



**LA REGULACIÓN LEGAL DEL DECOMISO EN DELITOS DE TRÁFICO DE
DROGAS Y AFINES.**

Ángela Gómez-Rodulfo de Solís
Fiscal de la Audiencia Nacional.

Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN.

En esta ponencia se aborda el estudio de la regulación legal del comiso de bienes, efectos, instrumentos y ganancias procedentes de delitos de tráfico de drogas y afines, materia en la que ha tenido una gran incidencia la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante Lecr), y en el Código Penal (en adelante C.P) por la L.O 1/2015,. de 30 de Marzo y por la L.41/15, de 5 de Octubre. Analizaremos las distintas clases de decomiso, con especial atención a las reglas de intervención en el procedimiento de terceros afectados por el comiso y al nuevo procedimiento de decomiso autónomo. Estudiaremos también las normas relativas a las enajenaciones anticipadas y cesiones temporales de bienes, incidiendo en la actuación de las recién creadas Oficinas de Recuperación y Gestión de Activos. Haremos referencia a las medidas cautelares aseguratorias del decomiso y al destino último de los bienes, efectos, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia en el ámbito de delitos de tráfico de drogas y afines. Y para concluir y de modo breve nos referiremos al comiso de bienes en el extranjero y a la también reciente L.23/14, de 20 de Noviembre.



Centro de
Estudios
Jurídicos

1.- INTRODUCCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA OPERADA EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR LA L.O 1/2015 Y POR LA L.41/15 2.-OBJETO DEL DECOMISO. 2.I-INTRODUCCIÓN. CADENA DE CUSTODIA Y DESTRUCCIÓN DE DROGAS. 2.II-PRINCIPIOS QUE LO INSPIRAN. 3. CLASES DE DECOMISO 3.I-DECOMISO DIRECTO O POR CONDENA. 3.II. DECOMISO EQUIVALENTE. 3.III. DECOMISO AMPLIADO. 3.IV. DECOMISO DE BIENES DE TERCEROS. PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS AFECTADOS POR EL DECOMISO. 3.V. DECOMISO SIN SENTENCIA. PROCEDIMIENTO AUTÓNOMO DE DECOMISO. 4. REGLAS ESPECIALES PARA EL DECOMISO EN DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS Y AFINES. 5. ENAJENACIONES ANTICIPADAS DE BIENES Y CESIONES TEMPORALES. 6. MEDIDAS CAUTELARES ASEGURATORIAS DEL COMISO. 7. DESTINO DE LOS BIENES DEFINITIVAMENTE DECOMISADOS POR SENTENCIA. 8. COMISO DE BIENES EN EL EXTRANJERO

1. INTRODUCCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA OPERADA EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR LA L.O 1/2015, DE 30 DE MARZO Y POR LA L.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 GARANTÍA PROCESALES.

El decomiso es una figura jurídica que nos encontramos en prácticamente todos los Códigos Penales españoles y que no cesa de cobrar cada vez más protagonismo.

Esta relevancia va unida al fenómeno de la aparición de la delincuencia organizada, cuyo fin último es la obtención de grandes cantidades de dinero mediante la comisión de delitos. Hoy en día ya nadie duda de que el talón de aquiles de las formas más graves de delincuencia es la lucha contra las ingentes ganancias que genera.

Así pues la figura del decomiso, progresivamente, ha venido evolucionando desde el papel secundario y siempre subordinado a la pena que tradicionalmente desempeñaba hasta llegar a convertirse en el mecanismo más eficaz de lucha contra las nuevas formas de delincuencia organizada.

En relación con esta cuestión, debemos tener en cuenta que el reciente fenómeno de la globalización ha dado lugar a la aparición de nuevas formas de delincuencia de carácter transnacional y facilita la opacidad del dinero generado de modo ilícito, circunstancias éstas que exigen un esfuerzo armonizador de todas las naciones implicadas en la determinación de qué bienes o derechos pueden ser decomisados y en qué circunstancias, además de abrir nuevos canales de colaboración. Las últimas reformas que ha sufrido esta figura jurídica en nuestra legislación interna han partido de la necesidad de armonizar nuestro derecho con el de los países de nuestro entorno.

En suma, para que el decomiso de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito, y de los efectos y ganancias provenientes del mismo sea

eficaz, es preciso que el legislador le preste especial atención en su regulación y que el ejecutivo destine los medios materiales y personales necesarios a la investigación penal.

La investigación penal del delincuente no debe limitarse exclusivamente a su identificación y determinación de sus circunstancias personales, se trata también de identificar los medios, efectos e instrumentos del delito y por supuestos, de encontrar las ganancias generadas con la actividad delictiva, para así poder proceder a su incautación. Ambos aspectos de la investigación penal son igualmente importantes y complementarios.

En este contexto es preciso hacer referencia a la reforma operada en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la L.O 1/2015, de 30 de Marzo, que en consonancia con lo ya expuesto, supone la transposición a nuestro derecho interno de la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

Esta directiva modifica y amplía las disposiciones de la Decisión Marco 2001/500/JAI de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y las de la Decisión Marco 2005/212/JAI de 24 de febrero relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

La motivación principal de la Directiva 2014/42/UE es la lucha contra la criminalidad organizada. Así lo dice expresamente en sus considerando iniciales:

“La motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros. Por consiguiente, es necesario dotar a las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito. Sin embargo, la prevención y la lucha eficaces contra la delincuencia organizada deben alcanzarse neutralizando el producto del delito, y ampliarse, en ciertos casos, a cualquier bien que proceda de actividades de carácter delictivo”

En la mencionada Ley se acomete una importante revisión técnica de la regulación del decomiso, señalando la Exposición de Motivos del texto legal que buena parte de las modificaciones llevadas a cabo están justificadas por la necesidad de atender compromisos internacionales.

Se llevan a cabo modificaciones importantes que afectan tanto a la regulación general del decomiso (artículos 127 a 128 del C.P) como a algunos preceptos dedicados a la regulación especial de éste (artículo 374 del C.P); en suma, la reforma pone fin al doble régimen de decomiso (según se trate de delitos contra la salud pública o de otros de diferente naturaleza) que existía hasta ahora, convirtiendo las reglas que eran hasta este momento únicamente de aplicación a los delitos de tráfico de drogas y afines en reglas de aplicación general a todo tipo de infracciones.

En la L.O 1/2015 de 30 de Marzo se llevan a cabo también importantes reformas de las normas procesales que regulan la utilización provisional de los bienes intervenidos y la realización anticipada de éstos (artículo 127 sexies apartados I y II y artículo 367 quáter a septies de la Lecr).

Destacar en primer lugar que establece el artículo 260 de la citada L.O. que *todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término “comiso” se sustituyen por el término “decomiso”*.

Por su parte, la L. 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 establece normas reguladoras de la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo (artículos 803 ter a) a 803 ter u))

2. OBJETO DEL DECOMISO.

2.1- Introducción. Cadena de custodia y destrucción de drogas.

El Artículo 127.I del C.P dispone que *“ toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.”*

Y el artículo 374.I del C.P , respecto de los delitos de tráfico de drogas y afines dispone lo siguiente:

“En los delitos previstos en los artículos 301.I, párrafo segundo (blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico) y 368 a 372 (tráfico de drogas y de precursores), 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 o instrumentos y ganancias”.

Las cuatro categorías por tanto de de bienes que se incluyen como objeto de decomiso son las siguientes:

1. Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
2. Bienes, entendiendo por tales todo objeto, incluido dinero, que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción.
3. Los medios o instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles empleados en la ejecución del delito.
4. las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Se trata de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito (STS. 130/2009, de 27.1).

Tratándose de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, es preciso hacer una breve referencia a las actividades de recogida, traslado, manipulación y conservación de las mismas.

Estas actividades deben quedar debidamente documentadas en la causa, constituyen la llamada cadena de custodia y si bien carece de una regulación precisa en nuestra legislación, viene configurándose una doctrina en la materia por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En definitiva, se trata de demostrar que la sustancia que ha sido intervenida es una de las sustancias incluidas en las listas de fiscalización internacional de drogas, y de poner encima de la mesa la forma y el modo en que se llega a dicha conclusión.

Es cierto que la prueba de la ruptura de la cadena de custodia compete a quien la alega, pero también lo es que, en evitación de futuros problemas los Fiscales deberíamos velar por que en la causa quede constancia de aspectos tan relevantes como la identificación de quienes intervienen en la aprehensión de los alijos, el lugar de custodia de la misma, el número de identificación de cada uno de los agentes o actuantes en el traslado de las drogas a cada uno de los organismos oficiales en lo que deben ser peritadas, también el de quienes reciben las muestras en los laboratorios y la identidad de los peritos que las analizan.

Sobre esta materia, conviene hacer referencia al Acuerdo Marco de Colaboración entre el CGPJ, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio del Interior, y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, de 3 de octubre de 2012, que establece el protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; el ámbito de actuación del citado acuerdo es puramente administrativo si bien sirve de orientación a los intervinientes en las operaciones antes mencionadas para determinar los actos y documentos que forman parte de la llamada cadena de custodia

También en este apartado conviene mencionar brevemente el problema que plantea la destrucción de las drogas tóxicas, intervenidas en las causas judiciales.

