



**21 CUESTIONES SOBRE EL DECOMISO: DISPOSICIONES GENERALES,
DECOMISO DIRECTO Y DE SUSTITUCIÓN**

Luis M. Uriarte Valiente
Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado

Centro de
Estudios
Jurídicos

El decomiso. Aspectos sustantivos y procesales
Madrid, 20 y 21 de junio de 2019

SUMARIO

RESUMEN 4

1. INTRODUCCIÓN
2. ¿QUÉ ES EL DECOMISO?
3. ¿TIENE EL DECOMISO NATURALEZA JURÍDICA CIVIL O PENAL?
4. ¿ES NECESARIO QUE EL DECOMISO SEA SOLICITADO POR EL FISCAL O PUEDE EL JUEZ ACORDARLO DE OFICIO? ¿Y EN BIENES DE ILÍCITO COMERCIO (DROGA, CD'S PIRATAS, ETC.)?
5. ¿QUÉ MENCIONES DEBE RECOGER LA SENTENCIA EN LOS HECHOS PROBADOS Y EN LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA QUE EL DECOMISO DE UN BIEN ESTÉ MOTIVADO?
6. ¿QUÉ ACTUACIONES DEBERÍA INSTAR EL MINISTERIO FISCAL DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DECOMISO?
7. ¿QUÉ SON LOS BIENES Y MEDIOS A DECOMISAR?
8. ¿SE PUEDE DECOMISAR UN VEHÍCULO UTILIZADO PARA CELEBRAR REUNIONES EN UNA TRAMA DE UN DELITO DE NARCOTRÁFICO?
9. ¿PUEDEN DECOMISARSE LOS BIENES, MEDIOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS PROCEDENTES DE UN DELITO IMPRUDENTE?
10. ¿QUÉ SON LOS EFECTOS DEL DELITO?
11. ¿A QUÉ SE REFIERE LA DISTINCIÓN ENTRE BIENES, MEDIOS O INSTRUMENTOS CON QUE SE HAYAN PREPARADO O EJECUTADO?
12. ¿HASTA DÓNDE ALCANZA EL DECOMISO DE LA GANANCIA?
13. ¿SE DEBEN DECOMISAR LAS GANANCIAS BRUTAS O NETAS?
14. ¿QUÉ PROCEDERÍA DECOMISAR EN UN DELITO URBANÍSTICO?

- 15. ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE EL DECOMISO DE SUSTITUCIÓN QUE REGULA EL ART. 127.3 Y EL DEL ART. 127 SEPTIES?**
- 16. ¿ES POSIBLE EL DECOMISO DE SUSTITUCIÓN CUANDO LA IMPOSIBILIDAD DEL DECOMISO DIRECTO DEL BIEN NO SEA IMPUTABLE AL ACUSADO?**
- 17. ¿ES POSIBLE EL DECOMISO DE SUSTITUCIÓN SIN HABER VALORADO PREVIAMENTE EL BIEN A SUSTITUIR?**
- 18. ¿ES POSIBLE EL DECOMISO DE SUSTITUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS EMPLEADOS PARA LA COMISIÓN DEL DELITO O SOLO CABE RESPECTO DE LAS GANANCIAS?**
- 19. ¿PUEDEN LOS BIENES EMBARGADOS DEJARSE EN PODER DEL INVESTIGADO?**
- 20. ¿ESTÁN SUJETOS LOS BIENES DECOMISADOS AL PAGO DE LAS RESPONSABILIDADES PECUNIARIAS DEL CONDENADO?**
- 21. ¿PUEDE EL TRIBUNAL NO ACORDAR EL DECOMISO DE BIENES POR ESTIMARLO DESPROPORCIONADO?**



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

El decomiso de bienes se erige hoy en día como uno de los recursos más importantes con los que cuentan los Estados para la lucha contra las formas más graves de delincuencia. Así se evidencia si se atiende a la gran cantidad de normas jurídicas que para su regulación han venido apareciendo en los últimos años en el ámbito de las Naciones Unidas, Consejo de Europa y, sobre todo, Unión Europea. En el ámbito de la Unión Europea, la última de ellas y quizá la más importante por su detalle y extensión, ha sido la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.

La transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Ambas normas han dibujado una completa y compleja regulación que, seguramente por esa complejidad, no ha llegado a aprovechar en la práctica todos los recursos que ahora brinda nuestro ordenamiento jurídico para la persecución del delito.

No es la finalidad de este trabajo el análisis jurídico formal del nuevo panorama normativo, ni mucho menos profundizar en las diferentes posiciones doctrinales que en torno a algunos extremos de esta nueva regulación han aparecido. Se persigue una finalidad eminentemente práctica, planteando problemas y buscando soluciones. Se suscitan 21 cuestiones que se han considerado relevantes para la aplicación del decomiso en general y la del decomiso directo y de sustitución en particular. Se ofrecen en muchos casos soluciones abiertas que pueden orientar una vía de actuación, pero que admitirían mayores precisiones. En definitiva, se sugieren posibilidades de aplicación de la ley, pues solo con su aplicación práctica será posible profundizar en los problemas que plantea como paso necesario para solucionarlos.

1. INTRODUCCIÓN

La incautación de los efectos e instrumentos empleados en la comisión del delito ha venido siendo contemplada, desde antiguo, como una de las medidas esenciales que ha de adoptar una sentencia penal con la finalidad de impedir que tales efectos e instrumentos puedan ser utilizados, nuevamente, en la comisión de otros futuros comportamientos delictivos. De esta manera, ya nuestro Código Penal de 1822 preveía en su art. 89 la pérdida de lo dado en soborno o regalo, así como de las armas, instrumentos o utensilios con que se hubiera ejecutado el delito y de sus efectos. Posteriormente, el Código Penal de 1848 hacía referencia expresa al comiso como pena accesoria (art. 24), pasando esa previsión por los distintos textos legales hasta nuestros días, donde el Código de 1995, todavía vigente, introducía dos importantes novedades: por un lado, el decomiso dejaba de considerarse una pena para pasar a regularse como una consecuencia accesoria del delito; por otro, se incluían entre los bienes objeto de decomiso, no solo los efectos del delito y los instrumentos empleados para su comisión, sino también las ganancias de él provenientes, cualquiera que hubieran sido las transformaciones que hubiera podido experimentar.

La inclusión en el Código Penal de las ganancias del delito como objeto de decomiso se produjo como consecuencia de las nuevas concepciones que en este ámbito empezaron a suscitarse en el último tercio del siglo pasado. Fue, particularmente, con motivo de los nuevos planteamientos que surgieron en torno a la lucha contra la criminalidad organizada, cuando se empezó a tomar conciencia de la necesidad de privar a los delincuentes de las ganancias que les reportara su actividad delictiva. Se concluyó que la finalidad última de la delincuencia organizada no era otra que la obtención de lucro y, en consecuencia, si se quería luchar contra esta clase de amenaza, resultaba necesario privarla del mayor incentivo que promovía su actuación: las ganancias del delito.

Así, la Convención de las Naciones Unidas *contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, se refería a las ganancias del delito como el mayor incentivo de las organizaciones criminales, exhortando en su art. 5 a los estados firmantes a incluir en sus legislaciones medidas eficaces que posibilitaran su decomiso. En el mismo sentido, el art. 8 del Convenio Internacional *para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 entendía necesaria la adopción de medidas tendentes al decomiso de los fondos utilizados para la comisión de delitos de terrorismo. La Convención de Palermo *contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, de 15 de noviembre de 2000 y la Convención de las Naciones Unidas *contra la corrupción*, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, siguieron esta misma línea que, al mismo tiempo, había sido ya iniciada por otras instancias internacionales, como el Consejo de Europa (en el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo en 1990 y en el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005).

