

DECOMISO DE LOS PRODUCTOS DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

“Garantizar que el delito no resulte provechoso”

Teresa Aguado Correa

Profesora Titular de derecho Penal. Universidad de Sevilla

AGUADO CORREA, Teresa. Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: “Garantizar que el delito no resulte provechoso”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-05, p. 05:1-05:27. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 15-04 (2013), 8 jul]

RESUMEN: En el presente trabajo la autora defiende la importancia del comiso del producto del delito como un medio eficaz de lucha contra la

delincuencia organizada y analiza las distintas medidas propuestas en la Unión Europea para garantizar que el delito no resulte provechoso para el delincuente. Igualmente se analizan las reformas llevadas a cabo en la legislación española para conseguir este objetivo.

PALABRAS CLAVE: Delincuencia organizada, productos del delito, comiso, política de derecho penal de la Unión Europea.

Fecha de publicación: 8 julio 2013

SUMARIO: I. Introducción. II. La delincuencia organizada en el Programa de Estocolmo. III. Productos de la delincuencia organizada. IV. Comiso como medio eficaz de lucha contra la delincuencia organizada. 1. Decomiso sin condena o decomiso civil. 2. Creación de un nuevo delito en el caso de posesión de bienes «injustificados». 3. Asegurar el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo preventivo y decomiso dictadas por otros Estados miembros. 4. Ampliación del ámbito de aplicación del decomiso obligatorio

I. Introducción

En septiembre de 2011, la Comisión Europea envió una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones titulada “Hacia una política de Derecho Penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho Penal”¹.

El objetivo de la misma era “presentar un marco para el desarrollo de una Política Penal de la UE al amparo del Tratado de Lisboa”. En opinión de la Comisión, “Una Política penal de la UE debe tener como objetivo global fomentar la confian-

¹ Bruselas, 20.9.2011, COM (2011) 573 final.

za de los ciudadanos en el hecho de que viven en una Europa de libertad, seguridad y justicia, que el Derecho de la UE que protege sus intereses se aplica y ejecuta plenamente y que, al mismo tiempo, la UE actuará dentro del pleno respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y otros principios básicos del Tratado”².

Y es que a pesar de los esfuerzos realizados en la Unión Europea³, y haberse aprobado numerosas Decisiones Marco con el fin de luchar de una manera más eficaz contra una delincuencia cada vez más internacional y sofisticada, los europeos consideraban que la lucha contra la delincuencia era una de las cuatro acciones a las que la UE tenía que prestar mayor atención en los próximos años⁴.

Uno de los problemas con el que nos encontrábamos en la Unión Europea era la falta de mecanismos que permitiesen garantizar el cumplimiento efectivo de la legislación por parte de los países miembros, puesto que si bien los Estados estaban obligados a garantizar la aplicación de las políticas de la Unión Europea, generalmente podían elegir los medios de aplicación. Por ello, la Comisión, en la Comunicación a la que hemos hecho referencia al inicio, contempla el establecimiento de normas comunes sobre cómo garantizar la ejecución, incorporando, en caso necesario, sanciones penales en caso de violación de la legislación de la Unión Europea⁵.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009) existen nuevas oportunidades para desarrollar la legislación penal de la UE, al contemplar en el art. 83 TUE⁶ una base jurídica explícita⁷ para la adopción de directivas de

² COM (2011) 573 final, pág. 2.

³ En aplicación de lo dispuesto en el art. 83.1 del Tratado de la Unión Europea, se ha aprobado la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, DO L 101 de 15.4.2011, pág. 1.

⁴ Las tres restantes son la política económica y monetaria, política de inmigración y la política de salud, según los datos ofrecidos por el Eurobarómetro 75, primavera de 2011.

⁵ COM (2011) 573 final, pág. 4.

⁶ “Artículo 83 (antiguo artículo 31 TUE):

1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito

Derecho Penal, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE que han sido objeto de armonización durante más de una década.

La adopción de medidas de Derecho Penal de la UE, según la Comisión, podría contribuir a garantizar que los delincuentes no se aprovechen de las lagunas de punición y las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos de los países, tanto en la consideración de una conducta como infracción penal o administrativa, como en la sanción con la que se castiga. A través de la legislación de la UE en materia penal, se impediría la existencia de “refugios seguros”⁸.

A la hora de tomar decisiones sobre medidas de Derecho Penal destinadas a garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la Unión Europea que son objeto de medidas de armonización, el legislador de la UE deberá seguir, en opinión de la Comisión⁹, dos pasos: en un primer paso, decidir si debe adoptar medidas o no de Derecho Penal, teniendo presente los postulados del principio de necesidad y proporcionalidad, siendo el Derecho Penal el instrumento de último recurso (“*ultima ratio*”)¹⁰; en un segundo paso, una vez que se demuestre la necesidad de recurrir al Derecho Penal, se deben tener en cuenta una serie de principios rectores de la decisión sobre qué tipo de medidas de Derecho penal adoptar, debiéndose tener presente además unas normas mínimas, la necesidad y proporcionalidad y la adecuación de las sanciones a los delitos¹¹, entre otras, requiriendo el estudio de cuestiones como la necesidad de acordar medidas adicionales como la incautación, de la cual nos ocupamos en este trabajo¹². En opinión de la Comisión, “A veces el Derecho Penal de la UE determina más eficazmente que tipos o niveles de sanciones

de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76”.

⁷ Con anterioridad al Tratado de Lisboa, en ausencia de esta base jurídica explícita, se tomaron algunas medidas dirigidas a reforzar la aplicación de las políticas de la UE, sobre la base de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia (C-176/03 y C-440-05). En concreto, la Directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal; Directiva 2009/123/CE, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones; y la Directiva 2009/52/CE por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

⁸ COM (2011) 573 final, pág. 7.

⁹ COM (2011) 573 final, págs. 10 y ss.

¹⁰ Sobre la importancia del principio de proporcionalidad en Derecho Penal, vid. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999, *passim*. En nuestro trabajo sobre *El comiso*, Madrid, 2000, pág. 73, pusimos de manifiesto la necesidad de tener muy presente el principio de subsidiariedad en la lucha contra la criminalidad organizada, en particular, en la regulación de las sanciones debiéndose tener muy presente el grado de efectividad de las sanciones patrimoniales y formas de intervención alternativas.

¹¹ TIEDEMANN, en “Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo”, *Revista Penal*, nº 3, pág. 77, destacó la importancia de la noción constitucional de proporcionalidad en Europa, recordando que el Proyecto de *Corpus Juris* para la creación de un espacio penal europeo común en torno a la protección de los intereses financieros de la Comunidad, subrayaba expresamente que el principio de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad de las penas y medidas de seguridad son principios básicos del Derecho penal europeo.

¹² COM (2011) 573 final, pág. 13.

deben ser aplicables. También pueden incluirse disposiciones relativas a la incautación”.

Ya a finales del año 2008, la Comisión, en la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso””, puso de manifiesto los problemas que planteaba el marco jurídico de la Unión Europea, afirmando que “convendría considerar una refundición del marco jurídico europeo. Un ejercicio de estas características estaría en consonancia con la política de simplificación y mejora de la legislación de la Unión Europea y permitiría reforzar la claridad y la coherencia de los textos existentes”¹³.

II. La delincuencia organizada en el Programa de Estocolmo

En este nuevo marco jurídico¹⁴, el espacio de libertad, seguridad y justicia europeo sigue constituyendo uno de los elementos clave de la respuesta de la UE a los retos globales a largo plazo y una contribución al fortalecimiento y desarrollo del modelo europeo de economía social de mercado para el siglo XXI. No olvidemos que la libertad, la seguridad y la justicia son los ámbitos en los que los ciudadanos más esperamos de los responsables políticos, ya que afectan a nuestra vida cotidiana¹⁵. Por ello, el espacio de libertad, seguridad y justicia es, de nuevo, objeto de atención preferente del Consejo Europeo, como se pone de manifiesto en el programa plurianual en el que se establecen las prioridades de la UE respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia durante el período de 2010-2014: “Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”¹⁶. En

¹³ Bruselas, 20.11.2008, COM (2008) 766 final, pág. 7. Debemos aclarar que durante el proceso de publicación de nuestro trabajo, se ha presentado una “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la U.E”, de 12 de marzo de 2012 (COM 2012) 85 final, que no ha podido ser tenida en cuenta en el texto.

¹⁴ Como se afirma en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones, “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo”, Bruselas, 20.4.2010, COM(2010) 171 final, (citado como Plan acción del Programa de Estocolmo), página 3, “La entrada en vigor del Tratado de Lisboa permite a la Unión mostrar una mayor ambición a la hora de responder a las preocupaciones y aspiraciones cotidianas de los ciudadanos europeos. En primer lugar, el papel cada vez más importante del Parlamento Europeo como colegislador en la mayoría de las materias y la mayor implicación de los parlamentos nacionales harán que la UE sea más responsable de sus acciones en interés del ciudadano, y reforzarán la legitimidad democrática de la Unión. En segundo lugar, la introducción de la decisión por mayoría cualificada en el Consejo para la mayoría de las materias racionalizará el proceso de toma de decisiones. Por último, el control jurisdiccional mejorará porque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asumirá la supervisión jurisdiccional de todos los aspectos relacionados con la seguridad, la justicia y la libertad, mientras que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE se convierte en jurídicamente vinculante.