España es uno de los países de tránsito de mayores cantidades de drogas, especialmente hachís, pero también cocaína que llega en barcos y contenedores, con destino a otros países de Europa y que son descubiertas y aprehendidas en territorio nacional. Se acumulan los alijos, en ocasiones por no haberse acordado judicialmente su destrucción y en otras ocasiones por cuanto aún habiéndose acordado, no es posible llevar a cabo la misma de modo inmediato pues en la provincia no existen instalaciones adecuadas para ello, lo cual obliga a trasladar los alijos en ocasiones a cientos de kilómetros en las llamadas “caravanas de la droga”.

El artículo 367 ter de la LECR consagra la conocida como destrucción administrativa al señalar que *“cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes, asegurada la conservación de las muestras mínimas e imprescindibles que, conforme a criterios científicos, resulten necesarias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, y previa comunicación al Juez instructor, procederá a su inmediata destrucción si, transcurrido el plazo de un mes desde que se efectuó aquella, la autoridad judicial no hubiera ordenado mediante resolución motivada la conservación íntegra de dichas sustancias.*

En todo caso, lo conservado se custodiará siempre a disposición del órgano judicial competente.

En todo caso, el Secretario judicial extenderá la oportuna diligencia y, si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiese tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuere imposible después de la destrucción.”

La circular interna de la Fiscalía Especial Antidroga, de 26 de febrero de 2013, declaró que dicha destrucción administrativa debe considerarse subsidiaria de la judicial, esto es, tendrá lugar en el supuesto de que el Juez no haya acordado nada: así se desprende de la propia redacción de la norma y del hecho de que, sin perjuicio de la obligación de custodia general que corresponde a los servicios de sanidad, pertenecientes a la Administración periférica del Estado, dichas sustancias han sido puestas a disposición de la Autoridad judicial, que es la que ha de resolver sobre su destino. El citado acuerdo marco prevé que todos los intervinientes en la cadena de custodia, lleven a cabo actividades en orden a conseguir una pronta destrucción de las sustancias, con la salvedad de las muestras cuya conservación sea estrictamente necesaria para poder realizar, en su caso contra análisis.

Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad deberán remitir al juzgado competente solicitud para la destrucción de la sustancia incautada, con copia para el Ministerio Fiscal. El Juzgado deberá dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo común que se señale de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aleguen lo que a su derecho convenga, con apercibimiento de que cumplido dicho plazo se resolverá. Esta audiencia podrá realizarse durante el propio servicio de guardia. El juez competente acordará la inmediata destrucción del alijo, lo que se considera regla general de conformidad con lo previsto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conservando únicamente “*muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones*” ordenando la destrucción del resto de la droga. En la resolución debería incluirse:

- a. En su caso, orden de custodia de la muestra o parte alícuota que se considere precisa para la eventual reiteración del análisis.
- b. Debería comisionarse a la policía judicial para levantar acta del hecho de la destrucción del alijo, cuando el secretario judicial no vaya a asistir a la destrucción.
- c. Y comunicar la autorización al organismo oficial correspondiente que haya realizado los análisis.

El problema de la destrucción de las drogas no se refiere únicamente a las grandes cantidades o alijos de cierta envergadura, los Fiscales debemos velar por que la destrucción de las muestras también se lleve a cabo, evitando así la acumulación de las mismas en los laboratorios oficiales, lo que supone un problema de salubridad y seguridad públicas, de modo que no debería acordarse el archivo definitivo de ninguna ejecutoria en tanto no se reciba el acta de destrucción efectiva de las mismas.

2.II- Principios que inspiran el decomiso.

- Principio acusatorio, el decomiso ha de ser solicitado por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras (SSTS. 30.5.97, 17.3.2003), de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral (STS. 6.3.2001).
- La resolución que lo acuerde ha de ser motivada (SSTS. 28.12.200, 3.6.2002, 6.9.2002, 12.3.2003, 18.9.2003, 24.6.2005).
- Se rige por el principio de proporcionalidad que aparece consagrado en el artículo 128 del C.P. Dispone dicho precepto 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 comiso o decretarlo parcialmente”*. Debemos tener en cuenta que tal y como se desprende del propio tenor literal del precepto, el principio de proporcionalidad sólo se ha contemplado respecto de los instrumentos y efectos del delito, excluyéndose de las ganancias.

Así se recoge expresamente en la STS 2251/2013, de 11 de Junio de 2014, que con cita de la sentencia TS 969/2013 de 18 de Diciembre afirma que *“la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida con el delito, reiterando más delante que tanto el artículo 127 como el artículo 374 incluyen dentro del objeto del comiso las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que haya podido experimentar,. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito”*.

En el caso concreto, el Tribunal de instancia ordenó el decomiso de casi 110 000 euros en efectivo hallados en el domicilio de un condenado que llevaba a cabo actos de venta al “menudeo” así como de tres vehículos de alta gama de su propiedad, por entender que tenían su origen precisamente en la actividad ilícita por la que había sido condenado.

El condenado se opuso al decomiso alegado que se había vulnerado el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 128 del C.P.

Razona la sentencia del Tribunal Supremo que, una vez acreditado que el condenado venía dedicándose al tráfico de drogas, mencionando incluso en el fundamento jurídico octavo de la sentencia de instancia el hallazgo en su domicilio de resguardos de múltiples envíos de grandes cantidades de dinero, el recurrente no pudo podido acreditar de forma alguna sus capacidades económicas derivadas de actividades lícitas para acumular esa importante cantidad de dinero ni para adquirir los tres vehículos cuyo decomiso se acordó, por lo que considera que proceden directamente de las ventas de droga, a las cuales declara probado que se venía dedicando. Incluso, respecto de uno de los vehículos, precisa en la fundamentación jurídica que estaba preparado con un receptáculo tras su matrícula para albergar sustancias u objetos, por lo que podría considerarse un instrumento del delito. De todos modos, tal como lo razona el Tribunal de instancia, se trata de ganancias obtenidas con la actividad delictiva, por lo que la decisión ajustada a la Ley es precisamente el decomiso, sin que en estos casos pueda entrar en juego el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 128 del C.P.

3. CLASES DE DECOMISO.

3.1- Decomiso directo o por condena.

El art. 127 CP prevé el decomiso o pérdida de los efectos del delito, de las ganancias provenientes del delito y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, como consecuencia accesoria de toda pena que se imponga por un delito doloso.

Esta figura del decomiso no ofrece mayores problemas de interpretación. Dictada sentencia condenatoria contra el narcotraficante, el decomiso deviene una norma de obligado cumplimiento.

En relación con esta materia tiene enorme importancia la presunción de propiedad consagrada en el artículo 635 de la Lecr, que establece en su párrafo IV que *“se reputará dueño al que estuviere poseyendo la cosa al tiempo de incautarse de ella el juez de instrucción”*.

Ocurre con frecuencia que durante la instrucción de la causa aparece un tercero que afirma ser el dueño, normalmente del dinero aunque también de otros objetos intervenidos al narcotraficante, cuando éste los tenía en su poder.

En estos supuestos debemos tener en cuenta dos cuestiones, a saber, la primera que tendrá que ser quien comparece quien acredite su propiedad pues tal y como acaba de señalarse, existe la presunción legal de propiedad (STS 618/2009, de 1 de Junio). Y en segundo lugar, que obviamente quien entonces tendrá que comparecer solicitando la devolución habrá de ser aquél que alega ser el propietario, no pudiendo instar la misma el propio acusado.

La jurisprudencia contempla también supuestos de decomiso de dinero o efectos intervenidos a acusados que han sido absueltos (y no por los supuestos previsto en el artículo 127.IV del C.P), cuando pese a ser los poseedores de los mismos en el momento de la intervención policial o judicial, negaron propiedad y aquél a quien le atribuyeron no fue capaz de acreditar fehacientemente la misma.

Paradigmática en este sentido es la STS 404/2011, de 6 de Mayo. Fueron absueltos los imputados del delito de blanqueo de capitales del que venían siendo acusados. Pero se acordó la intervención del dinero intervenido a uno de ellos, *“hágase ingreso del dinero intervenido en la cuenta provisional de consignaciones de esta Sala, para su remisión al correspondiente organismo hasta tanto se acredite en forma fehaciente el verdadero titular real de la mencionada suma de dinero.”*

El único punto discutido por el recurrente se redujo a cuestionar el ingreso en la cuenta de consignaciones que Tribunal ordenó de la cantidad intervenida al primer acusado absuelto *“hasta tanto se acredite en forma fehaciente el verdadero titular real de la mencionada suma de dinero.”*

Se trataba de 288.985 euros hallados en el hueco de la rueda de repuesto de un vehículo que conducía el acusado, dentro de una mochila negra. Afirmó el acusado que dicho

dinero le había sido entregado en Sevilla y lo transportaba hasta Madrid, a donde debía entregarlo, sin que se conozca su verdadero destinatario.

