuerde el embargo o la incautación de bienes o el aseguramiento de pruebas”*, pues lo que se transmite no es la medida, objeto de la ejecución, sino la resolución que la acuerda.

El artículo 1.2 dice que en la ley se regula asimismo la actuación que habrá de desarrollarse por parte de las autoridades judiciales españolas *“cuando reciban una solicitud emitida por una autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea para que lleve a cabo una medida cautelar de embargo o aseguramiento de pruebas adoptada en un procedimiento penal, cuando se refieran a bienes que se encuentran en territorio español”*. Este desarrollo normativo resulta inadecuado. Lo que se transmite a la autoridad judicial española es una resolución, una decisión de la autoridad emisora, no una solicitud o petición, como se indica claramente en el artículo 4.1 DM: *“Las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas consideradas en la presente Decisión Marco, acompañadas del certificado a que se refiere el artículo 9, serán transmitidas por la autoridad judicial que las haya dictado, directamente a la autoridad judicial competente para su ejecución ...”*

Esta característica singulariza el sistema de reconocimiento mutuo que se está implantando en el Espacio Judicial Europeo, con fundamento en el artículo 31. a) TUE, del esquema clásico de cooperación judicial internacional, inspirado en el principio de petición o solicitud, por virtud del cual un Estado soberano dirige su petición a otro Estado soberano, el cual

decide si le da curso o no con un grado variable de discrecionalidad en función del tratado que se aplique.

Las resoluciones incluidas en el circuito europeo de reconocimiento mutuo, dictadas, validadas o confirmadas por una autoridad judicial del Estado de emisión, como indica el artículo 2, a) DM, no se cursan mediante comisiones rogatorias, sino que se transmiten directamente para su reconocimiento y ejecución sin trámite intermedio de validación.

En atención a ello consideramos más adecuado que el apartado diga *“cuando reciban una resolución de embargo o incautación o de aseguramiento de pruebas para su reconocimiento y ejecución sobre bienes que se encuentren en territorio español”*.

Y ello, sin perjuicio de que, como precisa el artículo 10.1 DM, la transmisión de la resolución pueda ir acompañada de una solicitud de transferencia de los elementos de prueba, o de decomiso. Estas solicitudes complementarias –que también pueden ser remitidas con posterioridad– constituyen genuinas peticiones de asistencia penal que, en tanto no se adopten por el Consejo de la UE los correspondientes actos normativos, quedan de momento excluidas del ámbito de reconocimiento mutuo y se rigen por los tratados internacionales suscritos entre las partes (*vid.* Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo, el 8 de noviembre de 1990; asimismo, la iniciativa del Reino de Dinamarca para la adopción de una Decisión Marco relativa a la ejecución de resoluciones de decomiso en la Unión Europea, DO C 184 de 2 de agosto de 2002, p. 8).

El artículo 2 hace referencia a *“las medidas adoptadas en cumplimiento de esta ley”*. La mención es claramente inexacta, pues las

medidas no se adoptan en cumplimiento de la presente ley, sino de conformidad con las normas del Estado de emisión (*forum delicti commissi*). Lo que la presente ley regula es, simplemente, el régimen específico de su transmisión en orden a su reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro de la UE.

En el artículo 2.2 se dice que la medida cautelar consistirá en *“la aprehensión o embargo provisional de tales bienes, para que sean puestos en depósito por la autoridad judicial o su transferencia a la autoridad judicial que los requiere”*. Reproducimos lo dicho sobre la oportuna referencia a la incautación. Procede apuntar, asimismo, que la transferencia de los bienes constituye el fin al que se ordena la medida, no su contenido; además, si se menciona éste, cítese igualmente el otro fin asegurado, esto es, el comiso.

El artículo 4.2 del texto proyectado dice que la autoridad judicial española recibe *“la petición”* de una autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea para que adopte una medida de embargo de bienes o de aseguramiento de pruebas; debe decir, más bien, que recibe *“la resolución”* que dispone el embargo o incautación de bienes, o el aseguramiento de pruebas. El juez o tribunal español no recibe una solicitud que deba estudiar, sino un acto judicial de eficacia equiparable a los emanados de autoridades nacionales, pues como dice el art. 5.1 DM, las autoridades judiciales competentes del Estado de ejecución reconocerán *“sin más trámite toda resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas transmitida con arreglo al artículo 4 y tomarán de inmediato las medidas oportunas para su ejecución inmediata, del mismo modo que en el caso de una resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas dictada por una autoridad del Estado de ejecución ...”*

