

DECOMISO, MEDIDAS CAUTELARES Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.

Daniel Campos Navas

Fiscal de la Audiencia Nacional

RESUMEN.- La figura del decomiso se ha visto ampliada y reforzada en las últimas reformas legales operadas en nuestro Código Penal en consonancia con la convicción de que la privación de las ganancias procedentes de la actividad delictiva es la forma más eficiente de luchar contra el crimen. De igual modo que se ha ido mejorando la respuesta penal al lavado de dinero y a la financiación del terrorismo, el decomiso, a partir de 1988, ha adquirido sucesivamente mayor importancia en la represión del tráfico ilegal de drogas, la delincuencia organizada y el terrorismo. La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, culmina esta evolución consolidando y mejorando las novedades introducidas en 2003 y 2010 en relación con el decomiso por valor equivalente, el decomiso ampliado y el decomiso sin condena. También se aborda el decomiso de bienes propiedad de terceros en determinados supuestos muy restringidos, en los que la conducta del tercero es más una participación dolosa –aunque sea a título de dolo eventual- en la transformación o transmisión del producto del delito que un supuesto de ausencia de buena fe en la posesión de los bienes. La reforma del Código Penal en la materia, se verá complementada por la que encuentra en tramitación parlamentaria, y que vendrá a regular la posición procesal del titular de los bienes decomisados en el proceso penal y el cauce procedimental por el que habrá de discurrir el llamado decomiso autónomo, proceso de carácter civil en el que el Fiscal es la única parte legitimada para demandar el decomiso de los bienes de procedencia delictiva y en los que se haya producido la extinción de la responsabilidad penal o el proceso penal se encuentre suspendido con riesgo de prescripción o no sea posible la obtención de condena en un plazo razonable. La reforma procesal, yendo más lejos de lo previsto en el Código Penal, prevé también la posibilidad de reservar para este procedimiento la determinación de los bienes a decomisar, debiendo de existir entonces sentencia condenatoria firme. En todo caso la efectividad de las medidas de decomiso en nuestro sistema viene condicionada por la falta de puesta en funcionamiento de las ahora llamadas Oficinas de Recuperación y Gestión de Activos, y que constituyen una pieza fundamental para la localización, aseguramiento, administración y realización de los bienes decomisados.

1.- INTRODUCCIÓN.

Una de las reformas más ambiciosas de las abordadas por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo es la que afecta al comiso. De momento, ya deja de llamarse comiso para llamarse decomiso; así lo establece el artículo 260 de la citada L.O. que dispone que *todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término "comiso" se sustituyen por el término "decomiso"*. El legislador prescinde así de una vez por todas del término que venía recogido en nuestros códigos penales y que derivaba directamente del latín "comissum". En definitiva se trata de la misma etimología con el prefijo de- que puede servir para potenciar el concepto de desplazamiento de la propiedad de los efectos objetos de la medida.

La reforma traspone al Derecho español la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea y sus novedades afectan, especialmente, a tres cuestiones: el decomiso sin sentencia; el decomiso ampliado; y el decomiso de bienes de terceros.

Ya la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que efectuaba la transposición de la 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, introducía el decomiso ampliado, al establecer de una presunción legal de que se pudiera considerar proveniente del delito el patrimonio del condenado por pertenencia a organización o grupo criminal o terrorista, cuyo valor sea desproporcionado con respecto a sus ingresos legales. Además, la reforma de 2010 acababa con la hasta entonces vigente exclusión del comiso para los delitos imprudentes.

2.- CONCEPTO DEL DECOMISO.

Doctrinalmente por decomiso se viene entendiendo la confiscación de una cosa que proviene de un delito o ha sido utilizada para su ejecución privando de ella a su titular o detentador para ser adjudicada al Estado.

A falta de una definición propiamente dicha en el Código Penal, es preciso acudir a los textos internacionales que sí contienen definiciones al respecto.

Así, el artículo 1-f) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos lo define como "*la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente*". Idéntica definición se contiene en el artículo 2-g) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

El artículo 1-d) del Convenio nº 141 del Consejo de Europa abierto a la firma en Estrasburgo el 8 de Noviembre de 1990 sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso del producto de los delitos lo limita, en armonía con el contexto socio-jurídico al que se dirige, a "*la privación definitiva de un bien ordenada por un Tribunal en un*

procedimiento relativo a un delito o delitos". El Convenio de Varsovia, llamado a sustituir al de Estrasburgo, en su artículo 1-d) define el comiso por "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".

Por su parte la Decisión Marco 2005/212/JAI lo define en su artículo 2 como *"toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien"*.

Por último la Directiva 2014/42/UE en su artículo 2-4 define el decomiso como *"la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal"*

Vemos que la definición de la Directiva ha venido flexibilizando el concepto para permitir el decomiso fuera del proceso penal, aunque la causa del mismo siga siendo en todo caso la relación del bien con una infracción de carácter penal.

De lo anterior podemos distinguir entre un **concepto amplio** de decomiso, como cualquier expropiación de un bien acordada por una autoridad competente como consecuencia jurídica de un acto prohibido por la Ley, y un **concepto estricto** de decomiso, como la privación definitiva acordada por un Tribunal respecto de un bien por razón de ser objeto, instrumento o producto de un delito.

En definitiva las tres notas que siempre deben darse para que podamos hablar de un verdadero decomiso son:

- privación definitiva del bien;
- acordada por un órgano judicial;
- que exista una relación entre el bien y una infracción penal.

Debe por tanto distinguirse el comiso de la incautación, el secuestro, el embargo o la confiscación, las primeras por ser de carácter cautelar y la última por se un concepto de mayor amplitud y que afecta a la totalidad o a parte proporcional del patrimonio de la persona afectada, sin que se limite a bienes relacionados con la actividad delictiva.

3.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO.

En cuanto a la naturaleza jurídica del decomiso, ésta ofrece múltiples dificultades que han abordado de forma desigual las legislaciones y la doctrina. Tradicionalmente en nuestro país los Códigos Penales a partir del de 1848 lo han venido considerando una pena pecuniaria de carácter accesorio. El artículo 27 del Código de 1973, al realizar la clasificación de las penas, ubicaba la "pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito" bajo el epígrafe **pena accesorio**.

A tal naturaleza la doctrina oponía que el comiso no cumplía con las exigencias mínimas inherentes a toda pena (Manzanares); se decía que no guardaba la debida proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor; su carácter rígido era incompatible con el principio de individualización de la pena.

Por ello parte de la doctrina se inclinó por considerar que el comiso se ajustaba mejor a las características de las **medidas de seguridad**. Tal fue el criterio del Código Penal de 1928, en cuyo artículo 90 lo incluía entre las citadas medidas, si bien su contenido y desarrollo –como señala Prats - coincidió fundamental con el comiso/pena de los textos anteriores. En el Derecho comparado el Código Penal italiano en su artículo 240 lo configura como tal.

Sin embargo esta consideración también resultó insatisfactoria para gran parte de los autores al no asentarse sobre la peligrosidad personal del responsable (López Garrido y García Arán) y por cuanto que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente, sobre el que únicamente debe actuarse para lograr su reinserción con medidas o actuaciones personales que influyan sobre su carácter. Conde-Pumpido estima aberrante imponer la medida por la peligrosidad de la cosa y no por la de la persona que la detenta.

No han faltado autores que han destacado el **carácter procesal** del comiso (Serrano Butrageño citando a Torres-Dulce Lifante) al relacionarlo con las disposiciones contenidas en los artículos 326 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo entendemos que si bien es cierto que el artículo 334 de la norma procesal penal establece que el Juez –obviamente de instrucción- recogerá en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar donde se cometió o en sus inmediaciones o en poder del reo, o en otra parte conocida, tal recogida poco o nada tiene que ver con el comiso. Efectivamente, si bien el objeto de dicha aprehensión puede coincidir con el del comiso, resulta evidente la finalidad puramente investigativa del tratamiento procesal de la escena del crimen; precisamente por ello el artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ubica dentro del Título V del Libro II y bajo la rúbrica “De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”, en tanto que el comiso tiene una clara finalidad sancionadora. A este diferente objeto se añaden otras discrepancias, muchas relativas al propio alcance de una y otra medida, órgano competente y procedimiento para acordarla, todo lo cual nos lleva a no compartir dicha opinión acerca del carácter procesal del comiso.

En un línea cercana a la anterior estaría la postura de Quintano Ripollés, que denominaba seudopena al comiso, y del que dice que no parece ser otra cosa que una **consecuencia civil y procesal del delito** sin finalidad punitiva ni cautelar.

El Código Penal de 1995 considera al comiso una **consecuencia accesoria**, al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza sería entonces la de una tercera clase de sanciones penales (Guinarte Cabada), siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (Código Penal suizo o el Código Penal alemán) de establecer en tercer genero de sanciones que bajo la denominación de consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias o simplemente, otras medidas, como la caución, la publicación de la sentencia...

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1997 (pon. Puerta) señala que el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito (art. 48 CP de 1973) constituye una "pena accesoria", y, en el nuevo Código Penal, es configurada como una "consecuencia accesoria" de la pena (art. 127 CP de 1995). En ambos Códigos, por tanto, es cosa distinta de la responsabilidad civil "ex delicto". Importa destacarlo así, por la reiterada referencia que la parte recurrente hace a la responsabilidad civil, en el desarrollo de los motivos examinados. La responsabilidad civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.

Así en STS 16/2009 de 27-1 decía la Sala II del TS que el CP 1995 considera el comiso como una "consecuencia accesoria" al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP. suizo o CP. alemán) de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de "consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias", doctrina en la que insiste la STS 969/2013 de 18 de diciembre.

4.- PROCEDENCIA DEL COMISO EN LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO PENAL TRAS LA REFORMA DE 2010.

Tras la reforma de 2015 el artículo 127 en su apartado 1º señala que *“Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”*

Por su parte el apartado 2º establece que *“En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar”.*

Con independencia de la exclusión de la faltas, como consecuencia de su desaparición o, mejor, conversión en delitos leves, la regulación general del comiso, sigue a la de 2010, particularmente en cuanto su aplicación a los delitos imprudentes.

Esta fue una de las principales novedades de la reforma de 2010, sin embargo su aplicación con carácter general está siendo más bien escasa. En primer lugar no es fácil imaginar en qué supuestos un delito imprudente pueda producir ganancias para su autor, salvo que éstas procedan de relaciones jurídicas ajenas a la conducta delictiva y que serían en tales casos el verdadero origen y causa directa del beneficio. Algún autor se ha referido en este punto a las ganancias derivadas del blanqueo de dinero imprudente (Aguado Correa) de forma que las comisiones u honorarios que hayan

podido obtenerse en el curso de la actividad del autor caerían en comiso. Más claro resulta el decomiso de armas, vehículos y otros instrumentos que se utilizaron en la comisión del delito imprudente, pues tal privación encajaría plenamente con el fundamento del comiso antes comentado, la evitación del nuevo delito actuando sobre los objetos que se vieron implicados en la producción del resultado delictivo.