Una vez detenido se presentó en el cuartel de la Guardia Civil un tercero, recurrente de la sentencia dictada en primera instancia, segundo acusado absuelto, *"haciendo valer su condición de importador de mercancías alimenticias perecederas, y alegando ser propietario de 217.000 euros de los 288.985 euros"* antes referidos, y manifestó que el dinero provenía de la actividad comercial de importación de alimentos procedentes del extranjero, y que había adquirido una partida a una sociedad mercantil con sede en Caracas, siendo el dinero parte del precio. Presentó la documentación que a tal efecto entendió oportuna y quiso llegar a la conclusión de que de ese modo quedaba acreditada la propiedad del dinero, con cita del artículo 635 de l Lecr.

El Tribunal Supremo alcanzó idéntica valoración jurídica que el Tribunal de Instancia respecto de dicha documentación.

Y niega la devolución del dinero argumentando que el primer acusado, al ser detenido, explicó que el dinero se lo habían entregado en la estación de Santa Justa de Sevilla y lo tenía que llevar a Madrid: *"sin hacer referencia alguna a la propiedad del mencionado dinero"*, como perteneciente al recurrente. En definitiva, señalan, ni hay prueba del elemento intencional respecto al imputado delito de blanqueo de capitales, supuestamente cometido por el ahora recurrente, ni *"tampoco hay acreditación de la verdadera titularidad del dinero que portaba"* el primer acusado. *"Se esfuerza, pues, inútilmente el recurrente en sostener mediante prueba indirecta que los documentos que son reflejados en la resultancia fáctica de la sentencia recurrida acreditan tal operación de importación, pero sobre todo, que ese dinero sea parte del pago del precio, sin que exista atisbo alguno documental que así lo corrobore."*

Primeramente, porque la cantidad incautada, ni siquiera coincide con lo afirmado por el recurrente.

En segundo lugar, porque la supuesta capacidad económica con la que pretende sostenerse tal titularidad, no lo es tanto, pues se refieren la mayor parte de los documentos a deudas y préstamos parciales, para fines específicos, que igualmente no coinciden con lo que se intenta demostrar, que como dice el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo más bien los citados documentos acreditan el "endeudamiento del recurrente".

En tercer lugar, porque no se deduce por ningún lado que tales 217.000 euros puedan ser parte del precio de la obligación contraída, lo mismo podría ser esta cantidad que cualquier otra. Y

En cuarto lugar, porque éste no cuenta a su favor, ni siquiera con la presunción que se disciplina en el art. 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal"

En efecto, como ya se ha dicho el art. 635 ter de la Lecr consigna una ficción legal: se reputará dueño el que estuviere poseyendo la cosa al tiempo de incautarse de ella el Juez de instrucción.

En el caso que se enjuició en la referida sentencia, el recurrente tenía tal posesión en el momento de la incautación judicial del dinero que transportaba, y como tal dinero no tenía acreditada una procedencia criminal, lo pertinente dictando sentencia absolutoria sería su devolución.

Ahora bien, en el caso enjuiciado, *“ni siquiera puede aplicarse tal ficción legal, porque ni el recurrente poseía la cantidad de dinero que reclama, ni el real poseedor dijo que a él perteneciera en el momento de su detención”*.

En consecuencia la sentencia de la Sala Segunda desestima el recurso interpuesto.

Para concluir este apartado, sería adecuado hacer una breve referencia a los bienes gananciales.

En cuanto al embargo de los mismos para el pago de las responsabilidades pecuniarias, deben ser de aplicación los artículos 1373 y 1366 del Código Civil. Así lo afirma la jurisprudencia, STC 151/2002, de 15 de Julio, *“los bienes gananciales están afectos a la satisfacción de las deudas propias de cada cónyuge, si los bienes privativos no fueran suficientes para cubrirlos. Pero en ese supuesto, notificado al otro cónyuge el embargo, éste puede exigir que se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo supondrá la disolución de aquélla.”*

Respecto del comiso de bienes gananciales es posible su intervención judicial pero siempre respetando la mitad del cónyuge no responsable del delito, esta cuota ha de ser respetada en la ejecución del bien.

Y ello no supone aplicar una sanción a quien no aparece como responsable de la infracción, tal y como afirma la jurisprudencia. Así, STC 151/2002, de 15 de Julio.

3.II- Decomiso equivalente.

Dispone el artículo 127.III del Código Penal que *“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”*.

Nos encontramos frente a la figura del decomiso equivalente.

Recoge la norma el comiso de bienes, de origen lícito, del responsable del delito por valor equivalente a los que fueron objeto, instrumento o producto del delito cuando por la razón que fuere no se encuentran ya en su poder.

Es también una norma que entra en juego en aquellos supuestos en los que no sea posible acreditar el origen ilícito del dinero o del bien decomisado.

Así contempla esta posibilidad la STS 1251/2011, de 1 de Junio. El recurrente, condenado por tráfico de drogas y al que se le habían incautado 25 550 euros en efectivo, afirmaba y trataba de acreditar documentalmente que dicho dinero procedía de rendimientos de la empresa familiar. Señala la Sala Segunda que *“aún admitiendo la tesis del recurrente -falta de prueba del origen ilícito del metálico ocupado- no sería procedente dejar sin efecto el decomiso. No ya por aplicación de la doctrina que emana del Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Acuerdo no jurisdiccional de 5 de Octubre de 1.998 y sentencias 495/1999 de 5 de Abril o 499/1999 de 1 de Abril), sino porque a partir de octubre de 2004 nuestra legislación ha dado cabida al comiso de equivalente (vid arts. 127 y 374) que obliga a confiscar no solo los efectos del delito, sino otros bienes equivalentes cuando los efectos o ganancias no hayan podido ser ocupados. Los hechos probados reflejan que el recurrente manejó droga por importe de 39.000 euros. Tal droga habrá sido vendida o destruida, pero desde luego debiera ser objeto de decomiso la sustancia o el producto de su venta. Por tanto, aunque sea por esa puerta subsidiaria, el metálico está bien decomisado”*

En el mismo sentido, STS 276/2013, de 18 de Febrero. *“El acusado vendió droga en varias ocasiones según asevera la sentencia, lo que indudablemente le hubo de reportar ganancias. Si no se ha incautado el producto directo de esas ventas, deberá acordarse el decomiso de Por tanto en aquellos supuestos en los que no nos sea posible acreditar el origen ilícito del patrimonio del delincuente, siempre podremos interesar su embargo para el pago de las multas impuestas o, en su caso, instar su comiso por sustitución, cuando no podamos por cualesquiera razones actuar contra aquellos bienes que originariamente adquirió o de los que se sirvió para delinquir.*

3.III. Decomiso ampliado.

Como antecedente europeo del decomiso ampliado hay que mencionar el art. 5 de la Directiva 2014/42/UE, que en su apartado 1, establece lo siguiente:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas.”

El decomiso ampliado supone que, de forma imperativa, el Juzgado o Tribunal ordenará el decomiso no sólo de los bienes, efectos y ganancias que tienen su origen directamente en el delito objeto de condena, sino en actividades delictivas anteriores.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en relación al decomiso ampliado dice lo siguiente:

“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.

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 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 hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación.”

Lo que ha supuesto la reforma es:

A. Una ampliación del catálogo de delitos en los que tal decomiso ampliado debe llevarse a cabo. En nuestro ordenamiento jurídico ya se contemplaba este decomiso ampliado antes de la reforma operada por la L.O 1/2015, de 30 de Marzo, pero sólo para delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales o terroristas (artículos 127.I in fine, antes de la reforma) .

Así, ahora en el art. 127 bis CP se establece que el decomiso se extiende los bienes o efectos que provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen ilícito, que pertenezcan a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos:

- 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 art. 197 y art. 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 art. 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 arts. 311 a 313.
- l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
- m) Delitos contra la salud pública de los arts. 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 lo que aquí nos compete, entre los delitos enumerados se encuentran los delitos de tráfico de drogas en el apartado m), aunque antes de la reforma ya se aplicaba este decomiso ampliado cuando se trataba de un delito cometido en el seno de una organización criminal.

B. Se recogen ahora en el Código Penal una serie de indicios objetivos fundados de que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva.

Ya hemos señalado que el artículo 127 del Código Penal en su apartado I prevé, no ya la posibilidad sino la obligación legal, de decomisar el patrimonio del delincuente que va a ser condenado.

El comiso de las ganancias que directamente provengan del delito que va a ser enjuiciado no debería ofrecer problema alguno.

Lo que sucede es que de ordinario, el patrimonio que nos encontramos en la investigación de este tipo de delitos no cabe afirmar provenga de las ganancias obtenidas con la operación concreta que va a ser enjuiciada, por la sencilla razón de que la misma no ha supuesto ganancia alguna para el narcotraficante dado que se ha visto frustrada, es más, de ordinario lo que le supondrá son pérdidas.

El decomiso ampliado, pues, se basa en la presunción, basada en unos indicios objetivos fundados, de que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, al no haberse acreditado su origen lícito ni estar fiscalmente justificados.

El Fiscal debe, por tanto, probar que el origen de dichos bienes, en el caso que nos ocupa, se encuentra en el tráfico de drogas o delitos conexos, a fin de que así pueda ser razonado en la resolución judicial que se dicte. En nuestro país, la legislación no castiga el aumento patrimonial sin causa aparente.

Destacar dos notas en relación con esta cuestión:

La primera, que la demostración del origen criminal del patrimonio del narcotraficante no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales

efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido ella Sala Segunda en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005).