En el ámbito de la Unión Europea fueron diversas las decisiones marco que buscaron la armonización de las legislaciones nacionales hasta desembocar, finalmente, en la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, *sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*, que supuso un paso decisivo en la regulación de las formas y procedimientos de decomiso en el ámbito de la Unión Europea.

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de toda esta normativa supranacional ha motivado diversas reformas de nuestras normas penales más importantes, siendo las últimas y

más decisivas las llevadas a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*. A ambas leyes se debe la redacción actual de nuestro Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de decomiso.

2. ¿QUÉ ES EL DECOMISO?

El diccionario de la Lengua española define el decomiso como “pena accesoria a la principal que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito o falta”. Pocas definiciones de nuestro diccionario pueden presumir de un índice superior de desacierto. El decomiso, ni es una pena, ni es una consecuencia accesoria de la pena, ni recae únicamente sobre los instrumentos y el producto de la infracción penal, ni aparece limitado a los delitos y faltas.

El decomiso no es una pena y, menos, una pena accesoria. A pesar de que, como se ha dicho, en nuestros primeros códigos penales tuvo entrada como una más dentro del catálogo de penas, ya desde el Código Penal de 1995 el decomiso ha dejado de ser una pena. Así lo evidencia su regulación actual en un título distinto al de las penas¹. Pero, es más, el decomiso no puede ser nunca una pena desde el momento en el que nuestro Código Penal prevé su eventual imposición a quien ni siquiera ha sido condenado, como ocurre en el decomiso de bienes de tercero (art. 127 quater) o en el decomiso de bienes sin sentencia condenatoria (art. 127 ter).

El decomiso no es una consecuencia accesoria de la pena porque, como se ha dicho, cabe imponerlo en ciertos supuestos en los que no existe sentencia condenatoria (art. 127 ter) y, por lo tanto, no puede existir pena.

El decomiso no recae únicamente sobre los instrumentos y el producto de la infracción penal ya que, conforme a lo que se dispone en el art. 127.1 del Código Penal, procede igualmente el decomiso de los bienes, medios y ganancias empleados para cometer el delito u obtenidos con su perpetración (debiendo entenderse el término producto que utiliza el diccionario como equivalente al de efectos que emplea el legislador).

Finalmente, el decomiso no se limita a los supuestos de delitos y faltas, de un lado, porque, como se sabe, las faltas ya han desaparecido de nuestro Código Penal y, de otro, porque existe también el decomiso administrativo practicado por las autoridades aduaneras que es ajeno a las infracciones penales.

Partiendo de lo anterior, podemos definir el decomiso judicial diciendo que se trata de una consecuencia accesoria de la infracción penal que se concreta en la privación definitiva por resolución judicial de los efectos procedentes de un delito y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito o, en su caso, de su equivalente, cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar.

¹ Las penas aparecen reguladas en el Título III, del Libro I, “De las penas”, mientras que el decomiso se regula en el Título VI, del mismo Libro I, “De las consecuencias accesorias”.

3. ¿TIENE EL DECOMISO NATURALEZA JURÍDICA CIVIL O PENAL?

Íntimamente ligada con la anterior cuestión se presenta el problema de la naturaleza jurídica del decomiso. La naturaleza jurídica civil o penal que pudiera tener el decomiso va a determinar, entre otras cuestiones importantes, la observancia o no en su imposición de los principios generales que rigen el derecho penal y, entre ellos, especialmente, los principios de culpabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia.

De esta manera, si se afirma la naturaleza penal del decomiso, resultaría necesario acreditar la culpabilidad penal del sujeto afectado por el mismo para que resultara lícita la privación de sus bienes; no cabría decomisar bienes que excedieran proporcionalmente de la gravedad del ilícito cometido; y resultaría indispensable acreditar más allá de toda duda razonable la comisión de un delito concreto del que provinieran los bienes o ganancias o en el que se hubieran empleado los medios o instrumentos a decomisar.

Pues bien, las modalidades de decomiso que hoy en día regula nuestro Código Penal no permiten afirmar que en su adopción sean observados tales principios. De este modo, en el decomiso de bienes de tercero, por ejemplo, se le priva de sus bienes a quien no ha sido declarado culpable de infracción penal alguna. Lo mismo ocurre en el decomiso de bienes sin sentencia condenatoria. Las ganancias procedentes del delito y los bienes que no sean de lícito comercio, deberán ser decomisadas siempre, independientemente de que su valor o importancia exceda con creces de la gravedad del delito².

En el decomiso ampliado (arts. 127 bis y 127 quinquies), se decomisan bienes cuyo origen delictivo se presume, pero desconociendo el concreto delito del que provienen. Al mismo tiempo, se trata de un decomiso que nunca puede aparecer desligado de la condena penal del titular de los bienes.

El decomiso directo y el de sustitución, sin embargo, requieren siempre una condena del sujeto afectado pronunciada con rigurosa observancia de los principios generales del derecho penal a los que antes se hacía referencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, no puede afirmarse que todas las modalidades de decomiso que regula nuestro Código Penal tengan una misma naturaleza jurídica. Mientras que el decomiso directo y de sustitución parecen tener naturaleza penal, constituyendo una consecuencia directa de la infracción delictiva, el decomiso de bienes de tercero y el decomiso autónomo o sin sentencia condenatoria presentan una clara naturaleza civil, análoga a la que presenta la acción de enriquecimiento injusto y próxima a los sistemas de decomiso anglosajón del decomiso de activos (*non conviction basis forfeiture*). El decomiso ampliado, por su parte, se situaría en un plano intermedio entre la naturaleza civil y penal, exigiendo siempre una sentencia condenatoria, pero no con las exigencias probatorias propias del derecho penal.

² El decomiso de los efectos e instrumentos que sean de lícito comercio, sin embargo, deberá resultar proporcionado a la gravedad de la infracción, en virtud de la cláusula de proporcionalidad que recoge el art. 128 del Código Penal.

4. ¿ES NECESARIO QUE EL DECOMISO SEA SOLICITADO POR EL FISCAL O PUEDE EL JUEZ ACORDARLO DE OFICIO? ¿Y EN BIENES DE ILÍCITO COMERCIO (DROGA, CD'S PIRATAS, ETC.)?

El art. 127 del Código Penal proclama de manera imperativa la obligación del Juez de acordar el decomiso de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito, así como de las ganancias procedentes del mismo. Su imposición, sin embargo, aparece siempre condicionada a la previa petición del Ministerio Fiscal, tanto si se trata de un decomiso con naturaleza civil como penal, haciendo de ese modo efectivos los principios dispositivo o de rogación y acusatorio, en sus respectivos casos.

Así lo acordó ya el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998, que señalaba: “El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 CP debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete el principio acusatorio”. En esta misma línea, señalaba la Circular nº 2/2005 de la Fiscalía General del Estado que el decomiso “sólo es posible desde el respeto al principio acusatorio y previo sometimiento al principio de contradicción (STC 123/95 y SSTS de 12-11-92, 18-5-93, 15-9-93, 28-10-93 y 29-11-95 entre otras)”

La petición del Ministerio Fiscal, además, deberá culminar todas las exigencias que han de permitir la defensa del afectado respecto de la solicitud que se deduce. Así lo decía de manera expresa la Circular nº 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, cuando señalaba que deberá “contener además de la narración de los hechos constitutivos de la correspondiente infracción penal, la identificación de los efectos, medios, bienes o ganancias a que se extiende la solicitud, así como la especificación de las circunstancias fácticas de las que resulte su vinculación con la infracción penal, ya sea porque han servido para su preparación, ejecución o bien porque proceden de la misma, indicando, en su caso, las transformaciones precedentes”.

