LA NUEVA REGULACIÓN DEL DECOMISO
(Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015)

José A. del Cerro Esteban
Fiscal

I.- Breve reseña histórica de la figura jurídica del decomiso. II.- Actualización del concepto y naturaleza jurídica del decomiso. III.- Modalidades de decomiso tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 y Ley 41/2015. 1.- El decomiso por delito doloso. 2.- El decomiso potestativo por delito imprudente. 3.- El decomiso del valor equivalente o por sustitución. 4.- El decomiso ampliado. 5.- El decomiso de bienes provenientes de actividades delictivas continuadas. 6.- Presunciones sobre el origen de los bienes. 7.- El decomiso autónomo. 8.- El decomiso de bienes en poder de terceros. IV.- Disposiciones sobre la ejecución del decomiso y el destino de los bienes decomisados. V.- El principio de proporcionalidad en el decomiso.

Resumen:

En el año 2015 se han producido importantes reformas legislativas en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, siguiendo directrices internacionales, han fortalecido la institución del decomiso. Su objetivo es privar a los delincuentes de las ganancias ilícitas derivadas de su actividad criminal, revirtiéndolas a favor del Estado. La nueva regulación del decomiso pretende conseguir que el delito nunca sea rentable.

Las innovaciones son de gran complejidad y no vienen acompañadas de las previsiones y provisiones precisas para afrontar la ya desproporcionada y progresiva carga de asuntos que soporta la estructura judicial española, lo que unido a la falta de coherencia y depuración de los textos legales, hace que se vislumbre una aplicación altamente problemática de la reforma.

La presente ponencia tiene el objeto de servir de resumen introductorio de este seminario en el que se pretenden analizar los aspectos más destacados de la nueva regulación legal del decomiso.

... ..

I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA FIGURA JURÍDICA DEL DECOMISO.

La construcción dogmática clásica del Derecho penal se ha diseñado sobre los pilares de bienes jurídicos individuales -la vida, la libertad, la propiedad privada-, siendo su principal objetivo la persecución y castigo del infractor de las normas establecidas para la protección de éstos.

La incautación de los efectos e instrumentos del delito era una obviedad no necesitada de explicaciones jurídicas, tenía como única pretensión, evitar que volvieran a ser utilizados para la comisión de nuevas infracciones, aunque así se han llenado los depósitos judiciales de armas, drogas y demás variados objetos de imposible clasificación.

En la década de los años 80 del pasado siglo empezó a suscitar interés la incautación de las ganancias procedentes del delito como instrumento de hacer frente a las organizaciones internacionales que irrumpieron torno a los grandes beneficios procedentes de tráfico de drogas, iniciándose el desarrollo normativo del decomiso de las ganancias generadas por la actividad delictiva. Concretamente, en España fue a partir de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, *de reforma del Código penal*, que,

centrada en el *narcotráfico*¹, destacaba en su Exposición de Motivos el objetivo de *reducción y eliminación de los beneficios económicos* de dicha actividad a través de tres mecanismos: la elevación de la cuantía de la pena de multa, la ampliación de los términos de la institución del comiso y la tipificación penal como delito de receptación especial del *blanqueo* de dinero de origen delictivo.

El Código penal de 1995, asumió la normativa anterior (proveniente del Código penal de 1973²), reproduciendo en los arts. 127 y 374, respectivamente, como regulación genérica del comiso y específica para los delitos de tráfico de drogas, la contenida en los arts. 48 y 344 bis c) del Código Penal anterior, con la salvedad de que en el art. 48 (CP anterior a 1995) el comiso constituía una pena accesoria, mientras que en el art. 127 (CP 1995) se configura como consecuencia accesoria de la pena³.

La regulación del comiso en el Código Penal de 1995 ha sido objeto de sucesivas reformas, generalmente fruto de la incorporación de diversos textos internacionales⁴ tanto de dentro como de fuera de la Unión Europea, que ha potenciado y ampliado considerablemente el ámbito de esta figura jurídica, pasando a ser considerada un instrumento especialmente idóneo para combatir las formas más graves de delincuencia económica y privar a los delincuentes de sus ilícitos beneficios.

La primera reforma de Código Penal de 1995 en materia de comiso, siguiendo las directrices internacionales, fue operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modificó *el ámbito y alcance del comiso, con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero*.

Mediante esta LO 15/2003 se incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico importantes innovaciones, entre ella la ampliación de la extensión del comiso a *los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado el delito*, dando entrada al llamado «comiso por sustitución» o «comiso por valor equivalente» y al «comiso sin condena por extinción de la responsabilidad penal». Por LO 5/2010, de 22 de junio, se introdujo el «comiso ampliado» para los delitos de terrorismo y los cometidos por organizaciones o grupos criminales, así como, de modo limitado y facultativamente, a los delitos imprudentes y contra la seguridad vial.

Trascurridos apenas cinco años desde esta última reforma, cuando prácticamente no había dado tiempo a su aplicación, se ha producido la importante modificación del

¹ Los Estados partes firmantes de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, percibieron la necesidad de desarrollar y armonizar sus legislaciones con el objeto de *privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo*.

² El comiso ha estado regulado como pena pecuniaria en el Código Penal de 1822, como pena accesoria en los Códigos Penales de 1848, 1870, 1932 y 1944, como medida de seguridad en el de 1928.

³ Las consecuencias accesorias no se consideran penas, por cuanto no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor, y tampoco constituyen medidas de seguridad, ya que no se fundamentan en un juicio de la peligrosidad personal del responsable.

⁴ V. exposición del marco legal internacional de Jiménez-Villarejo Fernández en “Recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español” y la ponencia de D^a Ana Cristina Sanz Álvarez: “La cooperación internacional en materia de decomiso”.

comiso –que ha cambiado incluso su denominación⁵, sustituyéndola por la de “decomiso”⁶ – operada mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Aunque en la Exposición de Motivos de esta Ley se califica la reforma de “una revisión técnica de la regulación de decomiso” para adaptarla a la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, *sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*, lo cierto es que se acomete una profunda modificación que afecta a la regulación general del decomiso, pues además de introducir el decomiso autónomo, extiende el ampliado a otros supuestos, desarrolla la regulación del decomiso de bienes de terceros y pone fin al doble régimen de decomiso existente hasta ahora, según se tratara de delitos contra la salud pública o de otra naturaleza.

La tramitación parlamentaria de los preceptos que regulan el nuevo régimen sustantivo de decomiso contenido en el Código Penal, se realizó en paralelo con la reforma procesal que también afecta a esta figura jurídica. La *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, ha introducido en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo “Título III ter” bajo el epígrafe “De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo”.

Dicha tramitación parlamentaria paralela no se caracterizó por la coordinación, como se aprecia en el resultado legislativo sustantivo y procesal, que presenta diversas contradicciones, solapamientos y errores técnicos, que pueden comprometer su efectiva aplicación, aunque el principal problema que se vislumbra deriva de la falta de previsión y provisión de medios materiales y personales sobre una Administración de Justicia sometida a numerosas reformas parciales realizadas desde la precariedad, sobre un sistema jurídico-penal anticuado y sobrecargado.

II. ACTUALIZACIÓN DEL CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO.

El artículo 2.4) de la Directiva 2014/42/UE *sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*, define el decomiso como “la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal”.

Este concepto tan genérico no delimita la diferencia de esta figura jurídica respecto de otras situaciones parecidas, como puede ser embargo o adjudicación de bienes en ejecución de responsabilidades pecuniarias derivadas de un delito, si bien suponen la privación de tales bienes por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal, no constituye el decomiso de los mismos. Además, la revitalización del decomiso y su fortalecimiento jurídico como instrumento para la incautación de los bienes utilizados en la actividad criminal, así como de los obtenidos como

⁵ En España la palabra “decomiso” era más usual en el régimen administrativo del contrabando.

⁶ La disposición doscientos sesenta del artículo único de la 1/2015 establece que todas las referencias contenidas (...) en el Código Penal, al término “comiso” se sustituyen por el término “decomiso”.

consecuencia de la misma, precisa incluir en su concepto las especificaciones que son propias de esta figura remozada.

Aunque la regulación actual no ofrece un concepto de lo que ha de entenderse por decomiso, a tenor del contenido de la normativa se puede definir como el acto judicial⁷ acordando –mediante la correspondiente resolución– la transmisión en favor del Estado de la titularidad de los efectos o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado un delito doloso o imprudente cuya pena sea superior a un año, así como de los bienes o ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar, que puede extenderse a otros bienes en poder del sujeto responsable de un delito concreto o de una actividad delictiva previa que se le atribuya o de terceros a los que se hayan transmitido, por una cantidad que corresponde al valor económico de los que por cualquier circunstancia no fuera posible decomisar.

Mayor complejidad presenta la concreción de la naturaleza jurídica del decomiso. Esta cuestión es objeto polémica doctrinal que, aunque de carácter teórico, tiene importantes consecuencias prácticas por cuanto condiciona la extensión y el alcance de los bienes que pueden ser objeto de decomiso (ámbito objetivo), así como de las personas que se pueden ver afectadas por la medida (ámbito subjetivo)⁸.

Así, si se considera que el decomiso tiene naturaleza jurídica sancionadora, su aplicación estará sujeta a las exigencias de la presunción de inocencia y, en su caso a la declaración de culpabilidad, y por tanto el ámbito subjetivo estará limitado a los acusados –en lo que se refiere a la adopción de medidas cautelares– y a los condenados –en lo que respecta al decomiso definitivo–; y en el ámbito objetivo, sólo podrán decomisarse los bienes relacionados con la actividad delictiva en virtud de pronunciamiento penal al respecto. Mientras que si el de tiene carácter civil, su aplicación se sustrae del juicio de culpabilidad, pudiéndose declarar ilícito todo patrimonio de origen injustificado de cualquier titular de los mismos, y su consiguiente decomiso.

Se suele identificar la naturaleza jurídica del decomiso con la que ostenta la naturaleza civil derivada del delito, toda vez que ambas se sustancian ante la jurisdicción penal. Sin embargo, entre ambas instituciones hay una importante diferencia, por cuanto el decomiso trata de la privación de los efectos y ganancias del delito –consecuencia sancionadora–, mientras que la responsabilidad civil tiene un carácter reparador –no sancionador– de los daños ocasionados por el delito.