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada.

Si en la sentencia condenatoria no hay expresa declaración del origen delictivo de los bienes cuyo decomiso se pretende, no procede el mismo.

Y la segunda que de ordinario dicha procedencia ilícita habrá de acreditarse mediante prueba indirecta o indiciaria.

En este punto debemos hablar de la reforma operada en el Código Penal por la L.O 1/2015, de 30 de Marzo, que con la finalidad de facilitar la aplicación de esta figura el legislador opta por incluir en el artículo 127 bis apartado II un catálogo abierto de indicios que, entre otros posibles, deberán ser valorados por el Juez o Tribunal para resolver sobre el Decomiso. Lo que ahora hace la Ley es consagrar una serie de presunciones *iuris tantum* que permiten determinar con la solidez suficiente la procedencia criminal de los bienes, a saber: *La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada, 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, 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.*

En la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 se hace un especial esfuerzo para justificar este figura indicando que no se trata de una medida similar a una pena sino de una medida de carácter civil, próxima a la situación de «enriquecimiento injusto» que tiene como objeto dar una respuesta a una situación patrimonial ilícita.

En cualquier caso, este es un catálogo como ya se ha dicho abierto de indicios, pero existen otros muchos más, algunos de los cuales se recogen en la STS. 130/2009, de 27 de Enero y pueden consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía 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 venía 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.

En resumen, con carácter general entiende la jurisprudencia que para llevar a cabo este decomiso será suficiente que conste la inexistencia de otros medios de vida o de otros ingresos lícitos por parte del acusado que puedan explicar la procedencia del dinero y que quede acreditada la vinculación con operaciones de tráfico de las cuales se derive naturalmente la posesión de la cantidad de que se trate (STS 1905/02, de 14 de Noviembre, 1231703, de 25.9, 1574/05, de 15.12).

En la STS 1085/2003, de 20 de Junio, se declara que las joyas encontradas procedían del cambio a consumidores de drogas por entrega de dosis que hacía el acusado. Para ello se basa en que la versión dada por la usuaria y compañera sentimental del acusado sobre el origen de las joyas no es creíble, ya que dados los ingresos de ambos y la gran cantidad y variedad de cada una de ellas avalan razonablemente la tesis de su procedencia como producto del pago de la entrega de cantidades de droga a los consumidores. Ello no supone afirmar la existencia de un delito de receptación, ya que nada se dice sobre el conocimiento de su procedencia ilícita por parte del acusado, pero sí justifica el comiso al resultar evidente que se trata de efectos procedentes del tráfico de drogas, cualquiera que sea origen.

Tal y como se acaba de señalar, puede ocurrir que llegado el juicio nos veamos huérfanos de prueba para acreditar el origen ilícito del patrimonio cuyo comiso pretendemos.

Ello no significa necesariamente que deba ser restituido al narcotraficante.

Podemos entonces solicitar su embargo para el pago de las multas que se impongan. Debe tenerse en cuenta que en delitos de esta naturaleza, las cuantías de las sanciones pecuniarias resultan de ordinario muy elevadas, y en los supuestos de extrema gravedad contemplados en el artículo 370 del C.P, incluso dobles.

Así, cabe hacer referencia a la STS 825/2005, de 24 de Junio. En la sentencia de instancia el Tribunal hizo constar que al acusado se le intervinieron 1180 euros en billetes de curso legal fraccionados en 20,10 y 50, que se hallaban en el interior de su cartera. Y con esta argumentación aparece, sin más referencia, en la parte dispositiva el decomiso del dinero intervenido al que se le dará el curso legal.

El Tribunal Supremo, tras realizar una somera exposición acerca del imperativo legal de motivar las resoluciones judiciales, precisamente ante la ausencia de la motivación del comiso por parte del Tribunal de Instancia concluye que debe estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del condenado pero aclara que si bien dejará sin efecto el comiso acordado ello no va a suponer la devolución del dinero al condenado pues quedará sujeto a las responsabilidades pecuniarias derivadas de la multa fijada en sentencia.

La diferencia en este caso concreto entre el decomiso y el embargo, amén del hecho de que el embargo para el pago de responsabilidades pecuniarias tiene por su propia naturaleza un límite cuantitativo, estriba en que los bienes así decomisados tendrán el destino previsto en la Ley 17/2003, de 29 de Mayo, mientras que los embargados se

aplicarán al pago de la multa y en su caso costas, con el riesgo que ello supone de volver a manos de los mismos narcotraficantes a través de sus propios abogados (piénsese en el pago de costas, incluyen honorarios de abogados y de esta forma puede el dinero regresar a manos del delincuente así declarado por sentencia firme). Aparte de regirse el citado embargo, lógicamente, por las reglas contenidas en los artículos 605 y siguientes de la Lec, respecto de bienes inembargables.

C. Además ahora se añaden en los apartados 4 y 5 del art. 127 bis CP, dos nuevas normas limitativas del decomiso ampliado.

La primera referente a los supuestos en los que posteriormente el condenado lo fuere por hechos delictivos similares anteriores, en cuyo caso se valorará por el Tribunal o Juzgado a la hora de acordar un nuevo decomiso el alcance del anterior.

La segunda norma contenida en el apartado 5 del art. 127 bis CP se refiere a los supuestos en los que las actividades delictivas de las que proceden los bienes o efectos hubieran prescrito o se hubiera dictado en relación a las mismas sentencia absolutoria o autos de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada, estableciendo que en tal caso no podrá acordarse tal decomiso ampliado.

D. Asimismo, en los arts. 127 quinquies y 127 sexies CP se recoge otro régimen “paralelo” de decomiso ampliado, de difícil aplicación e interpretación.

Conforme al artículo 127 quinquies, es posible el decomiso ampliado en el caso de los delitos mencionados en el artículo 127 bis apartado I (blanqueo y receptación, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores, falsificación de moneda, insolvencias punibles, delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, corrupción en el sector privado, delitos informáticos, cohecho, malversación o delitos patrimoniales en casos de continuidad delictiva o multirreincidencia) siempre y cuando se cumplan tres requisitos acumulativos, a saber, *que el sujeto haya sido condenado por alguno de dichos delitos, que el delito lo hubiera cometido en el marco de una actividad delictiva previa continuada y que existan indicios de que una parte relevante de dicho patrimonio procede de la mencionada actividad delictiva*. Para estos casos, se entiende que son indicios relevantes, para inferir el origen ilícito de los bienes, efectos y ganancias los mismos que antes hemos señalado. Pero el artículo tiene mucho cuidado de precisar que este tipo de decomiso sólo 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. Por tanto el legislador pretende dejar fuera del ámbito del decomiso ampliado supuestos considerados como de “menor importancia”, pese a que es una figura que sólo se contempla en las formas más graves de delincuencia que prevé el Código Penal.

Y sigue el artículo 127 quinquies en su apartado II, que se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que el sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto, o que en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el art. 127 bis CP el 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.

Y a continuación art. 127 sexies se establece a los efectos del art. anterior una serie de presunciones que requerirán de prueba en contrario para acreditar que los bienes en los que concurren no han sido adquiridos en el marco de una actividad delictiva previa continuada :

“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 núm. 1 fueron adquiridos libres de cargas”

3.IV- Decomiso de bienes de terceros. Intervención en el procedimiento de terceros afectados por el decomiso.

El decomiso de bienes de terceros se recoge expresamente en el art. 6 de la Directiva 2014/42/UE, estableciendo lo siguiente:

“1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o un acusado, o que hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o un acusado, al menos cuando esos terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado.

2. El apartado 1 no perjudicará los derechos de terceros de buena fe.”

En nuestro CP este decomiso de bienes de terceros se encuentra previsto en el nuevo art. 127 quáter CP introducido por la LO 1/2015. Dispone dicho precepto que :

“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. 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.”

Así pues la nueva Ley:

A. Extiende el decomiso por equivalente a los bienes en poder de terceros:

B. Afirma que el decomiso de bienes en manos de terceros será posible cuando el tercero conozca el origen ilícito del bien o sepa que, adquiriéndolo, va a dificultar su posterior decomiso. O incluso cuando las circunstancias concurrentes le hubieras permitido sospecharlo, si hubiera actuado diligentemente.

C. Consagra la presunción del conocimiento por parte del tercero del origen ilícito del bien adquirido o al menos de su ignorancia intencionada, en el supuesto de que lo haya adquirido a título gratuito o a precio inferior al de mercado. Por tanto, corresponde a la defensa aportar prueba en contrario para desvirtuarla.

De no ser posible el decomiso del bien por pertenecer a tercero de buena fe no responsable del delito que lo haya adquirido legalmente, debemos acudir entonces a la figura del decomiso equivalente.

Una vez que el tercero, no responsable del delito, aparece en autos como titular meramente formal, puede ocurrir que deba responder como blanqueador, de conocer el origen ilícito del dinero con el que se adquirió el bien, o al amparo del este precepto, lo que antes hacía conforme al artículo 122 del C.P, que establece que *“el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o de una falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”*.