Las menciones del escrito de acusación estarán condicionadas por la modalidad de decomiso que se solicite y, por eso, continuaba la Circular nº 4/2010 señalando que en los escritos de acusación “se deberá formular la petición procedente respecto del comiso ampliado, identificando, en todo caso, los bienes a decomisar. Igualmente, dichas peticiones deberán hacer referencia a la verdadera titularidad de los bienes o, en su caso, a las circunstancias por las que la misma se estima ficticia”.

La necesidad de que el decomiso sea solicitado por el Ministerio Fiscal, sin embargo, tiene una excepción: “cuando se trate de efectos que provengan del delito o de los bienes, medios o instrumentos con que se hayan perpetrado o ejecutado, que sean de ilícito comercio, el comiso podrá ser acordado incluso de oficio” (SSTS nº 7701/1994, de 28 de noviembre; 418/2001, de 12 de marzo; 272/2017, de 18 de abril). No tendría mucho sentido que, incautada una partida de droga, por ejemplo, fuera devuelta al acusado por no haber solicitado el Ministerio Fiscal su decomiso.

5. ¿QUÉ MENCIONES DEBE RECOGER LA SENTENCIA EN LOS HECHOS PROBADOS Y EN LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA QUE EL DECOMISO DE UN BIEN ESTÉ MOTIVADO?

Para el decomiso de los bienes no será suficiente con su solicitud por el Ministerio Fiscal. Resultará necesario, además, como ya indicaba la Circular n° 4/2010, que dicha solicitud sea objeto de debate en el acto del juicio oral, “siendo también preciso que se motive en la Sentencia la decisión al respecto (STS n° 1061/2002, de 6 de junio, que hace referencia a las n° 1178/2000, de 30 de junio, y n° 328/2001, de 6 de marzo)”. Sobre este punto señalaba la STS n° 52/1997, de 20 de enero, que el decomiso de los bienes es “una cuestión jurídica que ha de ser sometida al debate contradictorio con objeto de evitar la indefensión de parte”, añadiendo la STS n° 157/1996, de 22 de febrero, que no podrá acordarse el decomiso cuando la sentencia no recoja como hecho probado la procedencia ilícita de los bienes.

Resultará preciso, por lo tanto, que la relación de hechos probados de la sentencia que se dicte recoja una relación pormenorizada de los bienes a decomisar, su relación con el delito (efectos, instrumentos, medios o ganancias del mismo), así como su titularidad o relación con el condenado. En el decomiso de sustitución, además, deberá señalar el motivo por el que no pueden decomisarse los bienes que traen causa directa del delito y el valor de estos bienes, para después reflejar el valor de los bienes que los sustituyen. Cuando se trate de un decomiso ampliado, los hechos probados de la sentencia deberán reflejar el origen delictivo de los bienes y, cuando proceda, la existencia de una actividad delictiva continuada del condenado. Finalmente, en el caso del decomiso de bienes de tercero, la sentencia habrá de reflejar la titularidad de tales bienes y el modo de adquisición.

La fundamentación jurídica de la sentencia también deberá recoger determinados extremos que justifiquen el decomiso, concretamente, el proceso mental de valoración de la prueba que haya conducido a sentar determinados hechos como probados. Esta mención cobrará especial importancia en el caso del decomiso ampliado y en el de decomiso de bienes de tercero. En el primer caso será preciso justificar los indicios que permiten concluir *que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito* (art. 127 bis 1). En el segundo, los indicios que justifiquen que el tercero afectado por el decomiso adquirió los bienes en las condiciones que precisa el art. 127 quater.

Finalmente, el fallo condenatorio que se dicte deberá también recoger expresamente la decisión de decomisar los bienes incluyendo una relación pormenorizada de los mismos que, en cualquier caso, podrá hacerse por remisión a los mencionados en la relación de hechos probados.

Ahora bien, no debe en ningún momento perderse de vista que las exigencias probatorias que dan sustento al decomiso de bienes no exigen el mismo canon de certeza que “cuando se trata de verificar el respeto al derecho a la presunción de inocencia” ya que “en el caso del decomiso, respecto a la probanza de su presupuesto fáctico (la procedencia ilícita de un bien o derecho) no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza” (SSTS n° 338/2015, de 2 de junio y 492/2016, de 8 de junio). Por eso, ha venido señalando el Tribunal Constitucional (SSTC n° 123/1995, de 18 de julio; 92/1997, de 8 de mayo; 151/2002, de 15 de julio; 220/2006, de 3 de julio), que el canon de control respecto de la fundamentación con la que los órganos de la jurisdicción ordinaria deben justificar el decomiso de los bienes no es el mismo que debe exigirse para fundamentar el derecho a la presunción de inocencia. Esto mismo aparecía reflejado en la Circular n° 4/2010 de la Fiscalía

General del Estado cuando señalaba: “la prueba relativa a la procedencia de los bienes ha de versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada”.

6. ¿QUÉ ACTUACIONES DEBERÍA INSTAR EL MINISTERIO FISCAL DURANTE LA FASE DE INSTRUCCIÓN PARA GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DEL DECOMISO?

Como se acaba de señalar, para que una sentencia pueda acordar el decomiso de determinados bienes será necesario que la misma recoja ciertas menciones: relación de bienes, conexión de los mismos con la actividad delictiva, titularidad, forma de adquisición, valor de los bienes... Para ello resultará precisa una importante labor durante la fase de instrucción del procedimiento tendente a preparar la práctica de la prueba en el acto del juicio oral y el Ministerio Fiscal no puede ser ajeno a ella.

En primer lugar, resultará preciso determinar los bienes susceptibles de decomiso. Si esta tarea no tiene por qué plantear problemas respecto de los instrumentos empleados para la comisión del delito y los efectos provenientes del mismo, las dificultades surgirán cuando se trate de determinar las ganancias. La regla general, cuando la entidad de la actividad delictiva que se enjuicie lo justifique, deberá consistir en el desarrollo de una actividad investigadora que determine la totalidad del patrimonio del investigado y lo compare con sus fuentes lícitas de financiación. La posible desproporción que pudiera arrojar este análisis aportaría ya fundamento para justificar el decomiso ampliado de sus bienes (art. 127 bis 2.1º), que no es otra cosa que una modalidad de decomiso dirigida a privar al delincuente de sus ganancias ilícitas.

En muchos casos, además, resultará necesario valorar ciertos bienes susceptibles de decomiso. La valoración no solo contribuirá a facilitar la determinación del patrimonio del investigado y el juicio de su proporcionalidad con las ganancias lícitas, sino que, además, constituirá el presupuesto necesario en algunos casos para poder fundamentar el decomiso de sustitución cuando proceda. La Circular nº 4/2010 de la Fiscalía General del Estado señalaba: “para hacer posible el cumplimiento del comiso de valor equivalente, los Sres. Fiscales procurarán que en el curso de la tramitación del procedimiento penal se cuantifique el valor de los medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito, así como el producto y ganancias derivadas de la actividad criminal”. La valoración, además, contribuirá a facilitar el juicio de proporcionalidad que el Tribunal haya de hacer para decidir sobre el decomiso (art. 128 del Código Penal).

