



España

LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Adán Nieto Martín

Marta Muñoz de Morales Romero

Beatriz Herrera del Campo

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	6
II. ASPECTOS PRELIMINARES	
1. Estructura normativa de la recuperación de activos	
2. Concepto: la recuperación de activos como proceso	
3. Decomiso y recuperación de activos	
III. LA REGULACIÓN DEL COMISO EN ESPAÑA.....	8
1. Regulación material: Tipos de decomiso en el CP español	
1.1 Decomiso directo (art. 127 CP)	
1.2 Decomiso ampliado (art. 127 bis CP)	
1.3 Decomiso sin condena (art. 127 ter CP)	
1.4 Decomiso de bienes de terceros (art. 127 quater CP)	
2. Regulación procesal del decomiso	
2.1 Principios materiales y procesales del decomiso	
2.2 El embargo preventivo (decomiso preventivo)	
3. Dimensión institucional: La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA).	
IV. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DE UN PROCESO.....	19
PENAL EN VENEZUELA: LOS CAUCES DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL CON ESPAÑA	
1. Base jurídica y principios básicos de la cooperación judicial internacional penal en España.	
2. Qué se puede solicitar a España en materia de recuperación de activos	
3. ¿Cuándo tramitar la solicitud de cooperación?	
4. Requisitos formales	
5. Motivos de denegación	
6. Restitución de los bienes	
V. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL.....	30
EN ESPAÑA	
1. El delito de blanqueo de capitales como fundamento	
2. Cuestiones competenciales	
3. Participación de Venezuela y sus instituciones en el proceso penal	
Bibliografía.....	45

I. INTRODUCCIÓN



El objeto de este dictamen es facilitar la labor de las autoridades venezolanas encargadas de llevar a cabo procesos de recuperación de activos ubicados en España. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, en España no existe ninguna ley de cooperación judicial que de manera sistemática regule la cooperación con terceros países, por esta razón el marco normativo resulta considerablemente complejo. Por otro lado,

acceder a la información es prácticamente imposible. Las resoluciones de ejecución o denegación de asistencia judicial no se publican generalmente¹ y aunque se ha contactado con operadores jurídicos involucrados en la recuperación de activos, la información que se nos ha proporcionado es genérica. Asimismo, hemos consultado la base de datos de StAR Asset Recovery Watch Database² sin gran éxito, pues solo aparecen cinco casos con información muy parca.

1 El art. 18.2 RD 948/2015 establece la obligación de contar con un sistema estadístico accesible al público en general que contabile las actuaciones realizadas por la ORGA y, así dotarla de máxima transparencia. Sin embargo, el sistema es muy defectuoso y solo se ofrecen datos genéricos, lo que motivó una solicitud de información ante el Portal de Transparencia en fecha 4 y 10 de mayo de 2017. En ella se solicitaba la facilitación de la información relacionada con los activos que se habían recuperado en la ORGA desde su creación, en el año 2015, hasta ese momento, con indicación de los importes individualizados, personas físicas o jurídicas a las que se hubiese realizado la recuperación y nombre de la operación origen de la misma. En un primer momento, se estimó parcialmente la solicitud, mediante la Resolución 0303/ 2017 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) y, consiguientemente, se instó a la ORGA a facilitar los datos al reclamante. Se entendió que facilitar la información es la regla general y la aplicación de los límites es la excepción. Por tanto, cualquier denegación debe estar suficientemente motivada y ser proporcionada. Para ello hay que atender a las circunstancias del caso concreto. Dicha resolución indicó también que “los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación con los contenidos, debiendo de aplicarse los denominados test de daño y test del interés público”. Sin embargo, poco después el CTBG cambió de opinión, pues ante el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra esta resolución (Resolución 0303/2017) aceptó la anulación de su resolución dejando sin efecto el requerimiento de información a la ORGA que en ella se contenía. Este cambio de opinión, de acuerdo con RODRÍGUEZ-MENDEL NIETO, pudo deberse a que el acceso a la información que conste en el procedimiento penal está regulado expresamente en la LECrim, de modo que toda instrucción penal es reservada para quien no esté personado en autos y puede ser declarada incluso secreta para quien lo esté, con la sola excepción del Ministerio Fiscal. La ORGA en la función de localización y recuperación de activos actúa como auxiliar de la Administración de Justicia y, por tanto, con una encomienda del órgano judicial o fiscal. Por tanto, la ORGA no puede dar publicidad a los datos cedidos al margen de las normas procesales. En segundo lugar, la Resolución del CTBG hacía referencia a información sobre personas jurídicas de tal forma que desvelar información sobre las mismas ya implica saber que se está llevando a cabo una investigación frente a dicha persona jurídica en un proceso penal, dejando vacío de contenido el secreto sumarial que se haya podido decretar judicialmente. Tal y como se viene recogiendo en la Memoria anual, la ORGA debe actuar de manera transparente, pero siempre en términos agregados, no individualizados, porque en otro caso se prescindiría de la esencia misma de la Oficina: servir de auxiliar a los órganos judiciales y Ministerio Fiscal. Vid. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: “La Oficina de recuperación y gestión de activos: protección de datos y transparencia”, en La Ley Penal, 2018, n° 132, p. 13. Ahora bien, en la mencionada Resolución se habla de procedimientos judiciales no finalizados pero, si se tratara de sentencias firmes, es decir, de procedimientos judiciales ya concluidos, se podría admitir la posibilidad de facilitar los datos referidos al nombre de la operación origen de la recuperación, los importes recuperados de forma individualizada y las personas jurídicas a las que se ha realizado algún tipo recuperación de activos, con exclusión de los referidos a los datos personales de las personas físicas. En este sentido, vid. JIMÉNEZ FRANCO, E.: “La falta de transparencia en la recuperación de activos: Incumplimiento normativo y mala administraciyn”, en RODRÍGUEZ GARCÍA ADÁN, N. et al. (eds.): Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos, Ed. Tirant lo blanch, 2020, p. 259 y ss.

2 Fuente: <https://star.worldbank.org/corruption-cases/?db=All>

Las dificultades se acrecientan igualmente por la variedad con la que el comiso se regula en el marco del derecho comparado. Las diversas formas de entender el comiso, las diferentes formas en que esta institución se ha ido plasmando, dificultan la cooperación el trabajo en común entre diversas jurisdicciones.

Con el fin de exponer con la mayor claridad posible el complejo régimen a que está sujeta la recuperación de activos, el presente dictamen adopta la siguiente estructura:

- La primera parte de carácter introductorio aborda cuestiones terminológicas, ofrece una descripción general de la evolución del comiso y da cuenta de la regulación supranacional, centrándose especialmente en la procedente de la UE, que ha marcado en las últimas décadas las reformas materiales y procesales realizadas en España (II).
- La segunda parte describe la regulación penal y procesal del comiso en España, lo cual es sin duda imprescindible para entender los límites y posibilidades de la cooperación judicial con terceros países (III).
- En la tercera parte el dictamen se centra en la hipótesis de que es el Estado expoliado, aquel desde el cuál salieron los activos, el que solicita la asistencia judicial. En la práctica, y, en relación con Venezuela, no existen, o al menos no conocemos, casos que respondan a esta estructura. Cabe adelantar ya que esta vía no parece

aconsejable cuando se trata de Estados con sistemas judiciales débiles o no suficientemente independientes (IV).

- La cuarta y última parte analiza el supuesto en el que el proceso penal se origina en España. Esta opción se articula fundamentalmente a través de delitos que conforme al ordenamiento español pueden ser aplicados extraterritorialmente. El supuesto más importante es el blanqueo de capitales, que en España puede ser juzgado en aquellos casos en que los bienes proceden de delitos cometidos en el extranjero, con la condición de que exista doble incriminación. En este punto existen algunos procedimientos abiertos contra políticos venezolanos relacionados con PDSVA (V).

Además de estas dos hipótesis básicas de cooperación, también cabría plantearse una tercera en la que la cooperación judicial se solicita por un país distinto de Venezuela donde se ha iniciado un proceso de recuperación de activos. En este escenario cabrían a su vez dos posibilidades dependiendo de si el país en cuestión pertenece a la UE o es un país tercero. En el primer supuesto sería de aplicación el sistema de reconocimiento mutuo que rige entre los países de la UE, y que representa un sistema de cooperación avanzado, basado en principios diferentes de cooperación judicial³. En el caso de que esta hipótesis se planteara con un país tercero, es decir, no perteneciente a la UE, como es el caso de los EEUU, básicamente estaríamos en un supuesto similar al analizado en el punto tres.

³ Una amplia exposición, en MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: Derecho penal europeo, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, especialmente Capítulo III, pág. 91 ss.

II. ASPECTOS PRELIMINARES

1 Estructura normativa de la recuperación de activos

La recuperación de activos es un instrumento de **política criminal** destinado a luchar contra la delincuencia, especialmente la organizada, aunque no solo. No hay nada más disuasorio a la hora de cometer un delito que saber que muy probablemente serás privado de los bienes, instrumentos, productos y ganancias derivadas de tus delitos⁴. Dicho de otra forma: La recuperación de activos pretende garantizar que el delito no sea provechoso⁵. Se configura así como una herramienta disuasoria que desemboca en una poco favorable relación coste-beneficio a la hora de cometer la infracción penal⁶.

A la finalidad disuasoria se añade otra: Los productos fruto del crimen deben decomisarse y utilizarse para compensar a la víctima, ya sea un individuo concreto o el Estado allí donde la víctima es difusa o el delito no tiene víctima. En este sentido, se indica que la devolución de los bienes a las víctimas del delito vincula con el rol del Estado para restablecer justicia y eliminar las conductas delictivas de las organizaciones criminales y los corruptos⁷.

La recuperación de activos constituye un problema de gobernanza global.

La globalización de la delincuencia no sólo ha propiciado la aparición de delitos transnacionales altamente lucrativos, sino también la posibilidad de mover con gran facilidad las ganancias procedentes de la comisión de delitos. A ello ayuda la existencia de paraísos fiscales, pero también la libre circulación de capitales que subyace a la globalización económica.

Al igual que ocurre con otros aspectos que forman parte de la gobernanza global, la recuperación de activos es objeto en el plano internacional de una regulación multinivel, en la que además del derecho estatal, tienen gran importancia las convenciones internacionales, pero también diversos estándares y normas de soft law, producidos por organismos internacionales, desde Naciones Unidas al Banco Mundial⁸, redes intergubernamentales de cooperación (CARIN⁹, GAFI¹⁰) e incluso organizaciones de la sociedad civil (ICAR¹¹), etc.

La Tabla nº 1 muestra el carácter híbrido de las fuentes normativas. Como puede apreciarse, al derecho duro se suma una cantidad relevante de recomendaciones y guías con orígenes muy distintos: desde el Banco Mundial y la iniciativa StAR¹², el GAFI¹³, etc.

4 TRINCHERA, T.: "Confiscation and Asset Recovery: Better Tools to Fight Bribery and Corruption Crime", en *Criminal Law Forum*, 2020, nº 39, p. 51.

5 Comunicación de la Comisión al PE y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, sobre "Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que "el delito no sea provechoso", COM(2008) 766final.

6 Algunos autores han cuestionado esta idea. Así, ALLDRIDGE, P.: *Money Laundering Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003, pp. 45-69.

7 AA.VV.: *Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States*, Laws and Practices, Center for the Study of Democracy, 2014, p. 13.

8 Junto a la Oficina contra las Drogas y el Delito de Naciones Unidas (UNODC), el Banco Mundial lanzó la iniciativa Stolen Asset Recovery (StAR) en septiembre de 2007. Entre sus funciones destacan facilitar ayuda a los países para la creación de herramientas legales e instituciones necesarias para recuperar los beneficios que tienen su origen en la corrupción, redacción de estándares internacionales.

9 CARIN (Camden Assets Recovery Inter-Agency Network) es una red informal de profesionales y expertos creada en 2004. Su objetivo primordial es fomentar el establecimiento de organismos especializados en la recuperación de activos y facilitar la cooperación entre ellos. Vid. <https://www.carin.network/>.

10 Por su vinculación con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, el GAFI ha sido muy activo en materia de recuperación de activos.

11 El Centro Internacional para la Recuperación de Activos (International Centre for Asset Recovery -ICAR por sus siglas en inglés) es una institución internacional, no gubernamental y sin ánimo de lucro vinculada a la Universidad de Basilea (Suiza). Imparte formación y asistencia a los países en desarrollo para investigar y detectar la corrupción, así como para la recuperación de los activos.

12 Vide supra nota supra 8.

13 Vid. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, The FATF Recommendations, 2012 (actualizadas en 2019), así como sus notas aclaratorias sobre la materia, *Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38)* and a *Framework for Ongoing Work on Asset Recovery*, October 2012.