A mi juicio, este precepto en su actual redacción lleva a confusión entre las figuras del blanqueador y del receptor civil, pues si una persona recepta un bien a sabiendas de que procede de un hecho delictivo, estaría a su vez cometiendo un nuevo delito, el de blanqueo, y sin embargo según el tenor literal de la norma, respondería únicamente ante el Tribunal por su enriquecimiento injusto.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse para dar entrada a ese tercero en la causa, la L.41/15, de 5 de Octubre introducido un nuevo Título III ter, en el Libro IV de la Lecr con el título *«de la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo»*, dividido en dos capítulos, el primero abarca el artículo 803 ter de los apartados a) a d)

A. Se establece la obligación del Juez de llamar al tercero al proceso, salvo que no se le pueda localizar o de que conste su pretensión no sea cierta o se trate de persona interpuesta. Tampoco será necesario llamarle cuando no se oponga al decomiso.

B. No es preceptiva la intervención de abogado salvo que por la complejidad fáctica o jurídica sea necesaria.

C. La intervención del tercero no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del imputado o acusado.

D. Podrá presentar escrito de contestación a la demanda proponiendo prueba a practicar en el plenario.

D. 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 y su incomparecencia en el plenario no impedirá la continuación del juicio.

E. Podrá el tercero contra la sentencia que se dicte todos los recursos previstos en la ley pero limitados siempre a cuestiones relacionadas con el decomiso.

Y por último en este apartado es preciso hacer una breve referencia a la posibilidad de que el bien cuyo decomiso vayamos a interesar esté a nombre de una persona jurídica; desde luego una sociedad instrumental no puede entenderse que sea tercero de buena fé.

La STS 1108/99, de 6 de Septiembre recoge que *“si el acusado había constituido una sociedad ad hoc o instrumental para darle la titularidad del barco en el que se transportó la droga incautada, no puede ser considerada como tercero de buena fé”*.

A su vez, la STS 1020/2005, de 19 de Septiembre dice que *“no puede hablarse de concurrencia de buena fé cuando no existe constancia de actividad ilícita alguna de la mercantil propietaria del navío de referencia. Se ha pretendido afirmar falazmente la existencia de otra embarcación dedicada a distintos menesteres cuando en realidad se trataba de ella misma con un nombre anterior; se otorgaron por la propiedad de la misma amplios poderes de cara a la travesía que tenía por objeto la comisión del delito, precisamente a quienes resultaron ser condenados como responsable máximos de la organización infractora e, incluso, según la prueba disponible, se entregó por aquélla documentación identificativa falsa a uno de tales navegantes”*.

En resumen, tal y como señalada la STS 867/2002, de 29 de Julio, *“las reclamaciones presentadas por sociedades que dicen ser titulares de los bienes decomisados permiten aplicar la teoría del levantamiento del velo cuando de la realidad procesal y de las pruebas practicadas se desprende claramente que la titularidad de las fincas es un mero decorado que se utiliza para presentar una realidad que no se corresponde con la verdadera situación de los bienes”*.

En suma, se trata siempre y en todo caso de asegurar la posibilidad de que el tercero, sea persona física o jurídica, pueda intervenir en el proceso. Si después decide no hacerlo, ello no afectará a la validez del decomiso si llegara a acordarse. Pero si no se le ha ofrecido la posibilidad de intervenir, el decomiso acordado será nulo, o no se podrá ejecutar posteriormente.

3.V. Decomiso sin sentencia. Procedimiento de decomiso autónomo.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 sobre el decomiso sin condena afirma lo siguiente:

“Tradicionalmente el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un decomiso sin condena es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el decomiso de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis del decomiso apegado a la regulación tradicional del mismo, y desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción» (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein).”

El decomiso sin condena ya estaba recogido en el art. 127.4 del CP en su regulación anterior y lo está ahora, con algunas mejoras técnicas, en el art. 127 ter CP, en donde se dispone que:

“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.”

Dicho precepto trata de solucionar la situación planteada en aquellos supuestos en los que no es posible llegar a una sentencia condenatoria pese a quedar acreditado el origen ilícito del patrimonio incautado, por exención o extinción de la responsabilidad penal al amparo de los artículos 20 y 130 del C.P, muerte, prescripción, concurrencia de circunstancias eximentes. Y en supuestos de rebeldía procesal.

Si no pudiera decomisarse dicho patrimonio, nos encontraríamos frente a un supuesto de blanqueo claramente auspiciado por el estado. Piénsese en los familiares del

narcotraficante fallecido que reciben los bienes en herencia entregados por el propio Juez o Tribunal.

Lo que aún no ha resuelto el legislador es qué hacer con aquellos bienes, efectos o instrumentos incautados por delitos de tráfico de drogas que se sobreseen ante la falta de autor conocido. En tales supuestos, al margen de ciertas decisiones más o menos “ingeniosas” a las que ha acudido la jurisprudencia, parece que lo único posible es esperar a la prescripción del delito para proceder al comiso de los bienes.

Este procedimiento autónomo de decomiso se regula actualmente en el nuevo Título III ter del Libro IV de la Lecr con el título «*de la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo*», introducido por la 1.41/15, de 5 de Octubre, en el capítulo II, artículo 803 ter apartados e) a u).

A. Procede en los casos en que el Fiscal se reserve en el escrito de calificación esta posibilidad o cuando se solicite por un hecho punible cuyo autor haya muerto, esté en rebeldía o incapacitado para asistir al plenario.

B. Conocerá de este procedimiento el mismo juez o tribunal que conoció de la causa penal o el competente para conocer la causa suspendida, caso de que el juicio no se haya podido celebrar.

C. El procedimiento se tramitará por los cauces del proceso verbal civil.

C. La legitimación activa corresponde exclusivamente al Ministerio Fiscal y el proceso se inicia por una demanda escrito cuyo contenido se regula con detalle en el artículo 803 ter l).

D. Además, sin perjuicio de que el procedimiento penal esté siendo instruido por un Juez de Instrucción, la fase de ejecución de los bienes decomisados será dirigida por el Ministerio Fiscal, sin detrimento de las funciones investigadoras de éste en la fase prejudicial.

4. REGLAS ESPECIALES PARA EL DECOMISO EN DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS Y AFINES.

Frente a los cuatro apartados de los que constaba el artículo 374 CP desde su modificación a través de la LO 15/2010, consta ahora de un único apartado en el cual se contemplan las dos normas especiales a las que queda sujeto el decomiso en delitos de tráfico de drogas y afines, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas generales contempladas en los artículos 127 a 128.

La primera norma especial regula la destrucción de las muestras que se hubieren conservado o la totalidad de lo incautado,

1ª 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.

Esta norma especial ya se contemplaba en la redacción del C.P anterior a la reforma operada por la L.O 1/2015, de 30 de Marzo. Quizás hubiera sido más adecuado que el

legislador la ubicase en el artículo 367 ter apartado I in fin de la Lecr, en el que actualmente y tras la reforma se contempla la destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

La segunda norma especial regula el destino definitivo que debe darse a los bienes definitivamente decomisados por sentencia; tratándose de delitos de tráfico de drogas y afines, no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales y serán adjudicados íntegramente al Estado. De esta cuestión trataremos más en profundidad en otro apartado de este escrito.

Esta norma especial ya se contemplaba en la redacción del C.P anterior a la reforma operada por la L.O 15/2010, de 30 de Marzo.

Y además reproduce lo dicho en el actual art. 127 octies, apartado 3 CP, que dispone que *“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”*.

5.- ENAJENACIONES ANTICIPADAS DE BIENES Y CESIONES TEMPORALES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS OFICINAS DE RECUPERACIÓN Y GESTIÓN DE ACTIVOS.

Toda investigación por delito de tráfico de drogas o de blanqueo suele llevar consigo no sólo la intervención de grandes cantidades de sustancias estupefacientes, sino también de efectos de muy diversa índole, tales como embarcaciones, vehículos, aeronaves, ciclomotores, además de teléfonos, ordenadores, GPS, etc...

El depósito y almacenamiento de los efectos antes mencionados, en lo que se refiere a cualquier medio de transporte, genera un elevado coste, además de depreciaciones y pérdidas de valor, consecuencia de la falta de uso por el largo periodo que los bienes permanecen en el depósito, durante el que sufren importantes daños materiales, generando enormes gastos e implicando en ocasiones riesgos para las personas y el medio ambiente.

Dejando al margen lo relativo a la destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de las que ya hemos hablado, nos centraremos en este apartado en el estudio de la enajenación anticipada y cesiones temporales del resto de bienes que pueden ser decomisados por sentencia firme.

La regulación legal de la enajenación anticipada de estos bienes se encuentra en el capítulo II bis del título V del libro II de la Lecr (artículos 367 bis a 367 septies).

Artículo 367 quáter

"1. Podrán realizarse los efectos judiciales de lícito comercio, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo, y siempre que no se trate de piezas de convicción o que deban quedar a expensas del procedimiento, en cualquiera de los casos siguientes:

a) Cuando sean perecederos.

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

2. Cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, de las partes o de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, y previa audiencia del interesado, acordará la realización de los efectos judiciales, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Esté pendiente de resolución el recurso interpuesto por el interesado contra el embargo o decomiso de los bienes o efectos.*
- b) La medida pueda resultar desproporcionada, a la vista de los efectos que pudiera suponer para el interesado y, especialmente, de la mayor o menor relevancia de los indicios en que se hubiera fundado la resolución cautelar de decomiso.*

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera."

