

EL DECOMISO TRAS LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2015

José Antonio Díaz Cabiale

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Granada

DÍAZ CABIALE, José Antonio. El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-10, pp. 1-70. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 18-10 (2016), 24 nov]

RESUMEN: En 2015, España, por exigencias del derecho internacional, reformó la regulación del decomiso tanto en el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal al trasponer la Directiva 2014/42UE. El trabajo examina las principales novedades que atañen al decomiso, tales como su extensión, el decomiso ampliado, el decomiso preventivo y otras medidas cautelares, el uso provisional de los bienes decomisados, el decomiso de bienes de terceros, la intervención de terceros cuyos derechos se pueden ver afectados por el decomiso. Existe en derecho español un proceso de decomiso autónomo para los supuestos de enfermedad, incapacidad o incluso muerte del acusado (ampliando así el contenido de la Directiva 2014/42UE). Algunas de las novedades resultan controvertidas en atención a los derechos constitucionales y las garantías penales y procesales involucradas, por eso el legislador, siguiendo la jurisprudencia del TEDH que justifica el decomiso civil en algunos países europeos, explica que el decomiso ampliado no es una sanción sino una especie de responsabilidad civil (enriquecimiento injusto) que nace de una conducta ilícita. Una explicación que expande su influencia al decomiso directo de los instrumentos y productos del delito del acusado y los terceros. En el trabajo se examina el acierto de esta teoría.

PALABRAS CLAVE: decomiso; productos; instrumentos; decomiso ampliado; embargo; decomiso preventivo; tercero; medidas cautelares; proceso de decomiso; presunción de inocencia, *non bis in idem*; prueba indiciaria; terceros de buena fe; blanqueo; restitución; indemnización; encubrimiento; receptación; enriquecimiento injusto.

ABSTRACT: In 2015, as a result of the requirements of international law, Spain, implementing Directive 2014/42EU, reformed confiscation both in the Penal Code and the Criminal Procedural Code. The paper examines all the main novelties concerning confiscation such as its scope, extended confiscation, freezing and other provisional measures, provisional use of criminal assets for public interest, confiscation of property transferred to third parties, participation in the procedure of third parties whose rights might be involved by confiscation. Spanish law also provides a confiscation process in absentia in the cases of illness, absconding of the suspected or accused person and also of death (expanding in this case the scope of the Directive). Some of these novelties are controversial according to the constitutional rights and criminal and procedural guarantees involved so the legislator explains, following the case law of the ECtHR that justifies civil confiscation in some European countries, that the extended confiscation is not a sanction but a kind of pecuniary damage (unjust enrichment) as the result of tortious conduct. This explanation expands its influence to direct confiscation of proceeds and instrumentalities of the accused and of a third party. The accuracy of this theory is examined in the paper.

KEYWORDS: confiscation; proceeds; instrumentalities; extended confiscation; freezing; provisional confiscation; third party; provisional measures; confiscation process; presumption of innocence; *non bis in idem*; circumstantial evidence; bona fide third

parties; money laundering; restitution; compensation for damage; concealment; receiving; unjust enrichment.

Fecha de publicación: 24 noviembre 2016

SUMARIO: I. EL DECOMISO: SU TRANSFORMACIÓN POR MOTIVOS DE POLÍTICA CRIMINAL. II. LA REGULACIÓN DEL DECOMISO: A) En el plano internacional; B) En el plano interno. III. LA NECESIDAD DE UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA. IV. LA REVISIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE DEL DECOMISO. V. LAS DIFERENTES CLASES DE DECOMISO Y EL PROCEDIMIENTO PARA ACORDARLO: A) Clases de decomiso; B) Forma de acordar el decomiso; C) El decomiso por sustitución. VI. EL DECOMISO PREVENTIVO: A) Su distinción respecto a la incautación de las piezas de convicción y las medidas cautelares reales que aseguran las restantes responsabilidades pecuniarias (embargo preventivo y depósito); B) La posibilidad de acordar el decomiso preventivo de oficio. VII. EL DECOMISO DIRECTO: A) La naturaleza penal del decomiso directo y sus consecuencias; B) Las formas de acordar el decomiso; C) La ampliación del decomiso; D) La disponibilidad del investigado o tercero propietario de los bienes sobre el decomiso; E) La finalidad del decomiso y el destino de los bienes decomisados. VIII. EL DECOMISO AMPLIADO: A) La lesión de la presunción de inocencia; B) La imposibilidad de convertir al decomiso ampliado en una institución civil. IX. EL DECOMISO AMPLIADO POR REITERACIÓN DELICTIVA O HAT TRICK. X. LA REFORMA DEL DECOMISO OPERADA POR LA L 41/2015 EN LA LECRIM: A) El proceso de decomiso autónomo; B) Los terceros y el decomiso: 1) Decomiso de bienes de terceros; 2) Intervención de terceros que ostentan algún derecho sobre el bien. XI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DECOMISO: SU TRANSFORMACIÓN POR MOTIVOS DE POLÍTICA CRIMINAL

El decomiso, arts. 127 (127 bis-127 *octies*) y 128 Cp, consiste en la privación definitiva de los productos e instrumentos del delito.

Tiene lugar en los delitos dolosos y, potestativamente, en los imprudentes que tengan aparejada una pena privativa de libertad superior a un año, art. 127 1 y 2 Cp.

El interés de esta institución, a pesar de su aparente simplicidad, estriba en la evolución que ha sufrido al socaire de la cambiante política criminal: regulada inicialmente como una pena accesoria en el Cp de 1973 pasó a convertirse en el vigente de 1995 en una consecuencia accesoria de la pena. En la actualidad también está previsto como una consecuencia del delito (*rectius*, de la actividad delictiva, típica y antijurídica, por cuanto no se exige ni la culpabilidad ni la punibilidad) aun cuando no exista condena en ciertos supuestos¹.

¹ Lo que sucede: 1) porque hay exención o extinción de la responsabilidad penal, art. 127 *ter.1.c*) Cp; 2) porque resulta imposible juzgar al presunto autor de los hechos en los casos de fallecimiento, fuga, enfermedad o incapacidad del mismo (que integran los supuestos principales, aun sin agotarlo, del denominado decomiso autónomo), arts. 127 *ter.1 a*) y b) Cp y 803 *ter e.2.b*) LECrim; 3) porque tras la condena por la comisión de alguno de ciertos delitos que enumera el legislador: a) el tribunal entiende que los bienes

La radical transformación, apenas esbozada, que ha padecido el decomiso se debe, como se anticipó, a motivos de política criminal. El legislador, inicialmente en el plano internacional, decidió que el decomiso, junto al delito de blanqueo de capitales², debía erigirse en la herramienta esencial para combatir especialmente la delincuencia organizada así como, con carácter general, aquella otra que tiene como razón de ser la búsqueda de beneficios económicos. Existe la convicción de que tan importante o más que la imposición de una pena a los autores de los hechos resulta la privación de las ganancias que reporta un delito. Solo así se combate eficazmente esas figuras delictivas. Eso explica la autonomía que ha cobrado el decomiso respecto de la pena³. Tal es el ímpetu del legislador por el decomiso de bienes en esos supuestos que, en alguna de sus modalidades, se llega a acordar sin

proviene de un delito distinto de aquél por el que se condena (decomiso ampliado), art. 127 *bis* Cp; b) el legislador, a raíz de la condena por varios delitos, presume que todo el patrimonio del condenado, dentro de unos límites temporales, 6 años, proviene de la actividad delictiva continuada (versión específica del decomiso ampliado que denominamos decomiso por *hat trick*), art. 127 *quinquies* Cp. Al margen de los casos señalados en 1) resulta imposible decomisar si se produce sentencia absolutoria como recuerda el T.S. a la AP de Barcelona que había entendido que la constitución de un club para permitir el consumo de cannabis de los socios se incluía en los supuestos de autoconsumo compartido por lo que había absuelto pero había acordado el decomiso de la sustancia y el dinero, STS núm. 698/2016, recurso núm. 62/2016, de 24-05-2016. Aunque, añadimos, siempre cabría el decomiso de los objetos de ilícito comercio y que entrañen un riesgo para la seguridad, *infra*. En el mismo sentido la STS (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 871/2014 de 17 diciembre, RJ 2015\64, recuerda que lo procedente, en caso de absolución, es retener los bienes e identificar a los perjudicados para que puedan ejercer la tercería prevista en el art. 635 LECrim.

² El origen de esta tendencia se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, art. 5, ratificada por España en 1990, BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1990, pp. 33062 a 33074. Y en lo que atañe al delito de blanqueo de capitales, resultan fundamentales inicialmente, el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito “Convenio de 1990”, art. 6, ratificado por España en 1998, BOE núm. 252, de 28 octubre de 1998, pp. 34713 a 34726, y el art. 6 de la Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En este sentido, vid. la introducción a MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I., “*El autoblanqueo. El delito fiscal como delito. Antecedente del blanqueo de capitales*”, Valencia, 2014; QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación del decomiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, RECPC 12-r1 (2010) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194. Y por el mismo autor, “El procedimiento especial y autónomo para el comiso”, *Comentarios a la reforma penal de 2015*, VV.AA., Pamplona, 2015, pp. 297 a 299, señala que hasta el S XXI el decomiso no tenía “funciones político-criminales interesantes”. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos”, *Revista de derecho penal*, pp. 91 a 96, www.reformapenal.es/wp-content/.../01/ Penal34_NovLegislativas.pdf, por el mismo autor, “La nueva regulación del decomiso y la recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español”, *Revista del Ministerio Fiscal*, 2015 núm. 0 Revista del Ministerio Fiscal, año 2015, número 0 - Fiscal.es, pp. 94 a 97; MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, 2015, pp. 439-443. La jurisprudencia española reconoce expresamente esa influencia internacional y resalta el papel del decomiso a esos efectos, STS 2032/02, de 5 de diciembre. Y en lo que atañe al blanqueo (en este caso, el autoblanqueo) así lo afirma la STS 849/2014. Y la Circular 4/2010 FGE, Funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, en los apartados 2 y 2.1), aborda esta cuestión.

³ Sobre la trascendencia del decomiso a efectos de ejecución de la pena, suspensión (acuerdo o revocación) y libertad condicional, arts. 80, 86 y 91 Cp, CORCOY BIDASOLO, M.- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., *Manual de derecho penal, económico y de empresa*, Valencia, 2016, p. 177.

que exista prueba de la comisión de un delito, decomiso ampliado, o bien estipulando una presunción legal *iuris tantum* de la procedencia delictiva del patrimonio, decomiso por reiteración delictiva o *hat trick*.