Tabla 1 Listado de los principales instrumentos vinculantes de recuperación de activos en España¹⁴

Marco Internacional		Marco europeo		Marco nacional
NNUU	OCDE	Consejo de Europa	Unión Europea	España
<p>Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.</p>	<p>Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997.</p>	<p>Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005</p>	<p>Medidas de armonización: Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito Directiva 2014/42/EU del PE y Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto</p>	<p>Derecho sustantivo Art. 127-128 y ss. CP Art. 362 sexies CP Art. 5-9 LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando</p>

¹⁴ A los instrumentos de cooperación internacional hay que añadir los diversos tratados bilaterales. De hecho, los propios convenios internacionales inciden en el fomento de la celebración de tratados, acuerdos o arreglos bilaterales para mejorar la cooperación internacional (ej. art. 13 UNTOC).

Marco Internacional		Marco europeo		Marco nacional
NNUU	OCDE	Consejo de Europa	Unión Europea	España
			<p>Cooperación judicial inter-nacional: 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. Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. Directiva 2014/41/CE del PE y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal. Reglamento (UE)2018/1805 del PE y Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso.</p>	<p>Derecho procesal Art. 803 ter 803 ter d LECrim (intervención de terceros afectos por el decomiso) Arts. 803 ter e- 803 ter u LECrim (proceso de decomiso autónomo). Art. 127 octies 1 CP (embargo preventivo) Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo Art. 20 in fine Ley Hipotecaria (anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer como medida cautelar)</p>
			<p>Arquitectura institucional: Decisión del Consejo 2007/845/JAI, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre Oficinas de Recuperación de Activos de los EEMM Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (CARIN)</p>	<p>Arquitectura institucional: Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el fondo de bienes Decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados</p>

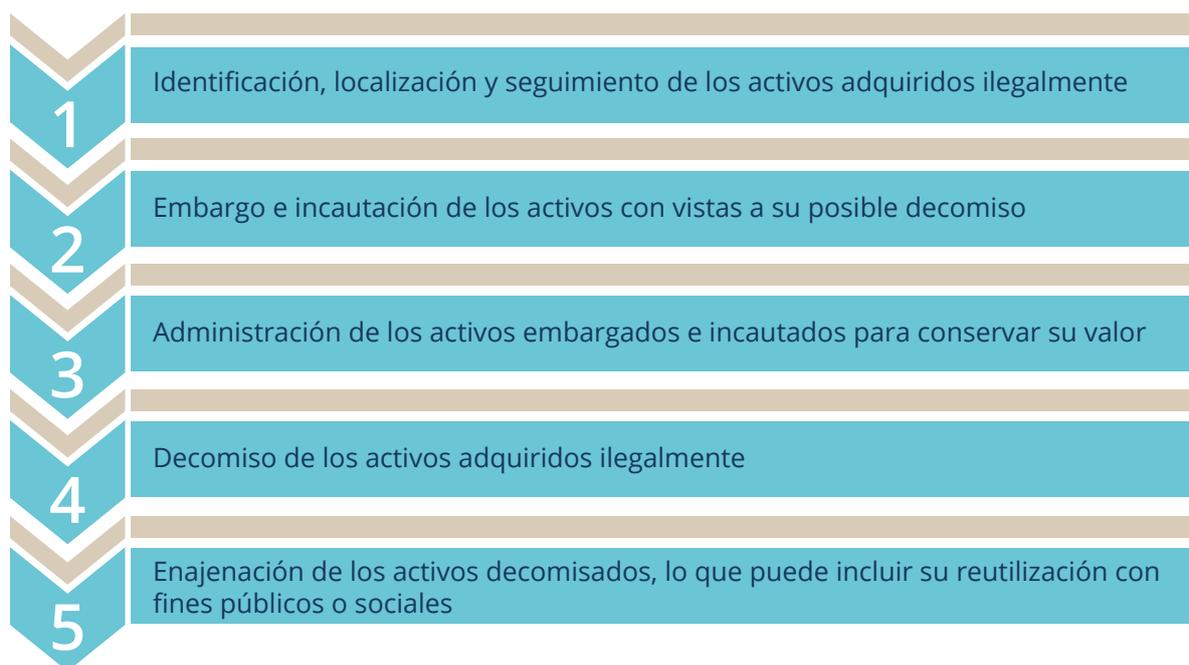
2 Concepto: La recuperación de activos como proceso.

En este informe se abordará la **recuperación de activos como proceso multifase** (Tabla 2) que abarca una serie de herramientas jurídicas¹⁵ con distinta denominación¹⁶. Dentro de este proceso, la estrategia de la recuperación de activos se perfila en torno

a tres aristas: la sustantiva, la procesal y la no menos importante institucional. De hecho, cualquier instrumento internacional, supranacional (UE) y, por ende, nacional que verse sobre la recuperación de activos hace referencia a estas tres vertientes.

Tabla

2 Fases de la recuperación de activos.



Estas fases no son necesariamente consecutivas. Es una sistematización que se sigue desde la UNCAC para simplificar un proceso de carácter complejo, cuya complejidad se acrecienta porque normalmente no todas las fases tienen lugar en una misma jurisdicción, pues muchas

veces los activos no se encuentran en jurisdicciones diversas al lugar en el que se desarrolla el procedimiento. Por esta razón la recuperación de activos es substancialmente una **cuestión del derecho de la cooperación judicial internacional**, que ha de regular la identificación e incautación de activos y su embargo preventivo.

15 CHAMBERLAIN, K.: "Recovering the proceeds of corruption", en Journal of Money Laundering, vol. 6, nº 2, p. 157 y ss.

16 Así, Informe de la Comisión al PE y al Consejo: Recuperación y decomiso de activos - Garantizar que el delito no resulte provechoso, Bruselas, 2.6.2020, COM(2020) 217final.

La recuperación de activos es una quimera si no se cuenta con recursos en el inicio del proceso. Dicho de otra forma, el rastreo y localización de los bienes y fondos es crucial, así como su posterior gestión ya sea en fase preventiva (cuando se decreta el embargo preventivo) o tras la ejecución del decomiso¹⁷. Por eso el primer paso en este *iter* consiste en saber dónde están los bienes, ganancias o productos del delito. A esta fase, la más compleja de todas, se denomina la **fase de investigación patrimonial**. Para tener una “foto patrimonial” con la que empezar a trabajar para que el posterior decomiso sea fructífero, se cuenta normalmente con **órganos especializados**.

Primero se crearon como estrategia de política criminal en la lucha contra el blanqueo de capitales las Unidades de Inteligencia Financiera (FIU)¹⁸ cuya función primordial es recibir, analizar y transmitir a las autoridades competentes información sobre las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de dinero. De forma paralela se han instaurado organismos propiamente de recuperación y gestión de activos (ORA). En el

caso de España los jueces y fiscales cuentan con la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA). Desde la UNCAC ya se venía exigiendo el establecimiento de arquitectura institucional al igual que en diversos foros internacionales como el G8¹⁹, el Centro Internacional para la Recuperación de Activos, la OCDE, el Grupo del Banco Mundial, CARIN, el GAFI, etc. Pero sin duda a quien más se debe su proliferación y desarrollo es a la UE²⁰ al exigir su instauración en la Decisión de 2007²¹ (Tabla 1). Esta Decisión tiene como objetivo que las oficinas de recuperación de activos cooperen entre sí, intercambiando información y buenas prácticas (artículo 2). El intercambio de información puede hacerse previa solicitud de un organismo o de manera espontánea.

Ahora bien, la transmisión de información puede supeditarse a una serie de restricciones y/o condiciones (por ejemplo, que dicha información no se utilice para compensar a las víctimas de las infracciones sobre las que se ha obtenido la información). Hay que indicar que las ORA difieren mucho de unos Estados a otros. Hay algunas que

17 CARRILLO DEL TESO, A.E.: Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 36. BLANCO CORDERO, I.: “La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos”, en ReAIDP, 2007, p. 16.

18 Sobre ellas, vid. Unidades de inteligencia financiera: Panorama general - Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004. En la UE, vid. Directiva (UE) 2019/1153 del PE y del Consejo, de 20 de junio de 2019 por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales (DO L 186, de 11.7.2019). Permite un acceso directo e inmediato a la información por parte de las autoridades competentes indicadas por los EEMM a los registros centrales nacionales de cuentas bancarias así como a la información financiera y análisis financieros de las UIF. Y entre esas autoridades competentes con capacidad de acceso y consulta han de estar las ORA (art. 3.1).

19 Vid. G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets. G8 Lyon/Roma Group. Criminal Legal Affairs Subgroup. Final version dated April 27, 2005.

20 BLANCO CORDERO, I.: “La aplicación del comiso y ...”, op., cit., p. 2 y ss.

21 La Recomendación 17 (b) de la Estrategia del milenio de la UE de 2000, se indicaba que los Estados miembros tenían que valorar la posibilidad de crear “unidades expresamente dedicadas a los procedimientos de seguimiento, embargo y decomiso de los bienes...” y deberán examinar además si dichas unidades “disponen de personal y recursos técnicos y operativos suficientes para luchar contra el blanqueo de capitales” (Vid. Prevención y control de la delincuencia organizada Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio- Diario Oficial C 124 de 3/5/2000). La Comisión, en su Comunicación de 2004 sobre lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero, Bruselas, 16.4.2004, COM(2004) 262 final, punto 2.4.) señalaba expresamente que “la creación de instancias especializadas en la recuperación de activos puede ser la piedra angular en el esfuerzo para privar a los autores del delito de sus beneficios y activos ilegales, por cualesquiera que sean los medios legales disponibles conforme a la ley penal y/o civil”. Además manifestaba su apoyo al proyecto de Europol de crear un “centro de conocimiento de embargo de activos” para facilitar la identificación de activos delictivos en el curso de investigaciones criminales importantes llevadas a cabo por los Estados miembros, y proponía además asociar a Eurojust en este trabajo.

solo tienen funciones de investigación, otras de gestión y un tercer modelo, como la ORGA española, que aglutina ambos tipos de competencias²².

Una vez que se sabe el paradero de los activos, es necesario inmovilizarlos o congelarlos con la finalidad de evitar su pérdida. Los instrumentos internacionales insisten en ello²³. Aquí se recurre a las órdenes de embargo preventivo o aseguramiento de bienes (también conocidas como órdenes de incautación²⁴) que, en ocasiones se confunden con las órdenes de aseguramiento de pruebas e incluso también con el propio decomiso²⁵. En el marco de un procedimiento penal un mismo bien puede tener una doble función: puede ser prueba y puede ser objeto potencial de decomiso pero no tiene por qué. La pruebas se recolectan y se custodian. Por ejemplo, en una investigación de un fraude, un ordenador puede incautarse pero no tanto porque interese el ordenador, sino la información que este contiene. Esa información sería un elemento de prueba y por eso habría que preservar el ordenador que concluido el proceso será normalmente restituido a su

propietario. Por su parte, los bienes objeto de un potencial decomiso son incautados y se preservan o administran según lo dispuesto en la legislación vigente. Lo mismo ocurre con la incautación de un vehículo con el fin de recopilar pruebas en caso de accidente. Es decir, en estos casos, cumplido el fin probatorio, se ha de devolver a su propietario, a no ser que recaiga otro tipo de pretensión como es el decomiso penal o su destrucción. El alijo de droga es un elemento de prueba que también es objeto de decomiso para su destrucción. En la práctica es difícil a menudo distinguir cuando el embargo preventivo tiene como finalidad garantizar el decomiso o cuando se trata de un aseguramiento de pruebas, y la legislación procesal de algunos estados, ya veremos que esto ocurre en España, tampoco distinguen correctamente entre estas dos finalidades al regular el embargo.

22 La doctrina siempre ha apostado por oficinas integrales con funciones no solo de localización e identificación de activos, sino también de gestión de los bienes embargados, de ejecución de las sentencias e incluso de reparto (nacional o internacional) una vez decretado el comiso. Vid. BLANCO CORDERO, I.: "La aplicación del comiso y ...", op., cit., p. 17.

23 El art. 11 de la Convención NN.UU. sobre drogas define el "embargo preventivo" o la "incautación" como la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente". La definición es similar en el art. 2.f UNCAC y UNTOC.

24 Vid. Art. 5.2 Convención de NN.UU. sobre drogas; art. 12.6 UNTOC; art. 8.1 Convención NN.UU. contra la financiación del terrorismo. Para aumentar la complejidad terminológica, a nivel nacional la incautación no solo se utiliza como medida cautelar destinada a hacer efectivo un posterior decomiso, sino también como medida de aseguramiento de pruebas (Costa Rica, Honduras, Guatemala, El Salvador). Vid. SANTANDER ABRIL, G.G.: "La emancipación del comiso del proceso penal...", op., cit., p. 437.