Artículo 367 quinquies

1. La realización de los efectos judiciales podrá consistir en:

- a) La entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones públicas.*
- b) La realización por medio de persona o entidad especializada.*
- c) La subasta pública.*

2. Podrá entregarse el efecto judicial a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones públicas cuando sea de ínfimo valor o se prevea que la realización por medio de persona o entidad especializada o por medio de subasta pública será antieconómica.

3. *La realización de los efectos judiciales se llevará a cabo conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente. No obstante lo anterior, previamente a acordarla se concederá audiencia al Ministerio Fiscal y a los interesados.*

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento. También podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto para el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

En el caso de realización de un bien embargado o decomisado por orden de una autoridad judicial extranjera se aplicará lo dispuesto en la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea"

Artículo 367 sexies

"1. *Podrá autorizarse la utilización provisional de los bienes o efectos decomisados cautelarmente en los siguientes casos:*

a) *Cuando concurren las circunstancias expresadas en las letras b) a f) del apartado 1 del artículo 367 quater, y la utilización de los efectos permita a la Administración un aprovechamiento de su valor mayor que con la realización anticipada, o no se considere procedente la realización anticipada de los mismos.*

b) *Cuando se trate de efectos especialmente idóneos para la prestación de un servicio público.*

2. *Cuando concorra alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior, el juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Oficina de Recuperación y Gestión de activos, y previa audiencia del interesado, autorizará la utilización provisional de los efectos judiciales, salvo que concorra alguna de las circunstancias expresadas en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 367 quater.*

3. *Corresponderá a la Oficina de Recuperación y Gestión de activos resolver, conforme a lo previsto legal y reglamentariamente, sobre la adjudicación del uso de los efectos decomisados cautelarmente y sobre las medidas de conservación que deban ser adoptadas. La oficina informará al juez o tribunal, y al Fiscal, de lo que hubiera acordado.*

Artículo 367 septies.

"E juez o tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia Oficina de Recuperación y Gestión de activos, podrá encomendar la localización, la conservación y la administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias

procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

La organización y funcionamiento de dicha Oficina se regularán reglamentariamente"

Son varias las cuestiones a tener en cuenta en esta materia:

Primera, no reciben el mismo trato los efectos de lícito que de ilícito comercio.

Respecto de los bienes de lícito comercio, de ordinario, como ya se ha expuesto más arriba, los que mayores problemas generan en orden a su almacenamiento y custodia son los medios de transporte de cualquier índole, especialmente automóviles y embarcaciones, tanto por los elevados costes de depósito como porque sufren un deterioro y depreciación muy importantes.

Segunda: que cabe la utilización provisional de bienes de lícito comercio que van a ser decomisados. Se está haciendo por tanto referencia a cualquier bien que haya sido medio, instrumentos, efecto o incluso ganancia de delitos de tráfico de drogas, de precursores o de blanqueo de capitales procedente del narcotráfico.

Así pues se concede al Juez unas muy amplias facultades para incautar provisionalmente todo tipo de bienes relacionados con las infracciones criminales antes citadas. Y se consagra para el Juez la regla general y la obligatoriedad por su parte de acodar el uso provisional del bien una vez que lo interesen el Fiscal o las Oficinas de Recuperación y Gestión de Activos. Sólo puede no acceder a ello en el supuesto de que la decisión judicial de incautación no sea firme o si la medida resultara desproporcionada.

En relación con esta cuestión, el artículo 367 septies prevé la creación de una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos de la que hablaré más adelante y que una vez el Juez, de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o de la propia oficina acuerde la intervención cautelar del bien para su uso provisional, sea la propia oficina quien decida el destino último del mismo. Bien entendido, siempre que nos encontremos ante uno de los supuestos en los que deberá actuar dicha oficina. Que no abraza todos los delitos contra la salud pública.

Tercera: es posible llevar a cabo la realización anticipada de bienes durante la instrucción y no habiéndose alcanzado aún sentencia condenatoria en primera instancia o, como expresamente declara el 367 quáter.1 de la Lecr, *sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo.*

Cuarta: los supuestos en los que es posible dicha realización anticipada son los que siguen:

a): cuando los bienes sean perecederos.

b): cuando su propietario haga expreso abandono de los bienes intervenidos. Cabe entonces entender que renuncia al dominio sobre sus bienes en favor de la Autoridad.

c): cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí.

d): cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública; descartando cualquier remisión a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas que son objeto de una regulación específica .

e): cuando su conservación pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material se deprecien sustancialmente por el transcurso del tiempo o la conservación de los mismos pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales; estos supuestos responden a la necesidad de evitar la posible devaluación de objetos valiosos, provocada principalmente por la inevitable duración del proceso.

f): cuando debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna. Se trata de un abandono tácito.

Quinta, en cuanto a la tramitación procesal:

a): el incidente se tramitará en pieza separada.

b): se iniciará de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes o de la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos. La Ley dispone que cuando se solicite la realización el Juez deberá acordarla, salvo que aprecie que pueda resultar desproporcionada o que salvo que se encuentre pendiente de resolución el recurso interpuesto contra la decisión judicial de embargo o decomiso de los bienes.

Lo cierto es que en la práctica y al menos hasta el momento, la realización anticipada plantea reticencias a los jueces, ante eventuales reclamaciones de terceros.

c): debe darse audiencia al titular del bien, de modo que será preciso averiguar su identidad y determinar la condición procesal del mismo en la causa, ya sea la de imputado o la de mera titularidad formal del bien. Esta audiencia no parece necesaria en los supuestos de abandono expreso. Cabe entender que tampoco será necesaria dicha audiencia en los supuestos de ausencia de manifestación del propietario, antes mencionado. Pero la Ley no ha previsto que sucede en los supuestos de ilocalizable o de sobreseimiento provisional por falta de autor conocido

d): sería adecuado unir al incidente informe de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y de la entidad donde esté depositado el bien, un cálculo de los costes devengados hasta el momento, y una tasación del bien, para determinar si es procedente la venta, o la entrega gratuita, o incluso la destrucción.

Sexta: en cuanto a las formas de realización, están reguladas en el artículo 367 quinquies, que prevé tres posibilidades.

a): la entrega a entidades sin ánimo de lucro o a las Administraciones públicas, que sólo procede cuando el efecto judicial sea de ínfimo valor o se prevea que la realización por medio de persona o entidad especializada o por medio de subasta pública será antieconómica.

b): la subasta pública.

c): la realización por medio de persona o entidad especializada. De la propia redacción de la Lecr parece desprenderse que ésta debería considerarse la norma general. Y se podrá llevar a cabo por tanto en todos los supuestos salvo en primero, que se trate de cosas de ínfimo valor o se prevea que la realización por estos medios será antieconómica, y se efectuará conforme al procedimiento que se disponga reglamentariamente.

Este precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 367 septies de la Lecr, introducido en el C.P por la LO 1/2015, de 30 de Marzo que dispone que el Juez o Tribunal, a instancias del Ministerio Fiscal o de la propia oficina de Recuperación y Gestión de Activos pueda encomendar la localización, conservación y administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a la Oficina de Recuperación y de Gestión de Activos.

Por tanto el legislador ya está pensando en dichas oficinas para actuar como entidad especializada y conforme al procedimiento que establezcan las propias normas que regulen su funcionamiento.

Estas oficinas se configuran como un órgano de la Administración General del Estado y auxiliar de la Administración de Justicia, y a él le corresponderán las competencias de localización, recuperación, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de las actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal, y cualesquiera otras que se le atribuyan, en los términos previstos legal y reglamentariamente.

La oficina actuará :

A. Cuando se lo encomiende el Juez o Tribunal competente, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. También procederá a la localización de activos a instancias del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus competencias propias en el marco de las diligencias de investigación, de la cooperación jurídica internacional, del procedimiento de decomiso autónomo o cualesquiera actuaciones que se dispongan legalmente.

Cuando actúa a instancias del Juez o del Fiscal, la oficina lo hará sólo en el ámbito de actividades delictivas cometidas en el seno de una organización criminal así como en el resto de actividades delictivas propias del ámbito del decomiso ampliado y siempre y cuando la localización, embargo o decomiso se haya acordado a partir del 25 de Octubre de 2015.

B. Cuando lo haga por propia iniciativa, lo hará en el marco de cualquier actividad delictiva cuando resulte conveniente en atención a la naturaleza o especiales circunstancias de los bienes, siempre previa autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en las leyes penales y procesales e independientemente de la fecha del embargo o comiso".

La normativa de aplicación es la que sigue.

- Orden JUS/188/2016.

- Real Decreto 948/2015, de 23 de Octubre por el que se regulan las oficinas de Recuperación y Gestión de Activos.
- Plan de Acción de 2016.

El 1 de Enero de 2017 la oficina tendrá que estar operativa en todo el territorio nacional.

Probablemente la existencia de un organismo especializado que se ocupe de la gestión de los bienes intervenidos judicialmente y de su realización anticipada supondrá un impulso ágil al enorme problema que hasta ahora viene generando la gestión de los bienes depositados judiciales. Serviría para acabar con las reticencias de muchos órganos judiciales a estas enajenaciones anticipadas, contribuyendo a hacerlas más ágiles y sobre todo, eficaces de una vez, reduciendo costes e incluso, por qué no, generando beneficios.