En cualquier caso, y pese al denodado esfuerzo del legislador para huir de las garantías procesales del Derecho penal, *infra*, el decomiso es una sanción que se impone como consecuencia de la comisión de un delito, el resultado del ejercicio del *ius puniendi* por el tribunal penal, junto a la pena y la medida de seguridad. Ahora bien, su peculiaridad estriba en que posee exclusivamente una naturaleza patrimonial, lo que suscita, como se comprobará, particularidades, algunas consustanciales, como las atinentes a su objeto, la posibilidad de una disposición indirecta del mismo..., y otras por decisión expresa del legislador como su imprescriptibilidad en ciertos supuestos, o su tratamiento en un proceso específico, autónomo, si no cabe hacer valer las otras manifestaciones del *ius puniendi*...

II. LA REGULACIÓN DEL DECOMISO

Uno de los principales problemas que asolan a la institución que nos ocupa es la complejidad y dispersión de su normativa. Existe una regulación fragmentaria que es el resultado de sucesivas reformas operadas por el legislador, algunas de ellas con tramitación simultánea, fruto, a su vez, de las exigencias del Derecho internacional. Para la comprensión cabal de los principales problemas y dudas que suscitan las diferentes modalidades de decomiso en nuestro ordenamiento resulta imprescindible tener presente la normativa internacional de la que trae causa.

A) En el plano internacional⁴

El desarrollo supranacional del decomiso se encuentra en un triple ámbito⁵:

a. ONU⁶

⁴ No cabe olvidar las recomendaciones del GAFI, las 40 recomendaciones, que inspiran la legislación internacional, www.aranzadi.es/blanqueodecapitales/pdf/4.40recomendacionesgafi.pdf.

⁵ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F. "La nueva regulación del decomiso...*op. cit.*", pp. 97 a 101.

⁶ - Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, *supra cit.* Ya, en un primer momento, se prevé, entre otras cosas, art. 5, el decomiso por sustitución, el decomiso preventivo, también cuando hay transformación de la ganancia en otro bien, el decomiso de las ganancias, la posibilidad de invertir la carga de la prueba sobre la procedencia de los bienes si es compatible con el derecho interno, el reparto entre los Estados de los productos de decomiso, el respeto de los derechos de los terceros de buena fe, el que no quepa ampararse en el secreto bancario para dar cumplimiento a la solicitud de decomiso...

- Unas previsiones que se trasladan al art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, *supra cit.* Se generaliza así en el ámbito de la ONU el decomiso como instrumento para la lucha contra esta clase de delincuencia como ya había sucedido en el Consejo de Europa con el Convenio 1990.

-En la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, BOE núm. 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132 a 27153, el art. 31 aborda el decomiso y, además de recoger las disposiciones anteriores, incluye el decomiso preventivo, permitiendo la administración de estos bienes.

b. El Consejo de Europa⁷c. Unión Europea⁸

Resalta la trascendencia de la normativa de la UE por su posición en nuestro sistema de fuentes. Y dentro de ella resultan decisivas por un lado, en lo que se refiere a la cooperación judicial internacional penal, las DM 2003/577 y DM 2006/783, que actualmente se encuentran traspuestas en la L 23/2014 y además originan el Cap. II bis, Tít. V, Lib. II de la LECrim, *infra*. A través de ellas se consigue en la UE el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso preventivo y definitivo. Sin embargo, resulta capital la Directiva 2014/42UE por las modificaciones que comporta⁹. Esta Directiva, su trasposición, es la causa eficiente de las modificaciones operadas en 2015 en el Cp y en la LECrim, LO 1/2015 y L 42/2015. Y es además una de las manifestaciones más importantes de la reforzada

⁷ - Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen de 1990, EDL 1998/45605, conocido como “Convenio 1990” (ampliaba el radio de acción del decomiso que según la Convención de 1988 de la ONU estaba limitado al tráfico ilícito de estupefacientes). En lugar de decomiso utiliza el término “confiscación”, perfila los conceptos de “producto” e “instrumento”, art. 1, destacando también la atención que dedica al decomiso preventivo, “medidas provisionales”, arts. 11 y 12.

- Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo de 2005, EDL 2005/343071, que modifica el Convenio de 1990, ratificado por España en 2010. Se emplea el término “comiso” (salvo los arts. 23 a 25 que emplean “decomiso”); dentro de la especial atención al blanqueo destaca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, art 10. GARCÍA MORENO, J. M., “Principales Convenios del Consejo de Europa en materia de cooperación judicial penal”, *El Derecho*, 19-05-2011. Una enumeración de los Convenios en materia de terrorismo y blanqueo en DE PRADA SOLAESA, J. R., “Terrorismo: Convenios Sectoriales. Financiación y Blanqueo”, *CGPJ, Escuela Judicial*, 2013, www5.poderjudicial.es/cvcp12-13/CVCP13-16-ES.pdf.

⁸ - Acción Común 98/699/JAI, del Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DOCE L n.º 333, de 9 de diciembre de 1998).

- Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 182 de 5.7.2001).

- Decisión Marco 2003/577/JAI, 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).

- Decisión Marco 2005/212/JAI, 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). Contempla, por primera vez, la potestad de decomiso ampliada, art. 3.

- Decisión Marco 2006/783/JAI, 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).

- Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre, 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, DO L 332 de 18.12.2007. En ella se estipula, Cdo. núm. 3 y art. 1, la creación de organismos nacionales de recuperación de activos (hasta dos por cada Estado).

- Directiva 2014/42/UE de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (DO L 127 de 29.04.2014).

⁹ Además de sustituir parcialmente al contenido de las DM 2001/500/JAI y 2005/212/JAI, resulta decisiva en lo atinente al decomiso ampliado, el decomiso autónomo (casos de enfermedad o fuga), el decomiso preventivo, la creación de oficinas nacionales de gestión de activos, el empleo provisional con fines públicos de los bienes decomisados preventivamente, el decomiso de bienes de tercero, la participación de los terceros con derechos sobre los bienes.

“potestad legislativa” de la UE en el ámbito de la cooperación judicial procesal penal que tiene lugar tras el Tratado de Lisboa de 2009¹⁰.

La normativa de la UE, dentro de la extraordinaria cesión de soberanía que en ella existe y que da lugar a lo que se viene conociendo como constitucionalismo de tercer grado, comporta como rasgo diferencial respecto al modelo tradicional de Convenios, en lo que se refiere al decomiso: a) el logro del reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso (preventivo y definitivo); b) la uniformidad de la legislación sobre el decomiso en la UE, al menos en sus objetivos mínimos¹¹.

B) En el plano interno

Conviene distinguir, a pesar de su artificio, a efectos de claridad, entre la normativa sustantiva y la procesal del decomiso.

- En cuanto al plano sustantivo, lógicamente la fuente principal es el Cp: Tít. VI del Lib. I, “Consecuencias accesorias”: arts. 127, 127 *bis*-127 *octies* y 128. Mas también existen disposiciones específicas, entre las que destacan el art. 301.5 (decomiso en el delito de blanqueo de capitales); art. 319.3 (delitos contra la ordenación del territorio), arts. 362 *sexies* y 374 (decomiso en los delitos contra la salud pública); art. 385 *bis* (decomiso de vehículo en los delitos contra la Seguridad Vial).

A estas previsiones hay que sumar los arts. 5 a 9 de Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, que regulan el decomiso en esos delitos¹².

¹⁰ Como es sabido, acontece entonces el abandono de la política de los tres pilares y con ella la desaparición del Tercer pilar, por lo que el espacio libertad seguridad y justicia pasa a formar parte de las Políticas y acciones internas de la Unión, Tít. V de la Tercera Parte del TFUE. Así el proceso penal y el derecho penal pueden abordarse a través del proceso legislativo ordinario, arts. 82 y 83 TFU (Cap. IV del Tít. V de la Tercera Parte). Empiezan desde entonces a aparecer las Directivas que abordan el proceso penal y que sustituyen a las Decisiones Marco. Pero lo más trascendental es la conciencia de que el reconocimiento mutuo de resoluciones procesales penales solo puede conseguirse haciendo efectivo en el principio de confianza mutua y que este solo se logra uniformando las garantías procesales mínimas dentro de la UE (normas mínimas a través de Directivas según el proceso legislativo ordinario), aunque los Estados conserven una cierta facultad de veto, art. 82.3 TFUE. De ahí, la premura por abordar los derechos de la víctima, detenido..., y en lo que nos interesa especialmente, el decomiso.

Sobre la evolución en la UE, RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., “El reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”, Cap. V de *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza*, Navarra, 2016, especialmente pp. 217 a 272.

¹¹ No cabe ignorar las posiciones (“reservas”) del Reino Unido e Irlanda (participación facultativa, aunque en la actualidad deja de tener sentido tras el “Brexit”), así como las de Dinamarca (exclusión completa) al espacio libertad, seguridad y justicia, contenidas en los Protocolos núms. 21 y 22 anejos al TUE y TFUE.

¹² Como se ha señalado, la LO 1/2015 que reforma el Cp ha operado, a resultas de la Directiva 2014/42UE, una transformación radical en la figura del decomiso, sobre todo en su regulación genérica (que ya había sido modificada previamente por la LO 5/2010, para trasponer la Decisión Marco 2005/212, previendo el decomiso ampliado en los casos de terrorismo y organizaciones y grupos criminales así como para consentirlo en los supuestos de delitos imprudentes). Por el contrario, la última reforma de la Ley de Contrabando, la que provoca incidentalmente la L 34/2015, no ha modificado los artículos de esa ley que regulan el decomiso, de suerte que existe un desajuste entre ambas regulaciones. A estos efectos, la Ley de

- En lo que se refiere al plano procesal, existen dos fuentes principales. En primer lugar, obviamente, la LECrim contiene las principales previsiones. Se trata de una regulación escueta y dispersa. Y es que la LECrim no contemplaba al decomiso como figura autónoma hasta fechas muy recientes¹³. La Directiva 2014/42UE es la causa de que por primera vez la LECrim regule de forma autónoma el decomiso: la intervención de terceros afectados por el decomiso, arts. 803 *ter a* a 803 *ter d*¹⁴ y el proceso de decomiso autónomo, arts. 803 *ter e* a 803 *ter u*, que suponen, respectivamente, los caps. primero y segundo del Tít. III Ter del Lib. IV, los procedimientos especiales, LECrim.

Para dar idea de la deficiente y fragmentaria regulación del decomiso de la LECrim hay que recordar que las previsión específica del decomiso preventivo, como medida cautelar, se encuentra en el art. 127 *octies* 1 Cp y en la L 23/2014 *infra* y que la referencia a la prohibición de disponer que, como se verá, debería acompañar habitualmente a aquél solo aparece en los arts. 143.1 L 23/2014 y 20 *in fine* LH.

En segundo lugar, dentro del plano procesal, y en lo que atañe a la cooperación judicial internacional, resulta capital la L 23/2014, de reconocimiento de resoluciones penales en la UE, que en sus Tít. VII y VIII regula respectivamente la emisión así como el reconocimiento y ejecución de resoluciones de decomiso preventivo y decomiso definitivo. Se trata de la trasposición de las DDMM 2003/577 y 2006/783¹⁵.