25 Los Comentarios a la Convención de NN.UU. sobre drogas (p. 98) ya alertaron de la dificultad para llegar a un consenso a nivel terminológico.

3 Decomiso y recuperación de activos.

Finalmente, se precisa una **sentencia judicial** (en el derecho comparado, no necesariamente dictada por un juez penal) que **ordene el decomiso, comiso, confiscación o incautación**. Aquí la terminología es muy variada en función de cada ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en Italia, el término empleado es *confisca*, al igual que en Francia (*confiscation*), Uruguay, República Dominicana, Dinamarca, Puerto Rico, etc. En Alemania la privación de los bienes del delito recibe el nombre comiso o confiscación dependiendo de su objeto: comiso (*Verfall*) de ganancias ilícitas y confiscación

(*Einziehung*) de los productos y objetos utilizados en la preparación o ejecución del hecho²⁶. En otros ordenamientos (por ejemplo, el Reino Unido) también se utilizan los dos términos pero como sinónimos. El derecho español utiliza en el CP el término “decomiso”²⁷ y, por herencia española también en algunos países latinoamericanos.

Más allá de esta diversidad terminológica, en lo concerniente a la relación entre comiso y recuperación de activos conviene subrayar lo siguiente:

- El comiso consiste en “**la privación con carácter definitivo** de algún bien por parte de un juez o autoridad competente”, tal como lo indica el art. 1 f) de la Convención de Naciones Unidas en materia de drogas, y en su senda la UNTOC

y la UNCAC. Lo mismo puede predicarse en Europa, pues el mismo concepto se ha acogido en el Convenio de 2005 sobre blanqueo definiéndose el decomiso como “una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien”²⁸.

- En función de lo que se decomisa pueden distinguirse **dos tipos de decomiso**: el de bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito (comiso de bienes) y los efectos y de las ganancias o beneficios procedentes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar (comiso de producto). La recuperación de activos va indisolublemente ligada a la regulación que el comiso de las ganancias del delito tenga en cada ordenamiento.
- La **regulación** del comiso de ganancias en las últimas décadas ha experimentado una **evolución meteórica**, al convertirse en uno de los epicentros de la lucha contra determinados tipos de criminalidad. En líneas generales esta evolución ha llevado a ir rompiendo la unión clásica del comiso con el sistema penal.

26 Para la regulación del comiso en Alemania comparándolo con la situación española, vid. ROIG TORRES, M.: “El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: Interpretación jurisprudencial”, en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVIII (extr.), 2018.

27 La Convención de Viena en sus comentarios indicó que el término decomiso en español era el más apropiado. Se destacó, en particular, que en español debe evitarse el uso del término confiscación por ser un término poco utilizado hasta hora en el ordenamiento español. Vid. Naciones Unidas, *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988* (Nueva York: Naciones Unidas, 1999), pp. 30-31.

28 Salvo la Convención interamericana contra la corrupción, el resto de convenios internacionales definen el término decomiso de forma similar a la expuesta.

Tabla

3 Fases de dicha evolución.

<p>Decomiso de primera generación</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Decomiso clásico, directo, autónomo ● Vinculación con una condena previa firme: prueba de culpabilidad ● Hay que probar que los bienes decomisados se derivan del delito por el que el sujeto ha sido condenado ● El decomiso lo ordena un juez penal en el marco de un procedimiento penal.
<p>Decomiso de segunda generación</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Decomiso equivalente o por sustitución, de terceros y ampliado. ● Desvinculación de la condena: presunción de culpabilidad. ● El decomiso lo sigue ordenando un juez penal en el marco de un procedimiento penal.
<p>Decomiso de tercera generación</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Desvinculación de la condena: presunción de culpabilidad. ● El decomiso se puede decretar en un procedimiento distinto al penal.

A medida que el comiso abandona su forma clásica (primera generación), aparecen mayores problemas para la cooperación judicial y, por tanto, para la recuperación de activos. Ello se debe a tres circunstancias:

- La regulación del decomiso de ganancias fija los límites de la recuperación de activos. Las autoridades judiciales no pueden atender una solicitud de recuperación de activos procedente de otro país en una situación en la que los activos no pudieran ser decomisados en el marco de un procedimiento interno.
- Las formas más avanzadas de comiso pertenecientes a la segunda y tercera generación pueden entrar en contradicción con principios penales como la culpabilidad o la presunción de inocencia, lo que puede dar lugar a que se niegue la cooperación judicial, invocando la excepción de orden público que se contempla en la mayoría de los ordenamientos.
- Cuando la cooperación se desvincula del juez penal y se pone en manos de otras autoridades civiles o incluso administrativas se produce una asimetría que no está prevista por la cooperación judicial. La cooperación judicial está pensada para que los jueces penales de un país cooperen con los jueces penales de otros, cuando esta simetría se rompe y se trata de cooperar con jueces civiles, administrativos o incluso autoridades administrativas, muchos ordenamientos carecen de una regulación adecuada.



Cuanto acaba de indicarse en último lugar, se capta mejor cuando se hace una somera descripción de la evolución del decomiso de ganancias.

El decomiso clásico se caracteriza por dos notas. La primera de ellas es la vinculación a la culpabilidad del sujeto y por consiguiente a la existencia de una sentencia penal previa.

El art. 5.1 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas de 1988 responde a esta concepción.²⁹ La segunda nota no es menos importante. Ha

de probarse que los bienes a decomisar tiene su origen en el delito por los que el sujeto ha resultado condenado (también denominado basado en el objeto)³⁰. Ambas características, derivan de la vieja concepción del comiso como pena patrimonial³¹.

La evolución del comiso que lleva al decomiso de segunda generación consiste básicamente en su progresivo alejamiento de estas dos notas. El decomiso de bienes equivalentes, que permitía decomisar bienes distintos a los procedentes del delito, pero con un valor equivalente, rompió la segunda de las ecuaciones. Posteriormente, el decomiso de bienes de tercero y el decomiso ampliado fueron rompiendo los lazos entre condena y comiso. El primero permite decomisar bienes a personas que poseen los bienes, conociendo su origen delictivo, aunque no hayan sido declarados responsables en el proceso penal. El decomiso ampliado permite por su parte que a partir de la condena por determinados delitos, y bajo determinados requisitos, se decomisen bienes que proceden - presumiblemente - de delitos similares, pero que no han sido objeto de investigación, ni de condena en el proceso penal.

Pero el paso definitivo, que dio lugar al decomiso de tercera generación, se produjo cuando el decomiso se desvinculó totalmente no ya de la existencia de una condena previa, sino incluso de un proceso penal. El salto cualitativo hacia un decomiso de segunda generación lo dio el art. 54 (1) (c) de la UNCAC. Según este precepto, los Estados partes se

²⁹ Y así se ha importó en Europa a través del Convenio del Consejo de Europa de 1990 y después en la UE con la Directiva 2014.

³⁰ Así, por ejemplo, GREEBERG, T.S./SAMUEL, L.M.: *Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, STAR, 2009, p. 10.

³¹ De hecho, algunos convenios definen el decomiso como “sanción” o “medida” (por ejemplo, el Convenio de 2005 sobre blanqueo). También en la UE se opta por esa definición (art. 2.2 del Reglamento (UE) 2018/1805)

tenían que comprometer a decomisar los bienes, productos, etc. sin necesidad de que recayese una sentencia penal. En la UE, el decomiso sin condena se introdujo por primera vez en el art. 3.2 de la *Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo*.

Como antes señalábamos, la recuperación de activos plantea mayores problemas a medida en que nos acercamos al decomiso de tercera generación.

La herramienta jurídica que utiliza el **decomiso de segunda generación**, y especialmente el decomiso ampliado, son las **presunciones** *iuris tantum* que llevan a la inversión de la carga de la prueba. Los hechos sobre los que se construyen las presunciones varían de ordenamiento a ordenamiento. Por ejemplo, una norma puede establecer que un enriquecimiento no explicado que lleva a una acumulación de riqueza durante un período de servicio como funcionario público tiene su causa en la corrupción, lo cual permite decomisar dicha riqueza, a no ser que el sujeto pueda explicar de manera suficiente cómo ocurrió el incremento en la riqueza por medios legítimos. En otros casos (Suiza) la presunción se basa en que los delitos se han cometido en el seno de una organización criminal. El CP español también incluye presunciones *iuris tantum* similares dentro del comiso

ampliado (art. 127 *quinquies* y 127 *sexies*) indican que a partir de la constatación de reiteración delictiva y ante la concurrencia de ciertos indicios, se presume salvo prueba en contrario que todo el patrimonio adquirido (libre de cargas) y los gastos efectuados durante los 6 años anteriores a la apertura del proceso penal proceden de la actividad delictiva³².

En el Derecho penal **los principios de culpabilidad y presunción de inocencia** han vedado tradicionalmente la utilización de presunciones para el establecimiento de la culpabilidad y la imposición de una pena. Por esta razón los convenios internacionales siempre han sido cautelosos a la hora de obligar a los estados a adoptar estas modalidades de decomiso, estableciendo cláusulas facultativas³³. En el marco de la UE, este problema parece, sin embargo, en gran medida resultado. De un lado, la UE mediante la Decisión marco de 2005 (art. 3.2) (*vide supra* Tabla 1) obligó a los Estados miembros a introducir el decomiso ampliado sobre la base de una serie de presunciones. De otro, y como después se verá al abordar la cláusula de orden público, el propio Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha establecido reiteradamente la compatibilidad con el CEDH de este tipo de presunciones utilizadas en la regulación del decomiso.

³² Presunción que el TEDH no ha considerado desproporcionada ni contraria a la presunción de inocencia. Vid. STEDH, de 5 de julio de 2001, caso Philips vs. UK.

³³ Ej. Art. 5.7 de la Convención de NN.UU. sobre drogas; art. 31.8 UNCAC; art. 12.7 UNTOC.

El problema específico que plantea el del decomiso de tercera generación es, como antes se advertía, la asimetría en la cooperación judicial. Al perder su naturaleza penal, el comiso se ha independizado en algunos ordenamientos del sistema penal y de los jueces penales, dando lugar a un procedimiento separado del procedimiento penal de naturaleza civil³⁴ (decomiso civil) o incluso administrativo³⁵. No obstante, este proceso, a diferencia del decomiso de segunda generación, no se ha producido de manera generalizada. Es verdad que la UNCAC e incluso la Decisión marco de la UE de 2005 fueron sensibles a esta realidad animando a introducir decomisos al margen del procedimiento penal. En cambio, normas posteriores, como la Directiva de 2014 que sustituyó a la DM de 2005 no sigue un modelo de acciones *in rem* o decomiso civil³⁶.

La falta de armonización genera asimetrías que plantean serios problemas a la cooperación judicial. En efecto, conseguir que un Estado reconozca y ejecute una orden de decomiso dictada por una autoridad no penal, aunque en esencia se trate de un decomiso ampliado o sin condena similar al que tiene lugar en un

procedimiento penal, es muy complejo por mucho que algunos textos internacionales se esfuercen en pedir amablemente a los Estados, es decir, de forma facultativa, que se presten asistencia en relación con las investigaciones y procedimiento correspondientes a cuestiones civiles y administrativas³⁷. Sin embargo, estos decomisos civiles no se reconocen con carácter general³⁸. Incluso en la UE, donde rige el principio de reconocimiento mutuo y los sistemas de cooperación judicial están muy avanzados³⁹, la asistencia judicial solo va a ser posible -y así se establece expresamente- cuando el decomiso se haya adoptado en el marco de un procedimiento penal⁴⁰. Por tanto, cuando el Estado A que solicita la asistencia judicial en relación con un decomiso ordenado al margen de un procedimiento penal, el Estado B la denegará. A este respecto, los estándares internacionales inciden en que a la hora dar curso o no a una orden de embargo o de decomiso no se preste atención a la terminología sino al *petitum*, es decir, a lo que se solicita con una suerte de reconocimiento mutuo. No obstante, esta recomendación a escala internacional e incluso europea, está muy lejos todavía de conseguirse. Por eso, se indica que sería preferible utilizar la expresión “decomiso sin condena” y no “decomiso civil”⁴¹.

34 El decomiso civil, objetivo o *in rem* tiene lugar en un proceso ajeno al penal y no se dirige frente a una persona sino frente a la “cosa” que se presume a través de un balance probabilidades que tiene origen en un actividad delictiva.

35 Por ejemplo, la extinción de dominio en países de Latino-América.

36 Vid. no obstante recientemente, volviendo a plantear su inclusión Informe de la Comisión al PE y al Consejo sobre *Recuperación y decomiso de activos: Garantizar que el delito no resulte provechoso*, Bruselas, 2.6.2020, COM(2020) 217final, p. 15.