De hecho el artículo 385 bis del Código Penal establece que *“El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo [delitos contra la Seguridad Vial] se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128.”* Así según la Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial señala que *“cabe para los homicidios imprudentes del artículo 142 y lesiones imprudentes del artículo 152.2 y 3”*. En todo caso su aplicación es facultativa, por lo que será necesario delimitar los supuestos de aplicación de la consecuencia accesoria que estudiamos. Por ejemplo la citada circular se refiere a conceptos tales como que *“quede evidenciada una relación criminógena”* con el automóvil que se haya convertido en *“fuente de peligros para la comunidad”*. En todo caso la proporcionalidad en su aplicación (a la que nos referiremos más adelante) debería suponer una aplicación escasa del comiso en los supuestos de delitos imprudentes.

Además del comiso genérico del artículo 127, el artículo 374 del texto legal punitivo establece que en los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 y a las siguientes normas especiales:

1.^a Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

2.^a Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.

La reforma del Código Penal reduce las especialidades contenidas en el artículo 374 a la mínima expresión, haciéndose una remisión general a la regulación de los artículos 127 y 128. Las únicas dos especialidades que se contemplan son, por una parte a la destrucción tanto de la droga incautada como de las muestras que se hubieran apartado, y por otra, la prohibición de que los bienes decomisados puedan ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales.

Con muy buen criterio se ha suprimido el artículo 431 del Código Penal que antes regulaba el decomiso en los delitos de cohecho y tráfico de influencias y cuya exclusiva referencia al comiso de la dádiva, podría conllevar problemas interpretativos en relación a la extensión del comiso en tales delitos.

5.- EL DECOMISO AUTÓNOMO.

Una de las modificaciones importantes que ya fue introducida por la Ley Orgánica 15/2003 era la contenida en el apartado 4 del artículo 127 según la cual *“el Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.”*

Aunque tal comiso independiente de la condena penal de alguna persona parecía ir en contra de su propia naturaleza de consecuencia accesoria, lo cierto es que se pretendía facilitar una salida a aquellos supuestos en los que no era posible llegar a una sentencia condenatoria, a pesar de lo cual se habían incautado bienes cuya procedencia delictiva no dejaba dudas. Tales casos se habían planteado con ocasión del fallecimiento del responsable criminalmente o en los casos de archivo por declaración de rebeldía del procesado. El destino de los bienes asegurados resultaba entonces incierto. En alguna ocasión la decisión del órgano judicial ha consistido en negar la devolución del dinero incautado, como lo hace por ejemplo la Sentencia núm. 255/2010, de 7 de junio de 2010 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que tras absolver al acusado de un delito de blanqueo de capitales decreta el ingreso de dinero intervenido en la cuenta provisional de consignaciones de la Sala para su remisión al correspondiente organismo hasta tanto se acredite en forma fehaciente el verdadero titular de dicha suma de dinero. Tal decisión fue confirmada por el Tribunal Supremo en la Sentencia 404/2011 de 6 de mayo (Sánchez Melgar) por entender que: *“Primeramente, porque la cantidad incautada, ni siquiera coincide con lo afirmado por el recurrente. En segundo lugar, porque la supuesta capacidad económica con la que pretende sostenerse tal titularidad, no lo es tanto, pues se refieren la mayor parte de los documentos a deudas y préstamos parciales, para fines específicos, que igualmente no coinciden con lo que se intenta demostrar, que como dice el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo más bien los citados documentos acreditan el "endeudamiento del recurrente". En tercer lugar, porque no se deduce por ningún lado que tales 217.000 euros puedan ser parte del precio de la obligación contraída, lo mismo podría ser esta cantidad que cualquier otra. Y en cuarto lugar, porque éste no cuenta a su favor, ni siquiera con la presunción que se disciplina en el art. 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹”.*

Sin perjuicio de reconocer la “habilidad” de la Sala para evitar devolver el dinero incautado, lo cierto es que resultaba mucho más adecuado a elementales principios de seguridad jurídica que el legislador indicara la forma de proceder en estos casos, y eso es lo que pretendía el apartado 4 del artículo 127. Sin embargo, una vez más, a pesar de las buenas intenciones del legislador el resultado no era enteramente satisfactorio por lo restringido de su texto. Efectivamente se decía que el comiso podrá acordarse en los supuestos de exención o extinción de la responsabilidad penal, esto es, en los casos previstos en los artículos 20 y 130 del Código Penal (circunstancias eximentes, muerte, prescripción...). Sin embargo seguirá sin poder aplicarse en los supuestos de rebeldía del responsable criminal y consiguiente archivo provisional de la causa; para estos casos parece que la única solución sería esperar a la prescripción del delito para acordar entonces el comiso de los bienes incautados. Tampoco el texto legal

¹ Art. 635.4 LECr “Se reputará dueño el que estuviere poseyendo la cosa al tiempo de incautarse de ella el Juez de instrucción.”

solucionaba los casos de sobreseimiento provisional por falta de autor conocido (artículo 641.2 de la LECr) en los que el hecho delictivo puede estar perfectamente acreditado y por tanto la procedencia ilícita de determinados bienes o de los instrumentos utilizados y sin embargo no haber sido identificados los autores. Imaginemos un barco en el que se transportaba droga y cuyos tripulantes o propietarios no han sido identificados, ¿podrá acordarse el comiso de la embarcación en tales supuestos? Parece claro que el artículo 127.4 no autorizaba el comiso en tal supuesto, lo que obligaría al Juzgado o Tribunal a acudir a soluciones ingeniosas como la adoptada por la Sección Segunda de la Audiencia madrileña para resolver sobre el destino de dicha nave.

La reforma de 2015 contiene una nueva regulación de la materia artículo 127 ter, que queda redactado como sigue:

“1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,

b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o

c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.”

Aunque la exposición de motivos de la LO 1/2015 anticipa que la reforma se aprovecha para introducir las normas procesales necesarias para hacer posible la aplicación del decomiso sin condena, lo cierto es que, si bien tal regulación procesal si existían en el Proyecto de Ley, ha terminado desapareciendo de la citada Ley, sin bien sí aparece en el Proyecto de Reforma de la LECr actualmente en tramitación en las Cortes.

Así se prevé la introducción en el Libro IV de un Título III ter con el siguiente enunciado y contenido: *“De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo”*.

Según el artículo 803 ter e)del Proyecto el procedimiento de decomiso autónomo se aplicará:

- a) Cuando el fiscal se limite en su escrito de acusación a solicitar el decomiso de bienes reservando expresamente para este procedimiento su determinación. En tal supuesto se requiere la existencia de sentencia firme en el proceso penal.
- b) Cuando se solicite como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio.

Dicho procedimiento, cuya competencia se atribuye al Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento penal, se rige las normas del juicio verbal civil, estando legitimado con carácter exclusivo el Ministerio Fiscal.

A tales efectos el Proyecto de Ley establece en su artículo 803 ter q) que el Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos o por medio de otras autoridades o de los funcionarios de la Policía Judicial, las diligencias de investigación que resulten necesarias para localizar los bienes o derechos titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso.

Cuando el fiscal considere necesario llevar a cabo alguna diligencia de investigación que deba ser autorizada judicialmente, presentará la solicitud al juez o tribunal que hubiera conocido el procedimiento de decomiso.

Lo que parece absurdo es la mención recogida en el apartado 3 de dicho precepto, según el cual el secretario judicial, a instancia del Ministerio Fiscal, acordará por diligencia de ordenación, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas que el Ministerio Fiscal indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia. Es difícil entender la razón por la que ha de hacerse la diligencia a través del secretario judicial y no directamente, tal y como los Fiscales lo venimos haciendo en las diligencias preprocesales.

6.- EXTENSIÓN DEL COMISO.

A.- Efectos, instrumentos y ganancias.

El artículo 127 se refiere a los efectos provengan del delito y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del mismo, ampliando el objeto del comiso previsto en el artículo 48 y equiparándolo al del antiguo artículo 344 bis e), el Código de 1995 consideraba decomisables, además de los instrumentos utilizados para cometer el delito ("instrumenta scaeleris") y de los bienes procedentes del delito ("producta scaeleris"), las ganancias derivadas de aquéllos (fructus scaeleris) cualesquiera que sean las

transformaciones que hayan experimentado en el tráfico jurídico. Se seguía así las disposiciones de la normativa internacional referida al principio de este trabajo.

1.- Por **efectos** se ha venido entendiendo en una interpretación restrictiva los objetos producidos por el delito (Córdoba, Mir Puig, Manzanares) es decir aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (p.e. documentos falsos). Sin embargo una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución entiende por efectos todo objeto o dinero que se encuentra en poder del delincuente como consecuencia de la infracción , incluso aquellos que sean el objeto de la acción típica, que serán decomisados siempre que no pertenezcan a tercero (dinero, armas...). Quizás para evitar los problemas que para parte de la doctrina suponía el considerar las drogas como efecto del delito, ya que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, el artículo 344 bis e) en la redacción dada en 1992 y el artículo 374 del Código de 1995, se refieren a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

2.- Por **instrumentos** del delito entenderemos los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 julio 1996, 22 marzo 1995 y 21 junio 1994).

3.- Tanto la nueva regulación del artículo 127 como el artículo 374 incluye dentro del objeto del comiso las **ganancias** provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Se trata así de establecer claramente la pérdida del provecho obtenido económico del delito. Desde siempre los Códigos se refirieron a la pérdida de la ventaja patrimonial obtenida en los delitos de cohecho (artículo 393 y ahora 431); más tarde, ya en materia de drogas, la Ley Orgánica 1/1988 acogió la redacción que en el nuevo penal siguen tanto el precepto especial del artículo 374 como el general del artículo 127.

Sin embargo, con frecuencia los supuestos de tráfico de drogas y en general de delitos relacionados con la delincuencia organizada que llegan a los tribunales son objeto de sentencia condenatoria, han servido para el descubrimiento, incautación y destrucción del objeto del tráfico ilícito y, consecuentemente, el que no se produzca beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si partimos de una interpretación restringida, dado el carácter de norma de derecho sancionador, el término ganancias ha de referirse a las generadas por el hecho concreto que ha sido objeto de condena, y si éste no produjo ganancias (en realidad, produjo pérdidas) las posibilidades de un eventual comiso desaparecen. Con una interpretación tan restrictiva, escandalosos patrimonios de conocidos delincuentes, podrían resultar inmunes al comiso. Para evitar situaciones inaceptables socialmente, se ha venido preconizando la necesidad de extender el comiso a otros bienes pertenecientes al condenado y que se presuman de procedencia también delictiva. Consciente de los problemas de tal propuesta, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se planteó la cuestión en el **Pleno de 5 de octubre de 1998**, donde se adoptó el siguiente acuerdo:

“Único: Interpretación de los artículos 48 y 344 bis e) Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente). Adoptando la Sala la siguiente decisión:

El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta

operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.”

Con arreglo a esta interpretación el patrimonio del delincuente ya no será inmune al comiso, una vez haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado con dos condiciones:

- 1.- Que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de drogas.
- 2.- Que se respete el principio acusatorio.

Empezando por el segundo de los requisitos, resulta obvio –y más adelante nos referiremos nuevamente a ello- que el comiso debe ser solicitado por las acusaciones, haciendo mención expresa de los bienes sobre los que debe recaer, así como que los mismos tienen su origen en previos delitos contra la salud pública.