Además de esta legislación fundamental, a efectos procesales, hay que tener presente otras previsiones específicas¹⁶.

Contrabando debe entenderse modificada por la última reforma del Cp aunque preservando sus especialidades como la que atañe al destino de los bienes decomisados, art. 5.6 LO 12/95.

¹³ Tan solo se regulaba el aseguramiento de las fuentes de prueba, dentro del cuerpo del delito, arts. 334 y 367 LECrim, que lógicamente incluía el decomiso de los instrumentos del delito. Solo en 2006, L 18/2006, y 2010, LO 5/2010, para trasponer respectivamente la DM 2003/577 y la Decisión 2007/845, se regula en los arts. 367 *bis* a 367 *septies*, Cap. II bis, Tít. IV, Lib. II LECrim, la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales, que engloba naturalmente a los bienes decomisados. Unas previsiones reformadas en 2015, L 42/2015, para, fundamentalmente, dar cumplimiento a la Directiva 2014/42UE, y consentir la utilización provisional, para prestar servicios públicos, de los bienes decomisados preventivamente a través de la ORGA (Oficina de Recuperación y Gestión de Activos). Con anterioridad la utilización provisional solo estaba prevista en el caso de delitos de tráfico de drogas, art. 374.1.3º Cp, en su versión anterior.

¹⁴ Como se puede constatar la intervención de los terceros afectados por el decomiso se ha ubicado de forma extravagante por cuanto no constituye proceso especial alguno. El lugar más apropiado para ella hubiera sido el Lib. II, tras la regulación de la responsabilidad civil de terceras personas, Tít. X, entre otras cosas porque, como se verá, alguna de las nuevas previsiones colman lagunas del estatuto procesal del tercero civilmente responsable.

¹⁵ Que ya habían sido incorporadas a nuestro ordenamiento por las L 18/2006 y L 1/2008, derogadas a su vez por la nueva regulación de la L 23/2014.

¹⁶ Así en lo que atañe a la ORGA, el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015; la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de Bienes Decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados; así como el mencionado art. 20 *in fine* LH, modificado por la L 41/2015 (disp. final primera) que consiente, excepcionalmente, la anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer como medida cautelar, en los procesos penales y en los de decomiso (autónomo) aun cuando el bien figure a nombre de persona distinta si “a juicio del juez o tribunal

III. LA NECESIDAD DE UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

El objeto del decomiso son los “instrumentos” y “productos” del delito¹⁷. Los primeros son aquéllos “utilizado(s) o destinado(s) a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer una o varias infracciones penales”, mientras que por producto se entiende “toda ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de infracciones penales; puede consistir en cualquier tipo de bien e incluye cualquier reinversión o transformación posterior del producto directo así como cualquier beneficio cuantificable”, arts. 2.1 y 3 Directiva 2014/42UE. Es la terminología empleada en los textos internacionales y que se ha ido aquilatando desde la Convención de 1988 hasta la Directiva mencionada que se proponía aclarar el concepto de producto del delito (Cdo. núm. 11): objeto del decomiso son los bienes con carácter general y dentro de ellos se especifica según se trate de instrumentos o productos del delito¹⁸. Por el contrario, nuestro legislador ha ignorado dicha distinción¹⁹, salvo en la L 23/2014, arts. 143.2 y 157.2 a) y b). Así, en el Cp se empieza hablando de “efectos” y “bienes, medios o instrumentos”, art. 127, para, a continuación pasar a “bienes, efectos y ganancias²⁰” o de forma resumida entre “bienes” y “efectos”, arts. 127 *bis*, *quinquies*, *septies*, *octies*, mientras que en el 127 *quater* se emplea “efectos y ganancias” y “otros bienes” e incluso entre “efectos” e “instrumentos”, art. 128.

Parece oportuno, puesto que incluso la jurisprudencia se ha visto obligada a matizar los conceptos²¹, a efectos de claridad seguir la terminología internacional que es mucho más precisa, entre otras cosas porque los “efectos” o “ganancias” no

existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento”.

¹⁷ Se ha llegado a distinguir entre el decomiso de instrumentos (decomiso de seguridad) y el de ganancias, a efectos de diferenciar las finalidades de prevención general y especial en cada caso, MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *Revista Penal*, 1997-1, p. 51; GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, 2007, pp. 24 a 26.

¹⁸ La Convención de la ONU de 1988 empezó por distinguir entre “producto” y “bienes”, art. 1.p) y q), aunque ya en el ámbito del Consejo de Europa el Convenio 1990, art. 1.a) y c), se diferenció entre “producto”, “bienes” e “instrumento”, como también hacía el Convenio de Varsovia de 2005, art. 1.a) a c). Debe notarse que por “bienes” se entiende el género (cualquier bien material o inmaterial, mueble o inmueble), mientras que instrumento y producto serían las especificaciones del mismo según se trate del medio para cometer el delito o del logro del mismo. Así la Convención de la ONU sobre Delincuencia Organizada de 2000 seguía empleando los términos “producto” y “bienes”, art. 2.d) y e) aunque ya en el art. 12 al abordar el decomiso distingue entre “producto” e “instrumento”. La UE ha seguido esa terminología, remitiéndose en bloque a los conceptos de bienes, productos e instrumentos definidos en el Convenio de 1990, art. 3 DM 500/2001, aunque acabe por perfilarla en la Directiva 2014/42UE.

¹⁹ Crítica que también hace AGUADO CORREA, T., “Comiso: crónica de una reforma anunciada”, *www.indret.com*, *InDret* 1/2014, pp. 12 y 13.

²⁰ BLANCO CORDERO, I., “El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?”, *Diario La Ley*, N° 7569, Sección Doctrina, 15 de Febrero de 2011, Año XXXII, Ref. D-66, analiza cuál debe ser el alcance de las ganancias.

²¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 228/2013 de 22 marzo, RJ2013\8314, FD decimotercero, y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 974/2012 de 5 diciembre, RJ2013\217, FD, decimotercero, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 483/2007 de 4 junio, RJ2007\4743, FD vigesimocuarto.

dejan de ser bienes. Por eso, cuando el legislador interno, en la regulación genérica del decomiso, Tít. VI, Lib. I Cp, habla de “efectos” o “ganancias” habrá de entenderse “productos”, mientras que si emplea el término “bienes, medios o instrumentos” se tratará de los “instrumentos”²².

Además no se trata de una mera disquisición teórica pues, por ejemplo, a efectos del decomiso de bienes de terceros se distingue entre aquéllos para determinar cuándo procede su incautación, art. 127 *quater* Cp. De esta manera se evitan también debates estériles acerca de si en algún supuesto se consiente el decomiso de las ganancias u otros productos pero no de los instrumentos o viceversa.

Por otra parte no cabe olvidar que en el Cp, al margen de las calificaciones empleadas en el Tít. VI Lib. I, se utiliza el término “efecto del delito” o “bienes” en un sentido omnicompreensivo (instrumentos y producto), como demuestran, por ejemplo, los arts. 122 (tercero que participa a título lucrativo en los efectos del delito), 298 (receptación, efectos del delito), 301²³ (delito de blanqueo, bienes)..., mientras que en el encubrimiento, art. 451, el legislador se muestra más imaginativo (provecho, producto, precio, cuerpo, efectos e instrumentos)...

Tampoco la LECrim es un dechado de precisión, así junto a los conceptos tradicionales de cuerpo del delito y piezas de convicción, en 2010 se introdujo el de efectos judiciales, art. 367 *bis* que, junto a las piezas de convicción, engloba los bienes embargados y decomisados²⁴. Mientras que cuando se refiere estrictamente al decomiso, arts. 803 *ter a* - 803 *ter u*, al abordar la intervención de terceros, emplea el término genérico de “bienes, derechos o situación jurídica” y en el caso del decomiso autónomo se habla de “bienes” en sentido genérico o se sigue la terminología del Tít. VI, Lib. I Cp: “bienes efectos o ganancias”, arts. 803 *ter e*, *ter m*. Más acertadamente el proyecto de Código Procesal Penal²⁵ distinguía entre efectos e instrumentos del delito y los definía²⁶.

Urge así, dentro de la reforma del decomiso unificar la terminología del Cp y la

²² PORTAL MANRUBIA, J. “Aspectos sustantivos y procesales del decomiso”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.3/2016 parte Estudio, BIB 2016\750, pp. 13 a 15, distingue entre esas categorías a efectos de diferenciar el decomiso de instrumentos empleados en la comisión del delito, *instrumenta scaeleris*, el de los productos obtenidos directa o indirectamente, *scaelere quaesita y fructus scaeleris*, y el de las ganancias, como gusta de hacer la jurisprudencia menor.

²³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 974/2012 de 5 diciembre, RJ\2013\217, FD decimosegundo, Y desde un punto de vista jurídico, la referencia en el art. 301 CP, en plural a “bienes” engloba a todos los que provengan de una misma actividad delictiva.”

²⁴ “(...) todos aquellos bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso de un procedimiento penal”.

²⁵ En este trabajo la referencia se hace al proyecto de Código de Proceso Penal de 2014, www.juecesdemocracia.es/legislacion/CODIGO_PROCESAL_PENAL%5B1%5D.pdf.

²⁶ Dentro de las medidas cautelares reales, art. 216 3.-“Se considerarán instrumentos del delito las armas, sustancias o elementos que directamente hayan causado el peligro o la lesión a la víctima, y los que de modo indirecto hayan servido para su preparación y elaboración. 4.- Por efectos del delito se entenderán los bienes dañados, sustraídos, elaborados o poseídos sobre los que haya recaído la conducta indiciariamente delictiva, así como los derivados de su posterior tráfico, incluidas todas las ganancias directas e indirectas. También podrán recaer las medidas cautelares sobre otros bienes susceptibles de decomiso.”

LECrim y acompañarla a la normativa internacional como se ha hecho en la L 23/2014. En este caso no por seguidismo o colonialismo jurídico sino en aras del rigor y claridad conceptual.

IV. LA REVISIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE DEL DECOMISO

La regulación del decomiso, en su modalidad básica o previsión genérica, está desfasada como demuestra la práctica y el análisis de la normativa internacional, resultando la previsión del art. 127 Cp excesiva, desproporcionada y contraproducente.

Efectivamente, el decomiso se contempla en nuestro Cp, *supra*, como una añadida sanción genérica e indiscriminada que se impone (obligatoriamente si el delito es doloso y potestativamente en ciertos supuestos de delito imprudente) en todo caso al condenado (o absuelto si existe una causa de exención o extinción de la responsabilidad, art. 127 *ter* 1.c Cp) por un delito (en las condiciones señaladas, art. 127 Cp) para privarlo de cualquier instrumento y producto del mismo. Algo que carece de sentido por cuanto el decomiso cumple unas finalidades específicas, de suerte que si no concurren éstas acordarlo atenta contra la prohibición de exceso y obliga al tribunal a excluirlo habitualmente en virtud del principio de proporcionalidad, art. 128 Cp, *infra*.