Pero la determinación de los bienes y su valoración no tiene por qué resultar suficiente. Además, la adecuada preparación del juicio exigirá desarrollar una investigación que pueda aportar los indicios necesarios que justifiquen que los bienes tienen su origen en una actividad delictiva. Esta será el propio delito investigado, en el caso del decomiso directo, y la actividad delictiva anterior del condenado, en el caso del decomiso ampliado. Así, por ejemplo, en el caso del decomiso ampliado, el legislador ha incluido entre los indicios que pueden emplearse para su justificación “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” o “La

transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida”. Pues bien, la determinación de estos extremos, como parece evidente, deberá estar justificada por la prueba practicada en el acto del juicio oral. Para justificar la procedencia del decomiso ampliado, por lo tanto, el Tribunal deberá fundamentar en la sentencia los diferentes indicios derivados de las pruebas practicadas que le lleven a concluir que los bienes a decomisar tienen su origen en una actividad delictiva que cumpla las exigencias previstas en el art. 127 bis del Código Penal; y corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar durante la fase de instrucción del procedimiento las diligencias de investigación que resulten oportunas para recabar esos indicios.

El decomiso de bienes de tercero va a requerir, también, que durante la fase de instrucción se determine esa titularidad ajena y se recaben indicios acerca del modo de adquisición del bien por el tercero. Recordemos aquí que el art. 127 quater del Código Penal incluye como presupuestos para su efectividad que se acredite que ese tercero adquirió el bien con conocimiento de su procedencia en una actividad ilícita o con conocimiento de que con su adquisición se dificulta el decomiso del bien. Por lo tanto, resultará necesario desarrollar una labor investigadora en tal sentido.

Por último, el decomiso de bienes sin sentencia condenatoria, conforme a las previsiones contenidas en el art. 127 ter del Código Penal, va a requerir acreditar que el titular de los bienes ha fallecido, padece una enfermedad crónica que impide su enjuiciamiento, se encuentra en rebeldía o está exento de responsabilidad criminal. Aunque la acreditación de tales extremos no presente una especial complejidad, su falta de determinación durante la fase de instrucción del procedimiento frustrará, sin duda, el decomiso final de los bienes.

Además de impulsar todas las diligencias de investigación a las que se ha hecho referencia, no debe olvidarse la importante labor que el Ministerio Fiscal tiene que desarrollar con el fin de impulsar el aseguramiento de los bienes susceptibles de decomiso, instando las correspondientes anotaciones preventivas de prohibición de enajenar y controlando los plazos de caducidad de las anotaciones practicadas.

7. ¿QUÉ SON LOS BIENES Y MEDIOS A DECOMISAR?

El art. 127.1 del Código Penal, al referirse a los bienes susceptibles de ser decomisados, habla de los efectos que provengan del delito, los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias obtenidas. No parece existir mucha dificultad para interpretar lo que deba entenderse por efectos procedentes del delito, instrumentos empleados en su comisión y ganancias provenientes de la actividad delictiva. El concepto de bienes y medios, sin embargo, situados en relación de equivalencia con los instrumentos, no parece estar tan claro.

La dificultad deriva de la amplitud que generalmente se ha venido dando al concepto de instrumento que, desde el punto de vista legal, venía incluyendo cualquier bien o medio que fuera empleado de algún modo por el delincuente para posibilitar la comisión del delito. De este modo, se incluía en el concepto de instrumento, tanto la ganzúa empleada para forzar la puerta de un domicilio en un robo, como al teléfono móvil usado por los delincuentes para concertarse.

Pues bien, con la finalidad de aclarar cualquier duda interpretativa que pudiera surgir de la aplicación del concepto de instrumento, el legislador adicionó a su mención en el art. 127.1 del Código Penal los conceptos de bienes y medios en la reforma introducida por la LO

15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La exposición de motivos de la ley justificaba la modificación de la regulación del decomiso “con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero”.

En particular y por lo que al extremo que se analiza se refiere, la reforma pretendía cerrar cualquier resquicio que pudiera impedir el decomiso de algún recurso que el delincuente hubiera empleado para la comisión del delito; y, para ello, se precisaba más el concepto de instrumento, pero sin que la nueva redacción llegara a modificar lo más mínimo la regulación anterior.

A la misma conclusión llegaba la Circular nº 1/2005 de la Fiscalía General del Estado, cuando señalaba: “Carece de trascendencia práctica la adición de los conceptos de “bienes” y “medios” al de “instrumentos” en el art. 127.1. Sin perjuicio de que, como afirma la exposición de motivos de la L.O. 15/03, la finalidad de toda la reforma de la institución haya sido evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, la nueva expresión no supone un cambio real”.

Así pues, es posible concluir señalando que el concepto de bienes y medios que recoge el art. 127.1 del Código Penal, debe ser interpretado como equivalente al de los instrumentos empleados para cometer el delito, como cualquier recurso de la naturaleza que sea que el delincuente pueda emplear de algún modo en la comisión del delito. Se incluirían aquí, por lo tanto, los instrumentos en sentido estricto, como las ganchas en el delito de robo o el arma homicida en un asesinato y cualquier otro bien o medio comisivo, como el teléfono móvil empleado para preparar el delito o cualquier medio informático que hubiera sido empleado para facilitar la perpetración del delito.

8. ¿SE PUEDE DECOMISAR UN VEHÍCULO UTILIZADO PARA CELEBRAR REUNIONES EN UNA TRAMA DE UN DELITO DE NARCOTRÁFICO?

La utilización de los vehículos para la comisión de delitos de tráfico de drogas se presenta como algo realmente frecuente. El vehículo puede ser utilizado como instrumento del delito en sentido estricto, en los casos en los que se realiza un transporte de droga utilizando como medio para ello el vehículo, y puede ser utilizado como medio de comisión del delito en un sentido amplio en aquellos casos, por ejemplo, en los que se emplee para celebrar en él reuniones o para asistir a las mismas. Ante esta situación, su decomiso puede llegar a plantear problemas de proporcionalidad ya que, en atención al elevado valor que ordinariamente tienen los vehículos, su privación únicamente podría resultar justificada cuando hubiera desempeñado una función ciertamente importante en la comisión del delito.

La primitiva redacción del art. 374 del Código Penal preveía expresamente el decomiso de “los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar”. La LO 15/2003 suprimió esta previsión expresa, sustituyéndola por la referencia genérica a los *bienes, medios, instrumentos y ganancias*, sin que tal modificación, como antes se exponía, tuviera

una particular trascendencia en el decomiso de los recursos empleados para la comisión del delito.

La interpretación concreta de los supuestos en los que resultará procedente el decomiso de los vehículos en los delitos de tráfico de drogas hay que buscarla en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que es claro exponente la STS nº 1274/2009, de 18 de diciembre, cuando señala: “el vehículo será instrumento útil o medio para cometer el delito cuando su utilización para este fin sea específico, por obedecer el turismo en cuestión a características o aplicaciones especiales; pero no cuando se utiliza como medio de transporte personal, y no para transportar, almacenar u ocultar la droga”. De esta manera, procederá el decomiso del vehículo cuando se utilice para el transporte de cantidades de droga que por su peso o volumen no puedan desplazarse sin el auxilio del mismo, o cuando el vehículo disponga de habitáculos o dispositivos especialmente preparados para ocultar la droga ante un eventual control policial (STS 850/2012, de 25 de octubre) o, dicho en otros términos, cuando la utilización del vehículo sea específica, por obedecer el turismo en cuestión a características o aplicaciones especiales, pero no cuando se utiliza como medio de transporte personal y no para transportar, almacenar u ocultar la droga (SSTS nº 314/2007, de 25 de abril y 1274/2009, de 18 de diciembre). Por el contrario, resultará desproporcionado el decomiso del vehículo cuando su uso para transportar droga haya sido un elemento accesorio en el modo de comisión del delito (STS nº 397/2008, de 1 de julio).