No conviene olvidar que el decomiso, en todo caso, es una consecuencia de la acción delictiva, que aunque eventualmente puede servir para el resarcimiento de las responsabilidades civiles, su objeto último es evitar nuevos delitos y que el delincuente no obtenga provecho económico de su actividad criminal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos que inicialmente había considerado al decomiso como una sanción penal (*caso Welch*), le niega actualmente en sus

⁷ En el presente trabajo nos referimos exclusivamente al decomiso en el ámbito penal, debiendo tenerse en cuenta que existe un importante ámbito de carácter administrativo en el que también se desarrolla esta figura jurídica.

⁸ v. Ricardo Pérez Blanco. “Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida”.

pronunciamientos el carácter punitivo, otorgándole sustancialmente la calidad de medida preventiva destinada a retirar de circulación los activos vinculados a la comisión de un delito⁹.

El Tribunal Constitucional alemán entiende que el decomiso no persigue reprochar al acusado la realización del hecho antijurídico, sino que tiene como objetivo conseguir fines ordenadores del patrimonio y estabilizadores de la norma, a efectos de remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos y corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos¹⁰.

En todo caso, aunque se niegue la naturaleza punitiva del decomiso, en estos ámbitos internacionales también se exige la relación o vinculación de los bienes decomisados a la actividad delictiva. La simple acción civil de privación de los bienes derivada de la constatación de un enriquecimiento injustificado sin duda sería una medida muy eficaz contra estos beneficios, pero se convertiría en un sistema confiscatorio sin garantías, lo que cuando se trata de terceras personas la cuestión adquiere mayor injusticia.

No puede obviarse que en algunos ordenamientos de *common law* y de algunos países iberoamericanos existe la figura del llamado decomiso civil (“extinción del dominio”), que se hace valer a través de acciones *in rem*, dirigidas directamente contra los bienes de procedencia ilícita, y no frente a sus titulares o frente a los autores de las conductas ilícitas asociadas a los bienes decomisados. Ahora bien, no es éste el modelo de decomiso vigente en nuestro ordenamiento y tampoco responde a este modelo el decomiso de la Directiva 2014/42, que en todos las modalidades que regula se sirve constantemente de categorías propias del Derecho penal.

La actual regulación sustantiva (Código Penal) y procesal (Ley de Enjuiciamiento Criminal) de decomiso en España, determina que su sustanciación se realiza ante la jurisdicción penal. Su sustancialidad penal se deriva de su atribución a los tribunales de dicha naturaleza y su objeto específico, consistente en una pretensión prevista como consecuencia accesoria de carácter sancionador en los arts. 127 y ss. CP, que se impone a la persona a la que el delito se atribuye y frente a quien se emite un juicio de reproche.

El principio de presunción de inocencia debe ser respetado y, la declaración del culpabilidad de preceder al pronunciamiento sobre el decomiso. Para decomisar es preciso destruir la presunción de inocencia y probar que los bienes que se incautan devienen de una actividad delictiva, salvo que con el pretexto de que de delito no puede ser rentable, se pretenda prescindir de las garantías constitucionales.

La cuestión se enreda más cuando el legislador, en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, niega el carácter sancionador del decomiso ampliado, tratándolo como algo ajeno al delito, ni siquiera consecuencia del mismo:

“El decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha

⁹ v. Isidoro Blanco Cordero. “Comiso ampliado y presunción de inocencia” en “Criminalidad organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos contemporáneos de Política Criminal.

¹⁰ Idem. cita anterior

dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto”.

El párrafo suscita varios interrogantes: ¿Qué significa que el decomiso (ampliado) tiene una *naturaleza más bien civil*?, ¿tiene una naturaleza menos penal o solo un poco penal?, ¿el decomiso ampliado es una figura próxima al enriquecimiento injusto o, por el contrario, lo que trata es evitarlo?¹¹.

A estos efectos conviene señalar un detalle: el artículo 803 ter i) establece que “*serán aplicables a todas las personas cuyos bienes o derechos pudieren verse afectados por el decomiso las normas reguladoras del derecho a la asistencia letrada del encausado previstas en esta ley*”, esto es la ley procesal penal con sus garantías, no la civil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español viene considerando el decomiso como una tercera vía sancionadora entre las penas y las medidas de seguridad (SSTS 16/2009, de 27-1 y 969/2013, de 18-12, ambas Berdugo), al participar del carácter sancionador propio de las penas, y compartir con las medidas de seguridad como presupuesto común la nota de la "peligrosidad" referida no a las personas sino a los objetos.

Así pues, en el caso de los "bienes, medios e instrumentos" utilizados para la preparación o ejecución del delito, prima la finalidad evitar que vuelvan a ser utilizados para la comisión de nuevos delitos, o en general, si se trata de sustancias tóxicas como pudieran ser las drogas, armas o explosivos, el peligro que representan por sí mismos, función preventiva que lo aproxima a una medida de seguridad, de ahí que parte de nuestra doctrina denomine a esta modalidad de comiso "decomiso de seguridad".

Por el contrario, cuando el decomiso recae sobre los "efectos provenientes del delito o los beneficios o ganancias derivados del mismo", la meta principal que se persigue consiste en evitar que se consuma una situación patrimonial ilícita, esto es prevenir un enriquecimiento injusto, dado que el Estado no puede consentir que se puedan obtener ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, y por ello, debe de procurar y arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar su pérdida. En esta segunda modalidad de decomiso prima pues una función de prevención tanto general, y lo que pretende se pretende transmitir con ese carácter que *el delito nunca debe ser rentable*, tendiendo a neutralizar el enriquecimiento o situación patrimonial ilícita generada con su comisión, teniendo, pues, un marcado carácter sancionador que lo aproxima más a la naturaleza jurídica de las penas¹².

Cuestión distinta es el decomiso de bienes en poder de tercero, pues aún estando relacionado con la actividad delictiva, parece que no se pueda mantener que al tercero se le esté aplicando una sanción.

En este sentido se argumenta que el decomiso de bienes de terceros constituye un pronunciamiento de privación de titularidad patrimonial que, a diferencia de lo que sucede con el decomiso de los bienes del autor o participe en el delito, no supone una sanción penal. En consecuencia, la acción mediante la que se solicita el

¹¹ V, Marchena Gómez, Manuel: “La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015”

¹² V. Almudena Congil Diez “El comiso como consecuencia accesoria de la infracción penal”

pronunciamiento de decomiso frente al tercero tiene naturaleza civil y en el proceso mediante el que se sustancia no rigen las garantías establecidas para el ejercicio del *ius puniendi* (STEDH de 24 de octubre de 1986, caso Agosi contra Reino Unido).

Sin embargo, incluso en estos supuestos no se puede obviar que cuando se pretende el decomiso de un bien que figura a nombre de un tercero, por mucho que no haya responsabilidad penal personal del tercero, se le está imponiendo una consecuencia sancionadora asociada a un delito y regulada en el Código Penal.

En definitiva, resulta compleja la construcción de la naturaleza jurídica del decomiso de carácter uniforme que englobe a todas sus modalidades, por tanto, también será diferente el ámbito objetivo y subjetivo en cada uno de ellas.

III. LA REGULACIÓN DEL DECOMISO TRAS LA REFORMA OPERADA POR LEY ORGÁNICA 1/2015 Y LEY 41/2015.

La nueva regulación sustantiva del decomiso sigue recogida en el modificado el art. 127 y en los nuevos y sucesivos artículos desde el 127 bis hasta el 127 octies, ubicados en el Libro I del Código Penal, aunque son también de aplicación a los supuestos de decomiso previsto en la parte especial del citado texto legal (arts. 319, 362 sexies, 374 y 385 bis) y en las leyes especiales (art. 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, *de Represión del Contrabando* -modificada por L.O. 6/2011, de 30 de junio-), sin perjuicio de la aplicación preferente de estas normas por razón de la especialidad si existe contradicción entre unas y otras.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal también ha sido objeto de una importante reforma en materia de decomiso, realizada mediante la *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, que, además de otras disposiciones, introduce en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo Título III ter que bajo el epígrafe “De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo” dedica su Capítulo I a regular: “La intervención en el penal de los terceros que pueden resultar afectados por el decomiso” (desde el art. 803 ter a hasta el art. 803 ter d), y el Capítulo II al: “Procedimiento de decomiso autónomo” (desde el art. 803 ter e hasta el art. 803 ter u)

Seguidamente haremos una reseña de cada una de las modalidades de decomiso que resultan de estas normas:

1.- El decomiso por delito doloso.

El art. 127 contiene tres apartados en los que se regula el decomiso basado en sentencia condenatoria por delito doloso, por delito imprudente y por valor equivalente. Nos referimos ahora al primero.

«1. 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 de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.»

En realidad esta disposición regula, bajo la misma denominación, dos instrumentos con diferente finalidad: por un lado, a través del decomiso de los efectos, medios o instrumentos empleados para la ejecución del acto criminal, se pretende evitar el potencial o evidente peligro de los mismos, o que vuelvan a ser utilizados para

la comisión de nuevas infracciones; en cambio, cuando lo que se decomisa son los beneficios o ganancias, se persigue evitar la existencia de patrimonios de procedencia ilícita y, sobre todo, que los mismos puedan servir para financiar nuevas actividades delictivas.

Aunque algunos sistemas jurídicos regulan de forma distinta el decomiso según se trate de efectos e instrumentos o de ganancias, el ordenamiento jurídico español, al igual que la normativa supranacional, ha optado por su regulación unitaria¹³; no obstante, en virtud de la diversa naturaleza de los efectos o bienes sobre los que recae, una vez que se proceda a su incautación a resultas del correspondiente procedimiento penal, su tratamiento dependerá de las características de los mismos.