La lectura de la prolija normativa internacional demuestra la necesidad de reacondicionar dicha institución a las metas que se entiende que hoy en día debe satisfacer:

- El decomiso debe restringirse, como regla general, a los delitos que generan ganancias económicas

Resulta inoperativo y contraproducente obligar a los tribunales a decomisar siempre que haya condena por un delito doloso. Si algo resulta evidente de la lectura de la normativa internacional es que dicha institución opera cuando se trata de figuras delictivas que suscitan ganancias económicas. Desde la primera, la Convención de la ONU de 1988, hasta la última de esas disposiciones, la Directiva 2014/42UE, se repite como un mantra en dicha regulación que el decomiso es la pieza clave en la lucha contra la delincuencia económica (especialmente la delincuencia organizada): resulta elemental que la privación de las ganancias económicas al delincuente condenado cumple, además de su carácter retributivo, una finalidad de prevención especial y general específica en esos delitos. En consecuencia, si no existen dichos beneficios porque la obtención de los mismos no es la finalidad de la comisión del delito, el decomiso, como regla general, carece de sentido.

Además la previsión indiscriminada del decomiso resulta contraproducente con la propia utilidad del decomiso. Efectivamente, si se dispone que siempre que se condene por delito doloso el Estado debe aprehender todos los instrumentos del

delito, incluso aquéllos que carecen de trascendencia económica, lo único que resulta es que se saturan los depósitos judiciales²⁷ aún más de lo que lo están en la actualidad. Y ello solo comporta un aumento de los gastos materiales y personales (desde la gestión, conservación, hasta la inutilización o el expurgo de los mismos) que, a su vez, supone detraer cantidades del producto que se obtiene por la enajenación de los bienes decomisados que, según se verá y como regla general, *infra*, se destina, en primer lugar, a satisfacer la responsabilidad civil.

Consiguientemente, el decomiso generalizado resulta desproporcionado y obliga, como demuestra la práctica, al tribunal a excluir la previsión del art. 127.1 Cp a través del juego del art. 128 Cp, según el cual puede no acordarse el decomiso, o hacerlo parcialmente, de los objetos de lícito comercio si su valor no guarda proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción. *E.g.*, ¿tiene sentido obligar a decomisar el vehículo, en todo caso cuando se condene por un delito contra la seguridad vial si se excede de las tasas de alcohol en aire espirado o en sangre y se condena por el delito del art. 379.2 Cp?, de ahí que la jurisprudencia²⁸, e incluso las instrucciones de la FGE, se haya visto compelida a estipular unos criterios determinados²⁹. Por otra parte, y siguiendo con las disfunciones, si, *e.g.*, conduciendo bajo la influencia de drogas o alcohol se comete un homicidio imprudente, el art. 382 Cp dispone que en esos supuestos solo se toma en consideración el delito más grave por lo que no habría obligación de decomisar el vehículo, art. 127.2 Cp, mientras que si se hubiera condenado exclusivamente por el delito contra la seguridad vial (como es conocido todos los delitos del cap. IV, Tít. XVII, Lib. II Cp, están previstos únicamente en su modalidad dolosa) la incautación habría resultado imperativa...

En definitiva, la generalización indiscriminada del decomiso provoca el efecto inverso: que lo que debería ser una excepción, su exclusión o limitación en virtud del principio de proporcionalidad se convierta en lo habitual³⁰. Y ello, a su vez, comporta la inseguridad jurídica: la ausencia de unos criterios claros acerca de los supuestos en los que procede la incautación de los instrumentos y productos del delito. Lo que, en una suerte de efecto dominó, conlleva que el legislador se vea impelido a estipular unas previsiones específicas sobre el decomiso que resultan redundantes y superfluas en atención a lo dispuesto en el art. 127 Cp y que solo se entienden a la luz de lo expuesto: se trata de disipar la inseguridad jurídica reafirmando la posibilidad de decomisar en determinados delitos.

²⁷ NIEVA FENOLL, J., "El procedimiento de decomiso autónomo. En especial sus problemas probatorios", *Diario La Ley*, N° 8601, Sección Doctrina, 9 de Septiembre de 2015, Ref. D-322, explicita este problema.

²⁸ SAP Pontevedra núm. 593/2015 de 1 diciembre, JUR 2016\22232, FD segundo. Y sobre lo mismo, SAP de Pontevedra (Sección 4ª) núm. 124/2013 de 31 julio, JUR 2013\295275, FD segundo.

²⁹ Circular 10/2011, de 17 de noviembre (JUR 2011, 395486), y el Decreto del Fiscal superior del País Vasco de 19 de abril de 2011, https://www.fiscal.es/.../Instruccion_Fiscal_Superior_sobre_comiso_de_v...., fija unos criterios muy específicos.

³⁰ FD primero, STS núm. 1030/2003, núm. de recurso 649/2002 de 15-07-03.

Así, en primer lugar, el art. 385 *bis* Cp, dispone (como si no resultara palmario) que el vehículo “utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los arts. 127 y 128”. Y más adelante se reitera la obligación de decomisar las ganancias en el delito de blanqueo de capitales, art. 301.5 Cp; o bien la incautación de los beneficios en los delitos contra la ordenación del territorio, art. 319.3 Cp; así como cuando se trata de los delitos contra la salud pública, arts. 362 *sexies* y 374 Cp³¹. Previsiones que, además de superfluas, contrastan con el silencio, lógico dada la existencia del art. 127 Cp, en otros delitos que comportan beneficios económicos y que solo se explican a la luz del fenómeno expuesto³².

Únicamente tienen sentido las previsiones especiales como la contenida en el art. 374 Cp, cuando especifica cuál es el destino de los bienes decomisados en el caso de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (así como en el delito de blanqueo en esos casos).

Todos estos problemas desaparecerían ciñendo el ámbito del decomiso a sus límites naturales.

- Incluso dentro de los delitos que generan beneficios económicos lo lógico es circunscribir el decomiso a aquellos bienes que tengan una utilidad de esa clase

Por los mismos motivos apuntados, carece de sentido decomisar cualquier tipo de bien. El Estado no padece el síndrome de Diógenes: resulta absurdo, porque solo genera gastos innecesarios y contraproducentes el decomiso, *e.g.*, en un delito de robo de una linterna o una caja de herramientas... Si la finalidad inmediata del decomiso es una sanción de índole económica solo resulta apropiado incautar aquellos bienes que por sí mismos ostenten un valor de esa clase. Además, no tiene

³¹ En el FD tercero de la STS núm. 1287/2005, núm. recurso 1237/2004, de 28/10/2005, se afirma la inexistencia de dudas acerca del juego del decomiso en los arts. 301 y 374 Cp. Sobre el carácter superfluo AGUADO CORREA, T.: "Embargo Preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?", *Estudios Penales y Criminológicos*, 2013, pp. 279 y ss.

³² Causa sorpresa que solo se mencione al decomiso en el blanqueo de capitales dentro del Tít. XIII del Lib. II, “delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico”, cuando en la mayoría de ellos, con la excepción de los daños, la obtención de un beneficio es consustancial al delito, (hurtos, robos, extorsiones, robo y hurto de uso de vehículos, usurpación, defraudaciones, insolvencias punibles, alteración de precios en concursos y subastas públicas, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos relativos al mercado y a los consumidores, corrupción en los negocios, delitos societarios, receptación), algo que también acontece (o puede) en el caso de la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, suposición de parto y alteración de la paternidad, la financiación ilegal de partidos políticos, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, falsificación de moneda, intrusismo, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes, negociaciones prohibidas a funcionarios, comercio de armas, municiones y explosivos, organizaciones y grupos criminales, delitos de lesa humanidad relativos a prostitución, explotación sexual, esclavitud... De hecho, en el decomiso ampliado, art. 127 *bis*.1 Cp, aumenta la confusión ya que en el listado se menciona a los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico si hay continuidad delictiva o reincidencia y luego se añaden algunos de ellos en particular, VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.(dir.), Valencia, 2015, p. 399.

sentido argumentar que se pueden prevenir futuros delitos retirando de la circulación objetos de uso cotidiano al alcance de cualquiera y sin trascendencia económica.

De hecho, el art. 1.2 de la L 17/2003 que regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros ilícitos relacionados, estipula que “no serán objeto de integración aquellos bienes en los que no sea posible su inscripción registral o su localización, ni aquellos inmuebles cuyas circunstancias no permitan asegurar la rentabilidad del comiso.”, y el art. 3.3 del RD 948/2015, que regula la ORGA, insiste en la misma idea al señalar que una de las funciones de la misma es “el asesoramiento técnico a los juzgados, tribunales y fiscalías, que lo soliciten en materia de ejecución de embargos y decomisos, a los efectos de evitar actuaciones antieconómicas y garantizar, dentro del respeto a la ley y con el cumplimiento de todas las garantías procesales, el máximo beneficio económico.”³³

- El decomiso no resulta necesario para incautar los objetos de ilícito comercio

Si el decomiso se circunscribe a los límites apuntados enseguida surge la duda de qué sucede con los objetos de ilícito comercio o peligrosos en esos ilícitos y en el resto de los delitos. ¿Acaso no resulta necesario utilizar la figura del art. 127.1 Cp para incautar, *e.g.*, la navaja, el hacha, la ballesta, una granada..., sobre todo en delitos en los que no existe una finalidad económica como puede ser un homicidio, asesinato, delitos contra la libertad sexual...?

La respuesta es negativa: el Estado no necesita disponer, por razones elementales, de una previsión específica en el Cp³⁴, en tanto que una consecuencia añadida, como regla general, a la condena por un delito (doloso), para eliminar aquellos objetos que entrañan un riesgo objetivo para la seguridad colectiva y los que se encuentran prohibidos en el tráfico jurídico o en el uso cotidiano³⁵.

El Estado está obligado por el juego de los propios principios constitucionales a incautar esa clase de objetos: velar por la seguridad ciudadana es una de las finalidades específicas de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, arts. 104.1 y 149.1.29^a CE, dentro la misión general de salvaguarda de los intereses generales que se

³³ Es verdad que el art. 367 *quinquies* 2 LECrim, al regular la forma de realización de los efectos judiciales, dispone que se procederá (en lugar de la subasta o venta a través de persona o entidad especializada) a la entrega a entidades sin ánimo de lucro o a la Admón. “cuando sea de ínfimo valor o se prevea... (que la realización a través de los otros medios)... será antieconómica.” Mas ello no es más que un mal remedio en hipótesis inevitables: el aseguramiento de fuentes de prueba que no tienen dueño conocido... Lo contrario, decomisar en todo caso y al margen del valor económico de los bienes, conduce a aplicar la previsión comentada permanentemente, lo que, a su vez, supone contemplar al Estado como un rastro benéfico depositario de bienes que no quiere nadie porque no sirven para nada salvo para menguar las arcas públicas.