Ahora bien, descartado el decomiso del vehículo que únicamente es empleado para cubrir desplazamientos del delincuente, cabe preguntarse si procedería el decomiso del vehículo empleado para mantener reuniones. En este caso, cuando se trata de reuniones realmente trascendentes, como son, por ejemplo, las llevadas a cabo por los miembros de una organización con el fin de no utilizar teléfonos móviles, impidiendo con ello el peligro de la interceptación de sus comunicaciones, considero que el vehículo debe ser decomisado, como medio que ha facilitado la comisión del delito en atención a una “aplicación especial” del vehículo.

9. ¿PUEDEN DECOMISARSE LOS BIENES, MEDIOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS PROCEDENTES DE UN DELITO IMPRUDENTE?

El decomiso de los bienes, medios, instrumentos y ganancias que tuvieran relación con un delito imprudente pudiera parecer que se compadece mal con la finalidad y esencia que preside el decomiso de bienes. Efectivamente, es difícil afirmar que la privación de las ganancias o de otros bienes al autor de un delito imprudente pueda servir para desalentar a futuros delincuentes imprudentes que pudieran perseguir la obtención de ganancias con el delito, precisamente, porque en el delito imprudente la acción del sujeto no viene directamente alentada por una voluntad delictiva que pondere los pros (ganancias materiales) y los contras (posibilidad de decomiso) de su acción delictiva.

No obstante lo expuesto, el art. 127.2 prevé también el decomiso de bienes en el caso de los delitos imprudentes, si bien, justificando la proporcionalidad de la medida por la gravedad del delito cometido, al admitir el decomiso únicamente en el caso de delitos imprudentes que pudieran estar castigados con pena superior a un año de privación de libertad. El decomiso, en estos casos, sigue también cumpliendo la finalidad de privar al delincuente del instrumento que le permitiría de nuevo cometer futuros delitos y, al propio tiempo, aunque con menor

intensidad, puede también servir para establecer una medida más que desaliente determinados comportamientos ante la perspectiva de perder los bienes.

La gran diferencia, sin embargo, entre el decomiso directo derivado de delitos dolosos y el derivado de delitos imprudentes es el carácter preceptivo del primero y no del segundo. De esta manera, se deja libertad al Juez para ponderar los intereses en conflicto en el caso concreto y, al mismo tiempo, se suaviza el exceso de rigor que pudiera derivarse del carácter preceptivo del decomiso también en los delitos imprudentes.

El límite punitivo de un año de prisión previsto por el legislador limita las posibilidades de acordar decomisos por comportamientos imprudentes a los delitos de homicidio (art. 142), lesiones (art. 152), insolvencias punibles (art. 259.3), blanqueo de capitales (art. 301.4), algunas modalidades de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331 en relación con el art. 327), delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes (art. 344), estragos (art. 347), incendios (art. 358 en relación con los arts. 351 y 353), algunas modalidades de delitos contra la salud pública (art. 367 en relación con los arts. 362 quater y 365), financiación del terrorismo (art. 576), colaboración con actividades o finalidades terroristas (art. 577) y delitos contra la comunidad internacional (art. 615 bis 2). Como se ve, se trata de las formas más graves de imprudencia que, en función de las circunstancias concurrentes, podrá permitir adoptar medidas de decomiso.

10. ¿QUÉ SON LOS EFECTOS DEL DELITO?

En sentido estricto, puede afirmarse que los efectos del delito vienen únicamente constituidos por aquellos bienes u objetos que son producidos por el delito mismo, que nacen del concreto delito cometido o son transformados por el mismo. Este sería el caso del documento falsificado o de la creación industrial vulneradora de los derechos de propiedad industrial de su titular. Existe, sin embargo, una concepción más amplia de lo que debe entenderse por efecto del delito que incluye también los bienes sobre los que recae la acción delictiva, esto es, el objeto del delito.

A esta distinción se refería ya la Circular nº 2/2005 de la Fiscalía General del Estado *sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas*, señalando que, en un sentido estricto, los efectos del delito son “los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (por ejemplo, los documentos falsos)” mientras que en un sentido más amplio “se consideren como efectos todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica (dinero, armas, drogas, etc.)”.

Dentro del concepto de efecto del delito cabe incluir, tanto bienes que son de lícito comercio, como otros cuya tenencia o tráfico se encuentra prohibida. Por lo tanto, se incluirán en el concepto de efecto del delito las drogas, las armas, especies animales o de flora protegidas, etc.

11. ¿A QUÉ SE REFIERE LA DISTINCIÓN ENTRE BIENES, MEDIOS O INSTRUMENTOS CON QUE SE HAYAN PREPARADO O EJECUTADO?

Cuando el art. 127 CP se refiere a los bienes medios o instrumentos con que se haya preparado el delito está haciendo referencia a dos tipos de bienes diferentes. Por un lado, entrarían aquí los bienes, medios o instrumentos empleados durante el *iter criminis* con la finalidad de posibilitar finalmente la acción delictiva. De esta manera, por ejemplo, cabría el decomiso de un ordenador personal que haya sido empleado para iniciar los contactos con la víctima del delito, aunque el delito se haya cometido después de manera presencial y no virtual, como podría ser una agresión sexual. Pero, además, se incluyen también los bienes medios e instrumentos empleados en las resoluciones manifestadas de voluntad que finalmente no concluyeran en un delito consumado. Así lo señala la Circular nº 1/2005 de la Fiscalía General del Estado, cuando se refiere “a las formas imperfectas de ejecución punibles, es decir, la tentativa de delito en todo caso y la de faltas contra las personas y contra la propiedad, y los actos de proposición, provocación o conspiración también cuando sean punibles”.

12. ¿HASTA DÓNDE ALCANZA EL DECOMISO DE LA GANANCIA?

Por ganancia debe entenderse cualquier clase de provecho o beneficio que su autor haya podido obtener del delito. Puede tratarse de bienes materiales, que será lo más habitual, o bienes inmateriales o derechos. Puede tratarse de ganancias directamente obtenidas o también de las obtenidas indirectamente, como podría ser la revalorización de un bien.

El decomiso de la ganancia, sin embargo, no se agota en el beneficio en sí, sino que también se extiende, al preverlo expresamente el art. 127.1 CP, a cualquier otro bien que resultara de la transformación de esa ganancia. Cuando se habla de ganancias transformadas se está haciendo referencia, no solo a la concreta transformación física de un bien obtenido como ganancia sino también a la transformación jurídica, como la que podría derivar de la venta de ese bien y la adquisición de otro con el producto obtenido.

El art. 5.6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 (BOE de 10 de noviembre de 1990) señala:

“a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados:

i) Del producto;

ii) de los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o

iii) de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que al producto”.

Los problemas que puedan generarse en los casos de confusión, mezcla o conmixción entre bienes que constituyan ganancias del delito y otros de origen lícito propiedad del condenado o de un tercero, deberán resolverse conforme a las previsiones que contienen los arts. 353 y siguientes del Código Civil sobre la accesión, debiendo predicarse siempre la mala fe del condenado por el delito a quien afecte el decomiso.

13. ¿SE DEBEN DECOMISAR LAS GANANCIAS BRUTAS O NETAS?

Como se sabe, las ganancias obtenidas con una actividad delictiva deben ser objeto de decomiso. Su finalidad, como también se ha dicho, no es otra que la de desincentivar al delincuente que recurre al delito como medio de obtener ganancia. Ahora bien, el decomiso de las ganancias puede encontrar ciertos obstáculos en aquellos casos en los que la ganancia ilícita se confunde con las ganancias lícitas del delincuentes. Se impone la necesidad de deslindar unas de otras, so pena de cometer la injusticia de decomisar ganancias no procedentes del delito, quebrantando con ello la previsión legal.