El enunciado del capítulo II –“*Adopción en España de medidas que deberán ejecutarse en otro Estado miembro de la Unión Europea*”- no resulta muy afortunado, pues el objeto de su regulación no es propiamente la adopción de los actos judiciales, que se rigen por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino las condiciones de su envío a una autoridad judicial de un Estado miembro de la UE para que las ejecute. Sería quizá más adecuado titularlo “*Transmisión de resoluciones de embargo, incautación de bienes y aseguramiento de pruebas adoptadas por un juez o tribunal español a una autoridad judicial de un Estado miembro de la Unión Europea para su reconocimiento y ejecución*”

El capítulo comprende la regulación de la transmisión de las resoluciones (art. 6), su documentación (art. 7), derecho aplicable (art. 8) cese de las medidas (art. 9) y régimen de recursos (art. 10).

El artículo 6.1 dice que la autoridad judicial española “*se dirigirá*” a la autoridad judicial competente “*para solicitar la adopción de las medidas oportunas*”. Hemos de reiterar que la autoridad judicial del Estado de emisión más que solicitar, envía su resolución para que se ejecute en el Estado en que se hallan los bienes y las pruebas que necesita.

El artículo 7.1 contiene una inelegante reiteración de palabras de la misma raíz que debiera corregirse por razones de estilo (“*La adopción de la medida ... que se dirija a una autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea se adoptará mediante ...*”)

El artículo 7.2 debiera redactarse de otro modo, pues entre las posibles solicitudes complementarias que admite la DM sólo menciona la de transferencia de bienes. Estimamos más adecuado que el precepto establezca que al auto o resolución judicial objeto de transmisión

acompañará, en su caso, la petición correspondiente al tratamiento que el Estado de ejecución debe dar ulteriormente a los bienes, en los términos del artículo 4.1 DM, esto es, su transferencia a España, la realización en el Estado de ejecución del comiso acordado en el fallo de una sentencia firme dictada por el juez o tribunal español, o la petición de que en el Estado de ejecución se adopte, por la autoridad judicial competente, una resolución judicial de comiso.

En cuanto a la instancia de que los bienes permanezcan en el Estado de ejecución a la espera de que se cursen algunas de las solicitudes indicadas *supra* debe mencionarse en la ley que se trata de una instrucción que ha de constar en el mismo certificado que debe adjuntarse a la resolución judicial objeto de transmisión, no en solicitud aparte, como parece sugerir el texto actual del precepto.

El artículo 10, que prevé que contra los autos del juez de instrucción que acuerden la adopción de alguna de las medidas previstas en esta ley, se podrán interponer los recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es absolutamente superfluo, por obvio, y debería suprimirse.

En la rúbrica del capítulo III, la mención a la ejecución de las medidas de embargo de bienes y de aseguramiento de pruebas debería sustituirse por ejecución *“de resoluciones de embargo, incautación de bienes o aseguramiento de pruebas emitidas una autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea”*. Consecuentemente, en el texto de los artículos 11 y 12 las referencias a la ejecución de la medida, deberán sustituirse por ejecución de la resolución que ordene la medida.

Por otra parte, cuando el texto legal refiere que la autoridad judicial española admite o recibe solicitudes de adopción de medidas, o de

ejecución (arts. 11.1.3, 11.2) debe modificarse tal proposición para indicar que lo recibido es la resolución de embargo, incautación o aseguramiento.

En el artículo 12.1, donde dice que *“La medida solicitada se ejecutará con arreglo al derecho español”*, es preferible que diga *“las medidas que hayan de ser adoptadas en ejecución de la resolución de embargo, incautación o aseguramiento se regirán por el derecho español”*.

Para el artículo 12.2 se sugiere la siguiente redacción: *“Cuando la autoridad judicial del Estado de emisión haya solicitado la transferencia de los bienes o pruebas embargados, incautados o aprehendidos, o su comiso, la autoridad judicial española resolverá conforme a las normas de asistencia judicial penal aplicables al caso”*. Como se ha indicado *supra* la transferencia de los bienes y pruebas al Estado de emisión no es una medida provisional aseguradora, sino una actuación subsiguiente a la cumplimentación de la misma que se adopta a instancia del otro Estado y con arreglo a los tratados aplicables.