³⁴ OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Medidas cautelares reales en el proceso penal y decomiso*, Madrid, 2016, pp. 175 a 178, distingue entre el decomiso de seguridad (al que nos estamos refiriendo y que debería regularse, según este autor, en la LECrim) y el decomiso de ganancias.

³⁵ Para un análisis del decomiso en Alemania, AGUADO CORREA, T., «*El comiso*», Madrid, 2000, pp. 60 y 61. También se distingue entre el decomiso de instrumentos y el de productos del delito en el Reino Unido, PORTAL MANRUBIA, J. “Aspectos sustantivos y procesales...”, *op. cit.*, p. 5.

encomienda a la Administración, art. 103.1 CE³⁶. De esta suerte, la retirada de los objetos de ilícito comercio y los que entrañen un riesgo es una misión de la que debe ocuparse específicamente la Admón. y se puede conseguir de una doble manera. En primer lugar, y tal y como sucede en el ámbito jurisdiccional, a través del decomiso como una sanción administrativa añadida al ilícito de esa clase (exhibir objetos peligrosos con ánimo intimidatorio es en sí misma una infracción leve, art. 137.1 LO 4/2015), una manifestación también del *ius puniendi*, art. 39.2.b LO 4/2015: el decomiso en tanto que “sanción accesoria”, como también dispone el art. 14.1 (“medida accesoria” ante la infracción administrativa) de la Ley de Contrabando LO 12/95. Mas en segundo lugar, y aunque no se acaba de especificar con suficiente claridad, haya o no ilícito administrativo los objetos de ilícito comercio y los que entrañan riesgo deben ser excluidos de la circulación³⁷.

Pues bien, aunque la retirada de los objetos de ilícito comercio está encomendada fundamentalmente a la Administración, si otro poder público cuando ejerce la potestad de la que está investido se encuentra ante aquéllos también deberá hacerla valer a tal efecto. Y ello aun cuando se pueda exceder formalmente del contenido tradicional de aquélla. Eso es lo que sucede cuando se trata del ejercicio de la potestad jurisdiccional, arts. 635 y 742 LECrim³⁸.

En definitiva, la retirada de objetos ilícitos y aquéllos que entrañen un riesgo no es una finalidad del decomiso ni necesita de esta institución para su efectividad. Por eso, *e.g.*, resulta redundante explicitar que la droga u otras sustancias (al margen de su valor económico intrínseco) se decomisan en el caso de los delitos contra la salud pública, arts. 362 *sexies*, 374 Cp y 5.1.b Convención de las Naciones Unidas de 1988.

- Sin embargo, y *a sensu contrario*, sí es preciso ampliar el decomiso a otros delitos cuando esta institución se contempla específicamente como el ins-

³⁶ “...La seguridad ciudadana se configura como uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho”, primer párrafo de la expos. de motivos de la Ley de Seguridad Ciudadana, LO 4/2015, y arts. 1 y 11.1 b) y e) Ley Cuerpos y Fuerzas de seguridad, LO 2/1986.

³⁷ Por eso, y al margen de otras disposiciones específicas (como el control de armas, explosivos y pirotecnia que corresponde a la Admón., arts. 28 y 29 L 4/2015, o en general las facultades de inspección de esta), en esta última ley se contempla, entre otras cosas, la ocupación de los objetos que entrañen un riesgo para dicha seguridad en vías y lugares públicos, arts. 17 y 18.

³⁸ Desde luego si se condena por un delito un tribunal debe proceder a la retirada de esos objetos, mas incluso cuando no concurren las condiciones para hacer valer el *ius puniendi* debe obrarse de tal modo. Así se dispone en el caso del proceso penal, ya exista un auto de sobreseimiento o una sentencia absolutoria, arts. 635 y 742 LECrim y también se prevé expresamente cuando se trata de devolver las piezas de convicción que se encuentran depositadas, art. 2.4ª a y b Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, depósitos judiciales de piezas de convicción. De hecho, no hace falta ni esperar al término del proceso para disponer la destrucción de los mismos, art. 367 *ter* 1 LECrim.

El art. 635 LECrim apartado quinto dispone que no se devuelven, a pesar del auto de sobreseimiento, las piezas de convicción “cuando...(las mismas)... entrañen, por su naturaleza, un peligro grave para los intereses sociales o individuales...” Y el art. 742 LECrim remite expresamente a dicha disposición en el caso de las sentencias absolutorias.

trumento adecuado para combatir otros ilícitos al margen del beneficio económico que se genera en los mismos

Si a nivel internacional o interno se considera que el decomiso es la herramienta idónea para luchar contra una determinada forma de delincuencia es indudable que habrá que incluirla en el elenco de delitos en los que aquél opera. Es lo que sucede con las organizaciones y grupos criminales en general (aunque, como es notorio, constituyen habitualmente el soporte para la comisión de ilícitos que generan ganancias) y con el terrorismo en particular, Convenio de Varsovia de 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

Además, el legislador al regular el decomiso ampliado, art. 127 *bis* Cp ya ha elaborado un listado que sirve a los efectos indicados. No tiene sentido que quepa esa modalidad agravada del decomiso para un delito respecto del que no se puede aplicar su modalidad básica o tradicional, el decomiso directo. Así sucede por ejemplo con ciertos delitos informáticos, arts. 197.2 y 3 y 264 Cp.

- Además también conviene reajustar la posibilidad de decomisar en atención a la protección de la víctima

Parece evidente que resulta preciso privar al delincuente de aquellos elementos que puedan suponer algún tipo de goce o disfrute y comportan, de alguna manera, perpetuar la lesión de los bienes jurídicos de la víctima que ya se ha consumado y prolongar su sufrimiento o humillación.

Es lo que sucede, por ejemplo, con las fotografías u objetos materiales de lugares en donde se han llevado a cabo agresiones contra la libertad sexual, integridad física...

No tiene sentido elaborar de antemano un catálogo de delitos a estos efectos, sino que lo lógico es que la víctima ostente la posibilidad de, al margen de su personación, solicitar el decomiso de determinados bienes y que el tribunal tenga la facultad de consultar con ella en caso de duda. Se encuadraría como una manifestación específica del derecho a la participación de la víctima en el proceso que hoy no está contemplada, arts. 11 a 18 L 4/2015³⁹, Estatuto de la víctima, ya que únicamente se prevé la aportación de información *a posteriori*, una vez que el decomiso ya se ha acordado, art. 13.2.b) de dicho Estatuto⁴⁰.

- Por último, no cabe confundir el objeto del decomiso con el de la responsabilidad civil cuando ésta consiste en restituir los bienes al perjudicado

Es verdad que cuando ha acontecido una traslación patrimonial los bienes des-

³⁹ El lugar idóneo parece el art. 18 que recoge el derecho de la víctima a la restitución de sus bienes incautados (si estaban en poder del autor de los hechos o de un tercero estaríamos ante un contenido específico de la responsabilidad civil, la restitución).

⁴⁰ Art.13. Ejecución, “2.b) Facilitar al Juez o Tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.”

plazados integran el producto del delito. Mas lo cierto es que en puridad, *strictu sensu*, no forman parte de la sanción en que consiste el decomiso por cuanto son la esencia del contenido de un derecho subjetivo privado que ostenta quien ha padecido el daño ocasionado por los mismos hechos que originan el delito. *E.g.*: cuando se trata de un cuadro o una joya que se han sustraído lo procedente no es que el Estado mediante una sanción prive de los mismos al autor del delito, para luego, mediante su enajenación o reintegro, resarcir a su legítimo propietario; sino que lo oportuno es su devolución directamente a éste sin arrogarse antes su titularidad, arts. 334 LECrim, 18 L 4/2015, 15 Directiva 2012/29UE. De la misma manera que en estos casos no cabe la realización anticipada ni la utilización provisional prevista para los bienes decomisados, arts. 367 *quinquies* y *sexies* LECrim. Porque en términos jurídicos la restitución que se produce es el núcleo de la obligación que nace a raíz de los hechos y el daño que originan la responsabilidad civil extracontractual y que correlativamente hacen surgir el derecho subjetivo privado con ese contenido, sin que se pueda confundir con la sanción que nace tras el ejercicio de una potestad pública: el objeto de la sanción no puede destruir ni anteponerse al derecho subjetivo privado que se alumbró antes, directamente de la conducta y no al final del proceso. Por eso estos bienes, que han de ser restituidos, serán objeto, además de ser piezas de convicción, de una medida cautelar real civil específica, el depósito, y no del decomiso preventivo, medida cautelar real penal, *infra*. Y por lo mismo, *infra*, cuando existan terceros que han adquirido los mismos su condición será la de terceros que han participado a título lucrativo del delito, art. 122 Cp, y no de terceros cuyos bienes han de ser decomisados, art. 127 *quater* Cp.

V. LAS DIFERENTES CLASES DE DECOMISO Y EL PROCEDIMIENTO PARA ACORDARLO

A) Clases de decomiso

Tras la reforma operada en 2015 el análisis del decomiso solo puede hacerse en función de la modalidad del mismo de que se trate.

A estos efectos hay que distinguir entre:

- a) Decomiso preventivo o cautelar: aquél que se acuerda en una resolución, auto, interlocutoria y que pretende asegurar el decomiso definitivo.
- b) Decomiso definitivo: el que se dispone en la resolución que pone fin al proceso.

Como sucede en el proceso penal, debe tratarse de una resolución firme para que se pueda ejecutar, arts. 794 y 988 LECrim⁴¹. A pesar de los intentos del legislador

⁴¹ El art. 4.1 Directiva 2014/42UE exige dicha cualidad del fallo incluso en los procesos en ausencia del

por tratar de mudar la naturaleza del decomiso ampliado y convertirlo en una figura civil, *infra*, lo que también alcanza, a tenor de las modalidades procesales elegidas, al decomiso autónomo y la intervención de terceros, resulta imposible pretender una ejecución provisional de la incautación en esos supuestos. El decomiso se contendrá, salvo alguna hipótesis excepcional, en una sentencia⁴².

A su vez, dentro del decomiso definitivo cabe distinguir tres modalidades:

1. Decomiso directo, art. 127 Cp
2. Decomiso ampliado, art. 127 *bis* Cp
3. Decomiso por reiteración delictiva o *hat trick*, art. 127 *quinquies* Cp.

No estamos en presencia de hipótesis excluyentes, sino que el decomiso directo puede ir acompañado de alguna de las otras variantes si se cumplen las condiciones previstas en el Cp.