37 Así, por ejemplo, el art. 43,1 UNCAC.

38 PRIETO DEL PINO, A.M.: “Asset Recovery: ... Gonna Try with a Little help from our friends...”, en NIETO MARTÍN, A./GARCÍA MORENO, B. (dirs.): *Ius puniendi y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Ed. Tirant lo blanch, 2020, p. 526.

39 Sobre las reglas del juego de la cooperación judicial en materia penal en base al principio de reconocimiento mutuo, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *Derecho penal europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 91 y ss.

40 Art. 1.1 de la *Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*. Más recientemente, vid. art. 1.4 del *Reglamento (UE) 2018/1805 del PE y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso*.

41 GREEBERG, T.S./SAMUEL, L.M.: *Guía de buenas prácticas...*, op., cit., p. 102.

III. LA REGULACIÓN DEL DECOMISO EN ESPAÑA

Ya nos encontremos en el escenario donde Venezuela solicita el auxilio judicial a España para la recuperación de activos (IV) o en el escenario en el que la estrategia elegida es plantear un proceso penal en España (V), con el fin de recuperar los activos es preciso conocer someramente la regulación material (1.), procesal (2.) e institucional del comiso en España (3.).

1 Regulación material: Tipos de decomiso en el CP español.

El decomiso en el CP español está **indisolublemente unido al proceso penal y al juez penal que lo acuerda en su sentencia firme** (art. 794 y 988 LECrim).

Para establecer el decomiso basta con que el hecho del que proceden los bienes sea antijurídico. Su naturaleza jurídica, desde el CP de 1995, es la de consecuencia accesoria. Aunque esta categoría es un confuso limbo, existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial a la hora de señalar que no se trata de una pena.

Existen **cuatro modalidades de decomiso**: Decomiso directo, regulado en el art. 127 CP (1.1.); decomiso ampliado, regulado en el artículo 127 bis CP (1.2.); decomiso sin condena, regulado en el artículo 127 ter CP (1.3.) y decomiso de terceros del art. 127 quáter CP (1.4.).

Estas cuatro modalidades de decomiso no son excluyentes entre sí, es decir, que el decomiso directo puede ir acompañado de alguno de los otros tipos de decomiso, siempre y cuando, se cumplan los requisitos necesarios para su concurrencia.

1.1. Decomiso directo (art. 127 CP).

El decomiso directo se encuentra regulado en el artículo 127 CP en el que se establece que *“Toda pena que se imponga por un delito doloso⁴² llevará consigo la pérdida de los efectos que de él*



provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya o preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes de delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar”.

El comiso directo **exige prueba plena de la comisión de un delito y del vínculo de los bienes decomisados con el mismo.**

Esto quiere decir que la mera presencia de bienes en el patrimonio cuya procedencia no se puede justificar no es causa suficiente, por sí sola, para acordarlo. A pesar de ello, la

⁴² El decomiso directo también se puede decretar en el caso de delitos imprudentes cuando el delito lleve aparejada una pena de prisión en abstracto superior a un año (art. 127.2 CP).

utilización de la prueba indiciaria relaja esta prueba:

- (1) al probarse la comisión de un delito del que se han generado una serie de ganancias,
- (2) se infiere que aquellos bienes que formen parte del patrimonio del autor, cuyo valor se corresponde con las ganancias generadas, son consecuencia del delito,
- (3) siempre y cuando no se encuentre una respuesta alternativa que explique de manera satisfactoria su origen lícito.

El decomiso directo puede establecerse sobre bienes específicos que procedan directamente del delito, pero también sobre aquellos **bienes en que se hayan transformado**. Si los bienes originarios se han depreciado puede establecerse el decomiso de otros bienes hasta cubrir la cantidad. Si se trata de dinero, se acordará el decomiso de un porcentaje que se corresponda con la ganancia. En cualquier

caso, cuando no es posible el decomiso de bienes que proceden directamente del delito en los términos señalados, se procederá al denominado decomiso por sustitución, que permite decomisar otros bienes, distintos a los procedentes del delito, cuando los bienes originarios hayan sido adquiridos por terceros de buena fe o por cualquier otro motivo no puedan ser decomisados.

El decomiso se establece en la sentencia, la cual puede limitarse a señalar la cuantía o señalar los bienes a decomisar. En los casos de decomiso por sustitución, los bienes pueden determinarse en el proceso de ejecución de la sentencia (art. 127 *septies* CP). El Fiscal puede solicitar al juez que se limite a acordar el comiso con carácter general, con el fin de que posteriormente se abra un procedimiento específico para determinar los bienes, mediante el denominado **procedimiento de decomiso autónomo** (art. 803 ter e) ss LECRim, vid. intra 2.3).

1.2. Decomiso ampliado (ar. 127 bis CP)

El decomiso ampliado se caracteriza porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas de los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de prueba plena. Su naturaleza civil más que penal, se evidencia aun con mayor claridad que en el caso del comiso directo. Su finalidad es poner fin a una situación patrimonial ilícita a la que ha dado lugar la actividad delictiva del sujeto. **Existen dos modalidades: la vinculada a la comisión de determinados delitos y la que se produce en supuestos de reiteración delictiva.**



El decomiso ampliado, en cualquiera de estas dos modalidades, **parte de una presunción**. Habiéndose procedido al decomiso directo de los instrumentos y productos de un delito, también se incautan aquellos otros bienes que se sospecha, ante determinados indicios, que proceden de otra actividad delictiva salvo que se demuestre su procedencia lícita relacionada con dicho delito. **El art. 127 bis CP no establece de manera tasada (numerus clausus) cuáles pueden ser estos indicios**, pero señala los más relevantes: la desproporción entre patrimonio y los ingresos lícitos; la ocultación de la titularidad a través de sujetos interpuestos o paraísos fiscales y la transferencia de los bienes dificultando su localización o destino. En todo caso, se trata de una presunción iuris tantum⁴³.

El decomiso ampliado en relación con determinados delitos produce en exclusiva en relación a las siguientes figuras: los delitos contra la trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, delitos informáticos del artículo 197.2, 197.3 y 264, delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia, delitos relativos a las insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos de corrupción en los negocios, delitos de receptación, delito de blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores,

delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la salud pública, delitos de falsificación de moneda, cohecho, malversación, terrorismo y, por último, los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

A los efectos de respetar el **principio de non bis in ídem y cosa juzgada**, el decomiso ampliado no puede producirse cuando las actividades de las que presuntamente provienen los bienes a decomisar ya hubieran prescrito o hubieran sido objeto de un proceso penal resuelto con sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada. Con el fin de respetar el **principio de proporcionalidad**, la cuantía a la que asciende el decomiso ampliado deberá de tenerse en cuenta para la imposición de futuros decomisos en sentencias posteriores que recaigan sobre hechos delictivos similares a los que hacen nacer el decomiso ampliado pero anteriores a los mismos.

El **decomiso ampliado en supuestos de reiteración delictiva (art. 127 quinquies)** es un supuesto específico del decomiso ampliado, que se caracteriza **porque permite considerar globalmente que todo el patrimonio del sujeto**, adquirido durante los seis años anteriores a la apertura del proceso, haya sido o no condenado previamente por estos delitos, tiene origen delictivo durante los seis años anteriores a la apertura del proceso. Esta modalidad solo se aplica en aquellos casos en que las ganancias delictivas superen los 6.000 €.

⁴³ El decomiso directo también se puede decretar en el caso de delitos imprudentes cuando el delito lleve aparejada una pena de prisión en abstracto superior a un año (art. 127.2 CP).



Para que se produzca este tipo de “super decomiso” han de darse tres requisitos cumulativamente: (a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal; (b) que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada; (c) que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. Tanto la presunción de la actividad delictiva continuada (1), como la presunción de que una parte relevante de su patrimonio proceden de esta actividad se basan a su vez en otra serie de indicios (2); como finalmente los bienes que forman parte del patrimonio y su situación patrimonial se basan a su vez en otro conjunto de presunciones (3).

Así para apreciar que existe una **actividad delictiva continuada (1)** se establecen, a su vez, los siguientes indicios: (a) que el sujeto sea condenado o haya sido condenado en el

mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto; (b) o que en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.

La presunción de que una **parte relevante de su patrimonio procede de la actividad delictiva (2)** se basa a su vez otro grupo de indicios: (a) La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que

se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada; (b) la ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes; (c) la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

Finalmente, la **determinación de los bienes objeto de comiso y su situación patrimonial (3)** obedece también a las siguientes presunciones (127 sexies): (a) que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva; (b) que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva; (c) que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

Aunque estas últimas presunciones, como el resto, operen de manera *iuris tantum*, el precepto acaba solicitando al juez, que de oficio, declare que “las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas”.

Procesalmente, en cualquiera de sus variantes, el decomiso ampliado puede también producirse mediante el procedimiento de decomiso autónomo (art. 803 ter e) ss LECRim, vid. *intra* 2.3).

1.3. El decomiso sin condena (art. 127 ter).

El decomiso sin condena se encuentra regulado en el artículo 127 ter del CP y se corresponde con el art. 54 del Convenio de Naciones Unidas sobre corrupción. El decomiso sin condena permite al juez confiscar bienes procedentes de actividades delictivas en tres situaciones que por distintos motivos han impedido la realización del proceso penal. En concreto se trata de supuestos:

- En los que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que prescriban los hechos.
- Casos en los que el sujeto se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo de tiempo razonable.
- Cuando el sujeto no haya sido penado por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, lo que por ejemplo permite el comiso en supuestos en los que el delito ha prescrito o su autor ha sido indultado.

La no necesidad de condena no significa una desvinculación absoluta del proceso penal. Pues solo puede utilizarse contra alguien que haya sido formalmente acusado (es decir, que exista al menos un escrito de calificación aun provisional de alguna de las partes acusadoras) o al menos haya sido declarado investigado, pero el proceso penal no haya podido continuar por darse alguna de las circunstancias anteriores. Esta vinculación no es óbice a que, tal como se expone en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, esta modalidad de decomiso carezca de naturaleza penal, siendo más similar a la restitución en casos de enriquecimiento injusto como consecuencia de la comisión de un delito que a una multa⁴⁴.

Resulta competente para el conocimiento del procedimiento de decomiso el juez o tribunal que hubiera dictado sentencia firme, estuviera conociendo de la causa penal suspendida o el competente para el enjuiciamiento del mismo cuando ésta no se hubiera iniciado.

En suma, para que resulte aplicable esta modalidad de decomiso, deberán de concurrir indicios racionales de criminalidad del delito investigado, en el marco del procedimiento penal, y, además, la demostración, en el procedimiento contradictorio, del origen delictivo de los bienes, efectos o ganancias objeto del decomiso.

1.4. Decomiso de bienes de terceros (127 quarter CP).

El decomiso de bienes de tercero se regula en el artículo 127 *quater* en el que se dispone que:

“1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos: a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. 2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado”.

⁴⁴ Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein.

Antes de la reforma operada por la LO 5/2010, la única limitación al decomiso procedente de la tenencia del bien o ganancia, provenía de la adquisición por un tercero de buena fe, no partícipe en el delito, que los hubiese adquirido legalmente. La reforma amplió las posibilidades materiales del decomiso, estableciendo una serie de presunciones dirigidas a limitar la buena fe. El comiso de terceros opera en todos los tipos de comiso (directo, ampliado y sin condena) y distingue entre los casos en donde el tercero adquiere los efectos y ganancias del delito como “otros bienes” con lo que hace referencia a los casos de comiso equivalente.

En el caso de que se trate de **efectos y ganancias** se permitirá su decomiso, si el tercero los hubieran adquirido con conocimiento de que procedían de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. En el supuesto de que fuesen **“otros bienes”**, se acordará cuando el tercero los hubiera adquirido con conocimiento de

que de este modo se dificultaba su decomiso o, cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. Aunque **la presunción de conocimiento**, o la existencia de razones para ello, puedan derivarse de varios indicios, el art. 127 quarter contempla, de manera específica, la discordancia entre el precio de adquisición y el valor de mercado o a título gratuito.

Por “tercero afectado por decomiso” a los efectos de esta figura se entiende la persona distinta del investigado o encausado que, por ostentar derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, se verá afectada por los efectos materiales de la cosa juzgada de la sentencia. Los art. 803 ter a) y ss de la LECRim regulan el procedimiento especial que permite la intervención de terceros afectados.

2 Regulación procesal del decomiso.

2.1. Principios que rigen el decomiso.

El hecho de que el decomiso se articule a través de un procedimiento penal, con o sin condena, conlleva lógicamente la aplicación de determinados principios básicos.