Más peliaguda es la otra condición, a saber, que se tenga por probada dicha procedencia. Es claro que si hubiera una prueba de cargo suficiente sobre anteriores hechos constitutivos de uno o varios delitos contra la salud pública, no sería de aplicación cuanto ahora estamos tratando, sino que simplemente estaríamos ante un concurso de delitos o ante un supuesto de continuidad delictiva, en su caso, que nos llevaría a una acusación y correlativa sentencia más amplia. No puede pues pretenderse que esa probanza lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado con anterioridad a su detención o a la operación detectada. A nuestro juicio debería bastar con probar, normalmente mediante indicios:

a) que el condenado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad, por la que por fin fue condenado. A tal efecto, pueden servir declaraciones policiales que atestigüen los contactos, reuniones, movimientos o en general cualquier acto que, aunque su momento sólo constituyera una sospecha racional, con el descubrimiento de la operación enjuiciada, adquieren nueva virtualidad y fuerza; así mismo las conversaciones telefónicas intervenidas o la documentación incautada en los registros domiciliarios, a menudo suministran datos de anteriores operaciones a la enjuiciada y sin embargo no descubierta, pero que precisamente por eso sí generaron una ganancia incorporada al patrimonio del narcotraficante.

b) Que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante el periodo de tiempo en el que el condenado se venía dedicando, en los términos antes dichos, a la actividad de tráfico ilegal de drogas.

c) Que el bien o patrimonio a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, rentas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido.

d) Que en la financiación, administración o disfrute del bien concurren circunstancias o procedimientos ajenos al normal tráfico económico, como por ejemplo

el recurso a mecanismos de opacidad en la tenencia y transmisión de bienes o capitales, transferencias financieras con el extranjero (más aún si la operación se realiza con paraísos fiscales), excesivos movimientos en dinero metálico, disposición de divisas, etc.

Probados estos extremos y puestos en relación unos con otros, entendemos que resultará probada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no proceda propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

La sentencia núm. 1061/2002, de 6 junio (Maza Martín) en aplicación del citado acuerdo declara que para el caso del comiso, la Jurisprudencia no requiere que los bienes que resulten objeto del mismo se acredite con exhaustividad que proceden directamente de los concretos hechos objeto de enjuiciamiento, siempre que pertenezcan al acusado cuya responsabilidad ha quedado suficientemente acreditada, se acuerde sobre solicitud expresa de la Acusación, la cuestión haya quedado sometida a debate en el enjuiciamiento y se motive en la Sentencia la decisión al respecto (SSTS de 5 de abril de 1999, 30 de junio de 2000 y 6 de marzo de 2001, por ejemplo, así como Acuerdo del Pleno de la Sala de 5 de octubre de 1998). Más recientemente la STS 1049/2011 de 18 de octubre declara que “en cuanto a la procedencia no exige identificar las concretas operaciones de tráfico ilegal de drogas, bastando con que quede suficiente probada la actividad delictiva”. Por último podemos citar la STS 600/2012 de 12 de julio o la 209/2014 de 20 de marzo (ambas de Berdugo Gómez de la Torre) han establecido que “en relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 10.11.2000 , 28.7.2001 , 5.2.2003 , 10.2.2003 , 14.4.2003 , 29.11.2003 , 19.1.2005 y 20.9.2005)”.

B.- Decomiso ampliado.

La reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 ya introdujo el llamado **decomiso ampliado** en el segundo párrafo del apartado primero del artículo 127 con el siguiente texto:

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

El legislador introduce así la desproporción del patrimonio respecto de los ingresos lícitos, así como la pertenencia a una organización o grupo criminal, como dos indicios suficientes para acreditar el origen delictivo del patrimonio y, por

consiguiente, la procedencia de su decomiso. Nada más lejos de la inversión de la carga de la prueba (como lo calificaba el Informe del CGPJ al Proyecto), ya que en todo caso la acusación deberá de probar los dos hechos bases del proceso de inferencia, a saber, que el titular del patrimonio pertenece a una organización criminal y que existe una desproporción entre las rentas lícitas y el incremento del patrimonio, lo que en términos tributarios se denominaría ganancia patrimonial no justificada.

Declara el legislador de 2010 en la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010 que con la modificación del artículo 127 se ha efectuado la transposición de la 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. Según el artículo 3 de esta Decisión Marco cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo en cualquiera de los tres supuestos siguientes:

- a) cuando un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de **actividades delictivas** desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto,
- b) cuando un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de **actividades delictivas similares** desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto,
- c) cuando se tenga constancia de que el valor de la propiedad es **desproporcionado** con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada.

El legislador de 2010 sólo incorporó el decomiso ampliado del apartado 3.2 c) de la Decisión, y evitó referirse a los delitos de corrupción, que sin embargo sí han sido considerados como agravante cuando constituyen el delito precedente del blanqueo de capitales. Sin embargo la reforma de 2015 permite aplicar el decomiso ampliado a una larga lista de delitos, incluidos los de corrupción en el sector público.

Efectivamente el Anteproyecto introduce un artículo 127 bis, con el siguiente contenido:

“1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

- a) Delitos de trata de seres humanos.*

b) 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.

c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.

d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.

e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.

f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.

g) Delitos de corrupción en los negocios.

h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.

i) Delitos de blanqueo de capitales.

j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.

k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.

l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.

n) Delitos de falsificación de moneda.

o) Delitos de cohecho.

p) Delitos de malversación.

q) Delitos de terrorismo.

r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º 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.

3.º 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.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

Bienvenida sea la reforma que suministrará a los encargados de hacer cumplir la Ley un instrumento potente para dotar de mayor eficacia a la lucha contra la lacra de la corrupción, enviando a la sociedad un mensaje nítido de que el corrupto en ningún caso podrá conservar los patrimonios desproporcionados obtenidos durante el ejercicio de su cargo. Al mismo tiempo tal posibilidad de comiso ampliado puede actuar como fuerte freno a los que pretendan hacerse con un patrimonio importante abusando de su cargo en el sector público.

Sin embargo no merece, en nuestra opinión, un juicio positivo, la inclusión como indicios de conductas que son lisa y llanamente constitutivas de un delito de blanqueo de capitales. Efectivamente la ocultación de la verdadera titularidad de los bienes o de los derechos sobre los mismos es una de las conductas típicas recogidas en el artículo 301. Lo mismo que las transferencias de los bienes y efectos para dificultar o impedir la localización. Parece obvio, atendida a la punición del autoblanqueo en el Derecho español, que tales conductas, más que para justificar la aplicación de la medida de decomiso, debe suponer la imputación al penado o a los terceros partícipes de un delito de blanqueo de capitales.

Así mismo nos parece un tanto perturbador la inclusión de otros supuestos de decomiso ampliado en el artículo 127 quinquies que se superpone al regulado en el artículo 127 bis. Efectivamente la Decisión Marco de 2005, como vimos antes, contemplaba en este punto que aparte del supuesto de desproporción entre el patrimonio del condenado y sus ingresos lícitos, otros casos en los que los jueces y tribunales pudieran decomisar bienes que dadas las circunstancias concretas, llegara a la conclusión de que provienen de actividades delictivas iguales o similares a la de la condena y llevadas a cabo durante un período anterior a ésta. La Directiva de 2014 parte de la constatación de que la Decisión Marco 2005/212/JAI al establecer tres conjuntos distintos de requisitos mínimos que los Estados miembros podían elegir a efectos de aplicar el decomiso ampliado, generó durante el proceso de transposición que los Estados miembros eligieran opciones diferentes que en la práctica dieron lugar a conceptos divergentes del decomiso ampliado en los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta divergencia constituye un obstáculo para la cooperación transfronteriza y por ello la Directiva pretende armonizar en mayor medida las disposiciones sobre el decomiso ampliado, fijando un único estándar mínimo basado precisamente en la desproporción entre el patrimonio y los ingresos lícitos del condenado. Por ello el artículo 5.1 de la Directiva dice que *“los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda*

dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas.” No obstante también en el preámbulo de la Directiva se admite que los Estados miembros también puedan establecer un determinado plazo durante el cual pueda considerarse que el bien procede de una actividad delictiva.

En esta línea el legislador español ha introducido en la reforma de 2015 los artículos artículo 127 quinquies y 127 sexies, otros supuestos de decomiso ampliado para supuestos en los que el producto criminal tenga un valor superior a los 6.000 euros y exista una actividad criminal continuada, en la que al menos de de las infracciones sea de las contempladas en el artículo 127 bis y cuando concurren los mismos indicios consignados en este precepto, siempre que el bien fuera adquirido en el plazo de seis años anteriores al inicio del procedimiento penal.

El artículo 127 quinquies dice:

“1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

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.

Son indicios relevantes:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º 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.

3.º 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.

Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.

2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:

a) 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 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.”

Por su parte el artículo 127 sexies, establece una serie de presunciones para aplicar el decomiso ampliado del artículo 127 quinquies. Son las siguientes:

“1.º Se presumirá 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.

A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.

2.º Se presumirá 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.

3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

El juez o tribunal podrá acordar 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”.

Podría parecer superfluo el decomiso ampliado del artículo 127 quinquies, respecto del del artículo 127 bis, ya que sobre el mismo supuesto de hecho –condena por determinados delitos y concurrencia de indicios de que los bienes proceden de la actividad criminal- se añaden determinados requisitos –cuantía superior a 6.000, actividad delictiva continuada-. Nos parece sin embargo que la clave para la aplicación del decomiso ampliado en estos supuestos, radica en las presunciones establecidas en el 127 sexies, y que pretende que la decisión de decomiso se adopte de forma automática respecto a todos los bienes y gastos pagados en el plazo de seis años previo a la apertura del procedimiento penal. Se establece así una presunción iuris tantum de que tales bienes proceden de la actividad delictiva continuada, sin que en tales supuestos sea necesario recurrir a otros indicios como los señalados en el artículo 127 bis 2., salvo que la aplicación de las citadas presunciones se manifieste como inadecuadas o desproporcionadas.

C.- Decomiso del valor equivalente.

Doctrinalmente, desde hace tiempo se ha venido planteando la posibilidad de que, en los casos de desaparición del objeto a decomisar o de transmisión a un tercero en condiciones que lo hagan irreivindicable, se aplicara el llamado comiso del equivalente o lo que los alemanes llaman valor por sustitución (Wertersatz). La Convención de Viena de 1988, además de contemplar el comiso de bienes cuyo valor equivalga al del producto del delito en el artículo 5.1. a) que “cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso ...del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o *de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto*”.

Algún autor como Manzanares había defendido la posibilidad de que en los casos de que la cosa haya devenido irreivindicable se proceda al comiso de una cantidad dineraria equivalente al valor de la ganancia transmitida; sin embargo a ello se opuso la doctrina mayoritaria al entender que de esa forma el comiso se convertiría en una mera pena pecuniaria en términos muy similares a la multa. Además el carácter extremadamente restrictivo con que el Tribunal Supremo había venido aplicando el comiso, hace inviable en la práctica la aplicación de la medida al valor equivalente.

Por ello, se había venido propugnando desde antiguo (Javier Zaragoza) la conveniencia de reformar el Código Penal para completar la regulación del comiso en el sentido de autorizar el **comiso de bienes de valor equivalente**, incluidos los de origen lícito, si por cualquier circunstancia no fuera posible el de los bienes directamente sometidos a tal medida. Así lo venía exigiendo la Convención de Viena y en las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (G.A.F.I.)².

Es más, algunos países europeos ya incluían en sus respectivos ordenamientos jurídicos esta especie de comiso sustitutivo o subsidiario: v.g. el art. 74.c) del Código Penal alemán y el art. 415 del Código de Aduanas francés.

² La Recomendación 4ª dice: 4. Decomiso y medidas provisionales *

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.

Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas.