B) Forma de acordar el decomiso

Por otra parte, el decomiso definitivo se puede acordar:

- En un proceso penal cuando existe una sentencia de condena (al menos por el delito principal) o bien absolutoria por concurrir una causa de exención o extinción de la responsabilidad penal (aunque, *infra*, no cabe el decomiso ampliado si el delito ha prescrito).

- En un proceso por decomiso autónomo, un proceso penal con forma civil del que conoce el juez penal en el que el fallo solo se pronuncia sobre el decomiso, art. 803 *ter* o. LECrim (y la responsabilidad civil, *infra*), cuando no se puede juzgar por el delito al autor de los hechos o si el M. F. se reservó la acción de decomiso.

C) El decomiso por sustitución

Además el decomiso, ya sea preventivo o definitivo, se puede acordar “por susti-

encausado aunque el art. 9 del mismo texto suscita más dudas. Para nosotros no las hay, ya que el decomiso, en nuestro ordenamiento, no pierde en ningún caso su carácter de sanción a resultas del ejercicio del *ius puniendi*, por lo que es impensable la ejecución provisional de un decomiso directo que resulta de un proceso de decomiso autónomo. Y lo mismo cabe decir del decomiso ampliado en un supuesto idéntico aunque el legislador lo intente presentar como responsabilidad civil. Por otra parte, atenta contra el sentido común no ejecutar provisionalmente el decomiso directo (dada su naturaleza penal) y sí hacerlo si se trata del decomiso ampliado (naturaleza civil según el legislador) cuando ambos se contienen en el mismo fallo.

⁴² Incluso en los supuestos en los que concurre una causa de exención o extinción de la responsabilidad penal no cabe dictar un auto de sobreseimiento libre en tanto que se exige la celebración de un juicio, con práctica de prueba, para decidir sobre el decomiso y, aunque no se haya previsto en el caso de la prescripción, la responsabilidad civil, arts. 127 *ter* 1.c) y 118 y 119 Cp, 782.1 LECrim (que prevalecen frente al art. 675 LECrim). Ni siquiera cuando, inapropiadamente (no caben actos de disposición sobre el *ius puniendi* salvo que se trate de manifestaciones del principio de oportunidad, *infra*), se dispone que si no se contesta a la demanda (o desiste de la contestación) de decomiso autónomo se acordará éste, art. 803 *ter m.* LECrim, estaremos en presencia de un auto. Aunque si hay litisconsorcio voluntario o acumulación subjetiva: varios encausados, o un encausado y un tercero titular del bien y alguno de ellos procede en la forma explicada, cabría dictar un auto y continuar el proceso con los demás, art. 21.2 LEC (se prevé el allanamiento parcial en los casos de acumulación objetiva que resultará igualmente aplicable al caso indicado).

tución”, novedad que data de la LO 15/2003, es decir si los bienes a decomisar no se pueden localizar o no se pueden afectar (*e.g.*, por haberse adquirido de manera irreivindicable por un tercero de buena fe), o bien si esos bienes se han depreciado, se incautan otros bienes que integran el patrimonio del sujeto y que ostentan el mismo valor, arts. 127, 127 *bis*.3, 127 *septies* Cp, Cdos. 14 y 15 y art. 4.1 Directiva 2014/42UE. En cualquier caso, el decomiso por sustitución supone convertir la incautación de un bien determinado en la de una cantidad de dinero que, a su vez, también puede transmutarse en la de otro bien diferente. Y ello se puede hacer directamente por el tribunal antes de dictar el fallo o bien ulteriormente en la fase de ejecución. También tiene lugar la sustitución cuando la imposibilidad de la incautación del bien concreto acontece directamente en la ejecución del decomiso, *infra*.

En puridad, este decomiso por sustitución no acontece en los supuestos de transformación de un bien, art. 127.1 y 2 Cp: si el bien se ha convertido, transformado o mezclado con otro, se acuerda el decomiso del mismo (en el caso de “mezcla” se dispone el decomiso hasta el valor del bien originario) porque el bien sigue estando individualizado. No hay pues sustitución alguna, circunstancia que estaba ya prevista desde un primer momento en el art. 5.6 de la Convención de la ONU de 1988.

VI. EL DECOMISO PREVENTIVO

A) Su distinción respecto a la incautación de las piezas de convicción y las medidas cautelares reales que aseguran las restantes responsabilidades pecuniarias (embargo preventivo y depósito)

El problema de esta medida cautelar es metafísico, la ausencia, aparente, de identidad propia: carece de reconocimiento autónomo, ya que se suele confundir o solapar con otras figuras con las que convive en franca colindancia: el aseguramiento de las fuentes de prueba, las piezas de convicción, y el embargo preventivo o depósito. Además no se trata solo de una relación de vecindad sino que también es frecuente la coincidencia entre ellas, siendo posible en algunos supuestos la concurrencia de todas simultáneamente: la pieza de convicción puede estar también decomisada preventivamente y embargada cautelarmente a efectos de asegurar las otras responsabilidades pecuniarias⁴³. El propio legislador europeo es consciente de esta realidad pero con una deficiente técnica legislativa es incapaz de reconocer la autonomía del decomiso preventivo. Una confusión que se acrecienta cuando, siguiendo las pautas extracomunitarias (art. 31.2 Convención de las Naciones

⁴³ Piénsese en un producto de un delito de robo o estafa encontrado en un registro consistente en unas ganancias: se depositan en cuanto que piezas de convicción, se dispone asimismo su decomiso preventivo y además, si no existen otros bienes, cabría su embargo preventivo para asegurar la responsabilidad pecuniaria (por si el decomiso es desestimado).

Unidas sobre corrupción de 2003), decide calificar al decomiso cautelar como embargo preventivo⁴⁴. Naturalmente, se entiende por este último cualquier medida que sirve para asegurar el decomiso, lo que sucede es que el embargo preventivo en nuestro país es una medida cautelar real con una finalidad y contenido específico cuyo contenido no coincide con el empleado para asegurar el decomiso preventivo. Y lo mismo cabe decir del depósito.

La confusión existencial del legislador europeo se traslada al nuestro. En lo que sería su hábitat natural, la LECrim, ni siquiera se menciona expresamente esta medida cautelar, salvo cuando se refiere a la utilización provisional de los efectos judiciales, art. 367 *sexies* LECrim. El texto procesal, como correspondía con su fecha de promulgación, solo prevé la incautación de bienes que constituyen las huellas o vestigios, el cuerpo del delito o piezas de convicción, arts. 330, 334 y 367 LECrim (y las primeras diligencias, medidas de precaución, diligencias a prevención, arts. 13, 303, 307, 770.3^a, del juez de instrucción o la policía judicial⁴⁵). De hecho, ni siquiera en el proceso de decomiso autónomo es capaz de reconocer su existencia sino que se refiere genéricamente a las medidas cautelares que lo aseguran, arts. 803 *ter* 1.1.h) y 803 *ter* o. LECrim. Únicamente en el proyecto de Código Procesal Penal se preveía al decomiso preventivo como una medida cautelar real autónoma, art. 216.1. Por eso el decomiso preventivo (sin esta denominación) está previsto extramuros de la LECrim: art. 127 *octies*.1. Cp y arts. 143 a 156 L 23/2014 e incluso en este texto, por influencia del legislador europeo, es calificado como embargo preventivo⁴⁶.

Resulta preciso diferenciar el decomiso preventivo del depósito de las piezas de convicción y del embargo preventivo no por un prurito nominalista o dogmático sino a efectos eminentemente prácticos: para poder percibir las diferencias que existen en cada caso respecto de la situación jurídica del bien afectado. El elemento común a todas esas medidas es la intención de salvaguardar la integridad de las realidades, aseguramiento, sobre los que recae: se pretende mantener o constituir una situación jurídica adecuada para que quepa practicar la prueba (aseguramiento de las fuentes de prueba), se pueda hacer efectiva la responsabilidad pecuniaria, distinta al decomiso, que se exige en el proceso (la condena a entregar una cantidad de dinero: embargo preventivo; o acordar la devolución del bien, depósito), o bien se

⁴⁴ La lectura de los Cdos. 26 a 29 de la directiva 2014/42UE demuestra la absoluta confusión que padece el legislador europeo y en los arts. 7 y 10 se denomina a esta medida embargo preventivo siguiendo la tradición impuesta por la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, art. 2.c).

⁴⁵ Precisamente la posibilidad de practicar estas diligencias corresponde a la policía judicial en sentido genérico mientras que las específicas que ordena el tribunal o el fiscal se atribuyen a la policía judicial en sentido estricto, Instrucción FGE 1/2008.

⁴⁶ El Cp se limita a señalar que los bienes pueden ser objeto de aprehensión, embargo o depósito), a los que hay que sumar la LH, art. 20 *in fine*. Acerca de la no vinculación del tribunal a la hora de acordar el decomiso con la titularidad registral, STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a) núm. 676/2012 de 26 julio, RJ\2012\9445, FD quinto.

prive definitivamente de un bien al autor del delito como una sanción por la comisión del mismo (decomiso preventivo). En cada uno de esos supuestos la situación jurídica de los bienes es diferente, lo que explica la posibilidad de concurrencia mencionada de esas medidas. Eso sí, los bienes depositados, al margen de la figura jurídica de que se trate tienen la consideración de caudales públicos, art. 625 LEC.

En primer lugar, el depósito de las piezas de convicción se corresponde con el aseguramiento de las fuentes de prueba. Una figura que también carece de autonomía en la LECrim ya que aparece tanto dentro de los actos de investigación, arts. 334 y 338 LECrim como de las medidas cautelares, arts. 503.3º.b., 509.1.b) LECrim e incluso en el proyecto de Código Procesal Penal se la contemplaba como una medida cautelar real penal, art. 216.1.1ª. Mas lo decisivo es que su finalidad reside en la conservación física o exterior del bien en cuestión: que esté disponible y mantenga su estado para que se pueda celebrar el juicio y practicar la prueba (el medio de prueba correspondiente)⁴⁷. Al centrarse en el elemento físico, la situación jurídica del bien resulta en principio indiferente o intrascendente: no es necesario preservar aquella. Únicamente hay que conservar la disponibilidad del tribunal sobre el bien, por eso se prohíben las tercerías mientras está en marcha el proceso, art. 367 LECrim. El aseguramiento de las fuentes de prueba es, pues, una medida “neutra” a efectos de la situación jurídica ulterior del bien, tras la finalización del pleito. El destino de aquél es el que fije el tribunal en el fallo⁴⁸. De aquella, de su aseguramiento, se ocupan las otras dos figuras: el decomiso cautelar o el embargo preventivo. Por eso, el depósito de la pieza de convicción, el aseguramiento de la fuente de prueba, puede ir acompañado de alguna de esas medidas cautelares o incluso de ambas. Recuérdese además que las piezas de convicción, las fuentes de prueba, no se realizan como regla general, art. 367 *quater* LECrim⁴⁹, ni se utilizan preventivamente.