¹⁵ Plan de acción del Programa de Estocolmo, pág.2.

¹⁶ Diario Oficial C 115, de 4 de mayo de 2010. Este programa, según se afirma en la página 2 del Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, se basa esencialmente en las ambiciones que la Comisión expuso en su Comunicación de junio de 2009, COM (2009) 262: «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos»: “La Unión debe dotarse de un nuevo programa plurianual que,

este programa se recomienda el desarrollo de una estrategia de seguridad interior para la UE dirigida a mejorar la protección de los ciudadanos y a luchar contra la delincuencia organizada¹⁷ y el terrorismo. La estrategia de seguridad interior se basa en un planteamiento anticipatorio, horizontal y transversal con tareas repartidas entre la UE y los Estados miembros, centrándose en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, y otorgándose prioridad al terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico ilícito de estupefacientes, la explotación sexual de mujeres y menores y la pornografía infantil, delincuencia cibernética, y, por último, la delincuencia económica y corrupción.

De la lectura del Programa de Estocolmo, se deduce que el Consejo Europeo pone el acento más que en la lucha contra la delincuencia organizada a nivel legislativo, en la lucha contra esta forma de delincuencia a nivel policial y judicial y, sobre todo, preventivo¹⁸. Este cambio es confirmado por la Comisión Europea en el Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo, cuando afirma que con frecuencia la creación de instrumentos jurídicos no es suficiente¹⁹, considerando que “Ha llegado el momento de evaluar nuestro anterior enfoque, según el cual la Unión tenía que reaccionar ante acontecimientos inesperados y trágicos, generalmente caso por caso, y de aprovechar el nuevo sistema institucional que ofrece el Tratado de Lisboa con un enfoque coherente y multidisciplinario...El Tratado de Lisboa ha dotado a la Unión de unos instrumentos que le permiten luchar mejor contra el terrorismo y la delincuencia organizada...Las futuras medidas sobre la delincuencia organizada deben aprovechar al máximo el nuevo marco institucional. La trata de seres humanos, la pornografía infantil, la delincuencia informática, la

a partir de los progresos logrados y de las enseñanzas extraídas de las deficiencias actuales, tenga una ambiciosa proyección de futuro. Este nuevo programa debería definir las prioridades para los cinco próximos años para hacer frente a los desafíos futuros y hacer más tangibles para los ciudadanos los beneficios del espacio de libertad, seguridad y justicia. La construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia no se concibe sin una fuerte dimensión externa, coherente con la política exterior de la Unión Europea, y que debe contribuir a la propagación de nuestros valores, promoviéndolos dentro del respeto de las obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos”.

¹⁷ Plan de acción del Programa de Estocolmo, pág. 2.

¹⁸ Dentro de las acciones, se contempla la de promover el concepto de prevención y lucha contra la delincuencia organizada mediante un enfoque administrativo.

¹⁹ En la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo, de 10 de junio de 2009, COM(2009) 262 final, pág. 14, «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos», se afirmó que el desarrollo del espacio judicial europeo requería un cierto grado de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados: “En materia penal, y en particular por lo que se refiere al terrorismo, la delincuencia organizada y los ataques a intereses financieros de la Unión, solamente la acción a nivel europeo puede dar resultados eficaces. Por lo tanto, es necesario proseguir la aproximación del Derecho material por lo que se refiere a determinados delitos graves de carácter típicamente transfronterizo que deben ser objeto de definiciones y sanciones comunes. Esta aproximación permitirá profundizar en el reconocimiento mutuo y, en algunos casos, llegar a la supresión casi total de los motivos para denegar el reconocimiento de las resoluciones de los demás Estados miembros. Por otra parte, y dentro del respeto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la aplicación de algunas políticas de la Unión puede exigir la definición de delitos y sanciones comunes para garantizar su eficacia, como ha sido parcialmente el caso en materia de medio ambiente y de transportes”. Téngase presente que esta Comunicación es anterior a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

delincuencia financiera, la falsificación de medios de pago y el tráfico de drogas deben abordarse desde una perspectiva global...²⁰.

Este cambio de enfoque no implica que se renuncie al Derecho Penal. En el Plan de acción para el programa de Estocolmo, se afirma: “El Derecho penal es un ámbito relativamente nuevo de la acción de la UE respecto del cual el Tratado de Lisboa establece un marco jurídico claro. La política de la UE en materia de aproximación del Derecho penal sustantivo y procesal debe basarse en una estrategia de justicia penal que respete plenamente los principios de subsidiariedad y coherencia. Esta estrategia se llevará a cabo en estrecha colaboración con el Parlamento Europeo, los parlamentos nacionales y el Consejo y en ella se reconocerá que la cuestión principal sigue siendo el reconocimiento mutuo, y que la armonización de los delitos y las sanciones se realizará en casos determinados. La administración de justicia no debe ser obstaculizada por diferencias injustificables entre los sistemas judiciales de los Estados miembros: no se debe permitir que los delincuentes eviten la acción judicial y la cárcel cruzando fronteras y aprovechando las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales”²¹.

III. Productos de la delincuencia organizada

La lucha contra la delincuencia organizada se debe librar en tres frentes - comiso²², blanqueo de capitales y recuperación de activos- siendo el objetivo común a combatir el beneficio económico que genera ese tipo de actividad delictiva. *Conditio sine qua non* para poder decomisar los productos del delito es la existencia en los respectivos países de agencias que se encarguen de localizar y recuperar estos activos.

Y así lo ha reconocido la propia Comisión en la Comunicación que dirige al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”. Como se recoge en este documento²³:

“Para atajar las actividades de la delincuencia organizada es esencial privar a sus autores de los productos generados por esas actividades. Las organizaciones delictivas construyen redes internacionales a gran escala y ganan enormes beneficios de sus distintas actividades ilícitas. A continuación, los productos del delito se blanquean y se reinyectan en la economía legal.

La eficacia de los sistemas nacionales de lucha contra el blanqueo de capitales y la cooperación internacional en este campo son de vital importancia. Sin embargo,

²⁰ Plan de Acción del Programa de Estocolmo, pág. 6.

²¹ Plan de Acción del Programa de Estocolmo, pág. 5.

²² Sobre la importancia del comiso de ganancias como instrumento de lucha contra la delincuencia organizada vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, Ed. Edersa, 2000, págs. 66 y ss.

²³ Bruselas, 20 de noviembre de 2008. COM (2008) 766 final.

aun en los casos en que las organizaciones delictivas han conseguido blanquear los productos de sus actividades ilícitas, siempre es posible identificar sus bienes gracias a la inteligencia financiera y a la investigación y proceder a continuación a su embargo y recuperación”.

El decomiso y la recuperación de bienes de origen delictivo constituyen herramientas muy eficaces de lucha contra la delincuencia organizada, que se mueve esencialmente por el afán de lucro²⁴. El decomiso impide, en efecto, que estos fondos puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas, minar la confianza en los sistemas financieros y corromper la sociedad legítima. Al incidir en el principio de que «el delito no resulte provechoso», ejerce un efecto disuasorio²⁵ que puede contribuir a reducir la influencia de modelos negativos en las comunidades locales. En algunos casos, las medidas de decomiso permiten apuntar específicamente a los responsables de las organizaciones delictivas, que solo en contadas ocasiones son investigados y procesados.

Puesto que los productos del delito se adquieren cada vez con mayor frecuencia en países distintos de aquellos en los que operan normalmente las organizaciones delictivas o en los que se pronuncian las condenas penales, su identificación e incautación se complican. De ahí que la cooperación entre las autoridades nacionales y un rápido intercambio de información sean esenciales para maximizar las posibilidades de decomiso de los productos del delito, desempeñando las Oficinas de Recuperación de Activos (ORA) un papel muy importante en este ámbito ya que facilitan el seguimiento de los bienes de origen delictivo, participan en los procedimientos de decomiso, aseguran la buena gestión de los bienes incautados y sirven de puntos de contacto centralizados para las actividades de decomiso a nivel nacional²⁶.

Cuando en el Programa de Estocolmo se aborda la delincuencia económica y la

²⁴“En sus conclusiones, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de los días 12 y 13 de junio de 2007 invitaba a los Estados Miembros a «aumentar sus esfuerzos en los aspectos financieros de las investigaciones y actuaciones judiciales, por ejemplo, en lo referente al embargo de activos»”.

²⁵ Un estudio de 2007 sobre el tráfico ilícito de estupefacientes encargado por el *Home Office* del Reino Unido puso de manifiesto que, desde el punto de vista de los delincuentes, el decomiso constituye un importante medio de disuasión. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el “delito no resulte provechoso”, 2008, pág. 5.