El artículo 13.1 donde dice que la medida se mantendrá *“hasta que se reciba la resolución definitiva de ejecución del decomiso o transferencia de los medios de prueba”* mejoraría técnicamente si dijera *“hasta que se resuelva definitivamente la solicitud de transferencia o decomiso cursada por el Estado de emisión”*.

En el artículo 13.3, donde se dice que cuando la autoridad judicial de emisión comunique que la medida ha sido dejada sin efecto, *“esto se llevará a cabo sin dilación”*, resultaría más apropiado que dijera *“se alzarán sin dilación”*.

4.- Sistema de recursos contra las resoluciones de los jueces de instrucción

El artículo 16 del texto legal proyectado regula el régimen de recursos aplicable a los autos dictados por los jueces de instrucción en cumplimiento de resoluciones de embargo y aseguramiento procedentes de Estados de la UE. De acuerdo con este precepto, tienen legitimación activa para recurrir, tanto el Ministerio Fiscal, como los titulares de derechos e intereses legítimos que puedan verse afectados por la resolución judicial.

La impugnación de los autos adoptados por jueces españoles en ejecución de resoluciones de embargo o aseguramiento adoptadas en Estados de la UE puede justificarse en un doble motivo de denuncia: el incumplimiento del procedimiento establecido para el reconocimiento y ejecución de dichas resoluciones, o la concurrencia sobre los bienes objeto de embargo o traba de derechos de terceras personas no involucradas en el proceso penal. En el primer caso, estará legitimado para recurrir la persona contra la que se dirija el proceso penal, cuyos bienes radiquen en España, que se proponga alegar defectos invalidantes en el procedimiento de transmisión de la orden de embargo o aseguramiento; en el segundo supuesto, obviamente, estarán legitimados quienes sin ser objeto de imputación o persecución penal en el país de emisión, se ven afectados por la medida cautelar objeto de cumplimiento. Sería conveniente, por ello, que en el texto de la norma se dejara constancia de esta doble posibilidad y de la legitimación activa que se habría de reconocer no sólo a los terceros, sino también al sujeto pasivo del proceso penal del que trae causa la decisión de embargo o aseguramiento.

Quedarían fuera del objeto de impugnación cualesquiera cuestiones de fondo relacionadas con la adopción de la medida de embargo o

aseguramiento, las cuales habrían de quedar deferidas a la autoridad judicial emisora de la resolución ejecutable.

Por lo demás, la regulación del trámite de los recursos contemplada en la norma es susceptible de mejora; dice el precepto que contra el auto del juez de instrucción cabe interponer recurso de reforma, y contra *“la resolución que resuelva el recurso de reforma podrá interponerse recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que corresponda, que no tendrá efectos suspensivos”*. Se configura de este modo el recurso de reforma como de obligatoria interposición, impidiendo el acceso directo al recurso de apelación, si ése es el interés de la parte afectada.

También se dice que cabrá el recurso de queja *“contra las resoluciones por las que se deniegue el recurso de apelación”*. Esta redacción es claramente defectuosa y puede inducir a error, pues el recurso de queja no es un medio de impugnación de la denegación de la apelación, sino de su inadmisión a trámite, tal y como se desprende del artículo 218 LECrim, que autoriza su interposición *“contra todos los autos no apelables del Juez, y contra las resoluciones en que se denegare la admisión de un recurso de apelación”*.

El inciso final del artículo 16.1 del Anteproyecto dice que los recursos se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referencia que conduce a la aplicación de la normativa prevista para el Sumario Ordinario en los artículos 216 y siguientes de la LECrim.

Comoquiera que los autos que dicten los jueces de instrucción en cumplimiento de resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas tendrán naturaleza idéntica a los autos de embargo, incautación o aseguramiento adoptados en procesos penales españoles, quizá fuera más

simple que el artículo 16.1 del Anteproyecto remitiese directamente a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regulan el régimen de recurribilidad de los autos de los jueces de instrucción, sea en el Procedimiento Ordinario, sea, en su caso, en el Procedimiento Abreviado (art. 766 LECrim). Probablemente esta segunda modalidad de regulación fuera más apropiada por su simplicidad de trámite.

5.- Reforma de la legislación interna en materia de realización anticipada de efectos judiciales

La Disposición final primera del Anteproyecto, con carácter complementario y al margen ya de la necesaria acomodación del ordenamiento interno a los mandatos de la Decisión Marco objeto de trasposición, adiciona un capítulo II bis en el título V del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, bajo la rúbrica *“De la realización de los efectos judiciales”* incorpora cuatro nuevos artículos (367 bis a quinquies) en los que se desarrolla la posibilidad de realizar dichos efectos, cuando sean de lícito comercio, sin necesidad de esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo.