Nuestro ordenamiento otorga a los jueces de instrucción amplias facultades para incautar provisionalmente todo tipo de bienes relacionados con la actividad criminal que investigan¹⁴, sin embargo se carece de una regulación completa y específica sobre el tratamiento de los bienes incautados en el proceso penal, y aunque 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*, ha introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo Capítulo II bis en el Título V del Libro II, en el cual se regula *la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales*, cuyas normas -según la Exposición de Motivos de la ley- *han de servir, con carácter general, para agilizar la gestión de los bienes embargados en los procesos penales (...)*, sin embargo, las normas contenidas en la obsoleta Ley procesal penal, incluso con la remisión a legislación civil que se realiza el art. 614 LECrim, dejan pendientes de regulación diferentes problemas que se plantean con los bienes incautados provisionalmente en los procedimientos penales. Por ello desde la Fiscalía General del Estado por medio de la Instrucción nº 6/2007 y en la Circular 4/2010, se han impartido las pautas de actuación que, atendiendo a la distinta naturaleza de los bienes, deben promover los fiscales¹⁵.

2.- El decomiso potestativo por delito imprudente.

Se regula en el apartado 2 del artículo 127, que dispone:

¹³ Se suele distinguir entre los bienes que han sido instrumento del delito (*instrumentum sceleris*), como el arma empleada, los útiles de robo; los que son objeto del delito (*objectum sceleris*), como la moneda falsa o la droga incautada; y los bienes producto o ganancia del delito (*productum sceleris*).

¹⁴ El art. 127 octies CP establece que “1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias; y que 2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos...”.

El art. 334 LECrim dispone que “el juez instructor ordenara recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito...”

¹⁵ V. ponencias de D^a Esmeralda Rasillo López y D^a Concepción López-Yuste Padial: “Las medidas cautelares para la efectividad del decomiso”, de D Alejandro Abascal Junquera: “El decomiso de los efectos e instrumentos del delito y su gestión. La enajenación anticipada de los bienes incautados” y la de D^a Isabel Tarazona Lafarga y D. Igancio Acón Ortego “la Oficina de Gestión y recuperación de activos”.

«2. 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 de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.»

En estos casos el decomiso es facultativo y ha de estar basado en sentencia condenatoria por delito imprudente con imposición de pena privativa de libertad superior a un año.

Se ha criticado la falta de proporcionalidad en el decomiso de las ganancias derivadas del delito imprudente, posiblemente el algún supuesto lo sea (decomisar un quirófano en el que se ha cometido una imprudencia médica), pero precisamente por eso tiene carácter facultativo. Conviene significar que los delitos de carácter económico que pueden cometerse por imprudencia, como por ejemplo el delito de blanqueo de capitales, son generadores de importantes ganancias cuyo decomiso es evidentemente proporcionado.

3.- El decomiso del valor equivalente o por sustitución.

«3. 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.»

La posibilidad decretar con carácter subsidiario el decomiso de otros bienes de los criminalmente responsables por el *valor equivalente* al de aquellos cuya incautación no fuera posible fue incorporada al Código Penal por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

El *decomiso del valor equivalente* o del valor por sustitución, se produce cuando se imponga pena y se acuerde el decomiso de los efectos procedentes del delito, de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado, o de las ganancias de la infracción, resultando imposible llevarlo a efecto, porque el responsable criminal los haya consumido, vendido, perdido, destruido u ocultado.

Ante la imposibilidad de localizar tales objetos, bienes o ganancias se podrá ejecutar el decomiso sobre otros elementos patrimoniales del responsable criminal, hasta alcanzar el valor de los bienes propiamente objeto del decomiso.

Si bien esta medida resulta adecuada en relación con el decomiso de las ganancias del delito, cuando el sujeto ha sacado provecho de las mismas, por ejemplo, empleándolas en adquirir un determinado bien, sin embargo, plantea cierta problemática en relación con su aplicación respecto de efectos o instrumentos del delito. Si el fundamento de esta clase de decomiso es la peligrosidad objetiva de tales bienes -no de otros-, lo que interesa es decomisar precisamente esos objetos para que no sean empleados en futuros actos delictivos.

Tampoco prevé el texto legal el mecanismo para el avalúo del valor de los bienes que no hayan podido ser decomisados. Ello hace conveniente que cuando

durante la tramitación de una causa aparezcan indicios que permitan sospechar que el decomiso (en cualquiera de sus modalidades) podría resultar ineficaz (ej. cuando haya resultado infructuosa una medida cautelar acordada respecto de efectos o ganancias del delito, la lógica consecuencia supone que el transcurso del tiempo desde entonces hasta el momento de la sentencia dificultará las operaciones de avalúo necesarias para la realización del decomiso de valor equivalente), será conveniente que se recabe la emisión de los informes periciales que puedan establecer con la mayor exactitud posible el valor de los bienes cuya confiscación no fue posible y la adopción de las medidas cautelares pertinentes para asegurar la eficacia futura de dicho decomiso de valor equivalente.

Además, rigiendo materia de decomiso el principio acusatorio, será preciso que se solicite del órgano jurisdiccional de enjuiciamiento la imposición del decomiso por el valor equivalente para el caso de que no fuese posible el inicialmente interesado.

El valor económico a tener en cuenta para su cálculo es el del momento de la adquisición de manera que en los casos en los que ya disminuido su valor económico desde ese momento, se deberá acordar el decomiso por valor equivalente a otros bienes por una cantidad que corresponda a la diferencia que hay entre el valor económico de los bienes cuando se adquirieron y en el momento de acordar el decomiso.

Hubiera sido más razonable que la posibilidad de aplicar el decomiso por valor equivalente se circunscribiera a los delitos de cierta gravedad, pues su aplicación a toda clase de delitos puede llevar a situaciones singulares e incluso cómicas, que, además, desnaturalizan la revitalización de institución en cuanto instrumento para impedir el enriquecimiento de los delincuentes.

4.- El decomiso ampliado

El *decomiso ampliado* es la sanción consistente en la confiscación de los bienes de procedencia delictiva resultante de la actividad criminal anterior a la comisión del hecho punible por el que se dicta sentencia de condena.

Como se ha indicado *ut supra* la introducción en el Código Penal del decomiso ampliado se realizó mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero, *relativa al decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*, encomendando a los jueces y tribunales acordar esta medida respecto de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de organizaciones o grupos criminales, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, *sobre la lucha contra el terrorismo*.

La Directiva 2014/42 ha modificado el marco europeo en relación con el decomiso, el motivo expresado en el Considerando 19 es la necesidad de *armonizar en mayor medida las disposiciones sobre el decomiso ampliado, fijando de un único estándar mínimo* que permita la cooperación transfronteriza.

Mediante esta modificación se introducen en la regulación europea unas presunciones legales sobre la procedencia ilícita de los bienes hasta ahora ausentes, que ha dado lugar a la siguiente redacción del art. 127 bis del Código Penal:

«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. (...).».*

En primer lugar cabe señalar que el decomiso ampliado se regula con carácter imperativo mediante la utilización de verbo “ordenará”, lo cual suscita la interpretación de que el decomiso ampliado es ajeno al principio acusatorio y podría acordarse de oficio por el “juez o tribunal”, aunque parece que dicha interpretación debe desecharse pues supondría la imposición de una sanción penal con olvido del principio acusatorio y sin previo sometimiento al principio de contradicción.

El decomiso ampliado supone la extensión de tal medida a otros bienes o efectos provenientes de actividades delictivas previas, cuya relación con el sujeto condenado se construye en torno al juego de los indicios enumerados en el art. 127 bis.2:

«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.»*

4.1.- El decomiso ampliado del valor equivalente

El apartado tercero del artículo 127 bis establece «3. *En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior»*, lo que supone la aplicabilidad del *decomiso por valor equivalente* para la efectividad del *decomiso ampliado*, es decir, para la incautación de bienes de procedencia delictiva anterior a la comisión del hecho por el que se dicta sentencia.

4.2.- El principio non bis in idem

El apartado cuarto del artículo 127 bis, con la finalidad de evitar la lesión del principio non bis in ídem, prevé que «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»*.

En este ámbito hay que tener en cuenta la autonomía del delito de blanqueo de capitales, siendo compatibles las consecuencias jurídicas derivadas del delito enjuiciado con las del delito antecedente sin que ello produzca la vulneración de dicho principio.

4.3.- Exclusión de decomiso ampliado en casos de prescripción, absolución o sobreseimiento

Finalmente, el apartado quinto del art. 127 bis establece una exclusión en la aplicabilidad del decomiso ampliado «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»*.

En el caso de la prescripción, la extinción de la responsabilidad penal impide la aplicación del decomiso, precisamente como consecuencia de su naturaleza penal. Si se tratara de una institución de derecho privado —como el redactor de la Exposición de Motivos pretende— el decomiso podría ser aplicado sin problema dentro del plazo general de prescripción de las *acciones personales* establecido en el Código Civil y que es de cinco años (art. 1964).

La absolución o el sobreseimiento con efecto de cosa juzgada impiden el decomiso de los bienes procedentes de la actuación sobre la que ya ha recaído resolución firme, como consecuencia del principio non bis in ídem.

5.- El decomiso de bienes provenientes de actividades delictivas continuadas

Mediante la LO 1/2015 no sólo se expande el ámbito de aplicación del decomiso ampliado a catálogo de delitos que se expresan en el referido nuevo artículo 127 bis, sino que se establece una especie de nuevo decomiso ampliado, regulado en los artículos 127 quinquies y sexies, relativo a actividades delictivas continuadas, que guarda gran semejanza con el decomiso ampliado (art. 127 bis) si bien, a diferencia de este, se establece con carácter *facultativo*, exigiendo además la concurrencia de tres requisitos.

Conforme al art. 127 quinquies:

«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.»

La disposición es realmente confusa, porque sus disposiciones que se solapan y son reiterativas de las contenidas para el decomiso *ampliado* del art. 127 bis, cuya aplicación se limita, inexplicablemente, por valor del producto de la actividad delictiva (superior a 6.000 euros) y la concurrencia del historial delictivo del sujeto exigido en las letras a) y b) de apartado 2, el cual, además, es de difícil comprensión. Cabe preguntarse, que quiere decir o que se pretende mediante la exigencia de que *“el sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado beneficio económico directo o indirecto...”*.