²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el “delito no resulte provechoso”, 2008, pág. 9. El día 6 de diciembre de 2007 se aprobó en Europa una Decisión marco del Consejo, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, DOUE L 332, de 18 de diciembre de 2007. Esta Decisión marco vino a proporcionar una base jurídica a la red CARIN («Camden Assets Recovery Inter-Agency Network»), establecida en La Haya los días 22 y 23 de septiembre de 2004 por Austria, Bélgica, Alemania, Irlanda, los Países Bajos y el Reino Unido. Se trata de una red global de profesionales y expertos, especialistas de los servicios policiales y judiciales en materia de decomiso y recuperación de activos, cuya intención es reforzar el conocimiento común de los métodos y técnicas en el ámbito de la identificación, embargo preventivo, incautación y decomiso transfronterizo de los productos procedentes del delito y de otros bienes relacionados con él.

corrupción, se afirma: “La Unión debe reducir el número de ocasiones que aprovecha la delincuencia organizada como consecuencia de la globalización de la economía, en especial durante una crisis que está exacerbando la vulnerabilidad del sistema financiero...”²⁷. Con ese objetivo, el Consejo Europeo²⁸ insta a los Estados miembros y, en su caso, a la Comisión a:

1) Aumentar la capacidad para investigaciones financieras y combinar todos los instrumentos disponibles en Derecho fiscal, civil y penal; debe llevarse a cabo un análisis financiero científico poniendo en común recursos, en especial con miras a la formación. La confiscación de las ganancias ilícitas debería ser más eficaz, y tendría que reforzarse la cooperación entre los organismos de recuperación de activos,

2) Determinar las ganancias ilícitas de forma más eficaz y confiscarlas y, cuando sea posible, plantearse su reutilización siempre que se encuentren en la Unión,

3) Fomentar el intercambio de información entre las unidades de información financiera (UIF) en su lucha contra el blanqueo de capitales. En el marco del sistema europeo de gestión de la información, sus análisis podrían alimentar una base de datos sobre operaciones sospechosas, por ejemplo en Europol,

4) Movilizar y coordinar las fuentes de información para identificar las transacciones en efectivo sospechosas y confiscar las ganancias ilícitas en consonancia con el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito del Consejo de Europa de 1990, por ejemplo mediante legislación que establezca si el origen de los ingresos es lícito o no.

5) Mejorar la persecución de la evasión fiscal y la corrupción en el sector privado, y la detección precoz del abuso fraudulento del mercado (como los delitos de iniciado y la manipulación del mercado), así como la malversación de fondos,

6) Facilitar el intercambio de prácticas idóneas desde el punto de vista preventivo y policial, en especial en el marco de la Red de organismos de recuperación de activos y de la Red europea contra la corrupción.

IV. Comiso como medio eficaz de lucha contra la delincuencia organizada

El decomiso de los ingresos de la delincuencia se considera desde hace tiempo un medio de lucha eficaz contra la delincuencia organizada. Así, los planes de acción del Consejo Europeo encaminados a combatir este fenómeno insisten invariablemente en la necesidad de privar a la delincuencia organizada de su principal incentivo, es decir, del beneficio²⁹. Por su parte, la Comisión considera que es

²⁷ Bruselas, 2 de diciembre de 2009, pág. 48.

²⁸ Bruselas, 2 de diciembre de 2009, págs. 48 y 49.

²⁹ INFORME DE LA COMISIÓN, con arreglo al artículo 6 de la Decisión marco del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (2005/212/JAI), Bruselas, 17.12.2007, COM (2007) 805 final, pág. 1.

fundamental abordar el decomiso de instrumentos, productos y bienes delictivos, ya que se trata de un medio eficaz de lucha contra la delincuencia organizada. De hecho, es la manera de privar a los delincuentes de sus recursos financieros, limitando su capacidad para cometer actos perjudiciales y desposeyéndoles del disfrute de bienes de los que se rodean para su propia comodidad. En la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso””, la Comisión concluyó:

“Luchar eficazmente contra el delito significa golpear a los delincuentes donde más les duele. El decomiso y la recuperación de los productos del delito afectan a sus recursos y constituyen un capítulo esencial de la estrategia de la Unión Europea en materia de lucha contra el delito financiero.

Se debería seguir trabajando para poner de relieve la importancia del decomiso como uno de los medios más eficaces para luchar contra la delincuencia organizada”.

No obstante, como reconoce la propia Comisión, el total de decomisos efectuados en Europa, ha sido “relativamente limitado y las sumas recuperadas modestas”³⁰, sobre todo en comparación con los ingresos que obtienen quienes se dedican a la delincuencia organizada.

Para paliar esta situación se han planteado varias opciones. Por una parte, como ya avanzamos al principio de nuestro trabajo, se consideró la conveniencia de refundir el marco jurídico europeo en vigor, en consonancia con la política de simplificación y mejora de la legislación de la Unión Europea³¹, con el fin de reforzar la claridad y la coherencia de los textos existentes³². La realidad es que tres de las Decisiones Marco que regulan el comiso plantean problemas de aplicación³³, a lo que se suma que los instrumentos con los que contamos a nivel europeo solo se están incorporando parcialmente a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Debe tenerse presente que las Decisiones marco del Consejo son obligatorias para los Estados miembros en cuanto al resultado que debe conseguirse pero

³⁰ COM (2008) 766 final, pág. 5.

³¹ COM (2008) 766 final, pág. 13.

³² En el Dictamen del CESE de 13 de septiembre de 2006, “La participación de la sociedad civil en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo” (DOUE C 318, de 23/12/ 2006), pág. 151, apartados 6.15 y 6.16, se afirmaba que los ciudadanos europeos no entendemos la dispersión de instrumentos y herramientas en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo. Contamos con muchos instrumentos y descoordinados entre sí, repercutiendo negativamente en la eficiencia.

³³ Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, DO L 196 de 2.8.2003, p. 45; Decisión marco 2005//212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, DO L 68 de 15.3.2005, p. 49; Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, DO L 328 de 24.11.2006, p. 59.

dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y los métodos, no pudiendo surtir efectos directos.

Por otra, la Comisión Europea estudia la posibilidad de ampliar ciertos conceptos jurídicos e introducir nuevas normas que amplíen los supuestos de decomiso con las garantías necesarias. Se planteó para debate las siguientes ideas: a) decomiso sin condena penal (decomiso civil); b) creación de un nuevo delito en el caso de posesión de bienes injustificados; c) asegurar el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo preventivo y decomiso; d) ampliación del ámbito de aplicación del comiso obligatorio; e) Velar por que se cumpla la obligación de facilitar la información sobre cuentas bancarias.

Vamos a detenernos, aunque sea brevemente, en algunas de estas ideas para ver el desarrollo de las mismas a nivel europeo y en España.

1. *Decomiso sin condena o decomiso civil*

El comiso de activos sin condena penal es una herramienta considerada fundamental para la recuperación de los productos y los instrumentos de la delincuencia organizada y del terrorismo. Especial importancia se le ha concedido a nivel internacional como mecanismo de recuperación de los activos robados como consecuencia de la corrupción, ya que el robo de activos públicos constituye un problema de gran magnitud para el desarrollo. Se estima que cada año se pierden entre 1 y 16 billones de dólares y que el dinero saqueado por los funcionarios corruptos equivale al PIB anual de los 12 países más pobres del mundo, donde viven 240 millones de personas. Siguiendo con las cifras, se estima que la cantidad de dinero robado a los países en desarrollo y transición, equivale a entre el 20 y 40% de los flujos de la ayuda oficial para el desarrollo³⁴.

Pero no solo el costo económico es el relevante en los casos de corrupción, sino también el costo para el Estado de Derecho. La corrupción conlleva degradación y desconfianza en las instituciones públicas, especialmente las que tienen que ver con la administración financiera pública y la gobernabilidad del sector financiero; así como también conduce al debilitamiento, e incluso la destrucción, del clima de inversiones privadas y la corrupción de los mecanismos de prestación de servicios sociales, como los programas de salud y educación básicos, teniendo un impacto especialmente negativo para los pobres³⁵.

Ante esta realidad, el comiso de activos sin condena penal se erige en herramienta de primer orden para recuperar los productos e instrumentos de la corrupción. Se trata de un mecanismo legal que prevé el control, la captura y comiso de los activos robados sin la necesidad de una condena penal. Puede llegar a ser esencial para la

³⁴ GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena, 2009, pág. xvii.

³⁵ GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, Recuperación de activos robados..., cit., pág. 3.

recuperación de activos en los casos en los que el sujeto está muerto, se ha fugado de la jurisdicción, es inmune a la investigación o el enjuiciamiento, o es demasiado poderoso para enjuiciarlo³⁶.

Puesto que en la mayoría de los países de la Unión Europea, solo se prevé el decomiso penal, en la citada Comunicación, la Comisión planteó la posibilidad de prever supuestos en los que se pueda aplicar el conocido como el decomiso sin condena penal, incorporando así la Recomendación nº3 del GAFI³⁷. Pero tampoco podemos pasar por alto lo dispuesto en la letra c) del apartado 1 del art. 54 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la Comunidad Europea en septiembre de 2008³⁸, donde se insta a los Estados integrantes que consideren el decomiso de los productos del crimen sin necesidad de condena en los siguientes términos: “c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”.