En segundo lugar, el embargo preventivo es una medida cautelar real que pretende asegurar la responsabilidad pecuniaria, penal (distinta al decomiso) civil o procesal que resulte del proceso. Se asegura, habitualmente, una condena pecuniaria, entregar una cantidad de dinero. En el proceso penal tiene carácter subsidiario,

⁴⁷ Lo que se hará habitualmente en el Depósito judicial, RD 2783/1976, aunque, excepcionalmente, el poseedor pueda ser nombrado depositario, art. 2.1, y se haya reconocido la posibilidad de que la víctima ostente dicha cualidad, previa restitución, si es la titular del bien, art. 334.IV LECrim.

⁴⁸ La regla es que las piezas de convicción se devuelven a su legítimo propietario, salvo que haya que proceder a su destrucción o eliminación por tratarse objetos de ilícito comercio o peligrosos, art. 3 RD 2783/1976. Sobre esta cuestión ampliamente, DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Ocupación, conservación y destrucción de las piezas de convicción*, Valencia, 2006.

⁴⁹ Aunque el art. 5 del RD 2783/1976 prevé lo contrario en caso de tener carácter perecedero o gran depreciación. Criterio avalado por el art. 621 *ter.3*. LECrim, resultante de la L 41/2015, y que permite la realización si son perecederos o si los gastos de conservación y depósito superan el valor del objeto. Al margen de las dudas que suscita el último supuesto, en todo caso lo procedente será la práctica anticipada de la prueba de reconocimiento judicial y pericial con todas las garantías, arts. 333 y 467 LECrim, consintiendo la contradicción (participación del investigado, posibilidad de recusar peritos judiciales y nombrar a otros) antes de proceder a la realización.

en defecto de fianza, art. 598 LECrim. A tenor del efecto que se pretende asegurar, el objeto de esta medida puede ser cualquier bien que conforme el patrimonio del investigado y no solo unos bienes concretos (como será lo habitual en el decomiso si aquéllos están disponibles). En cuanto a su contenido y la forma de aseguramiento existe una remisión a la LEC, arts. 598, 600, 614 LECrim⁵⁰. Además, si no existe patrimonio suficiente es posible el embargo preventivo de las piezas de convicción para asegurar la responsabilidad pecuniaria⁵¹. Es lo que sucede, por ejemplo, con la incautación del vehículo prevista en el art. 764.4 LECrim. En cuanto a la situación jurídica del bien embargado, no se priva de la facultad de disposición al titular del bien, ya que se entiende que la propia eficacia jurídica del embargo garantiza la situación jurídica de quien solicita la tutela: se proclama la preferencia del embargante sobre cualquier otro sujeto titular de un derecho ulterior, art. 613 LEC. Por otro lado, la forma en que los terceros que afirman la titularidad de derechos sobre el bien embargado tutelan sus intereses consiste en la audiencia que se brinda a los mismos cuando por signos externos o indicaciones de la parte el bien pertenezca a aquéllos, art. 593 LEC, y las tercerías. En ocasiones, sin embargo, el aseguramiento de la responsabilidad pecuniaria, en concreto la responsabilidad civil no se realiza a través del embargo preventivo, sino directamente a través del depósito: cuando se trata de la restitución al perjudicado. La medida cautelar es entonces aquél, art. 727.3^a LEC⁵². En cualquier caso, los bienes que aseguran la responsabilidad pecuniaria no se utilizan provisionalmente a efectos de utilidad pública.

El decomiso preventivo por su parte, en tercer y último lugar, pretende asegurar la privación definitiva del bien que se impone en la resolución de esa clase. No se trata de garantizar el resarcimiento de daños (responsabilidad civil), responsabilidades pecuniarias penales (distintas al propio decomiso) ni las costas procesales, aunque si los bienes se realizan, en la mayoría de las ocasiones las cantidades obtenidas se destinan a esos efectos, *infra*. Según el tipo de decomiso definitivo que se pretenda (un bien concreto o una cuantía de dinero), la forma de garantizarlo varía. Si lo que se decomisa es un bien específico entonces se procederá al depósito del mismo. Por el contrario, cuando se va a decomisar una cantidad de dinero, decomiso por sustitución en la mayoría de las ocasiones, lo adecuado será proceder al embargo de bienes⁵³. Sin duda, al igual que sucedía con el embargo preventivo,

⁵⁰ No se olvide que si se embarga un bien mueble, la forma de garantizar la traba es el depósito.

⁵¹ Se convierte así en un añadido al depósito de las piezas de convicción: el bien está depositado para asegurar la fuente de prueba y además se embarga preventivamente sirviendo el depósito para garantizar también el embargo.

⁵² Si se trata de una pieza de convicción ya está depositada aunque habrá de acordarse también expresamente dicha medida cautelar. La situación jurídica del bien depositado es la misma que se acaba explicar respecto del bien embargado.

⁵³ De esta manera, a diferencia de las restantes responsabilidades pecuniarias que se aseguran principalmente a través del embargo y de manera residual a través del depósito, el decomiso se garantiza inversamente: habitualmente depósito y más raramente el embargo (porque el objeto de ambas habitualmente está invertido, salvo cuando la responsabilidad civil consiste en la entrega de cosa determinada).

si los instrumentos o productos de delito que se van a decomisar constituyen piezas de convicción ya estarán depositadas, añadiéndose entonces a dicha medida el decomiso preventivo. Lo decisivo es que la situación jurídica del bien decomisado preventivamente y que se garantiza con el depósito o el embargo es diferente a cuando se acuerdan esas medidas cautelares homónimas a efectos de las otras responsabilidades pecuniarias:

- El embargo, cautelar o ejecutivo, comporta la preferencia del crédito garantizado pero, al igual que el depósito, no priva al titular del bien de la posibilidad de disposición sobre éste. En el decomiso preventivo, sin embargo, la preferencia resulta directamente de él, porque el embargo y depósito son únicamente una forma de garantizarlo. Y además, a efectos del decomiso no resulta suficiente esa preferencia, sino que también se exige una modificación ulterior de la situación jurídica de los bienes: no tiene sentido que el titular de los mismos pueda disponer de ellos, aunque el Estado tenga preferencia sobre adquirentes ulteriores, porque el decomiso pretende privar de los beneficios económicos del delito, de suerte que debe estar vedada cualquier transmisión, que no es sino una forma de disfrutar económicamente del bien. Consiguientemente, el decomiso preventivo irá acompañado de la prohibición de disponer, art. 20 LH.

- Además en el caso del depósito que garantiza el decomiso preventivo, y por el mismo motivo señalado, no tiene sentido que el encausado pueda ser el depositario. Circunstancia que sí está prevista en el depósito de las piezas de convicción, art. 2.1 RD 2783/1976 y en el depósito que asegura el embargo preventivo, arts. 614 LECrim y 626.3 LEC.

- Mientras que en el caso del depósito de las piezas de convicción, como se ha indicado, no caben las tercerías, en el caso del embargo preventivo solo está prevista la posibilidad de que los terceros desafecten el bien a través de un incidente específico, art. 593 LEC, y la tercería de dominio, art. 729 LEC, además de que la participación de los terceros afectados se limita a los ocupantes de los bienes inmuebles, arts. 675 y 704 LEC. Por el contrario, en el caso del decomiso preventivo no cabe pretender desafectar el bien a través de esos mecanismos⁵⁴ sino que se prevé el ingreso de los terceros en el proceso mediante un incidente específico que también se utiliza para los titulares de derechos sobre el bien que puedan resultar afectados por el decomiso y que carece de parangón en el proceso civil, arts. 803 *ter a.* – 803 *ter d.* LECrim, *infra*.

- También está previsto el disfrute provisional del bien por parte de la Admón. cuando se trata del decomiso preventivo, art. 367 *sexies* LECrim, algo impensable en el caso del embargo preventivo o de las piezas de convicción (por el deprecio del bien que acarrea).

⁵⁴ Salvo cuando el decomiso consiste en una cantidad de dinero y se embargan bienes del patrimonio del ejecutado o bien se trata de un decomiso por sustitución.

- Tratándose del decomiso preventivo el M.F. y la ORGA⁵⁵ tienen una destacada intervención en la localización, conservación, administración e incluso adjudicación de los bienes, arts. 367 *quinquies* a 367 *septies* LECrim. Lo que no sucede en el caso de las piezas de convicción ni del embargo preventivo.

En definitiva, el decomiso preventivo es una medida cautelar autónoma de carácter real, que pretende asegurar una responsabilidad penal pecuniaria específica, el decomiso definitivo, diferente al depósito de las piezas de convicción y al aseguramiento de las restantes responsabilidades pecuniarias que puedan resultar del proceso penal.

B) La posibilidad de acordar el decomiso preventivo de oficio

¿Puede el tribunal acordar de oficio el decomiso preventivo? En principio, parece una pregunta superflua: se trata de una medida cautelar real penal en una fase de investigación dirigida por un juez de instrucción. No parece lógico impedir que el director de la investigación (quien decide si se investiga, a quién se investiga, qué se investiga y cómo se investiga) vea cercenadas sus facultades en este ámbito. Sin embargo, la indebida constitucionalización del sistema acusatorio a través del art. 24 CE (mediante un “principio acusatorio” de innata e inevitable indefinición) concita la necesidad, artificial, de cuestionarse por la adecuación a nuestro texto constitucional de cada iniciativa jurisdiccional de oficio que existe en el proceso penal. Y en el ámbito más específico que nos atañe, las medidas cautelares, debe recordarse que está vedada la posibilidad de acordar la prisión provisional de oficio o la libertad provisional con fianza (si el investigado estaba en libertad), art. 539 LECrim, y que el legislador decidió que las medidas cautelares personales penales en el caso de las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica habrían de acordarse previa petición de parte, arts. 33.7, 129.3 y 544 *quater* LECrim⁵⁶.

Mas en cualquier caso, dentro la escasa lógica imperante aún, parece evidente que el decomiso preventivo debe poderse acordar de oficio, de la misma manera que sucede con el aseguramiento de las fuentes de prueba (que, como se ha explicado, puede incluir a los instrumentos y productos del delito). Conclusión reafirmada por el art. 146.2 L 23/2014: “La resolución de embargo preventivo de bienes

⁵⁵ Sobre este órgano, la transición de la ORA a la ORGA, así como su naturaleza y funciones, JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La nueva...”, *op. cit.*, pp. 136 a 145. Sobre lo mismo, MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 516 a 520. Y la Circular 4/2010 FGE, apartado 3.1), recoge la necesidad del papel activo del Ministerio público en la localización de los bienes, solicitando informes sobre el patrimonio y valoraciones periciales; en el mismo sentido Circular 4/2013 FGE apartado III.2-6.