Por otro lado, los indicios relevantes que se ofrecen a los jueces en el en el apartado 1, hay que significar que los previstos por los números 2º y 3º son constitutivos de delito de blanqueo de capitales (en la modalidad de *autoblanqueo*), por lo que el decomiso, más que basarse en una ampliación del decomiso, se producirá como consecuencia del decomiso derivado del blanqueo de los fondos procedentes de la actividad ilícita, el cual puede ser objeto de condena sin necesidad de acudir a complejo historial delictivo del apartado 2.

Para culminar con la confusión el art. 127 sexies inicia sus tres apartados con la expresión *“se presumirá”*, cuyo carácter imperativo de verbo “presumir” parece indicar que invierten contra el acusado la carga de la prueba sobre la procedencia de los bienes, aunque en el último párrafo estable la aplicación facultativa de tales presunciones.

Establece el artículo 127 sexies:

«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.»

Efectivamente este último apartado deja sin contenido la utilización en forma imperativa del verbo “presumir”, por lo que en realidad la aplicación de tales presunciones estará condicionada a las circunstancias del caso, es decir, constituyen simples indicaciones para conducir el razonamiento judicial conforme a criterios generales que, en el caso concreto, pueden ser sustituidos o corregidos por otros en la formación de la convicción del tribunal.

6.- Las presunciones sobre el origen de los bienes

En definitiva, tanto lo indicios del artículo 127 quinquies, como las presunciones del artículo 127 sexies, son innecesarias, toda vez que el juez podría utilizar tales indicios y presunciones como elementos de prueba indiciaria aunque no

estuvieran normativizados, y, por otro lado, el juez no está obligado a aplicar estos indicios y presunciones, a tenor de lo establecido en el apartado 2 de art. 127 bis “*se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios*” y en el último párrafo del artículo 127 sexies: “*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*”.

6.1.- La necesidad de probar el origen criminal de patrimonio decomisado.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 127 bis (*decomiso ampliado*) y 127 quinquies (*decomiso ampliado por actividades delictivas continuadas*) podrá ser acordado por los órganos jurisdiccionales sin necesidad que se pruebe la relación de causa-efecto o, en otras palabras, la vinculación concreta entre el delito que la sentencia declara probado y los bienes cuyo decomiso se decreta, pero si será necesario probar y que así se aprecie en la sentencia, en base a indicios objetivos, que el sujeto viene realizando actividades ilícitas relativas a los delitos que se enumeran.

A partir de dichos presupuestos, el legislador establece una serie presunciones *iuris tantum* acerca del origen de dicho patrimonio, susceptible en todo caso de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado.

6.2.- La prueba indiciaria.

En realidad las presunciones introducidas por el legislador a través de los expresados artículos, constituyen *indicios normativizados*, es decir, una plasmación por la ley de criterios razonables que los jueces deben tomar en consideración en la valoración de la prueba sobre el origen de los bienes, lo cual no supone inversión de la carga de la prueba, permitiendo mantener incólume el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*.

Sin embargo la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 confunde la innecesariedad de condena por la actividad delictiva previa con la necesaria prueba del origen criminal del patrimonio decomisado, así expresa que “*frente al decomiso directo y el decomiso por sustitución, el decomiso ampliado se caracteriza precisamente porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. Por esa razón, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Véase que la exigencia de una prueba plena determinaría no el decomiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas de las que razonablemente provienen*”.

Crítica con razón Marchena Gómez el lenguaje utilizado es anticuado. No existe en el proceso penal la prueba *plena* o *semiplena*, distinción propia del Derecho inquisitorial en el que regía un sistema de valoración tasada de la prueba en el que, en caso de duda, la tortura se erigía en instrumento para alcanzar la confesión,

considerada la *regina probatorum*. No se comprende qué diferencia existe entre "acreditación plena" o "constatación" del nexo causal.

Los indicios fundados y objetivos sirven para formar la convicción del juez y desvirtuar la presunción de inocencia.

La proclamación de la irrelevancia de la prueba para el decomiso tal y como se expresa en la Exposición de Motivos, no es sólo un ataque a una garantía esencial del proceso penal, es además un sacrificio constitucional innecesario para la consecución de la finalidad perseguida, perfectamente alcanzable mediante la aplicación de la técnica de la prueba indirecta del elemento fáctico a probar (en este caso el nexo causal entre actividad delictiva y patrimonio a decomisar).

Tanto los indicios de los números 2º y 3º del apartado segundo del art. 127 bis, como las presunciones de los artículos, 127 quinquies y 127 sexies del Código Penal, además de ser incoherentes y reiterativas, son sobre todo innecesarias, pues vienen a referirse a la prueba indiciaria. Es decir, las presunciones establecidas en la reforma del Código penal para el pronunciamiento del decomiso ampliado son plenamente constitucionales, no por las erróneas razones expuestas en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, sino porque las normas que las recogen no sustituyen el convencimiento del juez por asunciones petrificadas en la ley y se muestran respetuosas con las garantías propias del Derecho sancionador en la atribución de la carga de la prueba y en su valoración.

En realidad se trata de presunciones que no inciden ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. Tal y como aparece configurada, opera respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en el que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas.

En este sentido ya se había pronunciado siguiendo el acuerdo adoptado en el Pleno de 5 de octubre de 1998, no exigiendo que se acredite que todos y cada uno de los bienes que resulten objeto de comiso proceden directamente de los concretos hechos enjuiciados, bastando a dichos efectos que se pruebe su procedencia de la actividad delictiva. Así, las SSTC nº 219 y 220/2006, de 3 de julio, precisan de forma idéntica que *la fundamentación con la que los órganos de la jurisdicción ordinaria justifican el comiso de los bienes no está referida al principio de presunción de inocencia, puesto que este derecho implica que nadie pueda ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas de cargo válidas, que han de estar referidas a los elementos esenciales del delito y han de ser valoradas por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia (...). La presunción de inocencia opera "como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable" (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2). Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia.*

Por tanto, la prueba relativa a la procedencia de los bienes ha de versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Lo

cual puede acreditarse mediante *prueba indiciaria que*, siguiendo la doctrina expresada en la STS nº 450/2007, 30 de mayo, *podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venia dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venia dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito. Sentados estos hechos concluyentes, puede deducirse como conclusión razonable, y en absoluto arbitraria o caprichosa, que los bienes que han ingresado en el patrimonio del afectado (o del tercero interpuesto) proceden directa o indirectamente del delito y, por lo tanto, deberán ser decomisados, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión.*

La STS nº 338/2015, de 2 de junio, sobre financiación del grupo terrorista ETA a través de "herriko tabernas", (con cita de las SSTS 877/2014, de 22 de diciembre, 969/2013, de 18 de diciembre, y 600/2012, de 12 de julio) reitera que *“no es exigible el mismo canon de certeza, cuando se trata de verificar el respeto al derecho a la presunción de inocencia, que cuando se trata de determinar el presupuesto fáctico que permite la imposición del decomiso. El derecho citado supone el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. Mientras que en el caso del decomiso, respecto a la probanza de su presupuesto fáctico (la procedencia ilícita de un bien o derecho) no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierta 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 (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada (SSTS 877/2014, de 22 de diciembre)”*.

Obviamente, estas cuestiones habrán de ser objeto de debate en el enjuiciamiento, para lo cual deberá contarse con la expresa solicitud por parte de la acusación, siendo también preciso que se motive en la Sentencia la decisión al respecto (STS nº 1061/2002, de 6 de junio, que hace referencia a las nº 1178/2000, de 30 de junio, y nº 328/2001, de 6 de marzo).

7.- El decomiso autónomo

7.1.- Precisión inicial

La modalidad del decomiso autónomo se regula en el artículo 127 ter del Código Penal, permitiendo al juez o tribunal acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena.

Conviene aclarar a efectos terminológicos que aunque en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 se haga referencia al “*decomiso sin sentencia*”, cuando dice: “*las novedades afectan, especialmente, a tres cuestiones: el decomiso sin sentencia, el decomiso ampliado; y el decomiso de bienes de terceros*”, en el artículo 127 ter se regula el decomiso *sin sentencia de condena*. Una cosa es que puede acordarse el decomiso en una sentencia absolutoria (*decomiso sin condena*) y otra que pueda acordarse mediante decreto, auto o providencia (*decomiso sin sentencia*).

El artículo 127 ter no se refiere a la inexistencia de “*sentencia*”, sino de “*sentencia de condena*”, como expresamente prevé el precepto, que exige acreditación de la “*situación patrimonial ilícita*” en un “*proceso contradictorio*”, el cual concluirá mediante una resolución definitiva en forma de sentencia.

Insiste en legislador señalando en dicha Exposición que “*el decomiso sin sentencia ya estaba regulado en el apartado 4 del vigente artículo 127, si bien resultaba oportuno aprovechar la reforma para introducir algunas mejoras técnicas en su regulación e introducir las normas procesales necesarias para hacer posible su aplicación*”.

Esto tampoco es así, pues la LO 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo un apartado tercero en el art. 127 CP (que con la Ley 5/2010 se convirtió en apartado cuarto) con la siguiente redacción:

“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”.

Esta disposición permitía acordar el decomiso como consecuencia accesoria de una medida de seguridad (hasta ese momento el decomiso solo había sido consecuencia accesoria de la pena) en los casos de exención de la responsabilidad, la cual debía de ser declarada en sentencia conforme al art. 3.1 CP (*no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme...*). Es decir, en estos casos era preciso el correspondiente proceso judicial, en que tras la práctica de la prueba para “*que quede demostrada la situación patrimonial ilícita*”, concluía mediante sentencia declarando la exención de responsabilidad penal y el decomiso.

7.2.- Aspectos sustantivos

Establece el art. 127 ter:

«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.»

Una primera aproximación al precepto suscita las siguientes cuestiones:

1) Aunque el decomiso autónomo se dice aplicable a los artículos anteriores, parece que no podrá extenderse a la modalidad ampliada (art. 127 bis) que exige una condena, basada, además, en concretas infracciones, así como tampoco en los casos de prescripción, a tenor de lo dispuesto en los artículos 127, 127 bis 5 y 127 ter 1 a) del Código Penal.