En la Comunicación “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso””, la Comisión contempla el decomiso sin condena penal en los siguientes supuestos:

i) Cuando exista la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de delitos graves, dado que su valor resulta desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y que este mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. En este caso se podría abrir una causa ante un tribunal civil (que podría ordenar el decomiso de los bienes), basándose en la presunción, habida cuenta de las distintas probabilidades, de que los bienes provienen de actividades delictivas. En estos casos se invierte la carga de la prueba, incumbiendo al presunto delincuente acreditar el origen lícito de sus bienes.

ii) Cuando la persona sospechosa de haber cometido determinados delitos graves haya fallecido, esté en fuga por un determinado período de tiempo o no pueda ser procesada por cualquier otro motivo.

iii) En determinados casos, en los que las autoridades aduaneras incautan dinero en efectivo contraviniendo lo dispuesto en el Reglamento comunitario sobre los controles de dinero efectivo³⁹. Mediante una decisión administrativa se podría habilitar a estas autoridades para incautar sumas superiores a 10 000 EUR no decla-

³⁶ GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, Recuperación de activos robados..., cit., págs. xvii y xviii.

³⁷ Recomendación nº 4 (versión 2012). Los países también pueden considerar la posibilidad de prever medidas de incautación “sin que se requiera una condena penal o que requieren que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso”.

³⁸ Decisión del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, DOUE número 287 de 29 octubre de 2008.

³⁹ Reglamento (CE) nº 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad, DO L 309 de 25.11.2005, p. 9.

radas al entrar o salir de la Unión Europea. Sin embargo, para decomisar estas sumas (p. ej. como productos de una operación de evasión fiscal) se precisa en última instancia una resolución judicial. El hecho de que la evasión fiscal no se persiga en todos los Estados miembros con acciones penales podría constituir otro argumento en favor del decomiso civil.

En España, desde la reforma sufrida por el Código Penal a través de la LO 15/2003⁴⁰, tenemos regulado el comiso sin condena penal, habiéndose ampliado su ámbito de aplicación tras la última reforma sufrida por el art. 127 CP a través de la LO 5/2010⁴¹, puesto que los casos en los que se permite este decomiso sin condena penal son todos aquellos supuestos regulados en los apartados anteriores⁴², entre los cuales se encuentra el decomiso ampliado: “El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita”. El legislador penal español va más allá de las exigencias de los instrumentos internacionales, a pesar de que justifica los mismos en la necesidad de cumplir con las obligaciones internacionales⁴³.

El decomiso sin condena penal también se prevé en la ley especial en la que se regula el delito de contrabando, Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de la represión del contrabando, tras la modificación sufrida por ésta a través de la LO

⁴⁰ Exposición de Motivos, apartado II, letra m): “También se incorpora el comiso de bienes por valor equivalente, así como se prevé la posibilidad de acordarlo por el tribunal, incluso cuando no se imponga pena a alguno de los imputados por estar exento de responsabilidad criminal”. Sobre la regulación del comiso sin condena penal, vid. críticamente AGUADO CORREA, “La regulación del comiso...”, *RECPC* 05-04 04:7.

⁴¹ Se incorpora el párrafo 2 del apartado 1, donde se regula el decomiso ampliado, y el apartado 2 del art. 127 CP, que prevé el comiso en algunos delitos imprudentes.

⁴² Artículo 127 CP: “1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

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

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

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho”.

⁴³ Cfr. Exposición de Motivos LO 5/2010, apartado VIII.

6/2011, de 30 de junio⁴⁴. Este decomiso sin condena penal se encuentra contemplado en el nuevo apartado 5 del artículo 5, en idénticos términos que el apartado 4 del art. 127 CP.

2. *Creación de un nuevo delito en el caso de posesión de bienes «injustificados»*

En los Estados miembros existen o coexisten diferentes procedimientos legales (decomiso penal, decomiso civil, utilización de las competencias de las autoridades fiscales) que persiguen el mismo objetivo: incautar los productos del delito. En algunos de ellos no se puede proceder al decomiso sin una condena penal previa, motivo por el cual la Comisión plantea para el debate, la idea de crear un nuevo delito —posesión de bienes «injustificados»— con el fin de perseguir los productos del delito, en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario, y éste tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. La diferencia con el supuesto contemplado en el inciso i) del anterior apartado, es que el procedimiento se sustanciaría ante un tribunal penal y no se invertiría totalmente la carga de la prueba.

En opinión de la Comisión, este tipo penal, introducido en el art. 321.6 del Código Penal Francés en el año 2006⁴⁵, “está resultando muy eficaz”⁴⁶. En este artículo se castiga a quien no pueda justificar los recursos correspondientes a su nivel de vida o no pueda justificar el origen de un bien, siempre que mantenga relaciones habituales con una o varias personas que se dediquen a la comisión de crímenes o de delitos castigados con penas superiores a 5 años.

Tras la reforma sufrida por el Código Penal español a través de la LO 5/2010, el art. 301.1 CP tipifica como blanqueo de capitales la conducta de “el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva cometida por él o por cualquiera tercera persona...”. El legislador penal español ha modificado la regulación del delito de blanqueo de capitales, incluyendo como conductas constitutivas del mismo la posesión y la utilización, castigándose incluso el “autoblanqueo”, y haciendo referencia a su origen en una “actividad delictiva”⁴⁷ y no “en un delito”, por lo

⁴⁴ Entró en vigor el día 2 de julio de 2011.

⁴⁵ Ley nº 2006-24, de 23 de enero. Las penas que se imponen se elevan en los casos en los que las infracciones cometidas constituyan delitos de trata de seres humanos, extorsión o asociación de malhechores, o en el caso de que sean constitutivos de crímenes o delitos de tráfico de estupefacientes, en el supuesto de que tenga relaciones habituales con una o varias personas que hagan uso de estupefacientes (art. 321-6.2º CPF).

⁴⁶ COM (2008) 766 final, pág. 8.

⁴⁷ Como destaca HURTADO ADRIÁN, “Blanqueo de capitales (Art. 301.1)”, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*, Madrid, 2010, pág. 253, ya “no habrá necesidad de pararse a pensar en el grado de ejecución del delito, o de esperar a una sentencia condenatoria firme”. La absolución por no quedar acreditada la participación o por prescripción del delito antecedente es perfectamente compatible con la existencia de la “actividad delictiva” que se estuviese enjuiciando.

que podemos decir que España cuenta con un nuevo delito de “posesión de bienes injustificados”⁴⁸.

Esta reforma ha sido objeto de críticas tanto por parte del Consejo General del Poder Judicial, en el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal⁴⁹; como por la mayoría de la doctrina⁵⁰, la cual comparte la crítica vertida por el CGPJ sobre la regulación del blanqueo de capitales prevista en el Anteproyecto de 2008, que coincide con la modificación que finalmente se aprobó a través de la LO 5/2010.

Se critica el hecho de incriminar conductas que no son propiamente de blanqueo⁵¹, ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo, destinados a ocultar o encubrir⁵² el origen ilícito de los bienes⁵³;

⁴⁸ En relación con el Proyecto de Reforma de 2009, QUINTERO OLIVARES, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *RECPC* 12-r2 (2010) r2:13 refiriéndose a la modalidad de blanqueo consistente en la posesión o uso de un bien sabiendo cuál es su origen, afirmó que “A buen seguro el pre-legislador deseaba incriminar la posesión injustificable de bienes, tal como reclaman diferentes acuerdos internacionales para la lucha contra la criminalidad organizada”.

⁴⁹ Aprobado el 26 de febrero de 2009.

⁵⁰ HURTADO ADRIÁN, “Blanqueo de capitales (Art. 301.1)”, en *Reforma del Código Penal...*, cit., págs. 249 y 250, considera que pese a la crítica desfavorable, no debería valorarse como un desacierto, al permitir cubrir eventuales zonas de impunidad, a la vez que resulta más coherente con la decisión tomada de sancionar expresamente la modalidad de autoblanqueo. En opinión de este magistrado, desde el momento en que se está definiendo un delito de mera actividad, técnicamente no cabe hacer reproche alguno a su inclusión. Lo que se persigue evitar con su inclusión es evitar que “por la simple dinámica del acontecer de las cosas, de lo ilícito se puede pasar a lo lícito sin solución de continuidad”.

⁵¹ Sobre el concepto de “blanqueo en sentido estricto”, vid. PRIETO DEL PINO/GARCÍA MAGNA/MARTÍN PARDO, “La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales”, *Indret* 3/2010, págs. 5 y ss.

⁵² Algunos aventuran, vid. ALONSO CARBAJO, “Evolución normativa del blanqueo de capitales a tenor de su tratamiento en los ámbitos internacional, comunitario y nacional”, *Diario La Ley*, n° 7736, de 15 de noviembre de 2011, pág. 3, que el criterio del Tribunal Supremo cuando lleve a cabo la interpretación de la nueva redacción del delito de blanqueo de capitales, partirá de “la consideración última de la problemática que siempre ha latido en el delito de blanqueo de dinero, que como sostiene la STS 522/2011, de 1 de junio, aunque es posible la comisión imprudente, “es un delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación”.