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

Dentro del ámbito de la Unión Europea la Decisión Marco 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 (2001/500/JAI) en su artículo 3 disponía:

“Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no pueden ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero.”

La reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003 ha dado carta de naturaleza al comiso del equivalente al introducir un apartado 2 en el artículo 127 que establece que

“si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el párrafo anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho”.

Por su parte el artículo 374 del Código Penal en la regulación anterior a la L.O. 1/2015 contiene dos cláusulas sobre esta cuestión, cuya armonización con la contenida en el artículo 127 resultaba muy complicada. Acertadamente la reforma de 2015 ha venido a suprimir dicha mención en el artículo 374 y ha regulado lo que podríamos llamar el decomiso por valor equivalente y la ejecución del decomiso por bienes del valor equivalente.

El decomiso por sustitución o por valor equivalente se regula tras la reforma de 2015 en el apartado 3 del artículo 127 con el siguiente contenido:

“Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.”.

Como vemos se atiende no solo a los supuestos de imposibilidad del decomiso de determinados bienes, sino también al caso de depreciación de los mismos.

La ejecución del decomiso por sustitución, parte del supuesto en que acordado el decomiso de un bien, con posterioridad sobreviene la imposibilidad de ejecutarlo por cualquier motivo fáctico o jurídico. Entonces el nuevo artículo 127 septies dice:

“Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado.

De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.”.

Estamos por tanto en un supuesto en que, ya en la ejecutoria, el Juez o Tribunal encargado de la misma puede modificar por auto los bienes afectados por el comiso, cuando por cualquier circunstancia no pudiera llevarse a efecto el decomiso acordado en la sentencia. Se trata de un supuesto novedoso y que puede resultar de una gran eficacia ya que a menudo la desaparición de los bienes decomisados, no se pone de manifiesto hasta el momento mismo en que se pretende ejecutar la medida. Para tales supuestos la norma del artículo 127 septies puede ser enormemente eficaz.

8.- BIENES DE TERCEROS

Tanto el Código de 1973 como el de 1995 permitía que el decomiso se acordara respecto de bienes de persona distinta del condenado, salvo que se tratara de *tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*. Esta expresión "terceros de buena fe" no es extraña en nuestro lenguaje jurídico, pues el art. 7.1 del Código Civil proclama como principio general del derecho que "los derechos deberán ejercitarse como a las exigencias de la buena fe", entendiendo por buena fe el hecho de comportarse con sujeción a las normas de la ética, y así en el ámbito del derecho civil, la circunstancia de haber obrado de buena o mala fe produce efectos jurídicos diversos en la posesión, en la accesión, en la compra-venta, en el mandato, en el depósito, e incluso en la rescisión de los contratos.

Y el propio art. 5 de la Ley de Contrabando -tanto la vigente como la derogada- señala que no se procederá al comiso de los géneros o efectos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

Tradicionalmente se ha considerado posible el comiso a pesar de que la cosa no era propiedad del condenado. Especialmente significativas en este sentido resultan dos sentencias del Tribunal Supremo, la de 2 de octubre de 1991 y la de 16 de junio de 1993.

La primera de ellas mantiene la pena de comiso de determinados bienes pese a la absolución de la procesada sobre la base de los siguientes razonamientos:

"La procesada es absuelta, pues si bien en absoluto resulta creíble el origen de las importantes sumas de dinero que sus hijos le entregaban, a juicio de la Sala, no ha resultado tampoco debidamente acreditado el cabal conocimiento del origen delictivo de los mismos, estando probado que el dinero ingresado, cuyo comiso se decreta, provenía del ilícito comercio respecto de la droga, mantenido por sus hijos.

Esto es, la recurrente, desconociendo la ilicitud, porque en otro caso, como es obvio, hubiera sido condenada y precisamente por ello, es decir, porque la desconocía, actúa como simple depositaria del dinero.

El dinero realmente no es suyo, es de los hijos condenados; ella es una poseedora en nombre ajeno (art. 431 del Código Civil), cualquiera que sea la titularidad formal y es a los hijos a quien hay que atribuir la propiedad pues no consta probada una cesión a título gratuito que sería, por otra parte, un negocio jurídico nulo de pleno derecho, de acuerdo con los artículos 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera de este Tribunal.

En último término, se trataría de alguna manera de una participación lucrativa que contempla el art. 108 del Código Penal determinante de un enriquecimiento injusto, llamado por algunos expresivamente receptación civil, que determina las mismas consecuencias jurídico-económicas ya examinadas".

La segunda sentencia analiza un caso de titularidad compartida incidiendo especialmente en la necesidad de que ésta sea efectiva y debidamente justificada para impedir la aplicación del comiso:

"En virtud de las disposiciones del art. 48 del Código Penal y del antes mencionado, el comiso sólo puede detenerse ante la titularidad efectiva y material de los bienes por una tercera persona ajena al hecho delictivo. En los casos de titularidad compartida puede acordarse el comiso parcial de los bienes.

Es por tanto necesario profundizar en el examen de las circunstancias reales que concurren en cada caso concreto para establecer si se dan a las bases necesarias para acordar el comiso en la totalidad de los bienes ocupados, aunque alguno de ellos, como sucede con dos de las libretas bancarias, se ostente en titularidad compartida con una tercera persona ajena al hecho delictivo.

La sentencia recurrida dedica una parte de su contenido al análisis de las circunstancias concurrentes en el procesado y en la otra titular para establecer una conclusión en torno a la procedencia del dinero ocupado. Aparecen una serie de circunstancias que denotan el origen de las sumas de dinero ingresada en las libretas compartidas. El propio procesado reconoce que desde hace más de diez años carece de trabajo y se puede constatar que ha estado con frecuencia en prisión, lo que dificulta la justificación de los sucesivos y cuantiosos ingresos. Asimismo se desconoce que la cotitular tenga medios de fortuna o desarrolle actividades suficientemente remuneradas como para poder justificar los saldos encontrados. No se encuentra una justificación razonable y suficiente de la movilidad de las cuentas bancarias y no resulta acreditada la titularidad de la persona que la ostentan conjuntamente con el procesado".

Similar proceso deductivo es realizado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 126/2011, de 18 de julio de 2011 (Caso Fondos Reservados) que avala la utilización de prueba indiciaria para la acreditación del hecho probado de que las fincas decomisadas pertenecían a Rafael Vera y no a sus suegros.

Con relación a la posibilidad de comiso de bienes gananciales la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 151/2002, de 15 julio (Vives) pone de relieve “*que, si la sanción de comiso impuesta a su marido se extendió al vehículo matrícula SS-...-AM, fue por su condición de bien ganancial, que, como tal, de acuerdo con la normativa civil (art. 1373 Código civil), está afecto a la satisfacción de las «deudas» propias de cada uno de los esposos, pues tal es el carácter de las sanciones de contenido económico, de acuerdo con el art. 1366 CC. Por ello, una cosa es que, en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción establecido en el art. 25 CE (al que tácitamente hace referencia la demanda), no se pueda imponer una sanción a quien no aparece como responsable de la misma, y otra muy distinta que, como aquí ha sucedido, no se pueda decretar la intervención judicial de un bien ganancial por el hecho de que sobre el mismo ostente el cónyuge no responsable del delito una cuota ideal liquidable mediante la ejecución del bien*”. En esta misma sentencia se desestima también el amparo que se había solicitado sobre la base de alegación de vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), al haberse impuesto a la recurrente el comiso sin haber sido previamente acusada ni declarada responsable del hecho delictivo que ha dado lugar a la condena, desconociendo, así, su carácter de tercero de buena fe no responsable del delito. Sin embargo el TC rechaza la alegación de no haber tenido conocimiento de la actuación judicial, basándose en que, desde el momento mismo de su intervención (y sin duda a través de la relación con su cónyuge), conoció la intervención del vehículo, pues se le privó de su uso y además, porque en tres ocasiones solicitó expresamente al Juzgado su devolución, lo que le fue motivadamente denegado, aunque finalmente fuera designada depositaria del mismo. A lo que se añade, que “*dado que durante algún tiempo la recurrente estuvo judicialmente imputada en la fase de investigación de los hechos, se le exigió el afianzamiento de eventuales responsabilidades pecuniarias (Auto de 30 de mayo de 1996), y, al no ser prestada fianza, se trabó embargo sobre el automóvil reseñado (diligencia de 18 de febrero de 1997), lo cual le fue personalmente notificado, pues, de nuevo, fue designada depositaria del mismo. Por ello, a diferencia del supuesto analizado en la STC 92/1997, ha de descartarse cualquier atisbo de indefensión por desconocimiento de la actuación judicial*”.

No deja de ser importante el criterio tan flexible que demuestra el TC en esta sentencia en cuanto a las posibilidades de ejercitar la defensa de sus intereses por parte de la titular del bien decomisado.

En lo que se refiere a otras legislaciones, como el caso del artículo 629 del Código Francés de la Salud Pública, se autoriza el embargo y confiscación de todos los bienes y productos con independencia de la persona a la que pertenecieren, cuando su propietario no pueda ignorar su origen o utilización fraudulentas. También el artículo 74.a) del Código Penal alemán permite el comiso de bienes pertenecientes a un tercero cuando éste ha facilitado el hecho por actuación imprudente, prescribiendo mecanismos de compensación por la pérdida del bien en determinadas circunstancias.

A pesar de que el texto legal era suficientemente expresivo y jurisprudencialmente se habían fijado las condiciones en las que podían decomisarse bienes titularidad de terceros, el legislador de 2015 ha creído necesario regular –para introducir *algunas mejoras técnicas orientadas a incrementar la eficacia y seguridad jurídica en la aplicación de esta regulación* (ver la exposición de motivos)- el decomiso de bienes de terceros, y lo hace a nuestro juicio con poco acierto.

El artículo 127 quater tiene la siguiente redacción:

«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”

Para empezar es criticable que la aplicación del comiso de bienes de terceros se condicione la previa existencia de una transmisión, que con frecuencia no existirá o no podrá acreditarse, existiendo tan sólo una titularidad de hecho o la posesión por el tercero del bien que es objeto, instrumento o producto del delito. Si no hay una transmisión de bienes, que la acusación en principio debería probar, sería imposible el decomiso de esos bienes titularidad de terceros. Pensemos en cualquiera de los ejemplos antes citados en los que las sentencias del TS y TC admitían el decomiso de los bienes de terceros. ¿Serían ahora decomisables al amparo del nuevo artículo 127 quater? En nuestra opinión no, porque no se trataría de bienes “transferidos” a esas personas, sino que desde el momento de su adquisición ya figuraron como sus propietarios.

Si el primer presupuesto de aplicación del decomiso de bienes de tercero resulta ya poco afortunado, mucho menos son los dos casos que autorizan el dicha medida.

El primero, se refiere a que el adquirente conozca o sospeche que proceden de una actividad delictiva. Base recordar que el artículo 301, como primera forma comitiva del blanqueo de capitales, se refiere *“al que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona...”*. Como decíamos antes en relación a alguno de los indicios del decomiso ampliado, el caso recogido en el artículo 127 quater lo que debería determinar es el enjuiciamiento del tercero que realiza tal conducta como autor responsable de un delito de blanqueo de capitales, por dolo directo si conocía la procedencia ilícita o por dolo eventual si tan solo lo sospechaba dadas las circunstancias del caso.