2) Los casos de extinción de la responsabilidad penal en los que es posible el decomiso autónomo conforme al artículo 127 ter 1 c) del Código Penal, no son coincidentes con los que el artículo 803 ter e) LECrim. autoriza la apertura de un proceso de decomiso autónomo (solo se refiere al fallecimiento). Sin embargo, pueden darse otras causas de extinción, como por ejemplo el perdón de ofendido. En este supuesto no cabe iniciar el procedimiento autónomo, pero si el Ministerio Fiscal pretende que se acuerde el decomiso tanto de los bienes a nombres del acusado (perdonado) o de un tercero, ¿habrá de proseguirse el proceso principal para que sea acordado el decomiso, pese a que no se solicite la condena del culpable?, la sentencia será absolutoria por perdón del ofendido/perjudicado, ¿puede haber decomiso sin condena para presupuestos diferentes de los previstos en la normativa sobre el proceso autónomo?.

3) Igual sucede en relación con la disolución de la persona jurídica, pues no parece que –principio de legalidad– su desaparición pueda equipararse al fallecimiento de las personas físicas, como presupuesto para la apertura del proceso de decomiso autónomo.

4) El apartado segundo del artículo 127 ter establece que el decomiso autónomo *solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad* (procesado), como quiera que tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por LO 13/2015, no exige que el sujeto al que se atribuye el delito haya sido formalmente acusado o procesado, cabe preguntarse si en la actualidad es posible la aplicación del decomiso autónomo en caso de que el fallecimiento o la enfermedad referidas en el apartado 1.a) se produzcan con anterioridad a la apertura de la instrucción judicial.

7.3.- Aspectos procesales

En el ámbito procesal y también para transponer la Directiva 2014/42/UE, mediante LO 42/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*, se crea un nuevo Título III ter en el Libro IV de la LECrim., con el epígrafe “*De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo*”, dedicando el Capítulo II al regular el nuevo procedimiento de decomiso autónomo -arts. 803 ter e) a 803 ter u).

Este procedimiento se tramita separado, pues como su nombre indica es autónomo de aquel en el que se enjuician las responsabilidades penales y civiles derivadas del hecho punible.

El objeto de este proceso está establecido en el artículo 803 ter e), iniciándose:

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 este caso se trata de una acción de determinación del alcance del decomiso de los bienes del responsable del hecho punible en el proceso principal¹⁶. También se denomina *acción diferida de decomiso*.

En el caso de reserva de la acción por el fiscal, el procedimiento de decomiso autónomo solamente podrá ser iniciado cuando en el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado ya hubiera concluido con sentencia firme" (art. 803 ter e 3).

Por tanto, el procedimiento de decomiso autónomo se iniciará cuando una vez sea firme la sentencia condenatoria del responsable del hecho punible, pues en el caso de sentencia absolutoria habría delito y, por ende, relación de causa efecto, entre los bienes y la actividad delictiva.

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.*

En este supuesto la acción que se ejercita tiene por objeto lograr el decomiso en caso de imposibilidad de enjuiciamiento de la persona penalmente responsable en el proceso penal principal por su fallecimiento, rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio —también se denomina *decomiso sin proceso penal principal*—, es decir, se trata de una acción de condena (al decomiso) ejercitable ante la imposibilidad de enjuiciamiento del supuesto responsable del delito en el proceso principal.

En ambos casos, el objeto del *proceso de decomiso autónomo* no consiste en la depuración de la responsabilidad penal del sujeto por la comisión del delito, sino en la aplicación, cuando proceda, del decomiso, mediante su imposición (*ex novo*) o la determinación del conjunto de bienes sobre el que la medida recae (*ex post* al decomiso ya pronunciado)¹⁷.

7.3.1. Competencia

Dispone el art. 803 ter f) LECRIM que

"será competente para el conocimiento del proceso de decomiso autónomo:

a) *El juez o tribunal que hubiera dictado la sentencia firme;*

b) *El juez o tribunal que estuviera conociendo de la causa penal suspendida;*

c) *El juez o tribunal competente para el enjuiciamiento de la misma, cuando ésta no se hubiera iniciado, en las circunstancias previstas por el art. 803 ter e)".*

El principio en el que se basa esta disposición parece claro: la competencia para el conocimiento del proceso de decomiso autónomo recae en mismo órgano judicial

¹⁶ La Directiva 2014/42/UE sólo establece la necesidad de atribuir al proceso de decomiso autónomo la primera de las finalidades expresadas, dirigida a lograr el decomiso en situación de imposibilidad de enjuiciamiento y —por tanto— de condena.

¹⁷ Marchena op. citada.

competente para dictar sentencia en primera instancia en el proceso penal principal. Sin embargo, en principio suscita algunas interrogantes, que, sin duda, se incrementarán con la práctica.

1) ¿Cómo se determina la competencia cuando la causa principal haya quedado suspendida o quede extinguida la responsabilidad penal por fallecimiento antes de que comenzara a conocer de la misma el tribunal competente para dictar sentencia?.

2) ¿La conocimiento del procedimiento principal contamina la imparcialidad del juez o tribunal para conocer del decomiso autónomo el Tribunal?.

2) Las previsiones orgánicas no asignan competencia para conocer del proceso de decomiso autónomo ni a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ni a la Sala del art. 61 del más alto Tribunal, ni al Tribunal del Jurado, ni a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, ni al Juzgados Centrales de Instrucción¹⁸. En estos dos últimos órganos jurisdiccionales la razón se encuentra en que no tienen ninguna competencia de enjuiciamiento, pero sin embargo sí que la tienen la Salas del Tribunal Supremo y el Tribunal de Jurado. En estos supuestos la competencia la tendrá el órgano judicial que le correspondería conforme a la norma general si no existiera el aforamiento (Salas del Tribunal Supremo) o la norma especial de atribución de competencia objetiva (Tribunal del Jurado).

Además, cabe preguntar en los procedimientos ante el Tribunal del Jurado, la competencia para imponer la pena en sentencia es del Magistrado Presidente, ¿será éste el que -en los casos en los que el Fiscal se haya reservado la determinación del alcance del decomiso- tenga la competencia para conocer del proceso de decomiso autónomo, sin contar ya con el jurado que habrá quedado disuelto?.

3) Hay que tener en cuenta que como consecuencia de la identificación entre el órgano judicial competente para el conocimiento de la causa principal y del proceso de decomiso autónomo establecida con carácter general, el derecho al juez imparcial exigirá que el órgano judicial competente para su enjuiciamiento ostente una composición distinta al que dictó sentencia en el proceso principal, pues sus integrantes habrán quedado contaminados por la prueba practicada en el mismo y su decisión sobre la existencia o inexistencia del delito como presupuesto del decomiso.

7.3.2. Partes

- **Legitimación activa:** exclusividad del Ministerio Fiscal -art. 803 ter h) LECrim-.

Esta solución deja al margen a cualquier particular, pero sucede que el artículo 367 quinquies LECrim declara que el patrimonio decomisado esta afecto “al pago de responsabilidades y costas”, por lo que el interés en el decomiso puede ser también privado. Ello hubiera podido llevar a permitir la condición de demandante en este procedimiento al menos a la víctima constituida en acusación particular¹⁹.

¹⁸ La Disposición Final Primera LO 13/2015 incluye los procedimientos de decomiso en los arts. 65.7 (Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), 73.3 (Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia), 82.1.6º (Audiencia Provincial), 87.1 h) (Juzgado de Instrucción), art. 87.1 h) (Juzgado de lo Penal), art. 89 bis 2 (Juzgado Central de lo Penal). Sin embargo no se han modificado los arts. 57, 61 y 88 LOPJ ni tampoco el art. 1 LOTJ.

¹⁹ V. Nieva Fenoll, Jordi: “El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios.

- **Legitimación pasiva:** Dispone el art. 803 ter j de la LEC que *"serán citados a juicio como demandados los sujetos -personas físicas y jurídicas- contra los que se dirija la acción por su relación con los bienes a decomisar"*, que son, conforme a los arts. 127 y ss. CP el sujeto activo del delito (127 bis, 127 quinquis y 127 sexies CP) o los terceros adquirentes de bienes o derechos en ciertas circunstancias (art. 127 quater).

- **Asistencia letrada y representación procesal:** Establece el art. 803 ter i) LECrim que se aplica *a las personas cuyos bienes o derechos pudieran verse afectados por el decomiso* las normas reguladoras del derecho a la asistencia letrada del encausado previstas en esta ley.

Específicamente, el art. 803 ter k prevé en su apartado primero que *"si el encausado declarado rebelde en el proceso suspendido no comparece en el procedimiento autónomo de decomiso se le nombrará procurador y abogado de oficio que asumirá su representación y defensa"* y añade en su apartado segundo que *"la comparecencia en el procedimiento de decomiso autónomo del encausado con la capacidad modificada judicialmente para comparecer en el proceso penal suspendido se regirá por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil"*, lo que supone la remisión a los arts. 7.2 y 8.1 de dicho texto legal.

Así, en el caso de que el sujeto sea incapaz y no tuviere representante (art. 7.2 LEC) ni estuviere designado el defensor judicial, la representación la debe ostentar el Ministerio Fiscal (art. 8 LEC). Parece que en estos casos se impone la suspensión del procedimiento hasta que se produzca el nombramiento del defensor judicial.

La cuestión es más compleja en el caso de sujeto en rebeldía, su defensa y representación se confieren a un abogado y procurador de oficio, que tendrán un auténtico cliente invisible con el que no podrán entrevistarse sobre la estrategia de su defensa.

7.3.3 Procedimiento

El art. 803 ter g) LECRIM se remite para su tramitación a las normas del juicio verbal del Título III del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que no sean contradictorias con la regulación del Capítulo II del Libro III ter del Libro IV de la LECrim.

Parece que el legislador ha optado por un procedimiento breve, para lograr eficacia, aunque en la exposición de motivos manifiesta que esta elección *"contribuye a la seguridad jurídica"*, sin embargo cabe significar que el núcleo de este procedimiento es la vista, sin que exista una posibilidad real de planificar una auténtica actividad probatoria que en estos supuestos conllevara una importante complejidad, derivada del entramado de empresas y personas interpuestas.