Como ya se ha dicho, dichas oficinas actuarán en supuestos de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, es decir, no en todos los supuestos de delitos contra la salud pública y afines.

Así las cosas y respecto de las embarcaciones, cabe hablar de la existencia de una entidad especializada. Es preciso hacer referencia al Acuerdo de Colaboración que el 20 de Noviembre de 2013 firmaron el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Fomento y Organismo Público Puertos del Estado, cuya finalidad es articular medidas que permitan agilizar la realización anticipada de embarcaciones, buques, y barcos intervenidos como efectos judiciales en procedimientos relacionados con el tráfico de drogas y coordinar las actuaciones de las autoridades intervinientes, orquestando una respuesta conjunta para superar las dificultades que la aprehensión de dichos medios de transporte implica en relación con su gestión hasta el dictado de sentencia firme.

Las Autoridades Portuarias, de conformidad con el artículo 304.IV del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de Septiembre, por el que se prueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado, podrán instar de la Autoridad Judicial el hundimiento del buque o su enajenación en pública subasta cuando la estancia del buque en el puerto produjera un peligro real o potencial a las personas o bienes, o pueda causar graves quebrantos a la explotación del puerto.

Partiendo de la atribución reconocida a las Autoridades Portuarias para la gestión del espacio portuario y de la competencia recogida en el artículo citado en el párrafo anterior, el Acuerdo de Colaboración considera que a la Autoridad Portuaria entidad especializada para la enajenación de los bienes antes referidos. En base a esta consideración articula un sistema de comunicación y colaboración de todas las Autoridades implicadas para que cada una de ellas, en función de sus responsabilidades, agilice los trámites que permitan la realización anticipada de los efectos intervenidos sin esperar a la firmeza de la sentencia.

Lo adecuado por tanto sería instar el depósito de los buques, embarcaciones o barcos en los Puertos del Estado.

A su vez, el Real Decreto 200/2012, de 23 de Enero por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en su artículo 7 recoge la previsión legal de la actuación del Plan Nacional de Drogas como Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, en el sentido de actuar como entidad especializada para la enajenación anticipada de los bienes que están siendo objeto de estudio al establecer que:

“1. Corresponde a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas las funciones de dirección, impulso, coordinación General y supervisión de los servicios encargados de la actualización y ejecución del Plan Nacional sobre Drogas. En el ámbito de las competencias del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, bajo la superior dirección del Secretario de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, asume el impulso de las políticas de reducción de la demanda del consumo de drogas y de los programas de prevención, tratamiento, rehabilitación y reducción de daños.

2. En particular le corresponden las siguientes funciones:

O. Colaborar con los órganos judiciales competentes en la enajenación anticipada de los bienes de lícito comercio aprehendidos o incautados por la comisión de cualquiera de los delitos referidos en el artículo 1 de la Ley 17/2003, de 29 de Mayo.

3. Dependerán directamente del Delegado del Gobierno para el plan Nacional sobre drogas las funciones detalladas en los apartados N a 0 del apartado anterior.”.

Se hace viable pues la realización anticipada por el Plan Nacional sobre Drogas en las primeras diligencias penales de los bienes de lícito comercio aprehendidos o incautados por delitos de tráfico de drogas, blanqueo de capitales, procedentes de dicha actividad o delitos conexos.

Séptima, en cuanto al destino del dinero obtenido y pago de los gastos generados

a): el dinero de la venta deberá ingresarse en la cuenta de consignaciones del Juzgado, a resultas del correspondiente proceso, de modo que sólo procederá su adjudicación definitiva al estado en caso de sentencia condenatoria firme. Y el destino que recibirá será el previsto en la ya mencionada Ley 17/2003, de 29 de Mayo.

b): los gastos generados por la realización anticipada, deberán descontarse de los ingresos obtenidos. .

En cuanto a los gastos del depósito judicial forman parte de las costas procesales, en caso de sentencia condenatoria, al amparo del artículo 123 del Código Penal *“las costas se entienden impuestas por la Ley a los responsables criminalmente de todo delito o falta”*, por lo tanto debemos vigilar que así se incluyan por los Secretarios Judiciales en las correspondientes tasaciones.

6. MEDIDAS CAUTELARES ASEGURATORIAS DEL COMISO.

Tal y como se recoge en el artículo 127 octies apartado I del Código Penal, *“ 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."

Tales medidas cautelares se recogen en la Circular de la FGE n° 4/2010, *sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, y que, en lo que aquí nos afecta, prevé los siguientes supuestos, partiendo de la base de que el aseguramiento del comiso implicará una decisión más sencilla que el de las responsabilidades civiles, porque no hay que cuantificar eventuales responsabilidades pecuniarias, lo que se asegura es el propio bien, si bien también hay que tener en cuenta que en este tipo de delitos el Juez no sólo debe asegurar los efectos que van a ser decomisados, sino también el pago de las responsabilidades pecuniarias, que las hay y en cuantías muy elevadas.

- Dinero en efectivo, se procederá a su inmediato ingreso en la cuenta de consignaciones del Juzgado.
- Cuentas y depósitos bancarios, ha de dictarse un auto decretando su bloqueo y la congelación de los saldos en las propias entidades en donde se encuentren, aunque en algunos supuestos puede resultar indicado permitir los movimientos de ingreso.
- Activos, valores u otros instrumentos financieros, ha de dictarse un auto decretando la prohibición de disponer, resolución que ha de comunicarse a la entidad emisora de los títulos y a las sociedades intermediarias o administradoras, con orden de ingresar en la correspondiente cuenta vinculada los rendimientos o dividendos que genere. Se trata, por tanto, de un supuesto especial de administración de los fondos, cuya gestión se encomienda a la entidad depositaria de aquéllos, con las limitaciones indicadas y bajo el control judicial.
- Joyas, debe procederse a su depósito en la Caja General de Depósitos o Establecimiento adecuado al efecto; no parece en principio procedente su venta anticipada, salvo que concorra alguno de los supuestos del artículo 367 quater.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, particularmente los apartados c) cuando los gastos de conservación y depósito sean superiores al valor del objeto en sí, e) cuando se trate de efectos que, sin sufrir deterioro material, se deprecien sustancialmente por el transcurso de tiempo, o f) cuando, debidamente requerido el propietario sobre el destino del efecto judicial, no haga manifestación alguna.
- Medios de transporte en general –embarcaciones, camiones, automóviles, aviones o avionetas- la regla general debe ser su enajenación anticipada, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción n° 6/2007, de 18 de diciembre, de la FGE. Pero deberá evaluarse previamente si conviene autorizar su utilización provisional de acuerdo con lo previsto en los artículos 374.1.3° CP y párrafo tercero del art. 367 septies de la Lecr con las debidas garantías para su conservación.
- Bienes inmuebles, la medida cautelar se ejecutará conforme a lo dispuesto en el art. 604 de la Lecr mediante la expedición de mandamiento para que se haga la anotación preventiva de prohibición de disponer (la circular dice embargo, pero insistimos, debe ser de prohibición de disponer) conforme a la legislación hipotecaria, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo final del art. 20 de la Ley Hipotecaria, introducido por la LO 10/95, de 15/2003, en relación a los supuestos en los que el imputado no sea el

titular registral, “no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento”. En estos casos deberán evaluarse cuidadosamente extremos como el carácter privativo o ganancial de los bienes, o si los mismos pertenecen al imputado o a un tercero, extremos que deben reflejarse expresamente en el auto que dicte el Juez, para evitar una calificación negativa del Registrador de la Propiedad.

Es preciso recordar que las anotaciones preventivas tienen un plazo de caducidad, pero pueden ser renovadas por períodos idénticos, debemos por tanto controlar las fechas; y sería conveniente que notificáramos al Registro el cambio de órgano judicial que conozca de la causa, a efectos prácticos (sea inhibición de un Juzgado de Instrucción a otro o al Órgano Judicial encargado del enjuiciamiento).

En el supuesto en que el inmueble forme parte de una explotación mercantil (por ejemplo, un aparta-hotel, un complejo turístico de apartamentos con alquileres, etc.), además de la anterior anotación preventiva será preciso comprobar si los administradores no tienen responsabilidad en el delito investigado, y en este caso podrá acordarse que continúen con la explotación, pero ingresando las rentas que procedan en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, para lo que deberán rendir las oportunas cuentas, o subsidiariamente acudir al más complejo procedimiento de administración previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil –artículos 630 a 633-.

- Entidad mercantil que pertenezca íntegramente a los imputados o a algunos de ellos, debe procederse a la constitución de una administración judicial, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 630 a 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si se trata de simples participaciones sin derecho de administración, bastará con acordar la prohibición de disponer de aquellas y requerir a los administradores para que los rendimientos que se abonen se ingresen en la cuenta de consignaciones y depósitos del órgano judicial competente.

En la práctica, la administración judicial de entidades mercantiles plantea numerosos problemas, debería ser objeto de solución legal aprovechando el desarrollo reglamentario de las Oficinas de Recuperación y Gestión de activos que prevé ahora la LO 1/2015, de 30 de Marzo.