Algo parecido ocurre, también, con las cantidades que se invierten en la actividad delictiva. Se trata de dinero que debe entenderse de origen lícito –pues el delito todavía no se ha cometido- pero que se está invirtiendo en una actividad delictiva. La duda que aquí surge estriba en determinar si únicamente se decomisará el beneficio neto derivado de la actividad delictiva (del que habría que deducir lo invertido en su producción) o es susceptible de decomiso todo el beneficio bruto obtenido con el delito.

Como argumento a favor del decomiso de la ganancia bruta puede esgrimirse la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, *sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea*, en la que se pedía a la Comisión la presentación de una propuesta marco de Directiva en la que se precisara “que el concepto de producto del delito definido en la Convención de Palermo de las Naciones Unidas y recogido en la Decisión marco 2008/841/JAI es más amplio que el de beneficio”. Nuestro Tribunal Supremo, por su parte, ha apuntado un criterio más preciso: “si el negocio del que se obtienen las ganancias es intrínsecamente ilegal (el ejemplo más gráfico es el tráfico de drogas), el decomiso puede recaer sobre la totalidad del valor de lo obtenido; pero si solo se prohíbe penalmente la clase y forma en la que se consiguió el negocio jurídico, cual acontece con el delito de uso de información privilegiada, lo obtenido son las ganancias especiales o netas” (STS nº 491/2015, de 23 de julio).

Este mismo criterio –según señala la propia sentencia- es el seguido por la jurisprudencia italiana (Sentencia de la Sezione Unite del Tribunal de Casación italiano de 27 de marzo de 2008, n. 26654) y alemana (decisión del Tribunal Supremo alemán: BGH 5 StR 224/09, Auto de 27 de enero de 2010, en este caso precisamente en delito de uso de información privilegiada) en relación con la determinación de las ganancias a efectos de decomiso.

14. ¿QUÉ PROCEDERÍA DECOMISAR EN UN DELITO URBANÍSTICO?

El art. 319 CP prevé la posible imposición de la pena de multa proporcional al montante de los beneficios obtenidos para los responsables del delito urbanístico que regula. Además, establece también expresamente como consecuencia del delito *la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe así como el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*

La previsión expresa del decomiso de las ganancias en este artículo no aporta nada nuevo a la misma mención que ya incluye el art. 127 CP, señalando la Circular nº 7/2011 de la

Fiscalía General del Estado, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo*, que “Esta referencia al comiso en el citado artículo resulta un tanto sorprendente, dado que esta institución viene regulada de manera expresa en el artículo 127 del Código Penal”.

La explicación más lógica que cabe dar a esta aparente reiteración de nuestro Código Penal, es la de solventar las dudas que podrían suscitarse acerca de la compatibilidad del decomiso de las ganancias con el resto de consecuencias punitivas que incluye el precepto y, en particular, con la multa proporcional al montante de los beneficios que, lógicamente, va a recaer siempre sobre las propias ganancias. Por lo tanto, será necesario valorar las ganancias obtenidas para acordar siempre el decomiso de las mismas, además de la imposición de la multa proporcional que proceda en los casos en los que ésta resulte procedente. Lógicamente, las ganancias deberán ser calculadas sin compensar en ellas todos los gastos que pudieran derivar de las penas que se impongan al autor: pago de multa proporcional, demolición de la obra, reposición del terreno a su estado original o indemnizaciones a terceros.

En el cálculo de las ganancias, sin embargo, sí deberán deducirse los gastos empleados para generar el beneficio. Es decir, conforme a lo expuesto en el apartado anterior, deberán decomisarse las ganancias netas y no brutas, pues el negocio del que derivan las ganancias no es ilegal, resultando únicamente delictiva “la clase y forma” de la actividad desarrollada.

Otra de las consecuencias que se derivan de la expresa previsión que hace el art. 319 de las ganancias es que su decomiso procederá siempre, no resultando aplicable la cláusula de proporcionalidad del art. 128 CP. Así se desprende del carácter imperativo empleado por el legislador: “en todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias...”

Finalmente, debemos concluir señalando que la regulación específica que del decomiso se hace para esta clase de delitos no excluye la regla general del art. 127.1 CP y, por lo tanto, procederá el decomiso de los efectos, bienes, medios e instrumentos procedentes o empleados en la comisión del delito. En este punto se plantea la procedencia del decomiso del suelo sobre el que se haya llevado a cabo la construcción no autorizada. Por un lado, no cabe duda de la consideración del suelo como medio o instrumento para la comisión del delito (es el suelo lo que se emplea para llevar a cabo la construcción ilegal) pero, por otro, los precios que ordinariamente ostentan los suelos empleados en la construcción debería plantear dudas de proporcionalidad de la medida. En consecuencia, deberá estarse a las circunstancias que concurran en el caso concreto para resolver acerca del decomiso del suelo.

15. ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE EL DECOMISO DE SUSTITUCIÓN QUE REGULA EL ART. 127.3 Y EL DEL ART. 127 SEPTIES?

Se llama decomiso de sustitución al que recae sobre bienes distintos a los efectos, instrumentos o ganancias relacionados con el delito, que vienen a sustituir, por tener un valor equivalente, a los que realmente han sido empleados o proceden del delito cometido en los casos en que éstos, por cualquier circunstancia, no pudieran ser decomisados. Aparece regulado en el art. 127.3 del Código Penal, que incluye también dentro del concepto ciertos bienes que se decomisan para compensar la depreciación que hubieren podido experimentar los que son objeto de decomiso directo.

Su aparición en nuestro ordenamiento jurídico tuvo lugar con motivo de la reforma operada en el Código Penal por LO 15/2003, habiendo acabado de perfilarse su regulación con la última reforma del propio Código Penal, llevada a cabo por LO 1/2015.

Entre las causas que podrían dar lugar a esta modalidad de decomiso, el Preámbulo de la LO 1/2015 señala que no sea posible localizar los bienes, que se encuentren fuera del alcance de los tribunales, que hayan sido destruidos o que su valor haya disminuido con relación al que tenían cuando fueron incorporados al patrimonio del sujeto, concluyendo con una fórmula abierta que admite cualquier otra circunstancia (como podría ser su pérdida fortuita o enajenación onerosa intencionada a favor de terceros de buena fe, el consumo de las ganancias por el propio delincuente).

Junto al decomiso de sustitución originario que apareció con la reforma de 2003, la de 2015 ha introducido una nueva modalidad de decomiso de sustitución o quizá más precisamente, ha regulado una nueva forma o momento para llevar a cabo el decomiso de sustitución. Señala ahora el art. 127 septies CP: “Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado. De igual modo se procederá, cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”.

Se trata, por tanto, de una sustitución que opera en la fase de ejecución del procedimiento, ante la imposibilidad de llevar a cabo el decomiso concreto previsto en la sentencia. De esta manera, mientras que el decomiso de sustitución del art. 127.3 CP va a motivar que durante toda la tramitación del procedimiento se actúe ya sobre los bienes sustitutos (se embargarán los bienes sustitutos, se pedirá el decomiso en el escrito de acusación de los bienes sustitutos y se acordará el decomiso sobre estos bienes sustitutos en la sentencia), el del art 127 septies CP va a operar la sustitución en el último momento; esto hará que se embarguen, si fuera posible, los bienes relacionados con el delito y no los sustitutos, que en el escrito de acusación se solicite el decomiso de los bienes originales y no los sustitutos y que se acuerde el decomiso en la sentencia de los bienes directamente decomisables y no de los sustitutos. Únicamente ante la imposibilidad de decomisar éstos o de su depreciación puesta de manifiesto tras la publicación de la sentencia, será cuando se lleve a cabo la sustitución.