En los supuestos en los que se declare la rebeldía o la incapacidad pero existan otros encausados cuya responsabilidad penal sea susceptible de enjuiciamiento en el procedimiento principal, el art. 803 ter t) establece la acumulación de la acción de decomiso autónomo contra el rebelde o el incapaz en la misma causa principal, cuya sustanciación hace innecesaria la apertura de un proceso de decomiso autónomo. La norma citada no hace referencia al supuesto del fallecimiento, debido a que el finado no puede ser llamado al proceso principal que continúe contra otros sujetos, pero deberán serlo la herencia yacente o sus herederos, que tienen la consideración de terceros afectados (art. 127 ter 1 a) CP y 803 ter 1 a) LECrim).

7.3.3.1. Demanda

El proceso de decomiso autónomo comienza, en virtud de lo dispuesto en el art. 803 ter l.1) LECrim., por demanda²⁰ -planteada por el Ministerio Fiscal- contra quien se dirige la acción.

"La demanda de decomiso autónomo se presentará por escrito que expresará en apartados separados y numerados:

- a) Las personas contra las que se dirige la solicitud y sus domicilios.*
- b) El bien o bienes cuyo decomiso se pretende.*
- c) El hecho punible y su relación con el bien o bienes.*
- d) La calificación penal del hecho punible.*
- e) La situación de la persona contra la que se dirige la solicitud respecto al bien.*
- f) El fundamento legal del decomiso.*
- g) La proposición de prueba.*
- h) La solicitud de medidas cautelares, justificando la conveniencia de su adopción para garantizar la efectividad del decomiso, si procede".*

Con carácter previo a la presentación de la demanda habrán sido practicadas diligencias de investigación sobre los bienes a decomisar y su titularidad, de carácter judicial —en caso de que haya existido una instrucción judicial— u acordadas por el Fiscal en Diligencias de Investigación realizadas al efecto al amparo del art. 5. Dos EOMF.

7.3.3.2. Admisión de la demanda y adopción de medidas

Establece el artículo 803 ter 1), apartados 2 y 3, que:

"2. Admitida la demanda, el órgano competente adoptará las siguientes resoluciones:

- 1.º Acordará o no las medidas cautelares solicitadas.*
- 2.º Notificará la demanda de decomiso a las partes pasivamente legitimadas, a quienes otorgará un plazo de veinte días para personarse en el proceso y presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso.*
- 3. Adoptadas las medidas cautelares, la oposición, modificación o alzamiento de las mismas y la prestación de caución sustitutoria se desarrollará de acuerdo con lo previsto en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que no sea contradictorio con las normas establecidas en este capítulo".*

7.3.3.3. Posibilidades de actuación procesal del demandado

La posición procesal del demandado puede consistir en:

- a) Contestación a la demanda*

²⁰ Anexo: modelo demanda de decomiso autónomo.

Estableciendo el apartado primero del art. 803 ter m) LECrim que: *"contendrá, en relación con los correlativos del escrito de demanda, las alegaciones de la parte demandada"*, y eventualmente podrá incluir la petición de práctica de prueba (v. art. 803 ter n).

b) Falta de contestación

Establece el artículo 803 ter m), apartado 2, de la LECrim. que *"si el demandado no interpusiera su escrito de contestación en el plazo conferido o si desistiera del mismo, el órgano competente acordará el decomiso definitivo de los bienes, efectos o ganancias, o de un valor equivalente de los mismos"*. Es decir, la falta de contestación equivale al allanamiento.

c) La rebeldía

Conforme al art. 803 ter j, apartado 2, *"el encausado rebelde será citado mediante notificación dirigida a su representación procesal en el proceso suspendido y la fijación de edicto en el tablón de anuncios del tribunal"*, y en el apartado 3 dispone que *"el tercero afectado por el decomiso será citado de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del art. 803 ter b"*.

Por su parte, el art. 803 ter s) dispone que *"la incomparecencia del encausado rebelde y del tercero afectado en el procedimiento de decomiso autónomo se regirá por lo dispuesto en el art. 803 ter d"*, relativo a la incomparecencia del tercero afectado por el decomiso, aplicándole el régimen de la rebeldía civil, incluida la posibilidad de presentación de recursos y rescisión de la sentencia.

7.3.3.4. Resolución sobre prueba y vista

Establece el art. 803 ter n) de la LECrim que *"El órgano competente resolverá sobre la prueba propuesta por auto, en el que señalará fecha y hora para la vista de acuerdo a las reglas generales. Esta resolución no será recurrible, aunque la solicitud de prueba podrá reiterarse en el juicio"*.

7.3.3.5. Juicio

El juicio se desarrollará conforme a lo dispuesto en el art. 433 LEC (art. 803 ter o, apartado 1, de la LECrim):

"1. El juicio comenzará practicándose, conforme a lo dispuesto en los artículos 299 y siguientes, las pruebas admitidas, pero si se hubiera suscitado o se suscitare la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba, se resolverá primero sobre esta cuestión.

Asimismo, con carácter previo a la práctica de las pruebas, si se hubiesen alegado o se alegaren hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa, se procederá a oír a las partes y a la proposición y admisión de pruebas previstas en el artículo 286.

2. Practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos.

A tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos.

En relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria.

3. Expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento.

4. Si el tribunal no se considerase suficientemente ilustrado sobre el caso con las conclusiones e informes previstos en los apartados anteriores, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que les indique.

7.3.3.6. Sentencia

a) Plazo

La sentencia debe dictarse en el plazo de veinte días tras la finalización de la vista (art. 803 ter o).

b) Contenido

La sentencia, cuya forma debe respetar los requisitos generales de las sentencias civiles, contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos, enumerados por el art. 803 ter o:

1º. Estimar la demanda de decomiso y acordar el decomiso definitivo de los bienes.

2º. Estimar parcialmente la demanda de decomiso y acordar el decomiso definitivo, por la cantidad que corresponda. En este caso se dejarán sin efecto las medidas cautelares que hubieran sido acordadas respecto al resto de los bienes.

3º. Desestimar la demanda de decomiso y declarar que no procede por concurrir alguno de los motivos de oposición. En este caso, se dejarán sin efecto todas las medidas cautelares que hubieran sido acordadas".

Conviene significar que el art. 803 ter o).2 que "*cuando la sentencia estime total o parcialmente la demanda de decomiso, identificará a los perjudicados y fijará las indemnizaciones que fueran procedentes*". Esta disposición no puede ser interpretada en el sentido de que atribuya facultades para determinar la responsabilidad civil al juez o tribunal que dicte sentencia en el proceso de decomiso autónomo, como parece indicar la expresión "*fijará las indemnizaciones*", sino que únicamente faculta a este órgano jurisdiccional para identificar a los perjudicados y destinar el bien o valor decomisado a abonar las indemnizaciones establecidas en la sentencia dictada el proceso en el que la acción civil derivada del delito se haya resuelto o se resuelva.

c) Efectos de la sentencia de decomiso.

Se regulan en el artículo 803 ter p) de la LECrim, que dispone:

“1. La sentencia desplegará los efectos materiales de la cosa juzgada en relación con las personas contra las que se haya dirigido la acción y la causa de pedir planteada, consistente en los hechos relevantes para la adopción del decomiso, relativos al hecho punible y la situación frente a los bienes del demandado.

2. Más allá del efecto material de la cosa juzgada establecido en el apartado anterior, el contenido de la sentencia del procedimiento de decomiso autónomo no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado, si se produce.

En el proceso penal posterior contra el encausado, si se produce, no se solicitará ni será objeto de enjuiciamiento el decomiso de bienes sobre el que se haya resuelto con efecto de cosa juzgada en el procedimiento de decomiso autónomo.

3. A los bienes decomisados se les dará el destino previsto en esta ley y en el Código Penal.

4. Cuando el decomiso se hubiera acordado por un valor determinado, se requerirá a la persona con relación a la cual se hubiera acordado para que proceda al pago de la cantidad correspondiente dentro del plazo que se le determine; o, en otro caso, designe bienes por un valor suficiente sobre los que la orden de decomiso pueda hacerse efectiva.

Si el requerimiento no fuera atendido, se procederá del modo previsto en el artículo siguiente para la ejecución de la orden²¹ de decomiso.

Como la acción del proceso de decomiso autónomo consiste en una petición de privación de titularidad respecto a bienes concretos, la cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso especial se extiende a los bienes cuyo decomiso se ha solicitado y no impide la apertura de posteriores procesos de decomiso autónomo en relación con bienes distintos.

Así se establece expresamente en el art. 803 ter u, que bajo el título *"presentación de nueva solicitud de decomiso"*, dispone que

“El Ministerio Fiscal podrá solicitar al juez o tribunal que dicte una nueva orden de decomiso cuando:

a) Se descubra la existencia de bienes, efectos o ganancias a los que deba extenderse el decomiso pero de cuya existencia o titularidad no se hubiera tenido conocimiento cuando se inició el proceso de decomiso, y

b) No se haya resuelto anteriormente sobre la procedencia del decomiso de los mismos”.

Por tanto, se mantiene la posibilidad de apertura de sucesivos procesos de decomiso autónomo frente al mismo sujeto en relación con bienes distintos.

²¹ Parece que la expresión *"orden"* quiere hacer referencia a la sentencia de decomiso, pero no se entiende porque se remite al *"artículo siguiente"*. El error deriva de una fase inicial del anteproyecto de ley se había propuesto el diseño de un procedimiento de decomiso autónomo en el que ante la solicitud de decomiso del Ministerio Fiscal, se preveía que el órgano judicial emitiera una *"orden de decomiso"*, que se convertiría en definitiva si el demandado no la impugnaba en plazo, como si de un juicio ejecutivo se tratara, lo cual finalmente fue desechado.

7.3.3.7. Recursos

El art. 803 ter r LECrim, en su apartado primero, establece que regirán en el proceso de decomiso autónomo las normas de los recursos aplicables en el proceso penal abreviado. De ello se resulta que los recursos que pueden presentarse contra la sentencia son los mismos que podrían interponerse contra una sentencia dictada por el órgano judicial en un proceso penal principal:

- a) sentencia dictada por un Juzgado de lo Penal o Juzgado Central de lo Penal, apelación y casación si bien sólo por infracción de ley;
- c) sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, apelación y casación ordinaria.
- d) sentencia dictada por la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, apelación y casación ordinaria;
- e) sentencia dictada por una Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, casación ordinaria;
- f) sentencia dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o la Sala del art. 61 LOPJ, sin recurso.