Así, en primer lugar, se exige la concurrencia de **indicios racionales de criminalidad** para la apertura de un procedimiento penal. Como hemos visto, incluso en los casos de comiso sin condena, es necesario la constatación del nivel de sospecha necesario para poder considerar a una persona como investigado.

En segundo lugar, rige el **principio acusatorio**, en virtud del cual, el decomiso debe ser objeto de petición expresa por las partes que ejercen la acusación en sus escritos de calificación provisional y/o definitivos, en los que se deberán especificar los bienes, derechos, ganancias objeto del mismo. Por el contrario, en el supuesto de ausencia de petición expresa de parte, el juez o tribunal no podrá acordarlo de oficio. La parte que ejerce la acción civil no puede solicitar el decomiso, puesto que se trata de una consecuencia accesoria distinta de la responsabilidad civil.

En tercer lugar, es necesaria la **motivación**, que podríamos denominar “bidireccional”. Las partes que lo solicitan deben de expresar los indicios y presupuestos fácticos que soportan la petición y los bienes a decomisar. El tribunal deberá argumentar especialmente la relación que existe entre los hechos en que se basa la presunción y las conclusiones de la misma.

En cuarto lugar, el **principio contradictorio**: los presupuestos fácticos, especialmente

aquellos que dan lugar a la aplicación de las diversas presunciones, han de ser objeto de debate entre la acusación y la defensa en sede de juicio oral o en el marco del procedimiento especial por decomiso autónomo. Igualmente debe ser objeto de debate el razonamiento que permite inferir las distintas situaciones.

La carga de la prueba de la prueba no se invierte totalmente pese a la existencia de presunciones iuris tantum. La finalidad de estas presunciones no es invertir la carga de la prueba, sino facilitarla. Por eso la acusación, especialmente el Fiscal y Juez de introducción, debe esforzarse en acreditar el origen ilícito de los bienes, efectos y ganancias, buscando todo tipo de pruebas. Especialmente esforzarse en acreditar la relación de causalidad entre el ilícito y el patrimonio. Por esta razón, la presunción de inocencia aunque se debilita, no queda totalmente abolida.

2.2. El decomiso preventivo.

Tal como ya se indicó en el apartado introductorio, el principal problema que presenta esta medida cautelar es su falta de reconocimiento autónomo, al existir en la regulación procesal una confusión con el embargo preventivo, el decomiso preventivo y la depósito de las piezas de convicción. Los embargos preventivos tienen como finalidad asegurar las responsabilidades pecuniarias (multa y responsabilidad civil), el depósito pretende asegurar los medios de prueba, mientras que el decomiso preventivo, que es la figura que interesa en este lugar, atiende exclusivamente a los bienes que han de ser

decomisados definitivamente. La diferencia esencial es que la finalidad específico del decomiso preventivo es asegurar la futura extinción de la propiedad, mientras que esto no es esencial ni el depósito de las piezas de convicción, ni en el embargo preventivo. Especialmente el embargo preventivo no significa otra cosa que la preferencia del crédito garantizado, pero no priva al titular del bien, ni de la posibilidad de disposición. El decomiso preventivo, en cambio, comparte la prohibición de disponer.

La regulación del decomiso preventivo se encuentra en el art. 127 octies del CP, en el art. 764.2 de la LECrim y en el 721.2 de la LECiv. Los puntos esenciales de esta regulación son los siguientes:

- Puede ser acordado de oficio o solicitado por las partes parte, debiendo decidir en este caso el mismo el juez instructor.
- La persona afectada es requerida para aporte una relación de bienes, pero en cualquier caso el juez puede solicitar a la ORGA que realice una investigación patrimonial.
- De dictarse una sentencia absolutoria, puede solicitarse una indemnización por los daños y perjuicios causados.
- La gestión de los bienes embargados se realiza por la ORGA.

2.3. El procedimiento de decomiso autónomo

El procedimiento del denominado decomiso autónomo se encuentra regulado en los artículos 803 ter e al 803 u de la LECrim.



Se trata de un procedimiento, que aunque se suscita ante la justicia penal, es independiente del proceso penal encaminado al establecimiento de la responsabilidad. Su objetivo específico es el decomiso de los bienes. De este modo es el procedimiento que se utiliza en los casos del comiso sin condena o en aquellos casos en que durante el proceso penal no se han podido determinar los bienes objeto del comiso, y el juez se ha limitado a indicar genéricamente su procedencia en la sentencia.

El diseño del proceso se articula conforme al modelo del juicio verbal previsto en la Ley de Enjuiciamiento civil. No obstante, en modo alguno puede considerarse un proceso civil, prueba de ello es que es instruido por el Juez de Instrucción y el Fiscal tiene en él un papel muy relevante. De un lado, este procedimiento sólo es posible, en el caso del decomiso sin condena, cuando se solicita expresamente por el Ministerio Fiscal durante el proceso, concretamente,

en el momento de realizar la calificación provisional de los hechos. De otro, es el Fiscal quien ordena las diligencias de investigación necesarias para localizar los bienes, valiéndose de la Oficina de Recuperación de Activos o por medio de la policía judicial. El Fiscal tiene también capacidad de recabar de las autoridades y funcionarios la colaboración y dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos o a cualquier persona física y jurídica para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

El condenado o el acusado rebelde participa en el procedimiento, mediante abogado y procurador. El procedimiento da comienzo mediante demanda y en él participan el condenado y en su caso la persona declarada en rebeldía. La sentencia dictada en el seno de este procedimiento goza de todos los efectos materiales de cosa juzgada en relación con las personas contra las que se haya dirigido la acción. No obstante, es posible abrir un ulterior proceso penal por los mismos hechos (por ejemplo, en los

casos de que el procedimiento de comiso obedezca a la situación de rebeldía). Si la posterior sentencia penal contuviera alguna contradicción con los hechos derivados del procedimiento de decomiso autónomo, es posible interponer un recurso de revisión por este motivo (803 *ter r*).

En el caso del llamado “decomiso de terceros” puede articularse mediante dos caminos. El primero de ellos sería participando plenamente en el proceso penal desde el momento en que la propiedad sobre sus bienes pueda ser afectada. El segundo sería a través del procedimiento de decomiso autónomo al que acabamos de hacer alusión. En el procedimiento, el Juez llamará de oficio a los terceros al proceso a fin de que puedan ejercitar su derecho de defensa.

3 Dimensión institucional: la oficina de recuperación y gestión de activos.



La Oficina de Recuperación de activos, fue creada por la LO 5/2010 como respuesta a los requisitos impuestos por el legislador europeo. La ORGA **tiene consideración de Policía Judicial** y ha sido regulada por el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, configurándola como una herramienta al servicio de los juzgados y tribunales en el marco de los procesos penales, pero también como instrumento de la fiscalía en el procedimiento de decomiso autónomo. Su actuación es particularmente importante en el ámbito internacional, donde se la habilita para el intercambio de la información necesaria.

A instancia del órgano judicial competente, del Ministerio Fiscal o de oficio tienen competencias para localizar bienes en España o en otros Estados y para auxiliar en la gestión de los que se encuentren en España.

Una vez que se haya remitido al órgano judicial la información patrimonial que conste del investigado, el juez o tribunal acudirá a los instrumentos jurídicos necesarios para el embargo o el decomiso de esos bienes en concreto. De este modo se ha evitado lo que tradicionalmente venía a ser el paso previo al decomiso: la comisión rogatoria inicial para la averiguación de bienes en el otro Estado. No obstante, a través de las oficinas de localización, recuperación y gestión de activos no siempre es posible obtener la información patrimonial completa que puede interesar al proceso penal.

IV. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL EN VENEZUELA: LOS CAUCES DE COOPERACIÓN JUDICIAL CON ESPAÑA

Según el esquema trazado, en esta parte nos ocuparemos de la posibilidad de instar desde un proceso penal abierto en Venezuela la recuperación de activos que se encuentran en España.

1 Base jurídica y principios básicos de la cooperación judicial internacional penal en España.

Los actos de cooperación judicial se rigen por el principio de legalidad. En consecuencia, para que España colabore con otro país es necesario que la asistencia esté prevista por una ley en sentido amplio (ley interna o tratado internacional). Dicho de otra forma: **no es posible cooperar sin cobertura legal.**

A diferencia de lo que ocurre en el marco de la cooperación entre los países de la UE⁴⁵, España no cuenta con una norma integral de cooperación judicial internacional en materia penal⁴⁶. Por tanto, la vía común de asistencia judicial penal sigue siendo la convencional, ya sea de tipo multilateral o bilateral (art. 277 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ))⁴⁷. En virtud del art. 94 de la Constitución Española (CE), los tratados internacionales son directamente aplicables en España y

forman parte del ordenamiento jurídico interno tras su publicación en el BOE. Dicho de otra forma, los convenios en vigor en materia de cooperación jurídica internacional son de aplicación directa, no siendo necesaria su implementación a través de ningún acto legislativo.

Esta cooperación judicial, mucho menos avanzada que la que existe en el ámbito de la UE⁴⁹, se rige por los siguientes principios:

- 1) **El principio de reciprocidad:** España ejecuta solicitudes de asistencia judicial en la forma establecida en los tratados y en ausencia de convenio, en la forma que determinen las disposiciones del Gobierno. En cualquier otro caso, indican los arts. 193-194 LECrim, la asistencia judicial estará sometida a reciprocidad.

España y Venezuela han ratificado las tres grandes convenciones internacionales relevantes en materia de recuperación de activos (UNCAC, UNTOC, y Convención sobre tráfico de drogas)⁴⁸. En cambio, no existe ningún convenio bilateral entre España y Venezuela aplicable sobre esta cuestión ni tampoco ningún memorando de entendimiento. Por tanto, el régimen aplicable sería el convencional, si bien teniendo en cuenta que salvo disposición en contra rigen los principios clásicos de la cooperación así como el art. 278 LOPJ que establece cuatro motivos de denegación a los que después se hará referencia.

⁴⁵ Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la UE.

⁴⁶ Es una vieja reivindicación doctrinal la necesidad de contar con una tal y como ocurre en el ámbito civil. Así, Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil [BOE nº 182, de 31.7.2015]. A finales de los años 90 hubo una propuesta. Sobre ella, vid. DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: "El proyecto de ley de cooperación jurídica internacional en materia penal", en AA.VV.: *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio. 9-11 de junio de 1999*, 2000, pp. 711-726. Sobre los problemas de no contar con una ley de cooperación jurídica internacional en materia penal, vid. RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*, Tesis Doctoral inédita, 2017, pp. 92-105.

⁴⁷ Art. 277 LOPJ: "Los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten para el desempeño de su función jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas sobre esta materia".

⁴⁸ Fuente: United Nations Treaty Collection y Prontuario penal, disponible en <http://www.prontuario.org/prontuario/es/Penal/Consulta/?id0=1> (último acceso 19.8.2020).

⁴⁹ En el marco de la UE rige el principio de reconocimiento mutuo que, a su vez, se caracteriza, por eliminar o flexibilizar los principios tradicionales de la cooperación en aras de una mayor eficacia. Una de las notas características de la cooperación en el ámbito de la UE es su judicialidad, pues el contacto es directo entre autoridades judiciales quedando relegadas las autoridades centrales (gubernativas) a meras receptoras de las solicitudes de asistencia judicial. Para una explicación de los principios de la cooperación clásica y avanzada en el ámbito de la UE, vid. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *Derecho penal europeo*, op., cit., pp. 91 y ss.

2) El principio de soberanía y

territorialidad: El Estado tiene el poder sobre lo que ocurre en su territorio y posee un amplio margen de discrecionalidad (en su origen arbitrariedad) para decidir si coopera o no con otro Estado. El hecho de que la cooperación clásica se fundamente en argumentos soberanistas y de oportunidad implica que la decisión sobre el acto de cooperar recae no sólo en órganos judiciales, sino también de carácter gubernativo. Ello explica por qué el control de la cooperación está *a priori* en manos de una autoridad central. En el caso de la UNCAC, y como viene siendo habitual, España designó al Ministerio de Justicia como autoridad central encargada de recibir las solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlos a las autoridades competentes para su ejecución⁵⁰.