⁵³ En el Informe CGPJ, pág. 120, se afirma: “Ahora bien, cuando el Anteproyecto de 2008 pretende sancionar a quien simplemente posee o utiliza los bienes conociendo su origen delictivo (o incluso por imprudencia grave), no está incriminando conductas que resulten propiamente de blanqueo, ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, si quiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición. Y, en todo caso, si se considera que la posesión o utilización de los bienes por terceras personas ajenas al delito del que provienen son conductas que contribuyen a ocultar o a encubrir el origen ilícito de aquéllos, es obvia la inutilidad de las nuevas modalidades de la acción típica, ya que el artículo 301.1 incrimina expresamente la realización de «cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito»”. Críticos también se muestran, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, “Los delitos patrimoniales y económico-financieros”, *Diario La Ley*, N° 7534, Sección Tribuna, 23 Dic. 2010, pág. 7; BLANCO CORDERO, “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, *RECPC* 13-01 (2011), pág. 01: 42; FERNÁNDEZ TERUELO: “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad de las empresas”, *Diario La Ley*, n° 7657, 22 de junio de 2011, pág. 5.

también se han denunciado los graves efectos de desproporción que conlleva⁵⁴, los cuales se agravan si nos referimos a las conductas de “autoblanqueo”⁵⁵; o la vulneración del principio *ne bis in idem*⁵⁶ en algunos supuestos.

La posesión y la utilización son “viejos conocidos” de nuestra legislación penal. En aplicación de lo dispuesto en este artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1988, la LO 8/1992, de 23 de diciembre, incluyó en el Código Penal de 1973 la letra i) en el artículo 344 *bis*, que incriminaba las conductas de posesión y de utilización de los bienes procedentes de la comisión de delitos relativos al tráfico de drogas, ya que a éstos estaba restringido el delito de blanqueo de capitales en el anterior texto punitivo⁵⁷.

En opinión del Consejo General del Poder Judicial, “El problema de las modalidades de posesión y utilización deriva de un mal entendimiento o, más exactamente, de una aplicación extensiva de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, comúnmente conocida como Convención de Viena de 1988... Así, la tipificación del tercer grupo –las conductas incluidas en la letra c), entre las que se encuentran la adquisición, la posesión y la utilizaciones de bienes procedentes del tráfico de drogas– contiene una importante reserva, pues el propio precepto prevé que las Partes firmantes podrán incriminar esas conductas “(...) a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico”. Reserva que, debe insistirse, solo se contiene en relación a las conductas de este tercer grupo...”

De este modo, la pretensión del Anteproyecto de 2006, retomada ahora de nuevo, de revivir las conductas de posesión y de utilización, que la Convención de Viena solo refería –aunque con serias reservas– a los delitos de tráfico de drogas, pone de manifiesto una evidente extralimitación con respecto al contenido de los instrumentos jurídicos internacionales⁵⁸.

Pero no es la única Convención en la que se insta a los Estados a tipificar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las conductas

⁵⁴ FERNÁNDEZ TERUELO: “El nuevo modelo...”, *Diario La Ley*, nº 7657, 22 de junio de 2011, pág. 5.

⁵⁵ Por ello FERNÁNDEZ TERUELO, “El nuevo modelo...”, *Diario La Ley*, nº 7657, 22 de junio de 2011, pág. 6, propone algunos argumentos y fórmulas para excluir el castigo de la posesión y utilización en los casos de autoblanqueo. En opinión de BLANCO CORDERO, “El delito fiscal...”, *RECPC* 13-01 (2011), 01: 44 y 45. La conducta de poseer bienes de origen delictivo debería desaparecer, pero si no es así, propone que no se castigue la posesión en casos de autoblanqueo.

⁵⁶ Vid. Informe del CGPJ, pág. 123, en relación con los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico o BLANCO CORDERO, “El delito fiscal...”, *RECPC* 13-01 (2011), pág. 38, en relación con el delito fiscal; en el mismo sentido, ALONSO CARBAJO, “Evolución normativa del blanqueo...”, *Diario La Ley*, nº 7736, de 15 de noviembre de 2011, pág. 3. A favor de apreciar un concurso real, HURTADO ADRIÁN, “Blanqueo de capitales (Art. 301.1)”, en *Reforma del Código Penal...*, cit., págs. 261 y ss.

⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, *AP* nº 32 (1994), págs. 601 y 602, hablaba por entonces de “colonización jurídica”. Sobre la evolución normativa del blanqueo de capitales, vid. ALONSO CARBAJO, “Evolución normativa del blanqueo...”, *Diario La Ley*, nº 7736, de 15 de noviembre de 2011, págs. 1 y ss.

⁵⁸ Informe CGPJ, págs. 121 y ss.

de posesión o utilización. Así, entre otras, en la Convención de Palermo, en su art. 6 *Penalización del blanqueo del producto del delito*, se dispone: “1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: ...b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito...”.

A nivel europeo, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, establece en el art. 1.2.c), que a los efectos de la propia directiva, se considera blanqueo “la adquisición, posesión, o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en este tipo de actividad”. Esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento español por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en cuyo art. 1.2 se establece que “A los efectos de la presente Ley, se considerarán blanqueo de capitales las siguientes actividades: c) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva. Existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes”⁵⁹.

3. Asegurar el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo preventivo y decomiso dictadas por otros Estados miembros⁶⁰

Incluso cuando dichas resoluciones se basen en procedimientos que no son aplicables en el Estado de ejecución (p. ej. procedimientos de decomiso civil o procedimientos basados en un uso ampliado de competencias fiscales), ya que el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso ha resultado ser una he-

⁵⁹ En opinión de ALIAGA MÉNDEZ, *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales. Adaptada a la Ley 10/2010*, Madrid, 2010, pág. 15, será complicado que pueda concluirse en un futuro que la normativa española deja fuera algún supuesto deducido de las normas internacionales, refiriéndose a la evaluación realizada por el GAFI el 23 de junio de 2006, respecto al incumplimiento de nuestro país de la normativa internacional.

⁶⁰ La Decisión marco 2006/783/JAI de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, completó lo dispuesto en la Decisión marco 2003/577/JAI, de 22 de julio, ya que para prevenir y combatir la delincuencia organizada, se consideró que no bastaba con garantizar el reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea de medidas legales temporales como el embargo preventivo y la incautación, sino que el control efectivo de la delincuencia económica también exigía el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso de los productos del delito.

ramienta muy efectiva para perseguir los productos de las actividades delictivas⁶¹.

Con el fin de mejorar la cooperación judicial en materia penal y facilitar la aplicación efectiva de las resoluciones de embargo y decomiso, la Unión ha adoptado algunos instrumentos jurídicos en los que se plasma el principio de reconocimiento mutuo⁶². En concreto, aprobó la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas⁶³, incorporada al ordenamiento jurídico español, mediante la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, complementada por la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio. El siguiente paso, se dio a través de la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso⁶⁴, cuya incorporación a nuestro Dere-

⁶¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, COM (2008) 766 final, pág. 6. El principio de reconocimiento mutuo, de conformidad con las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, en especial su punto 33, debía convertirse en la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal en la Unión, fijando el Consejo como primera prioridad para poner en práctica el reconocimiento mutuo en materia penal en el programa de medidas que adoptó el 30 de noviembre de 2000, la adopción de un instrumento que aplicase el principio de reconocimiento mutuo al embargo preventivo de bienes y el aseguramiento de pruebas.

⁶² Con anterioridad se había aprobado la Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 181, de 5 de julio de 2001), en la cual se preveía la aproximación de las disposiciones nacionales en materia de decomiso de activos procedentes de la delincuencia organizada, disponiéndose en el art. 4, que los Estados miembros adoptarían las medidas necesarias para que todas las solicitudes presentadas por el resto de Estados que se refiriesen a la identificación, embargo, incautación o decomiso de activos, fuesen examinadas con la misma prioridad que la concedida a tales medidas en los procedimientos nacionales. Antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, se aprobó la Acción común 98/699/JAI, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, de 3 de diciembre de 1998, DO L 333, de 9 de diciembre de 2008.

⁶³ DO L 196, de 2.08.2003, pág. 45. La Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2003, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, prevé normas relativas al seguimiento de las resoluciones de embargo dictadas conforme a la DM 2003/577/JAI, puesto que tan solo cubre la parte de la cooperación judicial en materia penal en cuanto a pruebas, dejándose el traslado subsiguiente de las mismas a la los procedimientos de asistencia judicial. Es necesario, por consiguiente, un exhorto europeo con el fin de obtener objetos, documentos y datos para su uso en procedimientos penales. Vid. considerandos 5 y 6 de la DM 2008/978/JAI. En opinión de JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, "Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos", *Revista de Derecho Penal*, nº 34, versión digital, pág. 13, ambas Decisiones marco, estarían mezclando medidas cautelares patrimoniales con elementos probatorios, propios del denominado por J. VOGEL «Derecho a la Prueba Transnacional», generando un déficit de seguridad jurídica. Se encuentra en trámite una Iniciativa del Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República de Estonia, el Reino de España, la República de Austria, la República de Eslovenia y el Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de ... relativa al exhorto europeo de investigación en materia penal, 2010/C/165/02, DOUE de 24.6.2010, en cuyo considerando 5 se afirma que desde la adopción de la DM 2003/577/JAI y de la DM 2008/978/JAI, resulta evidente que el marco existente es demasiado complicado y fragmentado, por lo que resulta necesario un nuevo planteamiento.