7.3.3.8. Proceso de revisión

Expresamente prevé el art. 803 ter s) LECrim, la aplicabilidad al proceso de decomiso autónomo las normas reguladoras de la revisión de sentencias firmes, habiéndose introducido un apartado 2 en el artículo 954, que establece: “2. *Será motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte*”.

7.3.4. Investigación del Ministerio Fiscal

La investigación patrimonio procedente de la actividad criminal tiene una especial regulación en artículo 803 ter q) estableciendo que:

“1. El Ministerio Fiscal podrá llevar a cabo, por sí mismo, a través de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos²² 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.

Las autoridades y funcionarios de quienes el Ministerio Fiscal recabase su colaboración vendrán obligadas a prestarla bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia, salvo que las normas que regulen su actividad dispongan otra cosa o fijen límites o restricciones que deban ser atendidos, en cuyo caso trasladarán al fiscal los motivos de su decisión.

²² V. ponencia de D^a Isabel Tarazona Lafarga y D. Igancio Acón Ortego “la Oficina de Gestión y recuperación de activos”.

2. 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.

3. Asimismo, el Ministerio Fiscal podrá dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas o jurídicas para que faciliten, en el marco de su normativa específica, la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

En realidad este artículo es absolutamente superfluo y no refuerza las facultades investigadoras que ya tiene asignadas legalmente el Fiscal en virtud de lo dispuesto en los artículos 773.2 LECrim y 5 EOMF, que presentan importantes dudas y deficiencias respecto de las que el art. 803 ter q) no ofrece solución.

Por lo que se refiere a la efectividad del decomiso y a la agilidad en la cooperación internacional en relación con la localización e incautación de bienes, un avance importante hubiera sido establecer la posibilidad de que el Fiscal en determinados casos urgentes pudiera decretar medidas cautelares reales (ej. bloqueos de activos financieros o cuentas bancarias), aunque posteriormente hubieran de ser confirmados por el Juez el Juez de Instrucción, del mismo modo que actualmente la Policía puede aprehender bienes muebles sin límite de valor y posteriormente ponerlos a disposición del Juez o incluso como en otros ámbitos administrativos de menor entidad que la investigación criminal, tiene numerosos funcionarios (inspectores fiscales o de la Seguridad Social).

8.- El decomiso de bienes en poder de terceros

8.1.- Aspectos sustantivos

La regulación del decomiso de bienes en poder de terceros se encuentra en el art. 127 quater del Código Penal, que establece:

«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.»

Conviene señalar que las conductas del tercero que conforman el supuesto de hecho del decomiso pueden ser constitutivas de delito cometido por el mismo tercero,

y frente a los cuales bien podrían ejercitarse acciones penales: el supuesto de la letra a): delito de receptación y blanqueo de capitales; y el de la letra b): delito de frustración de la ejecución.

Antes de la reforma de la regulación del decomiso en 2015 ya era difícil delimitar el delito de blanqueo de capitales de figuras como el partícipe a título lucrativo, añadir por conductas similares efectuadas por el tercero titular de bienes decomisables complica más el panorama.

Cuando la actuación del tercero sea delictiva se deberá perseguir el hecho punible cometido en el correspondiente proceso, independiente o acumulado al principal en atención a lo dispuesto en el artículo 17 LECrim.

En caso de acumulación, las responsabilidades por ambos delitos se dilucidarán en una misma sentencia y no existirá peligro de contradicción de respuestas judiciales, pero cuando no se produzca tal acumulación existen posibilidades de sentencias contradictorias, cuyo cauce de resolución será el recurso de revisión.

8.2.- Aspectos procesales

8.2.1.- Resolución judicial de llamada al proceso

El art. 803 ter a) LECrim dispone que

«1. El juez o tribunal acordará, de oficio o a instancia de parte, la intervención en el proceso penal de aquellas personas²³ que puedan resultar afectadas por el decomiso cuando consten hechos de los que pueda derivarse razonablemente:

a) que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del investigado o encausado, o

b) que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo.

2. Se podrá prescindir de la intervención de los terceros afectados en el procedimiento cuando:

a) no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, o

b) existan hechos de los que pueda derivarse que la información en que se funda la pretensión de intervención en el procedimiento no es cierta, o 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.

3. Contra la resolución por la que el juez declare improcedente la intervención del tercero en el procedimiento podrá interponerse recurso de apelación.

²³ La llamada al proceso del tercero afectado por el decomiso, debe realizarse en aplicación de las reglas generales, entre ellas el art. 178 LECRIM, que obliga a investigar el domicilio de la persona y el régimen de realización de actos de comunicación en caso de ignorarse su paradero establecido por el Capítulo V del Título V del Libro I de la LEC, al cual se remite el art. 166.3º LECRIM.

4. Si el afectado por el decomiso hubiera manifestado al juez o tribunal que no se opone al decomiso, no se acordará su intervención en el procedimiento o se pondrá fin a la que ya hubiera sido acordada.

5. En el caso de que se acordare recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá del contenido del artículo 416.»

En relación con este precepto cabe señalar:

- En primer lugar, salvo el caso de falta de localización del tercero, los restantes supuestos en los que se puede *prescindir* de su intervención constituyen conductas fraudulentas del tercero.

- Por otra lado, las previsiones que establece este artículo resultan un tanto oscuras, pues el perjuicio o resultado favorable del decomiso para el tercero habrá de ser analizado caso por caso (ej. el copropietario de un bien que se decomisa la cuota correspondiente a otro copropietario, su derecho no se ve perjudicado, aunque si le afecta).

El contenido de las letras a) y b) determina la existencia de dos categorías de terceros:

1.- la persona distinta del investigado o encausado titular de bien cuyo decomiso se solicita, por haberlo adquirido con *conocimiento* de su procedencia ilícita o teniendo *motivos para sospechar* esa procedencia, que como se ha indicado anteriormente su actividad podría ser enjuiciada penalmente en relación con otros delitos y acordar en decomiso derivado de ese procedimiento.

2.- la persona titular de derecho que pueden verse *afectados* por el decomiso.

- Frente a la resolución de declaración de la improcedencia de la intervención de tercero, podrá interponerse recurso de apelación, conforme prevé el art. 803 ter a. LECrim. Lo que es posible cuando la decisión sobre la intervención del tercero sea efectuada por el Juzgado de Instrucción. Pero es posible que la intervención se realice una vez finalizada la instrucción, pues el tercero puede ser llamado como consecuencia de la acción de decomiso planteada contra el mismo en el escrito de acusación o de calificaciones provisionales o puede solicitar comparecer al tener conocimiento de la acción ejercitada sobre el bien sobre el que ostenta derecho.

Por ello tal disposición será inaplicable, por inexistencia de cauce procesal establecido, toda vez que las decisiones adoptadas por un tribunal colegiado en forma de auto no son apelables (la Audiencia Provincial, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo).

- Por último, sobre la declaración del tercero, el art. 803 ter a, apartado 5, establece que "*en el caso de que se acordare recibir declaración del afectado por el decomiso, se le instruirá en el contenido del art. 416*", el cual contempla los supuestos de dispensa de la obligación de declarar.

Este precepto produce perplejidad, pues el art. 416 LEC dispone que "*Están dispensados de la obligación de declarar:*

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus

hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación".

Es decir, la remisión del apartado 5 del artículo 803 ter a) al art. 416 LECRIM parece estar pensando que el tercero afectado por el decomiso será un pariente del encausado, de modo que puede dispensarse de declarar.

En definitiva, con esta norma el legislador establece que el tercero tiene la condición de testigo y no la de parte. Pues si fuera parte estaría amparado por el derecho a guardar silencio y no sería preciso acudir a la dispensa del artículo 416.

Si el tercero es llamado a declarar en su condición es la de testigo, pero resulta que el hecho del que se deriva el decomiso es constitutivo de delito y el tercero no ha sido enjuiciado ¿habrá de ser informado de los derechos establecidos en el art. 118 LECRIM, incluido el derecho a no declarar?.

8.2.2.- Especialidades de la intervención y citación a juicio del tercero afectado

Dispone el art. 803 ter b) LECrim:

«1. 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.

2. Para la intervención del tercero afectado por el decomiso será preceptiva la asistencia letrada.

3. El afectado por el decomiso será citado al juicio de conformidad con lo dispuesto en esta ley. En la citación se indicará que el juicio podrá ser celebrado en su ausencia y que en el mismo podrá resolverse, en todo caso, sobre el decomiso solicitado.

El afectado por el decomiso podrá actuar en el juicio por medio de su representación legal, sin que sea necesaria su presencia física en el mismo.

4. La incomparecencia del afectado por el decomiso no impedirá la continuación del juicio.»

Este artículo plantea las siguientes cuestiones:

1) La limitación de la actuación del tercero establecida en el apartado primero “*limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica*” es difícil de concretar, ¿tiene vedado el tercero efectuar peticiones, realizar alegaciones o proponer prueba sobre la realidad del hecho punible del que deriva el comiso?.

Esta limitación desvirtúa el sentido que debería tener la intervención del tercero, que sería la de defender plenamente sus derechos o situación jurídica, incluso en relación con la responsabilidad penal del encausado, en lo que sea condicionante de la suya. Ello sería posible si fuera parte, pero como hemos indicado el legislador le otorga la condición de testigo y con la expresada intervención limitada.

2) Al establecer expresamente el apartado segundo la “*preceptiva la asistencia letrada*”, ¿cabe mantener que la representación mediante procurador no sea exigible?, ¿las notificaciones habrán de dirigirse directamente al tercero afectado?.

La presencia física del tercero afectado en el juicio no resulta necesaria. Puede actuar en el juicio a través de su representación legal (art. 803 ter b.3.2º LECrim). Su ausencia, en cualquier caso, no impide su continuación (art. 803 ter.4).

8.2.3.- La actuación procesal del tercero afectado

Son varias las posiciones que puede adoptar el tercero.