El segundo de los casos contemplados por el precepto para autorizar el decomiso de bienes de terceros se refiere a que se adquirieran los bienes *con conocimiento sospechando de que de este modo se dificultaba su decomiso*. Procede aquí también transcribir la parte del artículo 301 cuando se refiere como autor de blanqueo de capitales al que *“realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”*. El que participa activamente auxiliando al responsable de un delito a eludir el decomiso, completa todos los elementos del delito de blanqueo de capitales.

La aclaración contenida en el apartado 2 del 127 quater referida a los supuestos de adquisición a título gratuito o por precio vil, no son sino elementos fácticos que permiten deducir el elemento subjetivo del delito de blanqueo de capitales.

10.- DESTINO DE LOS BINES DECOMISADOS

Uno de los aspectos que, en nuestra opinión, debería ser objeto de discusión, y en su caso de revisión, es precisamente el destino que debe darse a los bienes decomisados. El artículo 127.5 del Código Penal anterior a la reforma señala que los bienes que se decomisen

“se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

Ahora, tras la reforma de 2015 se regula en parecidos términos en el artículo 127 octies apartado 3 que dice:

“Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente”.

Con base precisamente en la misma disposición contenida en el antiguo artículo 48 del Código Penal de 1973, Quintano Ripollés negaba al comiso el carácter sancionatorio, dado que la venta de los bienes decomisados aprovechaba en definitiva al

autor del delito, en cuanto que le sirve de descargo de las obligaciones impuestas en la sentencia condenatoria. Consideramos que la nueva concepción del comiso, como instrumento de la mayor eficacia en la política criminal contra las organizaciones criminales y contra las formas más graves de criminalidad, exigiría una nueva regulación del destino a dar a los bienes decomisados que, sin perder de vista el adecuado resarcimiento a las víctimas, no permitiera al condenado salvar parte de su patrimonio, que debería de soportar el coste de las responsabilidades civiles. Repugna que las indemnizaciones acordadas en sentencia sean cubiertas con los fondos procedentes de la actividad criminal (los fondos malversados, los procedentes de la extorsión terrorista...), mientras que el culpable consigue mantener intacto su patrimonio personal. Todo ello se evitaría si la regla general fuera que los bienes decomisados se adjudicaran al estado, y sólo en los casos en que las responsabilidades civiles no pudieran cubrirse con el patrimonio del responsable, se aplicaran a dichos fines los productos del delito.

La única excepción a dicho destino la establece el Código Penal en relación con los delitos contra la salud pública, al referirse a la incautación provisional de los bienes y al destino de los bienes una vez decomisados por sentencia firme. Sin embargo no ha previsto un mecanismo similar para las víctimas del terrorismo, a pesar de lo dispuesto en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

Ahora bien, una vez adjudicados al Estado, la Ley 17/2003, de 29 mayo, reguladora del **Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados**, establece que dichos bienes se deben destinar a la realización de programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos, así como la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere la ley.

Carecen de todo fundamento las críticas vertidas por algunos autores (QUERALT, SERRANO GOMEZ) al entender que la adjudicación al Estado y la preferencia de la multa frente a las costas procesales demuestran la falta de interés en la protección de las víctimas. Nada más lejos de la realidad. Lo único que se pretende es que el producto del delito no le sirva al propio condenado para satisfacer las responsabilidades pecuniarias declaradas en la sentencia o, incluso se podría pensar que, con la connivencia de su abogado, vía pago de costas, recuperar parte del patrimonio que le fue decomisado. Si pensamos que en los delitos relativos al tráfico ilegal de drogas no existen víctimas o perjudicados concretos, ni tampoco por tanto indemnizaciones resulta obvio que el destino de los bienes decomisados no puede ser otro que su adjudicación al Estado. Además ese producto y en virtud de lo dispuesto en la ley 17/2003 antes citada, se aplicará a la prevención y rehabilitación de toxicómanos, así como la facilitación de medios técnicos adecuados a los servicios policiales encargados de la represión del tráfico ilegal de drogas, de forma y modo que, de alguna manera, los bienes decomisados por delitos relacionados con el tráfico de drogas, servirán para paliar los efectos y el desarrollo de este tipo de delitos.

Parece claro que el artículo 374 que los bienes decomisados se adjudicarán al Estado, pero parece evidente que también el legislador, en el comiso genérico del artículo 127, ha querido impedir que los bienes decomisados se empleen para el pago de

la multa o las costas procesales (como lo son las minutas de abogados antes referidas), y para ello donde antes en el artículo 48 derogado se decía que el producto de los bienes decomisados se aplicará a “cubrir las responsabilidades del penado”, ahora en el artículo 127 se dice “cubrir las responsabilidades civiles del penado”. Efectivamente tanto el Código Penal en sus artículos 109, 110 y 125 como el derogado en los artículos 101 y 111, distinguían perfectamente entre responsabilidad civil y responsabilidades pecuniarias; la primera expresión se refiere exclusivamente a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de perjuicios, en tanto que la segunda expresión con un contenido mucho mayor comprendería, además de la propia responsabilidad civil, las costas, la multa y otros gastos del proceso. Esta matización introducida en el trámite parlamentario en virtud de una enmienda presentada por el Grupo Popular, conlleva que el producto de los bienes decomisados tan sólo podrá aplicarse a la indemnización de la víctima.

En todo caso, tales responsabilidades civiles sólo deben ser satisfechas con los bienes decomisados cuando los bienes del responsable civil no sean suficientes para cubrir el importe al que resulte condenado. De otra forma, el comiso lejos de constituirse en una sanción, colocaría al responsable en una situación de ventaja patrimonial, pues le permitiría en determinados casos no responder de daños y perjuicios causados por el delito con su patrimonio, sino con los bienes de los ha sido desposeído en virtud del comiso. La propuesta que hemos formulado en anteriores trabajos para que los bienes decomisados solo se apliquen al pago de las responsabilidades civiles de no resultar suficientes los bienes del penado, ha sido acogida por la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2010 sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal cuando afirma que *“Esta disposición, inspirada en la protección de las víctimas, podría interpretarse en el sentido de que en determinados supuestos el autor de la infracción penal resulte beneficiado de la venta de los bienes decomisados, cuando los mismos se empleen para resarcir a las víctimas del delito, lo que liberará a aquél de indemnizarles con cargo a su patrimonio de origen lícito. Sin embargo, el tenor de dicho precepto no obsta para la aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad civil ex delicto contenida en el art. 116 y siguientes del Código Penal; por lo cual, cuando se produzcan estas situaciones, los Sres. Fiscales estarán especialmente vigilantes de su cumplimiento en los términos expresados en el apartado 1.1 de la presente Circular, realizando todas las diligencias indicadas para evitar que las responsabilidades civiles sean satisfechas con fondos procedentes de la actividad criminal siempre que sea posible hacerla efectiva con los bienes del/los responsable/s civil/es, y, por tanto, solamente cuando estos no sean bastantes, se podrá aplicar el producto de los bienes decomisados al pago de dichas responsabilidades civiles”*.

Desgraciadamente la reforma del 2015 no ha seguido este sentido ni en el artículo 127 octies antes citado ni mucho menos en el apartado 3 del artículo 367 quinquies LECrál destino del producto de los bienes realizados, que contradice lo dispuesto en el primero de dichos preceptos. Así en segundo párrafo de dicho 367 quinquies 3 establece que *“el producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento.*

Contrasta dicha disposición con la contenida en el artículo 127 octies y en el artículo 374 tras la reforma de 2015 cuando este último dice en su regla segunda que *“los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado”*.

Entendemos la especialidad consistente en que se excluya el pago de responsabilidades civiles en un delito “sin víctimas” como los son los delitos contra la salud pública y el lavado de dinero procedente de dichas actividades. Pero no se puede entender porque el artículo 367 quinquies en su nueva redacción las costas sí se pueden pagar con cargo a los bienes decomisados en los casos de previstos en el artículo 367 quinquies y no pueden pagarse con los decomisos acordados en relación a los delitos de drogas. Debería explicarse con mayor claridad porqué los bienes decomisados no pueden emplearse para pagar la minuta del abogado del narcotraficante –razón última de la norma del art. 374- pero sí para pagar la del letrado del terrorista o del que se dedica a la trata de seres humanos.

La contradicción entre el artículo 127 octies que establece que los bienes decomisados serán adjudicados al Estado, con la sola excepción de que deban ser destinados al pago de las indemnizaciones de las víctimas. Esta norma penal sustantiva no puede quedar sin efecto por lo dispuesto en el artículo 367 quinquies LECr que puede resultar razonable al disponer que del importe de la realización se deduzcan los gastos de conservación o de enajenación del bien, pero en ningún caso establecer un destino diferente del regulado en el C.P.

También podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, el Borrador de CPP no sigue esta línea, sino todo lo contrario al establecer en su artículo 696 relativo a la ejecución del comiso, que:

“El dinero decomisado se aplicará directamente a la satisfacción de las responsabilidades civiles impuestas. No existiendo estas o en lo sobrante, se aplicarán al pago de las demás responsabilidades pecuniarias. Si restase algo, se adjudicará al Estado.”

De esta forma se permite que no ya solo el pago de responsabilidades civiles, sino incluso el de otras responsabilices pecuniarias, como costas incluido el pago de abogados, se haga a cargo de los bienes procedentes del delito, dejando intacto el patrimonio del condenado, adjudicándose al Estado el sobrante después de satisfacer todas los pagos derivados de la condena penal. Nos parece una pena que no se haya aprovechado la reforma para dar carta de naturaleza a la interpretación realizada en la citada Circular de la FGE.

11.- ENAJENACIÓN ANTICIPADA DE LOS BIENES INTERVENIDOS A LOS EFECTOS DE COMISO.

El depósito de los bienes intervenidos en espera de la decisión definitiva de comiso, es una actividad costosa y que, con frecuencia, no impedía el deterioro irreversible de los bienes decomisados, cuando no su total destrucción y la consiguiente pérdida de su valor. La situación de los depósitos judiciales, en la que se acumulaban

vehículos de alta gama, barcos y otros efectos de mucho valor ha venido siendo objeto de reiteradas denuncias en las distintas memorias anuales de la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, sensible así a las permanentes peticiones de las distintas autoridades portuarias y otros depositarios de los bienes, que soportaban bajo el mandato del correspondiente órgano judicial los costes de atraque de barcos o depósito de vehículos, mientras asistían a su irremisible conversión en chatarra.

Como respuesta a tales demandas la L.O. 15/2003 ha pretendido regular en el artículo 374.2 la enajenación anticipada de los bienes intervenidos, pero solo en relación con los que provienen de delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas. De tal forma se establece que *“los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:*

a) Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.

b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.

Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.

El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.”

Una vez más el legislador de 2003, a pesar de sus indudables buenas intenciones, no ha estado todo lo acertado que hubiera sido deseable. En primer lugar es criticable que la posibilidad de enajenación anticipada sólo sea predicable del comiso específico del artículo 374 y no del general del artículo 127; no creemos que exista razón alguna que justifique el que los bienes intervenidos en un proceso incoado por un delito de tráfico ilegal de drogas tenga diferentes posibilidades de enajenación anticipada que los bienes aprehendidos en un proceso por corrupción o terrorismo.