⁶⁴ Para combatir eficazmente la delincuencia organizada no bastaba con garantizar el reconocimiento mutuo de medidas cautelares como el embargo preventivo o la incautación, sino que había que reconocer

cho tuvo lugar a través de la LO 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso⁶⁵, “dirigida a garantizar en España la máxima cooperación judicial con el resto de Estados miembros de la Unión Europea” (Exposición de Motivos).

En las conclusiones del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, basado en el artículo 22 de la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, se puso de manifiesto que el grado de trasposición de la Decisión marco en cuestión, había sido claramente insatisfactorio. En la fecha que se emitió el informe, 15 meses después de que terminase el plazo establecido en la DM para su trasposición, plazo que cumplía el 24 de noviembre de 2008, sólo 15 Estados Miembros la habían transpuesto a sus ordenamientos. Bien es cierto que en esa fecha algunos países, entre los que se encontraba España, estaban en proceso de elaboración de la legislación pertinente. Es una práctica generalizada de los Estados miembros no adoptar las medidas necesarias para conformar sus legislaciones a las Disposiciones de las respectivas Decisiones marco, lo cual dificulta en gran medida la lucha contra la delincuencia organizada.

Por otra parte, los numerosos motivos adicionales de denegación establecidos por los Estados miembros, al margen de los establecidos en la Decisión marco, que son los que únicamente podrían prever, han limitado considerablemente el ámbito de aplicación práctica del principio del reconocimiento mutuo y, en consecuencia, no respetan el objetivo, el espíritu y la letra de la Decisión marco: “La cooperación entre Estados miembros, basada en el principio de reconocimiento mutuo y ejecución inmediata de las resoluciones judiciales, se sustenta en la confianza de que las resoluciones que se han de reconocer y ejecutar se dictarán siempre de acuerdo con los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad”⁶⁶.

Por lo que respecta a España, lo grave no es solo que el legislador español adoptase las medidas necesarias para conformar nuestra legislación procesal a la DM 2006/783/JAI, 16 meses después de expirar el plazo concedido por la Unión Europea, sino que en marzo de 2010, fecha de entrada en vigor de la L 4/2010, aún no había adoptado las medidas necesarias para conformar la regulación del comiso en el Código Penal a la DM 2005/212/JAI. En un orden temporal lógico la armonización de la regulación sustantiva del comiso debería haber precedido a la aprobación de la ley que armonizase la regulación del reconocimiento mutuo de las resoluciones

también las resoluciones de decomiso, motivo por el que el Reino de Dinamarca presentó una iniciativa con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la ejecución de resoluciones de decomiso en la Unión Europea (DO C 184, de 2 de agosto de 2002).

⁶⁵ BOE N° 61, de 11 de marzo de 2010. La ley entró en vigor el día 30 de marzo de 2010. Esta ley ha sido complementada por la LO 3/2010, de 10 de marzo, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y complementaria a la Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso por la comisión de infracciones penales BOE n° 61, de 11 de marzo de 2010.

⁶⁶ Bruselas, 23.8.2010, COM(2010) 428 final.

judiciales en la misma materia. Finalmente no sucedió así, puesto que la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, entró en vigor el día 31 de marzo de 2010, en tanto que la LO 5/2010 por la que se modificó el CP lo hizo el día 23 de diciembre de 2010, casi nueve meses después. Ello dio lugar a que algunas previsiones de la L 4/2010 no pudiesen ser aplicadas⁶⁷ o tuviesen un ámbito de aplicación muy limitado, como ocurrió con el comiso sobre personas jurídicas⁶⁸, durante esos nueve meses.

4. Ampliación del ámbito de aplicación del decomiso obligatorio

Otra de las ideas que la Comisión plantea para el debate es la ampliación del decomiso obligatorio a casos de determinados delitos graves que generen grandes beneficios para las organizaciones delictivas. Se propone que como base sirva la lista de delitos que se contemplaba en la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, e incluso la ampliación de este catálogo con nuevas infracciones.

Esta lista de delitos se contempla en el art. 3 Decisión marco 2005/212/JAI, precepto dedicado a la potestad de decomiso ampliada, cuyo tenor literal es el siguiente: “1. Cada Estado miembro adoptará como mínimo las medidas necesarias para poder proceder, en las circunstancias mencionadas en el apartado 2, al decomiso, total o parcial, de los bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción:

a) cometida en el marco de una organización delictiva tal como se define en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea⁶⁹, cuando dicha infracción esté prevista en:

⁶⁷ En el art. 3.2 de la L4/2010, se incluía en el ámbito de la resolución del decomiso, lo que pudiese ser decomisado en virtud de la potestad de decomiso ampliado de la DM 2005/212/JAI, aun cuando en el CP aún no se había previsto esta potestad de decomiso ampliado. A los efectos de esta ley, la resolución de decomiso podrá afectar a cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos con fuerza jurídica u otros documentos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes respecto de los cuales el órgano jurisdiccional del Estado de emisión haya decidido: a) Que constituyen el producto de una infracción penal o equivalen total o parcialmente al valor de dicho producto. b) Que constituyen los instrumentos de dicha infracción. c) Que pueden ser decomisados con motivo de la aplicación en el Estado de emisión de cualquiera de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se especifican en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. d) O que pueden ser decomisados a tenor de cualesquiera otras disposiciones relacionadas con una potestad de decomiso ampliada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión”.

⁶⁸ El art. 4 L 4/2000, habla de “resolución de decomiso impuesta a una persona física o jurídica”, si bien hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010, el comiso sobre personas jurídicas tan solo se podía imponer en los supuestos previstos en el art. 369.2 CP.

⁶⁹ Esta Acción común ha sido derogada por la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, según se desprende de lo dispuesto en su artículo 9, en el que también se establece que “la referencia a la participación en una organización delictiva

— la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro,

— la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito,

— la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos⁷⁰,

— la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares,

— la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁷¹,

— la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas;

b) que esté prevista en la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo⁷²,

y siempre que la infracción a tenor de las mencionadas Decisiones marco:

— en relación con infracciones distintas al blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos entre cinco y diez años en su grado máximo,

— en relación con el blanqueo de capitales, se castiguen con penas de prisión de al menos cuatro años en su grado máximo,

y la infracción sea de tal naturaleza que pueda generar un beneficio económico”.

En España, el comiso está previsto con carácter obligatorio tanto cuando se impone una pena por un delito doloso⁷³, salvo que pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente, como cuando se acuerda el decomiso ampliado, según se desprende de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 127 CP. También se prevé con carácter obligatorio el comiso por valor

según lo dispuesto en la presente Decisión marco sustituye a las referencias a la participación en una organización delictiva en el sentido de la Acción Común 98/733/JAI en las disposiciones aprobadas en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

⁷⁰ Esta Decisión marco ha sido sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

⁷¹ Decisión marco sustituida por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

⁷² Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo (DOUE L 330/21 de 9.12.2008).

⁷³ Desde la reforma del CP a través de la LO 5/2010, se prevé, con carácter facultativo, el comiso en los delitos imprudentes sancionados en la ley con una pena privativa de libertad superior a un año con el fin de respetar, desde nuestro punto de vista, el principio de proporcionalidad.

equivalente en el apartado 3 del art. 127 CP. Aun cuando el legislador español no ha exigido un límite mínimo para poder acordar el comiso⁷⁴, debe tenerse presente que en el art. 128 CP se regula el principio de proporcionalidad en relación con los efectos e instrumentos, en los siguientes términos: “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”⁷⁵.

Por lo que se refiere a la regulación del decomiso ampliado, el legislador español ha adoptado más medidas de las exigidas por la Unión Europea, aun cuando las justifica en la “transposición” de la Decisión marco en los siguientes términos:

“De singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella.

Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal”.

Como se desprende de lo afirmado por la Comisión en el Informe con arreglo al artículo 6 de la Decisión marco del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito

⁷⁴ En el apartado 1 del art. 2 de la DM 2005, se impone a los Estados miembros la obligación de proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos. Este límite es el mismo de la Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, radicando la diferencia en que en la DM 2005 se suprime la posibilidad de mantener reservas que permitían no decomisar en caso de infracción fiscal.

⁷⁵ Sobre este artículo vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., págs., 53 y ss. y “Artículo 128 CP”, en *Comentarios al Código Penal*, págs. 510 y 511.

(2005/212/JAI), de 27 de diciembre de 2007⁷⁶, el objetivo esencial de la Decisión marco es que los Estados miembros adopten medidas que permitan dos tipos de decomiso:

a) decomiso total o parcial de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o de bienes cuyo valor corresponda a tales productos;

b) decomiso total o parcial de los bienes directa o indirectamente detentados por una persona declarada culpable de determinadas infracciones graves, en particular cuando estos bienes proceden de una actividad delictiva.

Lo dispuesto en el artículo 3 (potestad de decomiso ampliado) “es el auténtico valor añadido de la Decisión marco. De hecho, su objetivo es garantizar que todos los Estados miembros dispongan de una normativa en materia de decomiso que regule el origen de los bienes que detenta una persona condenada y declarada culpable de una infracción relacionada con la delincuencia organizada”⁷⁷.