1.- *Aceptación del decomiso*, personándose en las diligencias aceptando la acción de comiso, a cuyo efecto dispone el art. 803 ter a, apartado cuarto que, “*si el afectado por el decomiso hubiera manifestado al juez o tribunal que no se opone al decomiso, no se acordará su intervención en el procedimiento o se pondrá fin a la que ya hubiera sido acordada*”. Es decir, que a la manifestación de falta de oposición se le da el efecto del allanamiento con la acción de decomiso

2.- *Oposición al decomiso*, rechazando la acción de decomiso pidiendo su desestimación en todo o en parte, aunque, como se ha indicado anteriormente, “*limitada a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica*” (art. 803 ter b apartado 1).

3.- *Falta de contestación*, se entiende que el juicio continua teniéndole por opuesto al decomiso, toda vez que una vez personado en el procedimiento el tercero puede asistir al juicio personalmente o representado o no asistir al acto del juicio, sin que ello suponga la suspensión del mismo (art. 803 ter b apartados 3 y 4).

4. *Rebeldía*, en caso de que el tercero haya sido llamado al procedimiento por el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, la ausencia determina la situación legal de rebeldía.

Establece el apartado primero del art. 803 ter d) LECrim que:

«1. *La incomparecencia del tercero afectado por el decomiso que fue dictado de conformidad con lo dispuesto en esta ley tendrá como efecto su declaración en rebeldía. La rebeldía del tercero afectado se regirá por las normas establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al demandado rebelde, incluidas las previstas para las notificaciones, los recursos frente a las sentencia y la rescisión de la sentencia*

firme a instancia del rebelde.», con ciertas especialidades que posteriormente el precepto establece en relación con la rescisión de la sentencia.

La LEC regula la rebeldía del demandado en el Título V del Libro II de la LEC (arts. 496 a 598), estableciendo la posibilidad de *rescisión* de la sentencia dictada en los siguientes *supuestos*, conforme al art. 501 LEC:

1º. De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma.

2º. De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable.

3º. De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos.

El ejercicio del derecho a obtener la rescisión se sujeta al cumplimiento de los siguientes *plazos*:

- de veinte días, a partir de la notificación de la sentencia firme, si dicha notificación se hubiere practicado personalmente;
- de cuatro meses, a partir de la publicación del edicto de notificación de la sentencia firme, si la resolución no se notificó personalmente.

El proceso mediante el cual se enjuicia si la sentencia firme dictada en rebeldía debe ser rescindida se denomina *juicio rescindente* y, en caso de rescisión, el proceso posterior en el que se enjuicia nuevamente la acción contra el demandado, *juicio rescisorio*.

El artículo 803 ter d) se remite, en principio, a las normas de la LEC para la regulación del juicio rescindente (arts. 501 a 506 LEC), una vez rescindida en su caso la sentencia dictada en rebeldía -se vuelve a enjuiciar la acción de decomiso frente al tercero- y en el juicio rescisorio la reforma introduce en la LECrim. una serie de reglas especiales para su sustanciación que se apartan de las previsiones contenidas en los artículos siguientes (507 y 508 LEC).

Así, en el apartado primero del art. 803 ter d), se establece que *"en caso de rescisión de la sentencia, la misma se limitará a los pronunciamientos que afecten directamente al tercero en sus bienes, derechos o situación jurídica"*. Queda así incólume la sentencia en todos los demás extremos distintos del decomiso del bien sobre el cual el tercero ostenta derecho.

A estos efectos continua el inciso final del apartado primero del art. 803 ter d), que *"en tal caso, se remitirá certificación de la sentencia al tribunal que hubiera dictado sentencia en primera instancia, si es distinto al que hubiera dictado la sentencia rescindente y, a continuación se seguirán las reglas siguientes:*

a) Se otorgará al tercero un plazo de diez días para presentar escrito de contestación a la demanda de decomiso, con proposición de prueba, en relación con los hechos relevantes para el pronunciamiento que le afecte.

b) *Presentado el escrito en plazo, el órgano jurisdiccional resolverá sobre la admisibilidad de prueba mediante auto y señalará fecha para la vista, cuyo objeto se ceñirá al enjuiciamiento de la acción civil planteada contra el tercero o de la afección de sus bienes, derechos o situación jurídica por la acción penal.*

c) *Frente a la sentencia se podrán interponer los recursos previstos en esta ley.*

Si no se presenta escrito de contestación a la demanda en plaza o el tercero no comparece en la vista debidamente representado se dictará, sin más trámite, sentencia coincidente con la rescindida en los pronunciamientos afectados".

El legislador acomoda así la tramitación civil del *juicio rescisorio*, en el que vuelve a enjuiciarse la acción planteada contra el tercero rebelde, a su situación en el orden penal. La norma parte de la equiparación de las conclusiones definitivas deducidas contra el tercero en el proceso en el que se ha dictado la sentencia rescindida con la demanda en un proceso civil.

Por último, en la regulación de la ausencia del tercero afectado por el comiso, la reforma equipara la situación del declarado rebelde con la del sujeto *"que no hubiera tenido la oportunidad de oponerse al decomiso por desconocer su existencia"*, al que se otorgan los mismos derechos a los recursos y a la rescisión de la sentencia firme que al rebelde (apartado segundo del art. 803 ter d LECrim).

8.2.4. Sentencia y recursos

La sentencia habrá de pronunciarse sobre la solicitud planteada, estimándola o desestimándola.

Frente a la sentencia en la que se acuerde el comiso los terceros afectados pueden interponer los recursos *"previstos en esta ley"*, es decir, los que procedan contra la sentencia, según establece el art. 803 ter c) LECrim, el cual añade que el tercero *"deberá circunscribir su recurso a los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, y no podrá extenderlo a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del acusado"*.

IV.- Disposiciones sobre la ejecución del decomiso y el destino de los bienes decomisados.

Están contenidas en los artículos 127 septies y 127 octies. El primero, de manera parcialmente reiterativa en relación con lo ya dispuesto en el apartado 3 del art. 127, regula la ejecución efectiva del decomiso por valor equivalente:

«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.»

El precepto no exige que la imposibilidad de la ejecución se deba a maniobra alguna del autor del delito que, de producirse, podría ser constitutiva de un delito de alzamiento de bienes o de blanqueo de capitales.

Por su parte, el art. 127 octies viene a poner fin al régimen especial previsto para el tráfico de drogas y el blanqueo, respecto de la realización (enajenación) anticipada y, en su caso, utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos, así como la adjudicación de los mismos.

«1. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

2. Corresponderá al juez o tribunal resolver, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.

3. 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.»

El procedimiento de realización anticipada y de utilización provisional de bienes decomisados se regula en los artículos 367 ter a 367 LECrim, que ha sido modificada por la LO 1/2015 que manteniendo el artículo 367 septies, introducido por el LO 5/2010, pero dando una nueva denominación a la Oficina de Recuperación y Gestión de activos, en la medida en que a su inicial función de localización y recuperación de bienes, añade la de administración y gestión de los mismos, cuya organización y funcionamiento se ha desarrollado mediante Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre.

Cuestión diferente es que a tenor de lo dispuesto con carácter general en el punto 3 del art. 127 octies, los bienes decomisados tienen un carácter reparador, esto es, el cubrir con su venta, si son de lícito comercio, el "pago de las indemnizaciones de las víctimas", es decir, cubrir la responsabilidad civil derivada del delito, pero esto se refiere al destino de los bienes decomisados y no a la naturaleza del decomiso.

Cabe señalar en este momento que esta última 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. Para evitar dicha situación de deberán practicar todas las diligencias necesarias 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, sin perjuicio del derecho de repetición contra el penado que asistiría al Estado por su valor.

No obstante lo anterior, cabe significar que tal función reparatoria general, parece preverse con un carácter subsidiario, desde el momento en que tal venta y

aplicación de su producto al pago de las responsabilidades civiles, sólo debería efectuarse previa excusión de bienes del penado, debiendo pues en primer lugar, intentar satisfacer las responsabilidades civiles con cargo a otros bienes no decomisados del penado y sólo en el caso de que el condenado fuera total o parcialmente insolvente, adjudicando el producto de la venta de dichos bienes al pago de dichas responsabilidades civiles.

En este punto cabe recordar que la Circular FGE n° 4/2010 *sobre funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito de proceso penal* insta a los Fiscales para que 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.

Esta cuestión no se produce en los delitos relativos al tráfico de drogas, toda vez que por su parte el art. 374 en relación con el decomiso de bienes procedente del blanqueo de capitales (art. 301) drogas y precursores (arts. 368 a 372), establece:

«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.»

En su virtud, la regulación del decomiso de los bienes y efectos procedentes de estos delitos está sometida al régimen general, con la salvedad de que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles. Esta excepción encuentra su justificación en que en los delitos relativos al tráfico drogas no suele haber perjudicados a los que indemnizar y, por otro lado, los bienes decomisados serían absorbidos por las altísimas multas con las que se castigan estos delitos (v. art. 378 Código Penal).

V.- El principio de proporcionalidad en el decomiso.

La decisión del legislador de apartar el comiso del catálogo y clasificación de las penas pasando a configurarse como una de las denominadas *consecuencias accesorias*, podría interpretarse en el sentido de que al comiso ya no le es aplicable el principio de proporcionalidad, predicable de toda sanción penal, y por tanto puede aplicarse cualquiera que sea el valor de los bienes o efectos con los que se haya ejecutado o preparado el delito o estén relacionados con el mismo en los términos antes expuestos. Sin embargo, el art. 128 CP introduce una cláusula de ponderación al establecer que *«cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no*

guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente»; disposición que está en concordancia con el art. 5.1.c) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, al excluir del comiso los medios de transporte que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en el delito si el Juez o el Tribunal competente estiman que el comiso resulta desproporcionado en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando.

No obstante, hay que resaltar que el artículo 128 CP únicamente se refiere a los efectos e instrumentos de la infracción criminal sin mencionar las ganancias, toda vez que la incautación de los beneficios ilícitos por elevada que sea su cuantía no queda afectada por la aplicación de esta cláusula de proporcionalidad.