Se trata de una regulación que, en realidad, viene a complementar con una normativa de mayor alcance las actuales previsiones del artículo 338 LECrim sobre disposición anticipada de los efectos judiciales, cuando establece que *“se sellarán, si fuere posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito”* admitiendo, sin embargo, que pueda acordarse su destrucción *“cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia”* y, en su caso, su venta *“si fueren perecederos*

..., con las garantías que procedan, atendiendo su valor y depositando su importe a resultas de la causa”.

La estrecha vinculación que se observa entre las previsiones de los párrafos 2 a 5 del actual artículo 338 LECrim y los nuevos preceptos que el Anteproyecto quiere incorporar, aconseja, en vistas a una más depurada ordenación del título, su agrupación en el capítulo II bis.

Se sugiere, por ello, que el contenido de los párrafos 2 a 5 del artículo 338 LECrim se integre, adecuadamente adaptado, en dicho capítulo, y que el párrafo 1 del artículo 338 LECrim, transformado en párrafo único, incorpore un inciso de enlace para matizar que los deberes de conservación *en especie* de los efectos judiciales se imponen “*sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II bis del presente título*”.

El capítulo II bis pasaría de este modo a englobar todos los acuerdos judiciales de realización o destrucción de efectos judiciales que se adoptasen con carácter previo al pronunciamiento de la sentencia y podría titularse “*De la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales*”.

La regulación concreta de los supuestos de realización de efectos judiciales contenida en los artículos 367 bis a quinquies merece en su conjunto una valoración positiva, tanto en lo que se refiere a los cauces concretos previstos para tal fin –entrega directa, venta directa y subasta– como en las garantías de que se rodea el procedimiento.

Tomando en consideración, sin embargo, que el comiso es una medida de naturaleza penal que produce efectos en la esfera civil, podría ser de interés que se contemplasen modalidades de realización próximas a

las previstas en el apremio civil. Podría preverse, por ejemplo, como alternativa de la venta directa, prevista en el texto proyectado, la venta por medio de personas o entidades especializadas, a semejanza del art. 641 de la LEC, respecto de aquellos bienes cuya singular naturaleza lo hiciera aconsejable –piénsese, por ejemplo, en embarcaciones de recreo, fincas, obras de arte u otros objetos de especial valor, con un mercado específico, adquiridos con el producto del delito- pues no parece inadecuado fomentar en el proceso penal el empleo de aquellas modalidades de apremio dirigidas a obtener el mejor precio de realización de los bienes objeto de traba, considerando que el mismo quedará afecto a la satisfacción de las responsabilidades civiles dimanantes de la causa y que ello redundaría en beneficio de los intereses de los ofendidos y perjudicados por el delito. De acogerse esta sugerencia, obviamente habría de excepcionarse la aplicación del límite de cuantía de 300 euros previsto para la venta directa en el art. 367 quáter, apartado 3.

También sería oportuno que se incluyese una referencia a la eventual desproporción entre el valor de los efectos judiciales y la escasa relevancia de las responsabilidades civiles que pudieren exigirse como posible fundamento para la denegación de una solicitud de realización anticipada en el apartado 2 del artículo 366 ter, que regula los supuestos en que el juez puede rechazar una solicitud cursada por el Fiscal o por el Abogado del Estado.

6.- La Ley Orgánica complementaria

El Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales consta de un artículo

único que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para añadir un párrafo g) al apartado 1 del artículo 87 de la citada Ley, que regula la competencia de los juzgados de instrucción, para prever que corresponderá también a estos juzgados la adopción de las medidas de embargo y aseguramiento de pruebas solicitadas por un órgano judicial de un Estado miembro de la Unión Europea que las haya acordado en un proceso penal, cuando los bienes o los elementos de prueba se encuentren en territorio español.

Nada cabe objetar a esta previsión, que armoniza la normativa orgánica a las previsiones de la nueva Ley. No obstante, si se acogiere la sugerencia efectuada en el presente informe de que el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones de los jueces de instrucción que impongan el control de la doble incriminación se residencie en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sería necesario efectuar la correspondiente inclusión en el artículo 65 de la LOPJ.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste, y surta efectos, extendiendo la presente en Madrid, a veinte de julio del año dos mil cinco.