Una diferencia más. Mientras que la sustitución es preceptiva para el Juez en los casos del art. 127.3 CP, la que regula el art. 127 septies permite al Juez optar potestativamente por ella. En realidad, la previsión de este último artículo no deja de ser más que una herramienta prevista para facilitar la efectividad del decomiso cuando surgen problemas en la fase de ejecución, debiendo valorar el Juez si la entidad de esos problemas permiten solventarlos, ejecutando el decomiso directo de los bienes relacionados con el delito o, por el contrario, procede la sustitución de los mismos por otros, agilizando en definitiva el procedimiento.

16. ¿ES POSIBLE EL DECOMISO DE SUSTITUCIÓN CUANDO LA IMPOSIBILIDAD DEL DECOMISO DIRECTO DEL BIEN NO SEA IMPUTABLE AL ACUSADO?

El art. 127.3 CP no delimita ni restringe las causas que imposibilitan el decomiso de un bien que pudiera motivar el decomiso de sustitución. Por el contrario, alude a *cualquier circunstancia* como posible origen de esta modalidad de decomiso. En consecuencia, no podrá el sujeto afectado por el decomiso alegar que la imposibilidad proviene de una causa extraña a su voluntad para eludir la aplicación del decomiso de sustitución.

La delimitación de las causas que generan la imposibilidad de decomisar los bienes en el decomiso de sustitución a aquellas que deriven de la voluntad del condenado, intentó introducirse en el texto legal de la regulación con motivo de la tramitación parlamentaria de la LO 1/2015. Concretamente, fue la enmienda 588 del Grupo Parlamentario Socialista la que pretendía incluir algún criterio delimitador de las causas de imposibilidad, siendo sin embargo rechazada la propuesta.

Esta solución deriva de la peculiar naturaleza jurídica del decomiso, que no descansa en la culpabilidad del sujeto, sino en el dato objetivo de la procedencia ilícita de los bienes. Por lo tanto, el decomiso de sustitución operará siempre que el decomiso directo de los bienes resulte imposible, independientemente de que la causa de imposibilidad provenga de la voluntad del acusado o de cualquier otra causa distinta.

17. ¿ES POSIBLE EL DECOMISO DE SUSTITUCIÓN SIN HABER VALORADO PREVIAMENTE EL BIEN A SUSTITUIR?

Uno de los requisitos o presupuestos más importantes para fundamentar el decomiso de sustitución es el de que los bienes que hayan de sustituir a los que tengan la consideración de efectos, medios, instrumentos o ganancias del delito, han de tener un valor equivalente a estos. La valoración, por lo tanto, parece erigirse como un presupuesto indispensable para la aplicación de esta clase de decomiso, valoración que deberá alcanzar, tanto al bien sustituido como al sustituto, con el fin de así fundamentar la necesaria equivalencia de valor.

Ahora bien, pueden aparecer numerosos casos en los que la valoración no sea posible o necesaria. Entre los primeros, por ejemplo, los supuestos en los que los bienes directamente relacionados con el delito han desaparecido o se hayan destruido. Entre los segundos, cuando se trate de bienes con un valor tasado o universalmente conocido, como el dinero, títulos valores o cualquier otro bien de precio tasado.

La valoración, además, puede constituir un obstáculo para conseguir la necesaria celeridad en la tramitación de procedimientos complejos en muchos casos. Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que resulte necesario valorar múltiples bienes o llevar a cabo valoraciones especialmente complejas. En estos casos, si la instrucción del procedimiento se encuentra ya concluida, retrasar la apertura del juicio oral a la espera de estas valoraciones no tendría mucha justificación desde la perspectiva de los derechos controvertidos en el procedimiento (imagínese que alguno de los investigados se encuentra en prisión preventiva, por ejemplo).

Todas estas consideraciones deben llevar a la conclusión de que la valoración previa de los bienes a decomisar no constituye un requisito indispensable para justificar el decomiso de sustitución, requisito que, por otro lado, no exige en ningún momento la regulación legal.

La tasación fehaciente de los bienes, por lo tanto, puede coexistir con un criterio de estimación racional del Juez que, como señala el Preámbulo de la LO 1/2015, determine *una*

cantidad hasta cuyo importe quedará autorizado el decomiso de bienes, siguiendo la línea de los códigos alemán y suizo.

Cuando la tasación no sea posible o conveniente, por lo tanto, deberá el Juez fijar un valor de los bienes, exponiendo al propio tiempo los criterios tenidos en cuenta para dicha estimación. La mayor o menor racionalidad de la justificación que se refleje será lo que sirva para legitimar o no ese decomiso de sustitución.

18. ¿ES POSIBLE EL DECOMISO DE SUSTITUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS EMPLEADOS PARA LA COMISIÓN DEL DELITO O SOLO CABE RESPECTO DE LAS GANANCIAS?

El art. 127.3 LECrim, al regular el decomiso de sustitución, comienza señalando: “Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo...” Se plantea la duda si la referencia a “bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo” comprende tanto los efectos, como los bienes, medios, instrumentos o ganancias o, por el contrario, el decomiso de sustitución solo procedería respecto de las ganancias. El fundamento de esta duda se encuentra en la diferente finalidad que persiguen el decomiso de los instrumentos del delito y el decomiso de las ganancias: impedir la comisión de nuevos delitos en el primer caso y frustrar el objetivo de enriquecimiento perseguido por el delincuente en el segundo caso. Por lo tanto, el decomiso de sustitución de los instrumentos del delito parecería no tener acomodo en ese fundamento puesto que, si los instrumentos de comisión del delito han desaparecido, desaparece también el riesgo de que puedan ser utilizados para cometer nuevos delitos.

La interpretación, sin embargo, considero que debe ser amplia, incluyendo dentro del decomiso de sustitución los efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias. Esa era la solución que venía siendo propugnada por la Fiscalía General del Estado (Circulares 1/2005 y 4/2010) y la que más recientemente acoge la Directiva 2014/42/UE (art. 4.1). Además, la desestimación de la enmienda nº 585, del Grupo Parlamentario Socialista en el proceso legislativo de elaboración de la LO 1/2015, que pretendía limitar el decomiso de sustitución únicamente a las ganancias procedentes del delito, conduce a esa misma conclusión.

Esta interpretación, además, no debe entenderse contraria a la finalidad que preside el decomiso de los instrumentos del delito. La inclusión de los instrumentos en esta modalidad de decomiso va frustrar cualquier artificio o maquinación del delincuente tendente a ocultar esos bienes, con el fin de evitar el decomiso. En consecuencia, la medida aparece congruente con la finalidad que persigue la reforma introducida por la LO 1/2015, según su Preámbulo: “incrementar la eficacia de la nueva regulación”.

19. ¿PUEDEN LOS BIENES EMBARGADOS DEJARSE EN PODER DEL INVESTIGADO?

Uno de los mayores problemas que tradicionalmente vino suscitando el embargo preventivo de los bienes susceptibles de decomiso durante la fase de instrucción del procedimiento era el destino que debía darse a los mismos. Con anterioridad a la regulación

por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de las medidas de realización anticipada de bienes (arts. 367 bis y siguientes), la solución venía siendo la constitución de un depósito con los bienes embargados que generaba no pocos gastos a la administración de justicia. Esto ocurrió, sobre todo, con los vehículos y embarcaciones que, además de generar esos importantes gastos de depósito, quedaban prácticamente inservibles para su uso transcurridos algunos meses de inadecuado depósito.

La nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se ha dicho, vino a resolver ese grave problema, arbitrando interesantes medidas como la destrucción anticipada de los bienes, su enajenación o la atribución provisional de su uso durante la tramitación del procedimiento, evitando con ello su depreciación y, sobre todo, la generación de gastos de conservación inadecuados. Sin embargo, pueden plantearse supuestos en los que no proceda esa realización anticipada del bien, ya por sus especiales características, ya porque no existan suficientes indicios que pudieran fundamentar el decomiso definitivo de los bienes.

Para estos supuestos, una interesante solución es acudir al depósito del bien en el propio investigado. Esta era una de las soluciones más frecuentemente utilizadas con anterioridad a la regulación de la realización anticipada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con esta medida se evitan los perjuicios derivados de la conservación del bien (gastos para la administración de justicia y deterioro del bien) y, al propio tiempo, se evitan los riesgos de realizar anticipadamente un bien que finalmente no resulte decomisado, generando con ello en algunas ocasiones un perjuicio irreparable al afectado.

El depósito de los bienes embargados en el propio titular de los bienes se acomodaría a las previsiones de lo que nuestro Código Civil llama secuestro o depósito judicial de bienes. Aparece regulado en el Capítulo III, del Título XI, del Libro IV del Código Civil, arts. 1785 a 1789, como una de las modalidades del depósito. En su regulación destaca el art. 1788 que impone al depositario la obligación de cumplir, respecto de los bienes depositados, las obligaciones de un buen padre de familia, lo que podrá posibilitar la exigencia de responsabilidad por su mala gestión si los bienes depositados se pierden o sufren deterioro.

La constitución de este depósito requerirá siempre el previo apercibimiento expreso de sus obligaciones y responsabilidades al depositario, que podrá hacerse mediante una comparecencia judicial debidamente documentada.

20. ¿ESTÁN SUJETOS LOS BIENES DECOMISADOS AL PAGO DE LAS RESPONSABILIDADES PECUNIARIAS DEL CONDENADO?

El apartado tercero del art. 127 octies señala: “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”.

Esta previsión parece saltarse el orden de prelación de pagos que el propio Código Penal establece en el art. 126, cuando señala: “1. Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente: 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios. 2.º A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa. 3.º A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago. 4.º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados. 5.º A

la multa. 2. Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado”.

Existen, sin embargo, otros preceptos en nuestro ordenamiento jurídico que parecen asignar al producto de los bienes decomisados el mismo destino que al resto de los bienes del condenado. Así, el art. 367 quinquies LECrim señala: “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”.

La contradicción que parece existir entre ambas regulaciones exige la toma de partido por alguna de ellas y, sin perjuicio de la necesaria aclaración por parte del legislador en una futura reforma legal, la prudencia aconseja a inclinarse por la regla general, entendiendo que los bienes decomisados estarán afectos al pago de todas las responsabilidades pecuniarias del condenado, y no solo a la indemnización a los perjudicados. Cualquier otra solución que se apartara de la regla general exigiría una previsión expresa en tal sentido, como ocurre en relación con el tráfico de drogas, cuando el apartado 2º del art. 374 CP, señala: “los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado”.

En el mismo sentido, la Disposición Adicional Sexta LECrim, cuando regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, señala: “Cuando recaiga resolución judicial firme de decomiso, los recursos obtenidos serán objeto de realización y la cantidad obtenida se aplicará en la forma prevista en el artículo 367 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La cantidad restante, así como el producto obtenido por la gestión de los bienes durante el proceso, se transferirá al Tesoro como ingreso de derecho público”. Esta previsión, además, ha pasado literalmente al art. 13.2 del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, *por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos*.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido este mismo criterio y así, la STS nº 272/2017, de 18 de abril, señala: “los de lícito comercio cuya titularidad corresponde al acusado podrán quedar sujetos al pago de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito”; la STS nº 394/2013, de 30 de abril, por su parte, se refería a los bienes susceptibles de decomiso señalando: “Lo verdaderamente relevante es que se trata de bienes cuyo destino está preordenado a la comisión del hecho ilícito, sin perjuicio evidentemente de que en cualquier caso tienen aptitud para cubrir las responsabilidades civiles y penales y por ello estará justificada su retención”.

Desde esta perspectiva, por lo tanto, es posible interpretar el art. 127 octies en el sentido, no de que altere el orden de prelación que sienta el art. 126 CP, sino como una previsión que impide devolver al condenado el sobrante que pudiera resultar de los bienes decomisados una vez cubiertas todas sus responsabilidades pecuniarias, debiendo adjudicarse en todo caso ese sobrante al Estado.

21. ¿PUEDE EL TRIBUNAL NO ACORDAR EL DECOMISO DE BIENES POR ESTIMARLO DESPROPORCIONADO?

El art. 128 CP termina la regulación del decomiso señalando: “Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”.

Partiendo de este principio de proporcionalidad, el decomiso de bienes deberá ser siempre valorado con criterios restrictivos (SSTS nº 597/1997, de 24 de abril y 499/2013 de 11 de junio).

El juicio de proporcionalidad deberá llevarse a cabo ponderando la naturaleza o gravedad de la infracción penal con el valor del bien a decomisar. El valor del bien no debe ceñirse exclusivamente a su valoración económica, sino que deberá tenerse en cuenta, también, “el valor que puede tener como medio con el que el propietario satisface sus necesidades o las de sus allegados” (STS nº 594/1997, de 28 de abril).

La proporcionalidad en la adopción de la medida habrá de tener también en cuenta la posible satisfacción de las responsabilidades civiles por parte del condenado. De esta manera, aunque no existiera desproporción entre el valor de los bienes y la naturaleza y gravedad de la infracción, podrá no decretarse el decomiso si están satisfechas las responsabilidades civiles.

Por otro lado, no debe olvidarse que el juicio de proporcionalidad únicamente rige en relación con los bienes de lícito comercio. Cuando se trate de géneros prohibidos, procederá siempre el decomiso, exista o no desproporción. Esta conclusión ya era recogida por la Consulta nº 2/1986 FGE que al referirse a los bienes susceptibles de decomiso indicaba: “si aquéllos son del lícito comercio el comiso es facultativo y puede ser parcial (...), pero si los objetos del delito ocupados son de ilícito comercio, el comiso es obligatorio y total”.

Además, debe repararse que, como se desprende del tenor literal del precepto, el juicio de proporcionalidad únicamente procede en relación con los efectos e instrumentos del delito, pero no en relación con las ganancias. Así lo ha entendido también la doctrina jurisprudencial (por todas, la STS nº 474/2014, de 11 de junio) llegando a señalar Circular nº 4/2010 FGE: “Por tanto, los Sres. Fiscales únicamente cuando formulen peticiones de comiso respecto de efectos e instrumentos, ponderarán que las mismas se ajusten al principio de proporcionalidad, pues aunque dicha decisión judicial tiene carácter potestativo, en virtud del principio acusatorio la petición del Ministerio Fiscal puede ser determinante al respecto. Las ganancias procedentes de la infracción criminal deberán ser decomisadas cualquiera que sea su cuantía”.

Por último, conviene recordar que el criterio de proporcionalidad que establece el art. 128 CP resulta también aplicable a los bienes procedentes del tráfico de drogas y blanqueo de capitales procedentes del mismo. Ante las dudas que en su momento se generaron sobre este extremo, ya lo venía proclamando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS nº 1312/1994, de 28 de febrero, 314/2007, de 15 de abril o 397/2008, de 1 de julio, entre otras), no ofreciendo hoy en día dudas esta interpretación al haber incluido la reforma de 2015 una remisión expresa al art. 128 en el art. 374, regulador del decomiso en esta clase de delitos.