El problema es que al no contar con una ley de cooperación judicial internacional en materia penal existe un vacío legal respecto al papel a desempeñar por el Ministerio de Justicia como autoridad central cuando, como aquí ocurre, las comisiones rogatorias deben recibirse por esta vía⁵¹. No está claro el tipo de control que puede hacer la autoridad central, en este caso, el Ministerio de Justicia. Si es un control meramente formal, el Ministerio de Justicia solo podría valorar si la autoridad emisora venezolana es competente, si se ha concretado o no el delito que sustenta el acto de cooperación o el tipo de actividad que se solicita (petición de información sobre cuentas bancarias, embargo preventivo, decomiso, etc.). Un

control material sería mucho más incisivo, pues le permitiría valorar extremos tales como la base jurídica invocada a efectos de cooperación, o si el tipo de diligencia invocada puede hacerse en el marco del tratado invocado, o incluso si lo solicitado vulnera el orden público español. Tal y como indica RODRÍGUEZ- MEDEL⁵² sería necesaria una ley que estableciese qué puede y qué no puede hacer la autoridad central y, a este respecto, sería conveniente que la nueva regulación configurase las autoridades centrales como meros canales de transmisión tal y como ocurre en la UE. Dicho de otra forma, la independencia judicial debería también garantizarse en el caso de la emisión, ejecución o denegación de las solicitudes de asistencia judicial.

3) El principio de doble incriminación:

Precisamente porque el decomiso en España está ligado al procedimiento penal, el delito del que procedan los bienes objeto de decomiso que da pie a la solicitud de asistencia ha de serlo también en España. Aunque los convenios internacionales, por ejemplo, la UNCAC, configuran la doble tipificación de los hechos como un motivo de denegación facultativo, en la práctica veta la cooperación de forma automática.

La invocación de este motivo de denegación podría darse en el caso de una solicitud de embargo o decomiso por la comisión de un delito de enriquecimiento ilícito. En Venezuela se castiga penalmente al funcionario público que haya obtenido en el ejercicio de sus funciones un incremento patrimonial desproporcionado con relación a sus ingresos, que no pueda justificar

⁵⁰ Exceptuados los instrumentos de reconocimiento mutuo aplicables entre EEMM de la UE, pues en estos casos rige el principio de judicialidad.

⁵¹ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: *Prueba penal transfronteriza...*, op., cit., p. 93.

⁵² RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: *Prueba penal transfronteriza...*, op., cit., p. 93.

(art. 46 de la Ley contra la corrupción)⁵³. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que el control de la doble incriminación no atiende al *nomen iuris*. Por tanto, en estos casos sería recomendable redactar los hechos que sustentan la solicitud de asistencia judicial de tal forma que permitiese al juez español encajarlos en otro delito como puede ser el cohecho, el tráfico de influencias, etc.

4) El principio de especialidad: de forma similar a lo que ocurre en la extradición y en el caso del traslado de personas condenadas, en el caso que nos ocupa, el principio de especialidad puede jugar un rol relevante respecto a las solicitudes de información sobre cuentas y operaciones bancarias. Tradicionalmente, el principio de especialidad implica que los datos de carácter personal comunicados por el Estado requerido al requirente solo se pueden utilizar en los procedimientos o investigaciones para los que se ha solicitado. Dicho de otra forma, las autoridades del Estado requirente (Venezuela) deberán utilizar los elementos de prueba (por ejemplo, extractos bancarios), para investigar o como medio de prueba en el procedimiento/s que da pie a la solicitud de asistencia judicial.

En realidad, el principio de especialidad es una manifestación del principio de soberanía al que anteriormente se ha hecho alusión. El Estado requerido (España) decide el destino y utilización del contenido del acto de cooperación.

No obstante, es posible flexibilizar este principio a través de autorización. Así, por ejemplo, el art. 23.1.d) del *Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000* entre EEMM de la UE permite utilizar la información para cualquier otra finalidad siempre y cuando se cuente con autorización del Estado transmisor o el consentimiento de la persona interesada.

La práctica es muy divergente entre los Estados. Así, por ejemplo, en el caso de la UE, algunas leyes establecen explícitamente que la información transmitida al Estado solicitante de la información solo se puede utilizar para la investigación específica que dio pie a la solicitud. Sin embargo, otras normas no establecen nada al respecto. En España se establecen disposiciones como Estado de emisión (no así de ejecución). En efecto, el art. 193 de la *Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la UE* establece que los datos personales que España haya obtenido de una solicitud de cooperación solo pueden utilizarse en los procesos en los que se hubiera acordado la resolución, salvo excepciones como sería la existencia de un peligro inminente de daño⁵⁴. Nada en cambio se establece cuando España es Estado de ejecución. Por tanto, todo parece indicar que depende de cada caso concreto y, probablemente, se condicione el uso para otros fines a reciprocidad.

⁵³ Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela, n° 5637 extraordinario, de 7 de abril de 2003.

⁵⁴ Véase también la Guía sobre la orden europea de investigación, elaborada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), de 30 de mayo de 2019, p. 12.

También es verdad que en ausencia de disposición normativa suele darse por sentado que las pruebas no se utilizaran para otro fin distinto y de ser así se ha de recabar la autorización del Estado emisor.

En cualquier caso, se recomienda cursar una petición separada antes de utilizar las pruebas con fines distintos a los establecidos en la solicitud inicial⁵⁵.

- 5) Derechos fundamentales y orden público:** las violaciones a los derechos fundamentales reconocidos en España así como la prueba de que el procedimiento que sustenta el acto de cooperación se ampara en las opiniones políticas del sujeto, su pertenencia a un grupo social determinado, raza, religión, etc., actúan como motivo de denegación.

En este sentido, el TC distingue entre contenido “ad intra” y contenido “ad extra” de un derecho fundamental. El contenido “ad intra” se refiere a la tutela del derecho a nivel interno. Mientras que la proyección “ad extra” del derecho se tiene en cuenta en los casos de cooperación judicial. Dicho de otra forma, la protección de los derechos fundamentales no solo tiene lugar cuando la lesión se produce o puede producir por autoridades españolas, sino también extranjeras en el ámbito de la cooperación judicial internacional.

Aunque la violación indirecta de los derechos fundamentales se ha discutido fundamentalmente en el ámbito de la extradición⁵⁶, su extrapolación al resto de la cooperación judicial es indiscutible, pues se activan las cláusulas de orden público prevista bien por vía convencional o bien a través del art. 278 LOPJ.

⁵⁵ Véase la *Nota conjunta de Eurojust y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la orden europea de investigación*, junio de 2019, p. 16, disponible en [http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eu-rojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eu-rojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20\(June%202019\)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eu-rojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eu-rojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20(June%202019)/2019-06-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf) (último acceso 18.08.2020).

⁵⁶ A nivel interno, vid. la STC 91/2000, de 30 de marzo y con anterioridad ya la STC 11/1983, de 21 de febrero. En el ámbito del TEDH, el *leading case es Soering*. Sobre este caso, su impacto en la cooperación y los frentes abiertos, vid. NIETO MARTÍN, A.: “La cooperación judicial en la UE como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los derechos humanos”, en ARROYO, L. et al. (eds.): *Hacia la Abolición Universal de la Pena Capital*, Tirant lo Blanch, 2010, pp.

Sobre la cláusula de orden público, vid. NIETO MARTÍN, A.: “El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional”, en DíEZ-PICAZO, L./NIETO MARTÍN, A. (eds.): *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010, pp. 453-488.

2 Qué se puede solicitar a España en materia de recuperación de activos⁵⁷

Si se cumplen los requisitos y no concurre ningún motivo de denegación, España deberá ejecutar las solicitudes de decomiso dictadas por Venezuela y además lo hará en una amplia variedad de tipos de decomiso, pues así ocurriría en un caso puramente nacional (directo, por sustitución o equivalente, ampliado) e incluso en determinados supuestos de decomiso sin condena como son los casos de rebeldía o muerte del infractor⁵⁸. Sin embargo, es requisito esencial que el decomiso se haya dictado en Venezuela en el curso de un procedimiento penal. Por tanto, el único tipo de asistencia judicial que no es posible en España sería aquella que versara en una orden de embargo o decomiso gestada en el marco de un procedimiento ajeno al penal, como pueden ser los decomisos civiles o extinciones de dominio. En estos casos, España podría, no obstante, entablar contactos con Venezuela para informarle de las opciones de abrir un procedimiento penal en España. De hecho, cuando la información que llega a las autoridades españolas en el marco de un procedimiento no penal se suele proponer a la autoridad de emisión poder tratar los datos facilitados como un supuesto de intercambio espontáneo de información, para que una vez iniciada o ampliada la investigación en España (si esta llegara a darse), se activasen nuevos cauces de intercambio de información⁵⁹.



La asistencia judicial que prestaría España sería con relación a la identificación o localización del producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios; la identificación, el embargo con carácter preventivo y la localización del producto del delito, la adopción de medidas de preservación; y la devolución de activos. Es decir, abarca todas las fases del proceso de recuperación de activos (Tabla 2).

⁵⁷ Véase la Step by step Guide for Asset Recovery, G20, Spain, disponible en <https://star.worldbank.org/sites/star/files/g20-asset-recovery-guide-2013-spain.pdf> (último acceso 19.8.2020).

⁵⁸ *Vide supra* III.

⁵⁹ Esta información ha sido proporcionada por la Unidad de Cooperación Judicial Internacional de la Fiscalía General del Estado.

3 ¿Cuándo tramitar la solicitud de cooperación?

Aunque como se desprende del epígrafe anterior, la cooperación judicial puede acontecer tras el pronunciamiento de una sentencia judicial firme en Venezuela que ordene el decomiso, no es aconsejable esperar tanto, pues ello daría la oportunidad a los infractores (funcionarios corruptos) de transferir los fondos a otras jurisdicciones más beneficiosas (aquellas que tienen secreto bancario o se caracterizan por ser reacias a cooperar). En consecuencia, es recomendable acudir a las autoridades jurisdiccionales españolas desde el minuto cero, siquiera a través de cauces informales. Una toma de contacto prematura es fundamental para entender el ordenamiento jurídico del Estado requirente (en nuestro caso Venezuela) y requerido (España) así como para idear las estrategias para conseguir una recuperación de activos fructífera. Una (video) llamada telefónica puede ser esencial para redactar la comisión rogatoria y conseguir su ejecución. Igualmente, recurrir a las redes de profesionales tipo Edmont, CARIN, etc. es fundamental.

Para la identificación de los bienes y activos ubicados en territorio español, se cuentan con diversas fuentes de información diversas. Así, si un juez español lo autoriza España puede proporcionar información sobre cuentas bancarias a través de su Unidad de Inteligencia Financiera (SEPBLAC). Asimismo, la ORGA bajo orden judicial también puede proporcionar información relevante para

Venezuela, pues tiene acceso, entre otros, al registro de la propiedad de bienes muebles e inmuebles, al registro mercantil (útil para conocer a los directores y accionistas de una empresa, los aumentos de capital, etc.), notariado (donde se sabrán los directores, accionistas y beneficiarios finales de empresas, etc.).

A través de la Agencia Tributaria también se puede proporcionar información sobre el IRPF (impuesto sobre la renta de personas físicas) y el impuesto de sociedades. Asimismo cabe recurrir a las redes de investigación informales como Camden en el ámbito europeo o CARIN a escala internacional. Y, finalmente, cabe solicitar información disponible en registros policiales.

Al margen de lo anterior, Venezuela podría transmitir información pertinente a España sin ser previamente solicitada, para que se iniciase un procedimiento en España, con independencia de que en Venezuela se continuase con la investigación. Y lo mismo desde el lado del Estado español, es decir, España de mutuo propio podría facilitar información a Venezuela sobre bienes y activos que estuviesen en territorio español para que Venezuela investigase o iniciase actuaciones judiciales o presentase una solicitud de cooperación.

4 Requisitos formales⁶⁰

España exige que las solicitudes entrantes de asistencia judicial se presenten, por escrito, y debidamente firmadas por la autoridad judicial en el idioma oficial del país solicitante, y que se acompañen de una la traducción al español así como de todos los documentos pertinentes.

Las solicitudes han de incluir la identidad de la autoridad que hace la solicitud; el objeto e índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones; un resumen de los hechos pertinentes; una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique.

En particular, las solicitudes de embargo preventivo incluirán una descripción de los bienes susceptibles de decomiso, así como, en la medida de lo posible, la ubicación y, cuando proceda, el valor estimado de los bienes y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud de la autoridad venezolana.

Por su parte, las solicitudes de decomiso incluirán una copia de la orden de decomiso expedida por la autoridad venezolana competente que sustenta la solicitud, una

exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden, una declaración en la que se indiquen las medidas adoptadas en Venezuela para proceder a la notificación a terceros de buena fe, así como un certificado de que la orden de decomiso es definitiva

En cualquier caso, España puede pedir información adicional cuando sea necesario para dar cumplimiento a la solicitud.