Por otra parte, las demandas tanto de la Fiscalía antidroga, como de los afectados (ya fueran depositarios y con frecuencia los propios titulares de los bienes, que los veían perjudicarse inevitablemente) fueron siempre dirigidas a que pudieran enajenarse los bienes durante la instrucción, sin embargo y curiosamente la reforma sólo autoriza la enajenación de los bienes tras el dictado de la sentencia y previa la resolución del correspondiente recurso. Así se deriva claramente del término “bienes decomisados” que emplea el precepto, y de la frase “sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia”. Es obvio que no podremos hablar de bienes decomisados hasta que no recaiga sentencia, y que lo único que permite la ley es una ejecución provisional de la misma con carácter previo a su firmeza. Si es necesario esperar hasta la sentencia –salvo que se trate de juicios rápidos, no previstos para el tipo de delincuencia a la que

el comiso se aplica- lo predecible es que los bienes ya se hayan deteriorado, antes de su enajenación.

Por otra parte no parece claro a que se refiere cuando habla de “abandono expreso” el nuevo texto legal, por cuanto que el abandono es una vía de hecho carente normalmente, y sobre todo cuando hablamos de bienes relacionados con la comisión de un delito grave, de un acto expreso. Puestos a buscar, si es que fuera preciso, algún adjetivo al sustantivo abandono, hubiera sido mejor hablar de manifiesto, definitivo, concluyente, evidente..., pero no expreso, ya que el abandono es por definición una situación tácita, incompatible con manifestaciones de voluntad expresas.

La regulación del artículo 374 choca además con el Art. 5 Real Decreto 2783/1976 sobre conservación y destino de piezas de convicción, que autorizaba, para el caso de que los bienes ocupados o intervenidos fueran perecederos o de los que sufrieren una notable depreciación por el transcurso del tiempo, a que el Juez de Instrucción, oído el Fiscal, ordenara su venta en pública subasta, consignando su precio a resultas de lo que acordare (en parecidos términos se expresa el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 12/95 de contrabando).

Una interpretación integradora de ambos preceptos permitiría que durante la fase de instrucción y al amparo del Real Decreto 2783/1976 el juez pudiera acordar la venta en pública subasta de los bienes y que, recaída sentencia, el Juez de lo Penal o Audiencia respectiva, estaría autorizado a enajenar anticipadamente los bienes aplicando el artículo 374.2, pero sólo cuando procedan del tráfico de drogas. Este tipo de interpretación integradora que permite la vigencia y aplicabilidad de las distintas normas es la realizada por la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas en la que sostiene que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 374.2 del Código Penal, artículo 7 de la Ley Orgánica 12/95 de Contrabando, artículo 338 de la LECrim y Real Decreto 2783/76 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción, podrá procederse a la enajenación anticipada de los bienes provisionalmente incautados y susceptibles de ser decomisados en los siguientes casos:

1. cuando el propietario haga expreso abandono de ellos;
2. cuando su conservación afecte gravemente a su uso y funcionamiento habituales;
3. cuando su conservación pueda dar lugar a una depreciación notable o a una disminución importante de su valor por deterioro material o por el transcurso del tiempo;
4. cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas; y
5. cuando exista riesgo de deterioro por tratarse de objetos perecederos.

En todo caso, la norma del 374 no vino a aclarar el panorama, sino que incluso podría provocar mayores problemas que los hasta ahora existentes si se entendiera que ha venido a derogar la posibilidad de enajenar anticipadamente los bienes intervenidos

durante la instrucción de la causa, única fase realmente hábil para proceder a la enajenación de los bienes, evitando gastos de depósito y deterioros irreparables, lo que sin duda ya no podrá lograrse si se espera a que se dicte sentencia.

Por su parte la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales ha reformado la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incluir un nuevo capítulo II bis en el título V del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se añaden nuevas normas para la realización de los efectos judiciales de lícito comercio, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:

- Cuando sean perecederos.
- Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.
- Cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.
- Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, o pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.
- Cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo.
- Cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna (artículo 367 quater).

La L.O. 1/2015 modifica los apartados 2 de dicho precepto para disponer que el juez, en tales supuestos, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, de las partes o de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, y previa audiencia del interesado, acordará la realización de los efectos judiciales, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Esté pendiente de resolución el recurso interpuesto por el interesado contra el embargo o decomiso de los bienes o efectos.

b) La medida pueda resultar desproporcionada, a la vista de los efectos que pudiera suponer para el interesado y, especialmente, de la mayor o menor relevancia de los indicios en que se hubiera fundado la resolución cautelar de decomiso.

La reforma también aclara que en los casos en los que el Juez esté interviniendo en virtud de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera.

En todo caso la realización de los efectos judiciales podrá consistir en:

- La entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones públicas.
- La realización por medio de persona o entidad especializada.
- La subasta pública (Artículo 367 quinquies).

A raíz de esta reforma la Fiscalía General del Estado curso la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2007 sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia en la que se señala que el artículo 374 CP y demás disposiciones concordantes permiten la venta en cualquier fase del proceso penal de los bienes intervenidos en causas tramitadas por tráfico de drogas, precursores o blanqueo de capitales, cuando concurren las circunstancias del art. 367 quáter. Para ello se ordena a los fiscales que procuren la apertura de pieza separada para tramitar la solicitud de venta de bienes decomisados provisionalmente cuando resulte procedente.

12.- PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS INTERESADOS.

En cuanto a la vigencia en materia de comiso del principio acusatorio la sentencia del Tribunal Constitucional nº 123/1995, de 18 de julio (Pon. Rodríguez Bereijo), tras referirse al carácter de pena accesoria del comiso (se trataba de un asunto en que se había hecho aplicación de los artículos 344 bis e) y 546 bis f) habida cuenta la fecha de la sentencia), recuerda que “...*la pena de comiso no presenta ese carácter automático sino que únicamente puede decretarse una vez acreditado que los efectos e instrumentos que se pretenden decomisar guardan una relación de medio a fin o de causa a resultado con la comisión de un delito contra la salud pública. Dicho de otra manera: debe existir prueba practicada en el proceso de que el montante en metálico obrante en poder del condenado por un delito contra la salud pública procede efectivamente de la comisión de ese delito y no de otras fuentes de ingresos. Es más, por lo que atañe en el caso de autos a las joyas que le fueron intervenidas a la recurrente en la diligencia de entrada y registro de su domicilio, decomisadas en virtud de lo dispuesto en el art. 546 bis f) CP, tendría que haber quedado reflejado en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia que las mismas procedían de la comisión por otra persona, y no por la recurrente, de uno de los delitos contra la salud pública prevenidos en los arts. 344 a 344 bis b) CP, así como que D^a Carmen se había limitado a recibirlas, adquirirlas o aprovecharse de ellas de cualquier otro modo, para sí o para un tercero. Pero, además, debe señalarse que el art. 48,2 CP exige que se dé una adecuada proporción entre el valor de los bienes decomisados y la gravedad de las infracciones, lo que conlleva, cuando de tal precepto o de otro de análoga significación se trata, la inexcusable necesidad de que la pena de comiso sea expresamente sometida a debate por alguna de las partes acusadoras, sin que baste con una genérica petición de imposición de penas accesorias que sólo puede reputarse válida en relación con las previstas en los arts. 45 a 47 CP o en aquellos supuestos en los que el comiso viniere legalmente vinculado, de manera automática, a la imposición de la pena principal lo que, como ha quedado dicho, no es aquí el caso*”.

Esta misma sentencia, que otorgó el amparo al recurrente, destacaba además la infracción consistente en que “...*ninguna de las acusaciones había solicitado expresamente la imposición a la recurrente de la pena de comiso y de que no hubo debate alguno respecto de la misma, debe concluirse que el auto de la Sec. 3^a de la AP*

Córdoba de 12 noviembre 1993, confirmado en súplica por otro auto de esa misma Sala de 4 diciembre 1993, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, lo que hace innecesario un pronunciamiento expreso de este Tribunal acerca de otras cuestiones introducidas en el presente recurso de amparo, como las relativas a si la actora acreditó o no la legítima procedencia de los bienes decomisados o al carácter contradictorio de la declaración de su solvencia, que no vendrían si no a enturbiar la claridad de la respuesta al ser tales circunstancias intrascendentes a los efectos que aquí interesan.”

Del mismo modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1997 (Pon. De Vega) ya citada más arriba afirma que en cualquier caso el comiso es “*una cuestión jurídica que ha de ser sometida al debate contradictorio con objeto de evitar la indefensión de parte. Es evidente que tal debate aquí no existió pues no fue solicitado, como se ha dicho, por el Fiscal. La Audiencia se extralimitó en su competencia jurisdiccional al infringir el principio acusatorio (S 30 enero 1995)*”. Además la Sentencia de 22 de febrero de 1996 (Pon. García Calvo) recuerda que en el “*factum*” de la sentencia en la que se acuerde el comiso debe de hacerse constar que “*los aparatos y dinero intervenidos procedieran de ilícito comercio*”, y si así no se hace “*...al faltar la certeza absoluta de que provenían de un delito contra la salud pública, por tráfico ilegal de drogas, no son apreciables los mencionados preceptos sustantivos (SS 10 marzo 1992, 21 junio 1994 y 22 marzo 1995, entre otras), sin perjuicio de que puedan aplicarse a las responsabilidades pecuniarias de los condenados*”.

En parecidos términos se expresa la STS núm. 418/2001, de 12 marzo cuando señala que el Ministerio Fiscal –única parte acusadora– no pidió en momento procesal alguno el comiso de la droga ni del dinero y de los efectos intervenidos a los acusados. Ciertamente también que el comiso del dinero y efectos que hayan podido ocuparse a los acusados constituye una consecuencia accesorias de la pena (v. arts. 127 y 128 CP [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777]) que debe instarse por la acusación y que puede debatirse en el proceso, cosa que no es posible si falta la primera premisa, como es el caso. Ello no obstante, lo que no admite discusión es el decomiso de la droga –que procede en todo caso– por tratarse de un bien de tráfico ilícito y cuyo destino legal no puede ser otro que el decretado por el Tribunal sentenciador. De ahí que la vulneración del principio acusatorio deba reconocerse únicamente en cuanto afecta al decomiso del dinero y de los efectos intervenidos a los acusados.

La reforma de la LECr actualmente en tramitación parlamentaria ha establecido una normativa nueva para la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso a los que el juez o tribunal debe llamar al proceso. Tan sólo permite prescindir de su intervención si no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, o existan hechos de los que pueda derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta, que los supuestos titulares de los bienes cuyo decomiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al investigado o encausado o que actúan en connivencia con él.

La persona que pueda resultar afectada por el decomiso podrá participar en el proceso penal desde que se hubiera acordado su intervención, aunque esta participación vendrá limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o

situación jurídica y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado.

La sentencia en la que se acuerde el decomiso será notificada a la persona afectada por el mismo aunque no hubiera comparecido en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 803 ter a. La persona afectada podrá interponer contra la sentencia los recursos previstos en esta ley, aunque deberá circunscribir su recurso a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica y no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado.

13.- MEDIDAS CAUTELARES DE CARA A UN ULTERIOR COMISO.

De conformidad con la Decisión Marco 2003/577/JAI relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas vamos a referirnos a cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso. La Decisión Marco llama a esto embargo, pero creo que en el derecho interno español esta denominación debe reservarse para los supuestos de los artículos 589 y 615 de la LECr en relación con el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito.