Debemos reconocer que en España se ha dado un paso importante en la lucha contra la delincuencia organizada, como veníamos reclamando desde hace años⁷⁸, aun cuando la amplitud de la regulación del comiso ampliado hay que cuestionarla, habiendo sido objeto de numerosas críticas⁷⁹.

⁷⁶ COM(2007) 805 final. El artículo 6, apartado 2, de la Decisión marco, prevé que con arreglo a un informe escrito elaborado a partir de las informaciones suministradas por los Estados miembros el 15 de marzo de 2007 y a un informe de la Comisión, el Consejo, a más tardar el 15 de junio de 2007, comprobará en qué medida los Estados miembros han adoptado las medidas necesarias. Como ha ocurrido con el resto de los Informes realizados por la Comisión en relación con las otras Decisiones marco relativas al decomiso (reconocimiento mutuo y ORA), tampoco en esta ocasión España había enviado comunicación oficial sobre el grado de transposición y las medidas adoptadas, entre otras razones, porque nunca ha cumplido los plazos establecidos en las Decisiones marco para adoptar las medidas necesarias, lo cual ha impedido que la Comisión y el Consejo hayan podido comprobar las medidas adoptadas por España en esta materia. En este Informe, la Comisión consideró preocupante que la transposición de esta Decisión marco hubiese avanzado tan poco en los Estados miembros, recordándoles su importancia en la lucha contra la delincuencia organizada al privarle de sus medios y recursos económicos. Además, la Comisión subraya que la importancia de esa lucha también queda reflejada en los convenios penales relativos al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito del Consejo de Europa de 1990 y 2005, y en el Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada de 2000. La adopción de disposiciones legislativas firmes y completas a escala nacional es indispensable para garantizar una lucha eficaz en la Unión Europea.

⁷⁷ COM(2007) 805 final, pág. 4.

⁷⁸ Cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., págs. 102 y ss., sobre las carencias de la regulación del comiso de ganancias del art. 127 CP (en su redacción original) como instrumento de lucha contra la delincuencia organizada; y, la misma en “La regulación del comiso en el Proyecto de modificación del Código Penal”, *RECPC* 05-04, 04: 9.

⁷⁹ Críticos con la regulación actual, nos hemos mostrado por diversos motivos, entre otros, AGUADO CORREA, “Artículo 127” en *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., págs. 508 y ss.; CORTES BECHIARELLI, “Comiso”, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, *El Derecho*, 2010, pág. 93; QUINTERO OLIVARES, “La reforma del comiso, art. 127 CP”, en *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, pág. 109. Vid. VIDALES RODRÍGUEZ, “El comiso ampliado: consideraciones constitucionales”, en *Constitución, Derechos fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón, Tomo II*, Valencia, 2009, págs. 1989 y ss., quien cuestionó la regulación del comiso ampliado en clave constitucional: presunción de

Un análisis comparado de lo dispuesto en el art. 3 de la Decisión marco sobre la potestad de decomiso ampliado, y la regulación del comiso ampliado contemplado en el párrafo 2 del apartado 1 del art. 127 CP, nos lleva a destacar los siguientes aspectos:

a) En primer lugar, el legislador español sigue sin adoptar la terminología y las definiciones previstas en los instrumentos internacionales y, en concreto, la de esta Decisión marco («producto», «bien», «instrumento», «decomiso» y «persona jurídica»⁸⁰) desconociendo, como afirma la Comisión en su Informe que “estos términos son fundamentales porque su utilización en las normas de aplicación garantiza que los conceptos a los que se refieren son los mismos y tienen el mismo significado”⁸¹. En el Código Penal español se habla de “efectos, medios, instrumentos y ganancias”, generando incertidumbre y debate doctrinal en cuestiones como si el objeto de la acción puede ser considerado efecto del delito⁸²; o si el término ganancias equivale al de producto o cuál es el principio que rige a la hora de determinar las mismas, si el principio de ganancias brutas o el de ganancias netas⁸³.

inocencia; derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo; principio de legalidad; principio de proporcionalidad y el principio *ne bis in idem*. Por su parte, BLANCO CORDERO, “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada, 2008, pág. 104, afirmó que “La regulación proyectada en España sobre el comiso ha de ser valorada positivamente, dado que cumple con los criterios fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”; QUINTERO OLIVARES, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *RECPC* 12-r2 (2010) r2:2 y ss.

⁸⁰ En el art. 1 se contemplan estas definiciones en los siguientes términos: — «productos», todo beneficio económico derivado de una infracción penal. Podrá consistir en cualquier clase de bienes, tal como se definen en el siguiente guión; — «bienes», los bienes de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes; — «instrumentos», todo bien utilizado o destinado a ser utilizado, de cualquier forma, total o parcialmente, para la comisión de una o varias infracciones penales; — «decomiso», toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien; — «persona jurídica», toda entidad que tenga dicha condición con arreglo a la legislación nacional aplicable, excepto los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de la potestad pública y las organizaciones públicas internacionales.

⁸¹ “Desde el punto de vista de la Comisión, la aplicación de estas definiciones en la legislación nacional es importante y extremadamente útil para arrojar luz sobre la forma en que estos conceptos se tienen en cuenta en la legislación nacional. A falta de esta información, a veces es difícil, incluso imposible, que la Comisión pueda estar segura de que las disposiciones de la Decisión marco se han transpuesto adecuadamente”.

⁸² Vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit, pág. 151 y ss. Para evitar que se deje de decomisar lo que se conoce como objeto de delito, en el apartado 11 de las consideraciones previas de la Decisión marco de 2006, se aclara que: “En la presente Decisión marco la definición de los términos “producto” e “instrumento” es lo suficientemente amplia como para incluir objetos de la infracción cuando sea necesario”. En el art. 2, letras e) y f) se contemplan las definiciones de «producto» e «instrumentos», entendiéndose por «producto» todo beneficio económico resultante de infracciones penales. Podrá tener forma de cualquier tipo de bien; y por «instrumentos» cualquier bien utilizado o destinado a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer una o varias infracciones penales.

⁸³ En nuestro trabajo, *El comiso*, cit., págs. 99 y ss, nos decantamos por el principio de ganancias brutas no solo por razones prácticas en orden a facilitar la cuantía que debe ser confiscada, sino como afirmaba MAUGERI, por razones de justicia y legalidad. En ese trabajo ya pusimos de manifiesto que era uno de los problemas no resueltos expresamente por el legislador penal de 1995, y como podemos comprobar, sigue sin resolverse por el legislador 17 años después. Prueba de que no es un tema zanjado en nuestra doctrina es que

b) Una vez más, con la “excusa” de que se está dando cumplimiento a lo dispuesto en una Decisión marco, el legislador va más allá de lo que se exige en ella. No se puede pasar por alto que la Decisión marco limita la obligación de prever una potestad de decomiso ampliada a determinados delitos “con el fin de garantizar que la pena es proporcionada a la gravedad de la infracción”⁸⁴, lo cual no ha sido tenido en cuenta por el legislador español quien ha optado por no limitarlo, no garantizando el respeto del principio de proporcionalidad en todos los casos.

Como vimos anteriormente, tal obligación sólo se prevé en la Decisión marco de 2005, para una lista restringida de infracciones armonizadas, elaborada en aplicación de seis Decisiones marco (falsificación del euro, blanqueo de capitales, trata de seres humanos, inmigración ilegal, explotación sexual, pornografía infantil, tráfico de drogas y terrorismo), para las que los Estados miembros tienen la obligación de prever penas privativas de libertad de una duración máxima de 5 a 10 años como mínimo y de 4 años como mínimo en materia de blanqueo⁸⁵.

Por otra parte, salvo en los actos de terrorismo, la obligación de prever una potestad de decomiso ampliada sólo se aplica a las infracciones cometidas en el marco de una organización delictiva⁸⁶. En el Código Penal español, el comiso ampliado se aplica además de a las actividades cometidas en el seno de una organización o grupo terrorista o un delito de terrorismo, a las actividades delictivas cometidas tanto en el seno de una organización criminal⁸⁷ como en el seno de un grupo crimi-

BLANCO CORDERO, recientemente ha publicado un artículo titulado “El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?”, en *Diario La Ley* N° 7569, 2011 (versión digital). En nuestra opinión, una interpretación a la luz de la letra y de la finalidad de las Decisiones marco (vid. infra Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el conocido como caso Pupino), nos permite afirmar que el principio que rige es el de las ganancias brutas. No consideramos que con esta interpretación se esté desbordando “claramente el sentido literal posible y podría moverse en el ámbito de la analogía prohibida, contraria al principio de legalidad”, como sostiene BLANCO CORDERO, cit., pág. 26. No creemos que la interpretación extensiva que hemos llevado a cabo, pueda ser considerada como una aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, porque “carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas” ((SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; y más recientemente, SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; STC 34/2009 FJ 6 entre otras muchas). Sobre la interpretación extensiva, vid. CORCOY BIDASOLO, “La interpretación en Derecho Penal. *Favor libertatis versus favor securitatis. In dubio pro reo versus in dubio contra reo*”, *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, págs. 143 y ss.