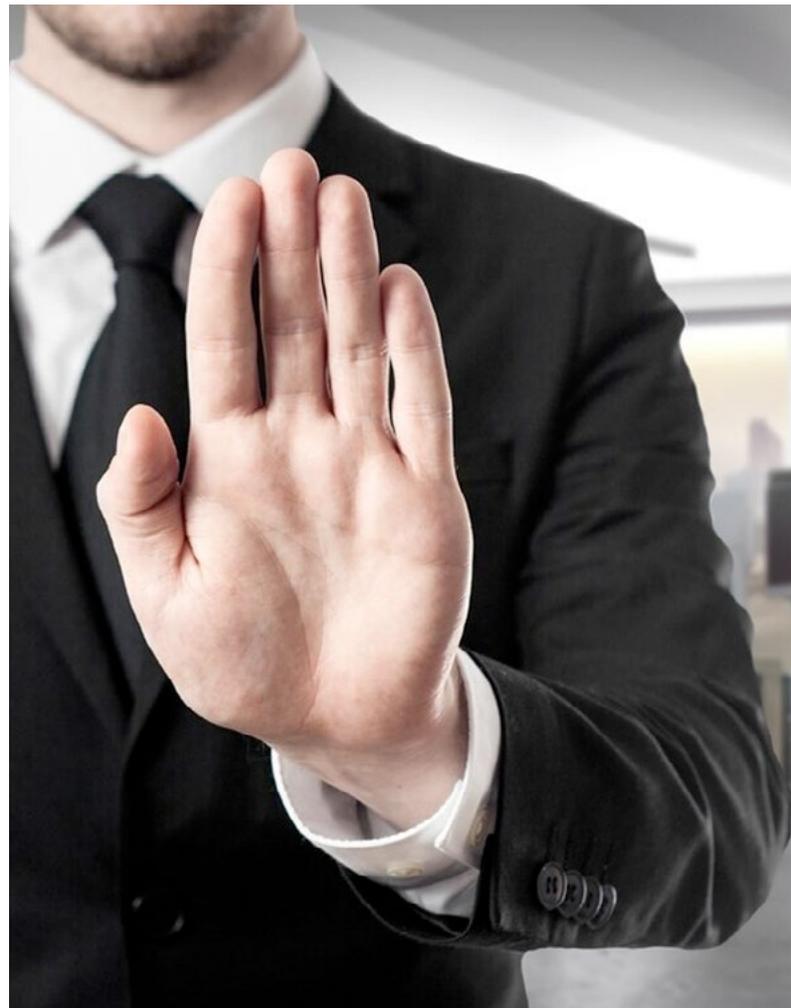
España debe intentar ejecutar la solicitud lo antes posible y tener en cuenta los plazos sugeridos por Venezuela, si bien puede retrasar la ejecución de la solicitud si ello perturbase sus propias investigaciones, procesos o actuaciones judiciales.

⁶⁰ Véase *Requesting Mutual Legal Assistance in Criminal Matters from G20 Countries. A Step-by-Step Guide*, 2012, pp. 89 y ss., disponible en <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/EN/G20/Request-ing%20Mutual%20Legal%20Assistance%20in%20Criminal%20Matters%20from%20G20%20Coun-tries%20-%20A%20step-by-step%20guide.pdf?blob=publicationFile&v=1> (último acceso 19.8.2020).

5 Motivos de denegación

La denegación de la cooperación se hará de forma motivada. Además de los derechos fundamentales y/o la cláusula de orden público como motivos de denegación se estará a lo dispuesto por vía convencional y en su ausencia a lo previsto en el art. 278 LOPJ, el cual añade la falta de competencia exclusiva de la jurisdicción española, la ausencia de competencia para ejecutar el acto por parte de la autoridad judicial española, el incumplimiento de requisitos formales en la solicitud de cooperación judicial (por ejemplo, que la autoridad venezolana que haya iniciado la investigación o procedimiento penal en Venezuela fuese incompetente material y jurisdiccionalmente para solicitar la asistencia.

España también podría denegar la solicitud de ejecución de embargo preventivo o decomiso cuando no reciba pruebas suficientes o los bienes sean de escaso valor (principio de proporcionalidad). El principio de proporcionalidad se materializa en la necesidad de que la adopción de una medida coercitiva sea idónea para la consecución del resultado esperado. Asimismo, la proporcionalidad exige la imposibilidad de alcanzar dicho resultado a través de una medida menos restrictiva de derechos. En definitiva, debe existir un equi-librio entre el objetivo perseguido con la medida coercitiva y el resto de intereses en juego (públicos y/o privados). El secreto bancario no es un motivo de denegación.



MOTIVOS DE DENEGACIÓN

6 Restitución de los bienes

La restitución y disposición de los activos decomisados se hace depender de la existencia de una resolución firme que ordene el decomiso y en ocasiones puede ser necesario emitir una nueva comisión rogatoria específica para la restitución. Otras, se entiende que está implícita en la primera solicitud de decomiso.

La Disposición adicional cuarta de la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la UE, establece unas reglas específicas cuando se trata de la ejecución de resoluciones de decomiso dictadas por autoridades de terceros Estados no miembros de la Unión Europea. Si el valor de los bienes, valores y efectos decomisados, una vez descontados los gastos realizados para su localización, administración y conservación⁶¹, fuera inferior a 10.000 euros, el Estado español se convierte en el único adjudicatario de dichos bienes a los que se les dará el destino previsto legal o reglamentariamente.

En el resto de casos, descontados los gastos y a falta de un acuerdo entre ambos Estados, se procederá a un reparto a partes iguales entre el Estado de emisión y el español⁶², siempre y cuando la autoridad competente del Estado de emisión garantice reciprocidad. En este caso, los bienes que quedan en poder del Estado español se destinan igualmente según lo legal o reglamentariamente previsto.

El dinero se transfiere directamente al Estado requirente, mientras que los bienes, valores o efectos de otra naturaleza se vende para después transferir el dinero correspondiente al Estado requirente, salvo que este se oponga.

Nada de lo anterior se aplica si resultan afectados bienes integrantes del patrimonio histórico español. En este caso, se aplicará la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y su normativa de desarrollo⁶³.

⁶¹ En el caso de que se trate de la UE, España sufraga dichos gastos salvo que fueran extraordinarios. En este caso, se pondría en contacto con el Estado de emisión para llegar a un acuerdo (art. 25.2 Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo).

⁶² La cantidad que va a parar a manos del Estado español se ingresa en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, y se transfiere por el Letrado de la Administración de Justicia al Tesoro Público con aplicación, en su caso, de lo que se establezca en las normas especiales, en particular, lo dispuesto en el artículo 367 quinquies LECrim.

⁶³ BOE nº 155, de 29/06/1985.

V. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN EL MARCO DE UN PROCESO PENAL EN ESPAÑA

1 El delito de blanqueo de capitales como principal delito para la persecución en España

Este epígrafe aborda la recuperación de activos cuando el procedimiento penal se sustancia en España. Normalmente, se trata de procedimientos penales por blanqueo de capitales, pues en estos casos es bastante fácil que los jueces y tribunales tengan competencia jurisdiccional en base al principio de territorialidad (art. 23 LOPJ). Normalmente, esta cláusula de territorialidad se interpreta en sentido amplio entendiendo que los hechos no solo se cometen allí donde se inicia la acción sino también donde tiene resultado. Además, el propio art. 301.4 CP relativo al blanqueo de capitales lo deja claro: “el culpable [de un delito de blanqueo] será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero”.

El blanqueo de capitales suele cometerse en varios territorios⁶⁴ (el del Estado requirente y requerido) y cuando ello sea así España tendrá competencia territorial para perseguirlo, siempre y cuando los activos estén vinculados a otros hechos constitutivos de delito en el Estado requirente, por ejemplo, cohecho, malversación, etc. (principio de doble incriminación) y los fondos se transfieran o blanqueen a través de

cuentas españolas o adquisición de bienes en nuestro país.

Es verdad, no obstante, que la persecución por blanqueo de capitales fundamentada en la comisión de un delito cometido en el extranjero es más compleja cuando no existe condena por dicho delito previo. Aquí el juez español para motivar la condena deberá indicar con exactitud cuál es el tipo penal o los tipos penales que considera delito previo y señalar cuáles son los hechos que a su juicio constituyen este delito. Por tanto, no debería ser suficiente con indicar genéricamente una serie de delitos o un delito en concreto, sino más bien hacer referencia a los comportamientos que considera que dieron lugar a ese delito previo. Como señala la jurisprudencia, esto no implica conocer minuciosamente todos los hechos, pues podría no saberse la autoría o incluso qué delito específicamente ha generado los bienes posteriormente blanqueados.

La prensa⁶⁵ ha informado de varios casos actualmente investigados que involucran a personalidades venezolanas y españolas (por ejemplo, del ex-embajador español en Venezuela Raúl Morodo, también perseguido por cargos de corrupción). El caso más ilustrativo es el de la petrolera PVDNM. La fiscalía anticorrupción investiga a varios

⁶⁴ Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS 8701/2012, de 5 de diciembre. Trata de un caso en el que el sujeto opera a través de un despacho de abogados cuya principal actividad es la inversión en activos inmobiliarios de personas, tanto físicas como jurídicas, no españolas. Para ello, en algunas ocasiones operan directamente la personas físicas extranjeras y en otros casos lo hacen a través de sociedades creadas para ello. En la realización de estas operaciones se produce la comisión del delito de blanqueo de capitales, procediendo éstos de terceros países.

⁶⁵ “La extraña guerra contra la corrupción de la corrupta PDVSA en España”, Fuente: El Confidencial, de 11 de junio de 2020, disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/2020-06-11/extrana-guerra-corrupcion-pdvsa-espana_2633583/ (último acceso 14.08.2020).

ciudadanos venezolanos por un delito de blanqueo de capitales consistente en la compra de numerosos inmuebles a través de entramados societarios y bancarios registrados en paraísos fiscales.

El delito de blanqueo de capitales tiene como ventaja su mayor facilidad para probarlo. Ello se debe tanto a la propia configuración del delito de blanqueo de capitales en el PC español, como a la interpretación que del mismo realiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (TS).

A modo de ejemplo puede citarse la STS 801/2010, de 23 de septiembre. En ella se establece que para el enjuiciamiento de los delitos de blanqueo de bienes de procedencia ilegal, no es precisa la condena previa del delito de base del que proviene el capital objeto de blanqueo, de modo que la prueba indiciaria, aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener acreditada su comisión. Se designan como indicios más habituales en este tipo de infracciones: *i)* la importancia de la cantidad de dinero blanqueado, *ii)* la vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas, *iii)* lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto, *iv)* la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico,

v) la inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones y *vi)* la debilidad de las explicaciones acerca del origen ilícito de esos capitales.

Posteriormente, siguiendo la misma senda, el TS, en su sentencia 811/2012, de 30 de octubre, incluyó nuevos indicios como, *i)* el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias, *ii)* la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias y, *iii)* la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictiva.

Otra cuestión que facilita la constatación de la existencia de un delito de blanqueo de capitales es la aceptación, por parte de la doctrina jurisprudencial, de la aplicación, sin reservas, del dolo eventual en esta modalidad delictiva. Estos supuestos de dolo eventual incluyen los casos en que el sujeto no tiene conocimiento concreto y preciso de la procedencia ilícita de los bienes, pero sí es consciente de la alta probabilidad de su origen delictivo, y pese a ello, actúa, por serle indiferente dicha procedencia⁶⁶.

⁶⁶ Entre otras, SSTs 286/2015, de 19 de mayo; 801/2010, de 23 de septiembre; 483/2017, de 4 de junio; 457/2007, de 29 de mayo; 390/2007, de 26 de abril; 289/2006, de 15 de marzo. En ella se aborda el estudio de un caso en el que el acusado regentaba un despacho de abogados, especializado en inversión en inmuebles por parte de personas no españolas. Uno de los sistemas utilizados por el acusado para facilitar dichas inversiones era el de la creación de sociedades patrimoniales de responsabilidad limitada en España, que estaban participadas por los inversores extranjeros, cuyo capital procedía también de terceros países distintos de España. Mediante estas operaciones inmobiliarias realizadas a través del entramado solitario creado, se produjo la comisión de un delito de blanqueo de capitales en España, pero cuyos fondos provenían del extranjero.

2 Participación de Venezuela y sus instituciones en el proceso penal español

La legitimación activa en el Derecho español para iniciar un proceso penal es muy amplia. Puede ejercer la acción penal el Ministerio Fiscal, la acusación particular e incluso cabe la acción popular.

La acusación particular puede ejercerla cualquier persona ofendida o perjudicada por el delito (sea persona física o jurídica). Según el Tribunal Constitucional español, el ejercicio del derecho del perjudicado a acusar se ampara en el art. 24.1 CE, que consagra como derecho fundamental de toda persona “obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. De este modo, el ofendido o perjudicado por el delito está legitimado para el ejercicio de la acción penal con independencia de la actuación del Ministerio Fiscal.