A diferencia del embargo, el aseguramiento de los bienes que puedan ser objeto de comiso, no exige una determinación de su importe y una evaluación de los bienes en relación con dicha garantía. En el caso del comiso bastará con la congelación de los bienes. La confusión terminológica ha llevado a numerosos conflictos entre los Tribunales de Justicia y los Registros de la Propiedad que exigen a los mandamientos de anotación de embargos requisitos de imposible cumplimentación cuando se trata de asegurar bienes susceptibles de comiso. Esta utilización impropia del término embargo es utilizada incluso por el legislador en la Ley 18/2006, de 25 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de prueba en los procesos penales. El propio artículo 2 de dicha ley define resoluciones de embargo como las que se dirigen a impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso. El término embargo tal y como es entendido en el Derecho Procesal –como medida cautelar destinada a asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos- nada tiene que ver con este tipo de resoluciones.

La Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado antes citada realiza una clasificación bastante completa de las medidas de aseguramiento del comiso y que serían las siguientes:

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

2ª. Cuando se trate de cuentas y depósitos bancarios, deberá dictarse un auto decretando su bloqueo y congelación de los saldos en las propias entidades en donde se

encuentren, aunque en algunos supuestos puede resultar indicado permitir los movimientos de ingreso.

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

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

5ª.- En cuanto a los medios de transporte en general –embarcaciones, camiones, automóviles, aviones o avionetas- la regla general debe ser su enajenación anticipada, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción de esta Fiscalía General nº 6/2007, de 18 de diciembre. Pero deberá evaluarse previamente si conviene autorizar su utilización provisional de acuerdo con lo previsto en los artículos 374.1.3º CP y párrafo tercero del art. 367 septies LECRIM con las debidas garantías para su conservación. En todo caso es susceptible de acordarse también la prohibición de disponer que tendrá acceso al Registro de Bienes Muebles (es el resultado de la integración de diversos Registros que ya existían como eran los de Buques y Aeronaves, el de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento o el Registro de Venta a Plazos).

6ª.- Por lo que se refiere a los bienes inmuebles la medida cautelar se ejecutará conforme a lo dispuesto en el art. 604 LECRIM mediante la expedición de mandamiento para que se haga la anotación preventiva de embargo o prohibición de disponer conforme a la legislación hipotecaria, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo final del art. 20 de la Ley Hipotecaria en relación a los supuestos en los que el imputado no sea el titular registral. El citado artículo, introducido por la L.O. 15/2003 establece no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. Sin embargo como excepción a la norma se dice que en los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento.

En estos casos deberán evaluarse cuidadosamente extremos como el carácter privativo o ganancial de los bienes, o si los mismos pertenecen al imputado o a un tercero, por lo que es necesario que el auto judicial que se dicte sea expresivo de los elementos que inducen o determinan que el titular real del inmueble es el imputado y no aquél a cuyo nombre figura registrado (Resoluciones de la D.G.R.N. de 29 de diciembre

de 2005 y 27 de febrero de 2006), lo que permitirá al Instructor o Tribunal, en su caso, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad a anotar dicha prohibición, la imposición de multas coercitivas o incluso la deducción de testimonio por un delito de desobediencia.

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

La congelación o prohibición de disponer de los bienes en los términos antes señalados deberá de realizarse tan pronto como se detecte la existencia de los mismos y requieren la existencia de mandamiento judicial. No obstante la ausencia de mandamiento no exime a las entidades depositarias de los fondos o activos de la obligación de abstenerse de realizar operaciones sospechosas cuando a través de las investigaciones policiales o del Ministerio Fiscal les conste que dichos bienes tienen una procedencia delictiva, obligación de abstenerse que solo puede dejar de atender cuando ello pueda comprometer la investigación.

14.- LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL BORRADOR DE CÓDIGO PROCESAL PENAL.

A. Necesidad de regular las medidas cautelares de carácter patrimonial.

A pesar del encomiable esfuerzo y de una cierta creatividad en la citada Circular de la FGE, las normas de nuestra decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal acerca de las medidas cautelares tendentes a garantizar las responsabilidades pecuniarias derivadas del proceso penal eran un ejemplo de anacronismo e inutilidad. Las referencias a semovientes, sementeras, pueblas o plantíos mostraban claramente hasta que punto dicha normativa era difícilmente aplicable a la realidad económica del siglo XXI.

La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial suprimió dicha normativa (artículos 601 a 610) pero sin establecer una regulación novedosa, sino realizando una remisión en el artículo 600 a las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente a los artículos 738.2 y 738.3³, el primero de los cuales se remite a su vez a los artículos 584 y siguientes (Del embargo de bienes).

³ Artículo 738 [...]

.2. Si lo acordado fuera el embargo preventivo se procederá conforme a lo previsto en los artículos 584 y siguientes para los embargos decretados en el proceso de ejecución, pero sin que el deudor esté obligado a la manifestación de bienes que dispone el artículo 589. Las decisiones sobre mejora, reducción o modificación del embargo preventivo habrán de ser adoptadas, en su caso, por el Tribunal.

Si lo acordado fuera la administración judicial se procederá conforme a los artículos 630 y siguientes.

Si se tratase de la anotación preventiva se procederá conforme a las normas del Registro correspondiente.

La remisión realizada por el artículo 600 a la Ley de Enjuiciamiento Criminal es claramente insatisfactoria, primero por que el contenido del artículo 738.3 entra en manifiesta colisión con la regulación contenida en el Capítulo II bis en el título V del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que había sido introducida por la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales; y segundo, porque el embargo es una medida que no se ajusta a las necesidades propias del proceso penal, por ejemplo para asegurar la medida del comiso, cuya importancia en el Derecho Penal actual requiere una regulación específica. Por otra parte el embargo es también absolutamente inidónea para asegurar los efectos del delito y pruebas.

Por todo ello, el que el Código Procesal Penal dedique un Título a las medidas cautelares de carácter real debe ser recibido como una aportación muy positiva a la regulación del enjuiciamiento penal. Otra cosa es que se haya acertado en el diseño o incluso en la denominación de algunas figuras

B. Finalidad de las medidas cautelares reales.

La regulación actual se refiere de forma genérica en el artículo 589 a las “responsabilidades pecuniarias” y en el artículo 764 menciona también a las medidas cautelares “para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas”. El término responsabilidades pecuniarias comprendería, según una interpretación tradicional, tanto las responsabilidades civiles, como las costas o la multa. Sin embargo algunas resoluciones judiciales vienen a considerar que las medidas contenidas en los artículos citados deberían abarcar tan solo el aseguramiento de la pretensión de resarcimiento. Frente a dicha concepción otras Audiencia Provinciales han entendido que la fianza no se calcula exclusivamente en función de la responsabilidad civil que en su caso pudiera recaer, sino para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito, estén o no comprendidas en la responsabilidad civil, alcanzando por tanto a las responsabilidades penales de tipo pecuniario que pudieran imponerse (multa) e incluso de las costas del procedimiento⁴.

El nuevo artículo 207 pretende zanjar cualquier posible interpretación difusa al establecer que *“las medidas cautelares reales tienen como finalidad el aseguramiento de posibles responsabilidades de contenido patrimonial derivadas del delito de carácter penal, civil y procesal”*.

C. Procedimiento.

3. Los depositarios, administradores judiciales o responsables de los bienes o derechos sobre los que ha recaído una medida cautelar sólo podrán enajenarlos, previa autorización por medio de providencia del tribunal y si concurren circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

⁴ Resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Auto 25/2009 de 16 de junio), Audiencia Provincial de Bilbao (Auto 270/2007 de 29 de marzo, Sec 6ª), Audiencia Provincial de Barcelona (Auto 153/2009 de 2 de abril, Sec 5ª), Audiencia Provincial de Madrid (Auto 655/2011 de 6 de octubre, Sec 1ª), Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Auto 641/2011 de 19 de octubre, Sec 1ª) o Audiencia Provincial de Guadalajara (Auto 284/2011, de 16 de noviembre), Audiencia Provincial de Pontevedra-Vigo (Auto 142/2012 de 19 de abril Sec.5ª) entre otras muchas.

El nuevo Código establece la necesidad de solicitud por parte del Ministerio Fiscal, acusación particular o actor civil, sin que la nueva configuración del Tribunal de Garantías permita que la actuación de oficio del Tribunal.

El artículo 210, al regular el procedimiento de adopción de dichas medidas cautelares reales, establece la necesidad de que se celebre una audiencia o exista un trámite de alegaciones por escrito para que las partes impugnen la pretensión formulada por el Fiscal o la acusación solicitante. No se prevé la adopción de medidas “inaudita parte” cuando exista la sospecha de que el previo conocimiento de la solicitud de las medidas pueda poner en riesgo su eficacia, provocando la desaparición de los bienes. Parece olvidar el prelegislador que la mayor parte de las medidas que estamos tratando se adoptan respecto de personas sobre las que existen indicios racionales de que han cometido un delito, por lo que no cabe confiar en que, ante la petición de medidas cautelares, el sujeto no realice actos de ocultación de sus bienes.

Resulta por tanto imprescindible que se admita que dichas medidas puedan adoptarse inaudita parte, incluso por el Fiscal, sin perjuicio de su ulterior ratificación por el Tribunal.

D. Clasificación de las medidas cautelares reales.

El borrador de código procesal distingue entre las medidas para el aseguramiento de responsabilidades penales de carácter patrimonial., las medidas para el aseguramiento de las responsabilidades civiles y las medidas para el aseguramiento de las costas. A su vez dentro de las primeras se diferencia entre las de aseguramiento de las fuentes de prueba y de las de aseguramiento de las consecuencias económicas de la condena penal.

Parece correcto diferenciar los diferentes tipos de consecuencias patrimoniales del proceso penal, pero lo cierto es que hacer un tratamiento distinto de cada una de las distintas modalidades puede ser excesivo e inoperante en la práctica. En la práctica las fianzas o embargos aseguran de forma simultánea e indistinta los tres tipos de responsabilidades sin perjuicio de las normas sobre prelación de pagos contenidas en el artículo 126 del Código Penal.

De hecho el elenco de medidas para garantizar responsabilidades penales por una parte y el de medidas para asegurar responsabilidades civiles es prácticamente igual como se puede ver en la siguiente tabla comparativa:

RESPONSABILIDAD PENAL	RESPONSABILIDAD CIVIL
Ocupación / depósito de fuentes de prueba	Ocupación o depósito bienes a restituir
Fianza para el pago de multa	Fianza
Anotaciones registrales	Anotaciones registrales
Prohibiciones de disponer	Prohibición de disponer
Embargo	Embargo
Decomiso provisional	Suspensión efectos del negocio jurídico
Destrucción o realización anticipada	Pagos periódicos
Intervención judicial	Intervención o administración judicial
Administración judicial	Prohibición de hacer o no hacer

Para el aseguramiento de las costas sólo se prevé la fianza que además sólo parece que pueda imponerse a cualquiera de las partes distinta del encausado que solicite la práctica de diligencias o de pruebas dilatorias o costosas, sin embargo no se comprende porqué en el caso de condena en costas del encausado no han de poder asegurarse primero y satisfacerse después del mismo modo que las demás responsabilidades patrimoniales.

La falta de sistemática del código propuesto e incluso los errores terminológicos son en nuestra opinión claros.

Para empezar, la ocupación, retención o depósito de las fuentes de prueba, la normativa contemplada en los artículos 217 y siguientes ha de completarse con la contenida en el Capítulo XIII del Título II relativo a la “recogida, incautación y aseguramiento de los efectos e instrumentos del delito”.