⁸⁴ Informe de la Comisión, pág. 4.

⁸⁵ Según se desprende del Informe de la Comisión, por lo general, los Estados miembros han previsto disposiciones particulares sobre la facultad de decomiso ampliada al menos en el ámbito de las seis Decisiones marco mencionadas y en el de la relativa a la lucha contra el terrorismo. En cuanto a la cuantía de la pena que determina el límite obligatorio para la aplicación de la medida de decomiso, que depende de si los hechos están o no relacionados con el blanqueo de capitales, la mayoría de los Estados miembros no han hecho esta distinción.

⁸⁶ Algunos Estados miembros ejercen la potestad de decomiso ampliada sin necesidad de que las infracciones se produzcan sistemáticamente en el marco de una organización delictiva.

⁸⁷ Por organización criminal se entiende “la agrupación formada por más de dos personas con carácter esta-

nal⁸⁸, lo cual implica ampliar en exceso los supuestos en los que cabe acordar el comiso ampliado respecto a los previstos en la Decisión marco.

Además, hay que precisar que la obligación de prever una potestad de decomiso ampliada sólo existe en la medida en que la infracción pueda generar beneficios⁸⁹, presupuesto no exigido por el legislador español.

c) Las medidas de decomiso ampliadas que adopten los Estados miembros deberán corresponder a alguna de las tres situaciones previstas en el artículo 3, apartado 2, letras a), b), y c) de la Decisión marco de 2005. En estos tres casos se podrán decomisar bienes de actividades delictivas que no están directamente relacionadas con la infracción por la que ha sido condenada la persona. Es decir, no existe ningún vínculo entre la infracción que da lugar a la condena y el bien decomisado; en lo que respecta a la naturaleza y a la cuantía. Se trata de un principio de decomiso ampliado de los bienes del condenado. La letra a) se refiere a los bienes que proceden de actividades desarrolladas en un periodo anterior a la condena, mientras que la letra b) se refiere a los que proceden de actividades "similares". En cuanto a la letra c), hace referencia a la desproporción entre el valor de la propiedad y los ingresos legales de la persona condenada.

La aplicación de este apartado es el que parece haber causado a los Estados miembros el mayor número de dificultades, relacionadas principalmente con las tradiciones jurídicas y los principios fundamentales y, en particular, con la carga de la prueba, el vínculo generalmente exigido entre la infracción que da lugar a la condena y el bien decomisado, el derecho a un juicio justo y la proporción entre la pena y los hechos del caso. Es lo que ha sucedido en España, donde se ha cuestionado la constitucionalidad de la presunción *iuris et de iure*⁹⁰ contemplada en el párrafo 2 del art. 127.1 CP: “A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”.

d) Por último, en el apartado 3 del artículo 3 de la Decisión marco de 2005, se prevé, como medida facultativa, la previsión del comiso de bienes que pueden "pertenecer" a la persona condenada pero que son propiedad legal de alguno de sus allegados o de una persona jurídica sobre la que la persona en cuestión ejerza un

ble o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas” (art. 570 bis 1 CP).

⁸⁸ Por grupo criminal se entiende “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga como finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas” (art. 570 ter 1 CP).

⁸⁹ Muchos Estados miembros no han adoptado la exigencia de que se aplique al menos en el caso de que las infracciones puedan generar beneficios.

⁹⁰ Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial, cit., pág. 52.

control efectivo⁹¹. En virtud de lo dispuesto en el Código penal español, se puede acordar el comiso de bienes siempre que no pertenezcan a un tercero de buena fe que los haya adquirido legalmente. No se puede reputar terceros de buena fe a los conocidos como «testaferros», pudiéndose acordar el comiso de los bienes en los que aparezcan como titulares registrales, siempre que se llegue por parte del Juez o Tribunal a la convicción de que los recurrentes eran simples testaferros y que sus titularidades registrales constituían una mera transformación del producto de un delito (STS 18-10-2004). En el caso de los automóviles, al igual que en el supuesto de los depósitos de cantidades dinerarias, la mera titularidad administrativa no puede convertir al titular sin más en tercero de buena fe, pues eso sólo lo será aquel que ha consolidado mediante un acto legítimo de adquisición su derecho ignorando desde luego que en su título de adquisición concurre un vicio que pueda invalidarlo (STS 12-11-2008). En cuanto a los bienes gananciales, el comiso puede recaer sobre ellos aunque la sanción recaiga sobre uno de los cónyuges, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional dado que por su condición de bien ganancial, y de acuerdo con la normativa civil (art. 1373 CC), está afecto a la satisfacción de las «deudas» propias de cada uno de los esposos, pues tal es el carácter de las sanciones de contenido económico de conformidad con lo dispuesto en el art. 1366 CC. Además, en el art. 1383 CC se establece que los cónyuges se deben informar recíproca y periódicamente sobre las situaciones económicas de tales bienes (STS 18-10-2004). Y «una cosa es que, en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción establecido en el art. 25 CE (...), no se pueda imponer una sanción a quien no aparece como responsable de la misma y otra muy distinta es que (...) no se pueda decretar la intervención judicial de un bien ganancial por el hecho de que sobre el mismo ostente el cónyuge no responsable del delito una cuota ideal liquidable mediante la ejecución del bien» (STC 151/2002, de 7 de agosto, FJ 3.º). En estos casos en los que se acuerda el comiso de un bien ganancial, no se estaría vulnerando el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE)⁹².

Por lo que respecta a las personas jurídicas sobre la que la persona física en cuestión ejerza un control efectivo, el Tribunal Supremo español considera que las ganancias provenientes del delito pueden ser decomisadas aunque se intenten encubrir o disimular bajo la apariencia formal de una sociedad que no sea más que una pantalla o cobertura, utilizada para tratar de eludir las consecuencias de su procedencia ilícita (STS 15-2-2007). Por otra parte, debe tenerse presente que dado que tras la reforma del CP a través de la LO 5/2010 se contempla la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas siempre que así esté previsto expresamente, no habrá ningún obstáculo para acordar el comiso sobre personas jurídicas, en la

⁹¹ Algunos Estados miembros han aplicado esta disposición, en su totalidad o en parte.

⁹² AGUADO CORREA, "Artículo 127" en *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Valladolid, 2011, pág. 506.

medida en que concurran los requisitos exigidos para proceder al comiso de los efectos, instrumentos y ganancias en los términos previstos en el apartado 1 del art. 127 CP; el comiso por valor equivalente (art. 127.3 CP) o el comiso en caso de exención o extinción de la responsabilidad criminal (art. 127.4 CP)⁹³.

Vista la amplitud de la regulación del comiso ampliado prevista en el párrafo 2 del apartado 1 del art. 127 CP no nos queda más que reclamar a los Jueces y Tribunales españoles que tengan en cuenta el contenido y finalidad de la Decisión marco de 2005 cuando interpreten el mismo⁹⁴, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 16 de junio de 2005, Causa C-105/03, en el caso Pupino⁹⁵:

“A la luz de todas las consideraciones precedentes, es preciso concluir que el principio de interpretación conforme se impone respecto de las decisiones marco adoptadas en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea. Cuando aplica el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34 UE, apartado 2, letra b)” (apartado 43).

Finalizamos nuestro trabajo expresando nuestra preocupación por la forma de actuar del legislador penal español, quien además de haber puesto bajo sospecha general al conjunto de los ciudadanos, se ha regido por el lema “más vale que sobre que falte”, habiendo ganado finalmente la batalla la eficacia frente a las garantías, desconociendo que estas regulaciones que buscan a cualquier precio la eficacia a costa del recorte de garantías constitucionales y vulneración de principios consagrados en la Constitución, como el principio de proporcionalidad en sentido amplio, a la postre resultan ineficaces. Como decíamos hace 12 años, en el “ámbito de las sanciones penales patrimoniales contra la criminalidad organizada, se refleja muy bien la tensión entre el Derecho penal clásico y el Derecho Penal moderno y la tendencia a la consecución de una mayor eficacia del Derecho Penal aún a costa de vulnerar y reducir los derechos fundamentales del hombre e infringir algunos principios constitucionales”⁹⁶.

⁹³ AGUADO CORREA, "Artículo 127" en *Comentarios al Código Penal*, pág. 504. En cuanto a la extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica debe tenerse presente lo dispuesto en el nuevo apartado 2 del art. 130 CP.

⁹⁴ En el apartado 38 de la Sentencia de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03, el Tribunal de Justicia reconoce el derecho de los particulares a invocar las decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (apartado 38).

⁹⁵ Vid. MANES, “La incidencia de las “Decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. Comentario a la sentencia de 16 de junio de 2005-Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –Gran Sala- (demanda del pronunciamiento prejudicial propuesto por el Juez de Instrucción del Tribunal de Florencia en el procedimiento Pupino), *RECPC 09-07(2007)*, 07: 6 y ss., quien lleva a cabo una interpretación comunitariamente orientada del art. 12 sexies d.l. n° 306/1992 (convertido en la l.n° 356/1992).

⁹⁶ El comiso, *cit.*, pág. 72.