La condición de parte acusadora particular en el proceso penal se puede adquirir inicialmente, mediante la presentación de una querrela o, posteriormente, durante la tramitación del procedimiento, con la personación en el mismo. En uno y otro caso es necesaria la intervención de abogado y procurador de los tribunales.

Además, cualquier ciudadano español (incluidas las personas jurídicas, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional), a pesar de no ser ofendido o perjudicado por el delito, puede ejercitar la acción penal, constituyéndose en acusación popular previo cumplimiento de unos requisitos legales⁶⁷.

La necesidad de que el actor popular tenga que tener nacionalidad española limitaría la posibilidad de acceder al proceso por esta vía.

Sin embargo, en delitos que afectan al interés general suele ser el Ministerio Fiscal quien, una vez conocedor de la *notitia criminis*, inicia la investigación pertinente. Así ha sido, precisamente, en el caso PVDNM, pues, por ejemplo, respecto al presidente de Globovisión, Raúl Gorrín, fueron diputados opositores quienes denunciaron los hechos hace unos meses ante la Fiscalía española.

Por otro lado, el perjudicado o víctima por el delito, esto es, quien ejerce la acción civil no puede solicitar el decomiso, puesto que se trata de una consecuencia accesoria distinta de la responsabilidad civil. Si bien, esto no es un inconveniente dado que existe la acusación particular, lo que permitiría solicitar el potencial decomiso.

La responsabilidad civil *ex-delicto* también incluye la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por la misma.

Todas las actuaciones judiciales que se realicen con este fin han de dirigirse a la determinación y aseguramiento de los bienes que han de ser restituidos, así como aquellos pertenecientes a las personas que de acuerdo con el ordenamiento jurídico penal puedan ser civilmente responsables (esto es, las enumeradas en los artículos 116 a 122 del CP). De este modo, entendemos importante señalar que, la reclamación

⁶⁷ La acción popular deriva del art. 125 CE, como derecho de participación de los ciudadanos en la administración de la justicia y, por ello, no se precisa ser perjudicado u ofendido por el delito para ejercerla en los delitos públicos. Tal reconocimiento constitucional tiene reflejo en el art. 19.1 de la LOPJ y en los arts. 101 y 270 de la LECRIM. Para el ejercicio de la acción popular únicamente es necesario la presentación de querrela, prestación de la fianza, fijada por el Juez o Tribunal, para responder de las resultas del juicio y la intervención de abogado y procurador. La acción popular ha jugado un papel importante en nuestro país, en lo referente a la defensa de “intereses difusos”, como en el caso de las asociaciones de derechos humanos en los delitos de tortura o diversas asociaciones en los delitos contra la salud pública o contra el medio ambiente, entre otros.

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

Así las cosas, la determinación y el afianzamiento de los bienes suficientes para cubrir la satisfacción de dicha responsabilidad constituye una de las finalidades de la fase de instrucción del proceso penal.

La tramitación de todas las actuaciones judiciales orientadas a ella se realiza en las llamadas "piezas de responsabilidad civil". En ellas se concreta la cuantía y, mediante la aplicación de las medidas cautelares de fianza y embargo reguladas en los artículos 589 y ss, 615 y 764 de la LECrim y concordantes, se garantiza su efectividad, junto con las demás responsabilidades pecuniarias (costas y multas).

En este proceso cumple un papel de suma importancia el Ministerio Fiscal, puesto que, tal y como se ha puesto de manifiesto por la Fiscalía General del Estado, serán ellos los que deban promover ante el Juzgado de Instrucción o, en su caso, ante el órgano jurisdiccional competente, la investigación de exhaustiva de los bienes del inculpado, y, en su caso, de las personas que puedan resultar civilmente responsables, para asegurar el pago de las cantidades que, como

responsabilidades pecuniarias, se fijan en la resolución judicial que se dicte.

Respecto a la localización de estos bienes, de acuerdo con el artículo 614 LECrim, es de aplicación directa en el proceso penal la regulación contenida en la LEC. De ella, es necesario destacar que el artículo 589.2, dispone que el requerimiento al ejecutado para la manifestación de sus bienes se hará con apercibimiento de las sanciones que puedan imponérsele, cuando menos por la desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren y que, los artículos 590 y 5291 LEC establecen la obligación de todas las personas y entidades públicas y privadas de prestar colaboración en las actuaciones de investigación judicial patrimonial acordadas en materia de embargo y traba de bienes.

En este sentido, los Fiscales deberán de velar, en fase de ejecución de sentencias, por la satisfacción completa de la responsabilidad civil declarada en las mismas, pesando sobre ellos el deber de oponerse al archivo de las ejecutorias mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito y la verdadera situación de insolvencia del condenado.

Respecto del caso en que el condenado sea insolvente, surge la duda de qué ocurre en este supuesto. Pues bien, en este caso, el

Fiscal solicitará el archivo provisional y se instará, periódicamente, de conformidad con los criterios que el Fiscal establezca, la revisión de las ejecutorias para averiguar si el condenado ha venido a mejor fortuna, hasta que prescriba el plazo para exigir las indemnizaciones civiles exigidas.

Por último, no debemos olvidar el artículo 898.2 LECrim, cuya redacción fue modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, en el que se establece que a efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito y, sin perjuicio de la aplicación de la LEC, el Letrado de la Administración de Justicia podrá encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales, las actuaciones de investigación patrimonial que sean necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta que no se haya satisfecho, por completo, la responsabilidad civil derivada de la sentencia.

3 Finalidad del decomiso y destino de los bienes decomisados

La finalidad del decomiso es, como se viene apuntando, la privación de los bienes que resultan de la comisión de un delito, de modo que esta figura tiene un carácter retributivo a la vez que cumple una finalidad específica de prevención general y especial en el caso de determinados delitos.

En cuanto al destino de los bienes, opera como regla general la prevista en el artículo 126 del CP. En él se prevé el orden de imputación de pagos del penado o terceros civilmente responsables, a efectos de responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias.

En principio, al estar ante una responsabilidad pecuniaria, deberíamos de atenernos al orden establecido en el precepto citado. Sin embargo, no resulta fácil debido a la dispersión normativa y a la ausencia de una perspectiva global de la institución del decomiso. Aludiendo a la mencionada dispersión normativa, podemos observar diferentes normas:

En primer lugar, tomando como referencia el artículo 126 CP, podemos entender que las cantidades obtenidas por el decomiso se destinan según el orden genérico previsto en él, tal y como se deduce del art. 367 *quinquies* de la LECrim, en el que se anteponen los pagos de la responsabilidad civil en las que se incluye las indemnizaciones a las víctimas. Esta interpretación resulta avalada por lo dispuesto *sensu contrario* en el art. 374.2 CP al regular la especialidad en los casos de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, *“los productos o instrumentos (...) no podrán ser aplicados a la satisfacción de*

las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado”.

En segundo lugar, en atención al art. 367 *quinquies* LECrim se dispone que las cantidades obtenidas de los efectos judiciales realizados, tras descontar los gastos ocasionados por la conservación y realización, se destinan al pago de las responsabilidades civiles y costas, aunque, también pueden destinarse a la ORGA y al Ministerio Fiscal si así se determina reglamentariamente.

Pues bien, como dijimos, en relación con la ORGA, en los art. 3 y 16 del RD 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula, se establece un orden de imputación que se encabeza por los programas de atención a las víctimas, aunque primero se sufragan los gastos de mantenimiento de la propia ORGA. Por tanto, podemos decir que, de acuerdo con estas normas, en cuanto al destino de los frutos del decomiso, tendría como primer destinatario el sufragio de los gastos en los que hubiese incurrido la ORGA, en orden a la conservación y realización de los activos y, en segundo lugar, se destinarían a los programas de atención a las víctimas o, en el supuesto de que así hubiese sido acordado, a la satisfacción de las indemnizaciones de las víctimas.

Esta sería la regla general de la que solo se excepcionan los casos expresamente previstos por el legislador por razones de política criminal tal y como ocurre en el caso de los delitos de tráfico de drogas. Como ya se ha indicado, en estos casos los bienes decomisados se destinarán íntegramente al Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States, Laws and Practices*, Center for the Study of Democracy, 2014.
- ALLDRIDGE, P.: *Money Laundering Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003. *Best Practices on Confiscation (Recommendations 4 and 38) and a Framework for On-going Work on Asset Recovery*, October 2012.
- BLANCO CORDERO, I.: "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos", en *ReAIDP*, 2007, p. 16.
- CARRILLO DEL TESO, A.E.: *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018.
- CHAMBERLAIN, K.: "Recovering the proceeds of corruption", en *Journal of Money Laundering*, vol. 6, n° 2, 2002.
- DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: "El proyecto de ley de cooperación jurídica internacional en materia penal", en AA.VV.: *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio. 9-11 de junio de 1999*, 2000, pp. 711-726. Sobre los problemas de no contar con una ley de cooperación jurídica internacional en materia penal, vid.
- G8 Best Practices for the Administration of Seized Assets. G8 Lyon/Roma Group. Criminal Legal Affairs Subgroup. Final version dated April 27, 2005.
- GREEBERG, T.S./SAMUEL, L.M.: *Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, StAR, 2009.
- Guía sobre la orden europea de investigación*, elaborada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), de 30 de mayo de 2019.
- Informe de la Comisión al PE y al Consejo: Recuperación y decomiso de activos - Garantizar que el delito no resulte provechoso*, Bruselas, 2.6.2020, COM(2020) 217final.
- International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, The FATF Recommendations*, 2012 (actualizadas en 2019).
- JIMÉNEZ FRANCO, E.: "La falta de transparencia en la recuperación de activos: Incumplimiento normativo y mala administración", en RODRÍGUEZ GARCÍA ADÁN, N. et al. (eds.): *Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- MARCHENA GÓMEZ, M./GONZALEZ- CUELLAR SERRANO, N.: *"La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015"*. *Castillo de Luna Ediciones jurídicas*. Madrid, 2015.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M.: *Derecho penal europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- Naciones Unidas, *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988* (Nueva York: Naciones Unidas, 1999).
- NIETO MARTÍN, A.: "El concepto de orden público como garantía de los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional", en DÍEZ-PICAZO, L./NIETO MARTÍN, A. (eds.): *Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Thomson Reuters, 2010, pp. 453-488.
- NIETO MARTÍN, A.: "La cooperación judicial en la UE como medio de lucha contra la pena de muerte y la expansión de los derechos humanos", en ARROYO, L. et al. (eds.): *Hacia la Abolición Universal de la Pena Capital*, Tirant lo Blanch, 2010, pp.
- Nota conjunta de Eurojust y de la Red Judicial Europea sobre la aplicación práctica de la orden europea de investigación*, junio de 2019, p. 16, disponible en [http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eurojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20\(June%202019\)/201906-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf](http://eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Joint%20note%20of%20Eurojust%20and%20the%20EJN%20on%20the%20practical%20application%20of%20the%20European%20Investigation%20Order%20(June%202019)/201906-Joint_Note_EJ-EJN_practical_application_EIO_ES.pdf) (último acceso 18.08.2020).
- PRIETO DEL PINO, A.M.: "Asset Recovery: ... Gonna Try with a Little help from our friends...", en NIETO MARTÍN, A./GARCÍA MORENO, B. (dirs.): *Ius puniendi y Global Law. Hacia un Derecho penal sin Estado*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- Requesting Mutual Legal Assistance in Criminal Matters from G20 Countries. A Step-by-Step Guide*, 2012, pp. 89 y ss., disponible en https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/EN/G20/Requesting%20Mutual%20Legal%20Assistance%20in%20Criminal%20Matters%20from%20G20%20Countries%20-%20A%20step-by-step%20guide.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (último acceso 19.8.2020).
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: "La Oficina de recuperación y gestión de activos: protección de datos y transparencia", en *La Ley Penal*, 2018, n° 132.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C.: *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*, Tesis Doctoral Inédita, 2017.
- ROIG TORRES, M.: "El comiso como estrategia frente a la corrupción en Alemania: Interpretación jurisprudencial", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII (extr.), 2018.
- SANTANDER ABRIL, G.G.: "La emancipación del comiso del proceso penal...", op., cit., p. 437.
- Step by step Guide for Asset Recovery*, G20, Spain, disponible en <https://star.worldbank.org/sites/star/files/g20-asset-recovery-guide-2013-spain.pdf> (último acceso 19.8.2020).
- TRINCHERA, T.: "Confiscation and Asset Recovery: Better Tools to Fight Bribery and Corruption Crime", en *Criminal Law Forum*, 2020, n° 39.
- Unidades de inteligencia financiera: Panorama general* -Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial.

Estrategias jurídicas para la recuperación de activos venezolanos producto de la corrupción



TransparenciaVenezuela



@NoMasGuiso



nomasguiso



Transparencia Venezuela



TransparenciaVenezuela