Sería conveniente y adecuado que toda causa incoada por delito de tráfico de drogas o conexo se acompañara de una investigación patrimonial adecuada, entendiendo como tal un conjunto de actos o diligencias encaminadas a la localización de determinados bienes, averiguación de su titularidad así como gravámenes y demás circunstancias jurídicas que pudieran afectarles, siendo necesario actuar con la mayor premura para evitar la descapitalización del delincuente.

Dicha investigación resulta necesaria por tanto no sólo para asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse en sentencia firme sino sobre todo, para llevar a cabo la localización e incautación de bienes relacionados con la actividad delictiva.

La actuación en estos primeros momentos de la instrucción judicial va a ser esencial y va a marcar todo el desarrollo del proceso, en lo que a la incautación del patrimonio del delincuente se refiere.

Una vez dictada sentencia firme, en ocasiones resulta también adecuado llevar a cabo una nueva investigación patrimonial encaminada a averiguar si los bienes decomisados o aquellos que no han podido serlo, por haberlos ejecutado acreedores preferentes, han vuelto a manos de los narcotraficantes o de su entorno.

7. DESTINO DE LOS BIENES DEFINITIVAMENTE DECOMISADOS POR SENTENCIA.

Ya hemos señalado que el Código Penal establece, en materia de decomiso por delitos de tráfico ilícito de drogas y blanqueo de capitales procedentes del mismo, que los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.

El destino de estos bienes será su adjudicación al Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, regulado por la Ley 17/2003, de 29 de Mayo.

La previsión final del artículo 374 del C.P dispone que *“los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni a las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al estado”*.

Insistimos, no olvidemos precisar en el escrito de acusación al instar su decomiso que deberá dárseles el destino previsto en la Ley 17/2003, de 29 de Mayo.

Dichos bienes de este modo quedan afectos al cumplimiento de determinados fines, cuales son la realización de programas de prevención de toxicomanías, la asistencia de drogodependientes, la inserción laboral y social de aquéllos, la mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y el blanqueo de capitales procedentes de éste y finalmente la cooperación internacional en las referidas materias.

En la Ley se establece la obligación, con carácter general, de enajenar todos aquellos bienes del fondo que no consistan en dinero u otros instrumentos de pago al portador.

Los beneficiarios de las cantidades así obtenidas son las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, Organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la

Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, otros organismos o entidades públicas de la Administración General del Estado, los organismos internacionales con competencias en la materia, y las entidades supranacionales y gobiernos de otros Estados extranjeros.

Con carácter excepcional y de forma motivada, se admite la posibilidad de ceder el uso, de forma gratuita, a los beneficiarios de los bienes citados.

También permite la cesión gratuita de bienes muebles e inmuebles, por ejemplo, a la Policía Judicial a quien se le había entregado provisionalmente para su uso durante la instrucción de la causa.

El problema puede surgir en aquellos supuestos en los que instruyéndose una causa por delito de tráfico de drogas o afines, tenga intervención la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

A este respecto dispone la Exposición de Motivos del Real Decreto 948/15, de 23 de Octubre que regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos que *" el presente real decreto no resulta de aplicación a los bienes, frutos e intereses de los mismos que por aplicación de la mencionada Ley 17/2003, de 29 de mayo, son titularidad del Fondo de bienes decomisados por delito de narcotráfico y otros delitos relacionados. Ello no obstante la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos podrá firmar un convenio de colaboración con la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, a fin de canalizar posibles fórmulas de cooperación en las funciones de asesoramiento, gestión y realización de aquellos "*.

8. DECOMISO Y EMBARGO DE BIENES EN EL EXTRANJERO.

Es preciso proceder en este apartado al estudio de la también reciente *ley 23/14, de 20 de noviembre sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la unión europea*, ley que en realidad no es más que un compendio de toda la normativa internacional vigente en la materia.

Esta Ley recoge una serie de instrumentos de reconocimiento mutuo que sólo pueden ser emitidos y dirigidos a países de la Unión Europea que hayan incorporado a sus legislaciones internas las Decisiones Marco y las Directivas que la inspiran. Para el resto de países sigue vigente el anterior régimen de cooperación judicial a través de los Convenios internacionales aplicables a cada caso. Para conocer qué países son podemos acudir a la página www.prontuario.org.

Todos los instrumentos tienen un modelo concreto para su emisión. Los modelos de órdenes se encuentran como anexo a la Ley 22/2014 y son accesibles también en www.prontuario.org.

Se mantiene el régimen de traslado directo de resoluciones entre autoridades competentes. La autoridad de emisión se dirigirá directamente a la de ejecución. Todas las consultas y comunicaciones posteriores se realizarán igualmente de modo directo entre las autoridades competentes. Para conocer cuál es la autoridad competente

podemos dirigirnos al Atlas Judicial Europeo, <http://www.ejncrimjust.europa.eu/ejn/AtlasChooseCountry.aspx?Type=2>.

La remisión se realizará por cualquier medio que permita constancia escrita que permita comprobar la autenticidad del remitente. La admisión de la vía escogida dependerá también de la autoridad de ejecución. Fax, medios informáticos o telemáticos que cuenten con firma electrónica, correo certificado...

La norma general para la ejecución de las solicitudes de reconocimiento mutuo es la aplicación de la norma procesal del país de ejecución. Sin embargo, se admite la petición expresa del cumplimiento de determinadas formalidades necesarias para la validez de la diligencia.

El Título VII de la Ley se refiere a las resoluciones de embargo preventivo de bienes, destinadas a impedir, en lo que aquí nos ocupa, que los bienes que vayan a ser decomisados posteriormente puedan ser destruidos o de cualquier modo, impedidos para cumplir dicha finalidad.

El objeto sobre el que puede recaer son bienes materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos que acrediten un título o derecho sobre el bien de que se trate .

Las autoridades competentes para su emisión son los Jueces y Tribunales que conozcan del proceso y para su ejecución, el Juez de Instrucción del lugar donde el bien se encuentre.

Es preceptivo el informe del Ministerio Fiscal tanto en materia de mantenimiento de las medidas acordadas como en caso de alegaciones ante un recurso interpuesto en el Estado de ejecución. Y la decisión que como autoridad de ejecución adopte el Juez de Instrucción, debe ser notificada al Fiscal.

La Ley contempla un amplio catálogo de medidas de ejecución, depósito, embargo preventivo, bloqueo de cuenta, depósitos de valores u otros títulos o activos, prohibición de disponer o cualquier otra medida cautelar que pueda acordarse en el proceso penal; pueden acordarse medidas de limitación temporal o de modificación de la medida solicitada, atendiendo a las circunstancias del caso, incluyendo la destrucción o realización anticipada de los efectos, para lo que deberá procederse a la correspondiente consulta a la autoridad de emisión.

El Título VIII de la Ley se refiere a las resoluciones de decomiso.

La autoridad competente para la emisión es el juez o tribunal que conozca de la causa si bien en determinados supuestos debe dar audiencia previa al Fiscal, así para llevar a cabo un decomiso por valor equivalente o para acordar el reconocimiento y ejecución.

Objeto de decomiso pueden ser no sólo el producto e instrumentos del delito sino también a bienes cuyo valor equivalga a los anteriores, así como a supuestos de decomiso ampliado.

El Título IX de la ley se refiere a las sanciones pecuniarias.

Se recoge la posibilidad de emitir resoluciones destinadas al pago de sanciones pecuniarias en el extranjero o la ejecución de este tipo de sanciones en España cuando hayan sido emitidas en otro país de la UE.

La competencia para su transmisión corresponde a los Juzgados o Tribunales competentes para su ejecución en España y a los Juzgados de lo Penal para la ejecución de los instrumentos emitidos por autoridades de otros Estados miembros, debiendo el Ministerio Fiscal emitir informe antes de resolver tanto en la emisión como en la ejecución de este instrumento.



BIBLIOGRAFÍA.

Del Cerro, José Antonio. *La investigación patrimonial en el proceso penal. Funciones del Ministerio Fiscal*. Centro de Estudios Jurídicos.

Perals Calleja, José. *Modificaciones del Código Penal en materia de tráfico de drogas como consecuencia de la LO 15/2003*. Centro de Estudios Jurídicos, 2004.

Campos Navas, Daniel. *Aspectos relativos a la investigación patrimonial, medidas cautelares y comiso*, Centro de Estudios Jurídicos, 2012

Noreña Salto, José Ramón. *Actuaciones en los primeros momentos de la instrucción de los delitos de tráfico de drogas. La destrucción de las drogas y la enajenación anticipada de bienes*. Centro de Estudios Jurídicos. 2013.

Climent Durán, Carlos. *Código Penal comentado*. 2013.

Aguado Correa, Teresa. *Embargo preventivo y comiso en delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados. Presente y ¿futuro?. Estudios penales y criminológicos*. Volumen XXXII. 2013.

Villagómez Muñoz, Ana Isabel. *La intervención de drogas: primeras actuaciones, muestreo, análisis, destrucción, cadena de custodia*. Centro de Estudios Jurídicos, 2015.

Ortiz de Urbina, Eduardo de Porres. *Novedades del decomiso introducidas por la L.O 1/2015 y l.41/15*. El Derecho, 13/1/2016.