En nuestra opinión habría que distinguir los modos de aprehender o tomar posesión de los elementos de prueba y las medidas cautelares a adoptar con los mismos una vez intervenidos si fuera necesario. Así el artículo 356.1 del borrador se refiere a este último aspecto cuando señala que *“El Ministerio Fiscal ordenará a la Policía Judicial que los instrumentos y efectos del delito, así como todos aquellos objetos susceptibles de ser utilizados como fuentes de prueba, sean recogidos, con adopción de las medidas de aseguramiento necesarias para su conservación.”*

Por “elementos de prueba” habría que entender, de conformidad con el artículo 2.e) de la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, *los objetos, documentos o datos que puedan tener carácter probatorio en un proceso penal.*

En relación con dichos elementos de prueba el objetivo de la regulación sería establecer normas no solo sobre la recogida de los mismos, sin también sobre su custodia, manipulación y conservación de forma que no se perjudique su valor probatorio, las posibilidades de destrucción anticipada, las muestras que deben conservarse, etc.

Por el contrario, tratándose de asegurar el pago de responsabilidades pecuniarias, sean de la naturaleza que sean, lo esencial será la conservación de los bienes en términos de rentabilidad económica, para procurar los contenidos económicos de la eventual condena sean ejecutados en la mayor medida posible.

Parece por tanto que, si bien no tiene sentido regular separadamente el aseguramiento de la multa por un lado y el de la indemnización del perjudicado, sí que sería razonable establecer regímenes diferenciados para el aseguramiento de elementos de prueba y el de responsabilidades pecuniarias.

E. La ocupación de bienes.

Trataremos conjuntamente tanto la ocupación de efectos e instrumentos del delito como la de los bienes a restituir, dada su idéntica naturaleza y similar regulación. Efectivamente el propio borrador, como veremos más adelante, menciona entre los efectos del delito “*los bienes, sustraídos*”, que obviamente los que deben ser objeto de restitución, lo que evidencia que existe una innecesaria duplicidad en la regulación.

En todo caso le corresponde a la Policía Judicial, de oficio o a instancia del Fiscal, su ocupación para ponerlos a disposición del Fiscal que, una vez en su poder, acordará la medida de aseguramiento adecuada, ya sea el depósito o su devolución al propietario. Parece claro por tanto que la medida cautelar no es la ocupación, sino la que posteriormente se acuerde. Sin embargo esta disposición contenida en el artículo 217 parece contradecirse con el artículo 208 en la que solo se autoriza al Ministerio Fiscal y a la Policía a recoger y asegurar instrumentos, efectos del delito y fuentes de prueba “*cuando las circunstancias exija la adopción **urgente** de la medida para evitar la pérdida de los objetos*”.

Respecto a lo que ha de entenderse por instrumentos y efectos del delito, el borrador hace una definición, a nuestro juicio incorrecta, en los apartados 3 y 4 del artículo 216.

Así por *instrumentos* se mencionan las “*armas, sustancias o elementos que directamente hayan causado el peligro o la lesión a la víctima, y los que de modo indirecto hayan servido para su preparación y elaboración*”.

Por *efectos* dicho precepto se refiere a “*los bienes dañados, sustraídos, elaborados o poseídos sobre los que haya recaído la conducta indiciariamente delictiva, así como los derivados de su posterior tráfico, incluidas las **ganancias directas o indirectas***”.

Nos parece francamente rechazable que se incluya dentro del concepto de efecto del delito las ganancias del delito, lo que tradicionalmente y en los convenios internacionales se ha venido a denominar como “producto del delito”. Baste citar por ejemplo la definición de producto del delito contenida en el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 o la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

El citado convenio en su artículo 1.a) entiende por producto “todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito. Por su parte el artículo 1 de la Decisión Marco citada se refiere a “*todo beneficio económico derivado de una infracción penal*”. Parecidas definiciones nos encontramos en múltiples instrumentos internacionales que dan carta de naturaleza al concepto de producto del delito. Por todo ello parece inadecuado introducir en una misma categoría, la de los efectos del delito, las ganancias que tanto desde el punto de vista del derecho penal sustantivo como desde el punto de vista internacional es objeto de una consideración diferenciada.

En resumen creemos desafortunada incluir la ocupación como medida cautelar, ya que la misma no es sino la recogida de determinados efectos o bienes que luego serán

objeto de la verdadera medida cautelar. Por otra parte la dualidad regulaciones según se trate de responsabilidades penales o civiles tampoco tiene sentido, por una parte porque el bien a restituir es también un efecto y, por otro lado, debería admitirse que puedan ocuparse otros bienes para la reparación de los perjuicios. Por ejemplo es posible que en un registro se ocupe (se incaute) dinero, oro o bienes de alto valor que pueden servir para el pago de las responsabilidades pecuniarias (ver artículo 342) que desde luego pueden y deben ser utilizados para satisfacer las responsabilidades económicas del condenado, por lo que resulta absurdo que solo se mencionen la ocupación para referirse a efectos o bienes a restituir.

F. Fianza.

En cuanto al epígrafe habría que señalar que la medida cautelar propiamente dicha es la fianza, no la constitución de fianza, que no es sino la forma de aportarse dicha garantía.

Además el texto del artículo 219 se refiere únicamente a la fianza para garantizar el pago de la multa, el artículo 236 a la indemnización de perjuicios y el artículo 238 a las costas.

En este punto creemos también que sería más simple y más útil la existencia de una única fianza que permitiera abarcar todos los pronunciamientos económicos de la condena, ya sea multa, responsabilidad civil o incluso costas del encausado. Utilizar una cláusula abierta permitiría afianzar otras responsabilidades patrimoniales susceptibles de imponerse, como sería el comiso del equivalente, algo que con la regulación propuesta en el borrador no parece posible.

El artículo 236 prevé acumular en una única fianza el aseguramiento de responsabilidades penales y civiles, lo que no está previsto sin embargo en el artículo 238 para el aseguramiento de las costas, lo que parece obligar a imponer dos fianzas distintas, una para responsabilidades civiles y penales, y otra para las costas, lo que parece no solo complicado sino también absurdo.

La regulación de las modalidades de fianza (dineraria, hipotecaria o pignoratícia) o la necesidad de que exceda en un tercio a la fianza dineraria en el caso de hipoteca o prenda –por cierto, con una redacción mucho más confusa que la que por ejemplo suministra actualmente el artículo 593 LECr al decir que valor de los bienes de la hipoteca será doble que el del metálico señalado para la fianza – se encuentra en el artículo 220, referido únicamente a la fianza para aseguramiento de responsabilidades penales, sin que exista en el artículo 236 ninguna remisión al artículo 220. Esta situación plantea la duda de si tales normas se pueden aplicar o no a la fianza tanto cuando se exige sólo para asegurar responsabilidades civiles, como cuando se acumulan ambos aseguramientos en una sola fianza o cuando se trata de asegurar costas. La regulación separada de los tres tipos de fianza conlleva estos problemas interpretativos.

G.- Embargo.

El embargo no aparece en el elenco de medidas cautelares contenidas en el artículo 216 para el aseguramiento de responsabilidades penales, pero sí en el catálogo del artículo 233.3 del borrador, lo que sin duda parece un olvido o una falta de rigor en

la redacción de esta parte del Código. No obstante tal omisión el embargo para el aseguramiento de responsabilidades penales se regula en el artículo 222 y merece una sección (la cuarta) del capítulo dedicado a dichas medidas.

En relación al embargo también existe una regulación paralela en el artículo 222 –para responsabilidades penales- y en el artículo 236 para las civiles. La inexistencia de un desarrollo normativo del embargo en ambos casos, permite aplicar la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de la remisión genérica contenida en el artículo 209 del borrador.

No se prevé el embargo para el aseguramiento de las costas.

H.- Depósito.

La regulación del depósito es manifiestamente mejorable. Para empezar tampoco está el depósito en la enumeración de medidas cautelares del artículo 216, lo que no impide que tenga sección propia (la quinta) y una regulación contenida en el artículo 223.

Lo cierto es que solo se prevé el depósito en relación con los bienes susceptibles de ser decomisados, sin embargo esa correspondencia depósito-comiso no es cierta en un gran número de casos.

El depósito previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil está referido a títulos valores u objetos especialmente valiosos o necesitados de especial conservación, esto es, únicamente a bienes muebles, sin embargo resulta evidente que el comiso puede recaer sobre cualquier bienes de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos (así resulta de la Decisión marco 2005/212/JAI mencionada antes).

Además el depósito no sólo puede servir para asegurar el comiso de los bienes, sino también para asegurar bienes muebles ocupados –como también dijimos más arriba- y que pueden servir para asegurar el pago de multas, responsabilidades civiles y gastos procesales. Carece de sentido por lo tanto limitar las posibilidades del depósito al comiso como hace el borrador.

Perseverando en la confusión el borrador en su artículo 223.2 realiza una extraña mezcolanza entre el depósito y otras “previsiones” como son el nombramiento de depositario, la anotación preventiva, la realización anticipada, la intervención o administración judicial de empresas, que deberán adoptarse obligatoriamente.

Nos parece que lo único razonable hubiera sido incluir el depósito con carácter general para los tres tipos de aseguramiento, remitiéndose en cuanto a su regulación a la Ley de Enjuiciamiento Civil y la regulación de las Oficinas de Recuperación de Activos.

I.- Destrucción o realización anticipada.

Los artículos 226 a 231 del borrador de Código reproducen en términos casi idéntico el contenido de los artículos 367 bis a 367 sexies. El único comentario –

aplicable también a la normativa actual- es que debería modificarse el apartado referente a que tras la realización anticipada, el producto de la venta quedará afecto al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, por cuanto que debería añadirse también la posibilidad de que dichas cantidades puedan ser decomisadas. El caso paradigmático de esta situación, que de alguna manera inspiró la introducción de dicha normativa en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, es el de los barcos intervenidos en operaciones de tráfico ilegal de drogas, bines percederos y que generan unos gastos de atraque y mantenimiento elevadísimos, por lo que lo procedente es su realización anticipada, si bien el producto de dicha venta debe ser decomisado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 374 del Código Penal.

J.- La intervención o la administración judicial de patrimonios, empresas o actividades.

El prelegislador en el artículo 232, al regular la intervención o la administración judicial de patrimonios, empresas o actividades para el aseguramiento de responsabilidades penales, realiza una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo el modelo del actual artículo 600 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por su parte el artículo 237, relativo a la citada intervención o administración judicial para aseguramiento de responsabilidades civiles, se remite al artículo 232 que como hemos visto se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si concurrieren distintas finalidades en la adopción de esta medida, se especificarán las responsabilidades penales y las civiles que se pretenden asegurar, manteniéndose en su caso su doble carácter de medida cautelar real y personal a todos los efectos, incluido el de su posible levantamiento por alguno de los fines que la motivaron.

Como conclusión en relación al borrador de Código Procesal Penal en esa materia, resulta altamente positivo que se intenten ordenar, clasificar y clarificar las medidas que se pueden adoptar y con qué finalidad. El intento es bueno, ahora bien, la sistemática y la complejidad de la regulación nos hace considerarla –como aquellas fincas de la Ley 34/1979- manifiestamente mejorable. En todo caso parece que el borrador ha caído en el olvido y nunca llegará a ser proyecto de Ley, sustituyendo la iniciativa reformadora por el enésimo parche a la LECr que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria.

Madrid a 20 de mayo de 2015