⁵⁶ El art. 544 *quater* (en su desafortunada redacción), solo se refiere a las medidas cautelares personales. Lo que en buena lógica no debe impedir que se acuerde de oficio la medida cautelar real más común en esos casos: la fianza y, subsidiariamente, el embargo, dado que la pena más habitual cuando se trata de esos sujetos es la multa, arts. 33.7.a) y 52.4 Cp (en puridad, en el caso de las entidades sin personalidad jurídica se trata de una consecuencia accesoria).

y de aseguramiento de pruebas podrá acordarse de oficio o a instancia de parte”. Si el tribunal español puede dentro de la cooperación judicial internacional acordar esta medida cautelar de oficio...

El problema se presenta cuando el legislador, para salvar sus escollos constitucionales, presenta al decomiso ampliado como una institución civil: una suerte de enriquecimiento injusto, *infra*. Pues bien, entonces, y en esa hipótesis, ya no estaríamos ante una medida cautelar real penal sino ante una medida cautelar real civil, lo que nos situaría en otra disyuntiva. Y es que, como se sabe, tras los pasos del texto procesal civil (que distingue dentro de los procesos no dispositivos entre aquella materia que no es disponible y la que sí, sometiendo esta última al principio dispositivo y además al de aportación de parte, art. 752.4 LEC), se distingue, o al menos se pretende hacerlo, entre las medidas cautelares civiles y las penales. Las primeras, según esta intelección, estarían sometidas como se proclama para el procedimiento abreviado, art. 764.2 LECrim, a los presupuestos de la LEC⁵⁷, esto es, al principio de justicia rogada, más concretamente al principio de aportación de parte, art. 721.2 LEC, (puesto que dada la naturaleza procesal de la tutela cautelar no cabe hablar de principio dispositivo en sentido estricto en este caso). Es decir, haría falta previa petición de parte para acordar las medidas cautelares civiles⁵⁸. Se rompe así inopinadamente el sistema que formalmente está vigente en el proceso ordinario y que fue la elección del legislador: que el tribunal, para proteger a la víctima, pudiera acordar de oficio todas las medidas cautelares, civiles y penales, art. 615 LECrim. Mas incluso aceptando semejante interpretación hay que entender que se podría acordar el decomiso preventivo de oficio puesto que a pesar del discurso de la exposición de motivos de la LO 1/2015, como se verá, no resulta posible asumir la naturaleza civil de decomiso en hipótesis alguna: no deja de ser una sanción, una manifestación del *ius puniendi*. El decomiso cautelar es siempre y en todo caso una medida cautelar real penal.

Como contrapunto, un exponente manifiesto del desconcierto del legislador que denunciamos, en el proceso de decomiso autónomo, se supeditan las “medidas cautelares” (decomiso preventivo) a la petición de parte, art. 803 *ter* l LECrim.

⁵⁷ No parece que ésta deba ser la exégesis adecuada porque si se lee bien el art. 764.1 LECrim no habla de medidas cautelares reales civiles sino de todas las cautelares reales: “medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas”. Lo que también conduciría a someter las medidas cautelares penales reales a la previa petición de parte, lo que resulta disparatado mas, claro está, dentro del furor por constitucionalizar el (inasible) principio acusatorio nunca se sabe.

⁵⁸ En este sentido, GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., “Responsabilidades pecuniarias y medidas cautelares en el proceso civil, *Cuadernos de política criminal*, septiembre 2013, pp. 66 a 68. Así se recogía también expresamente en el proyecto de Código Procesal Penal al referirse al contenido de la acción civil: “Artículo 98.- Principios La acción civil derivada del hecho punible se rige por los principios de justicia rogada y dispositivo.”. Por el contrario, OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, pp. 153 a 159, entiende que sí se pueden acordar de oficio y que el contenido del art. 764.1 LECrim, procedimiento abreviado, como también considera la Circular FGE 1/2003, reafirma esa posibilidad con más rotundidad que en el ordinario.

Por otra parte, si se ha padecido la medida cautelar que nos ocupa y al final existe una sentencia absolutoria, pretender una indemnización por los daños padecidos resulta difícil: habrá que acreditar la existencia de un error que solo parece evidente (al margen de los supuestos de confusión notoria en cuanto a la titularidad del bien) en los casos en los que se declara probada la inexistencia de los hechos⁵⁹.

VII. EL DECOMISO DIRECTO

Es el previsto en el art. 127 Cp. Ya se han expuesto sus presupuestos y la necesidad de revisar su contenido en atención al sentido que hoy tiene esta figura según el tenor de los textos internacionales. Consiguientemente nos centramos ahora en las cuestiones que nos parecen más trascendentales.

A) La naturaleza penal del decomiso directo y sus consecuencias

¿Existe la necesidad de preguntarse por la naturaleza penal del decomiso directo? ¿Acaso el legislador, LO 1/2015, no se refiere únicamente al carácter civil del decomiso ampliado? Aunque esto último es cierto, la respuesta al interrogante es afirmativa. En primer lugar, como se verá *infra*, algunos de los argumentos empleados para defender la naturaleza civil del decomiso ampliado son plenamente aplicables a cualquier clase de decomiso⁶⁰; en segundo lugar, y como consecuencia de ello, la subsiguiente reforma de la LECrim, L 41/2015, expande la naturaleza civil del decomiso: regula la intervención de los terceros afectados por éste como si se tratase de terceros civilmente responsables y el proceso de decomiso autónomo con las vestes de un proceso civil. Cuestiones que claramente salpican al decomiso directo⁶¹. En resumen, la atribución de naturaleza civil al decomiso ampliado ha resultado tener naturaleza vírica o infecciosa y alcanza a todas las manifestaciones del decomiso, porque es la opción más fácil para intentar escapar a las exigencias de los derechos fundamentales procesales que existen en el proceso penal.

Como se ha explicado, el decomiso ya no es necesariamente una consecuencia

⁵⁹ Desde luego no resultan aplicables las previsiones del art. 294 LOPJ, que solo contemplan el supuesto de la prisión provisional, para excluir la necesidad de acudir al procedimiento de declaración de error, art. 293 LOPJ. Además la AN, Sala de lo C-A, de 28-04-2010, núm. recurso 17/2010, en lo que atañe al decomiso ha señalado que el mero hecho de haberlo padecido, como sucede en cualquier medida cautelar, no habilita a reclamar la indemnización salvo que se declare la existencia del error cuando se acordó.

⁶⁰ De hecho, incluso en la doctrina hay quien asume el carácter civil del decomiso siguiendo los mismos criterios empleados para el decomiso ampliado, *infra*, BLANCO CORDERO, I., “El comiso...”, *op. cit.*, incluso aun cuando es partidario de entender que las ganancias deben ser brutas, lo que refuerza su carácter de sanción. Y para OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Medidas cautelares...*, *op. cit.*, p. 176, se trata de “(...) una sanción penal *sui generis*, pues presenta al mismo tiempo un fuerte componente de sanción civil reparatoria del daño causado (...)”.

⁶¹ Cuando se acuerda éste resulta que los terceros afectados por el mismo son tratados procesalmente como una parte civil; además dentro del proceso civil de decomiso autónomo se decide, con demanda y contestación, el decomiso directo en el que caben actos implícitos de disposición...

accesoria de la pena sino que se convierte en una consecuencia accesoria del delito o la actividad delictiva si se acuerda en los supuestos de exención y extinción de la responsabilidad penal, art. 127 *quater* Cp. En cualquier caso, ya sea se trate de una u otra el decomiso es junto a la pena y la medida de seguridad una de las tres manifestaciones del *ius puniendi* en el ámbito del proceso penal. Una realidad que no se ha visto afectada por las reformas acontecidas en 2015, LO 1/2015 y L 41/2015, por cuanto esta modalidad de decomiso, la básica o tradicional, exige la prueba plena de la comisión de un delito y del vínculo de los bienes decomisados con el mismo⁶². No hay rebaja alguna de las garantías procesales, en especial la presunción de inocencia, que rodean el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el proceso penal. De hecho, la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina no dudan en seguir reconociendo la naturaleza penal del decomiso⁶³.

De esta manera la presencia de bienes en el patrimonio cuya procedencia no se puede justificar no es causa suficiente, *per se*, para acordar el decomiso directo⁶⁴. Se trata de un solo indicio que no basta para formular una presunción judicial que enerve la presunción de inocencia. Ahora bien, ello no impediría formular otra serie de presunciones en función de la concurrencia de varios indicios: dado que se ha probado la comisión de un delito y que también resulta avalado que ha generado necesariamente beneficios o ganancias por un cierto importe, cabe presumir que determinados bienes que se ajustan al valor de aquéllos y que se encuentran en el patrimonio del sujeto sin que se pueda justificar su procedencia, son el resultado de la actividad delictiva. Con independencia de que a ello habitualmente se sumarán otros indicios fijados por el legislador para otras modalidades del decomiso: que

⁶² Se exige acreditar el vínculo de los bienes con la actividad delictiva,” FD tercero, STS núm. 97/2007, núm. recurso 1175/2006, de 12-02-2007 y sobre lo mismo FD séptimo STS núm. 125/2007, núm. recurso 10768/2006, de 9-02-2007.

⁶³ “Por tanto, como indica la STS núm. 793/2015, de 1 de diciembre, tras recordar que el comiso guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición (SSTS 450/2007 de 30 de mayo 16/2009 de 27 de enero)”, FD quinto, STS 29/03/2016, núm. 238/2016 núm. Recurso: 913/2015, ATS núm. 191/2016 de 14 enero, RJ 2016\700, STS núm. 793/2015 de 1 diciembre, RJ 2015\6396. En el FD segundo STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 858/2013 de 19 noviembre, RJ\2013\7898, es tildado de “pena de decomiso”. Y la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 228/2013 de 22 marzo, RJ\2013\8314, FD decimotercero, recuerda la doctrina asentada. “Respecto a la naturaleza y alcance del comiso, en SSTS. 600/2012 de 12.7, y 16/2009 de 21.1, decíamos que el CP 1995 considera el comiso como una "consecuencia accesoria" al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP. suizo o CP. alemán) de establecer un tercer genero de sanciones bajo la denominación de "consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias.”, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 974/2012 de 5 diciembre, RJ\2013\217, FD decimotercero. Así, *ex plurimis*, GUINARTE CABADA, G., “Las consecuencias accesorias”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, VIVES ANTÓN, T.S.(dir.), Valencia, 1996, p. 657; JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La nueva...”, *op. cit.*, pp. 109 y 110, GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso...*, *op. cit.*, pp. 28 a 32. Y para PORTAL MANRUBIA, J. “Aspectos sustantivos y procesales...”, *op. cit.*, pp. 7 y 8, es una sanción penal *ad rem*.

⁶⁴ Respecto a la necesidad de fundamentar el decomiso para cumplir con el art. 24.1 CE, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 483/2007 de 4 junio, RJ\2007\4743, FFDD vigesimoquinto y vigesimosexto.

dichos bienes resultan desproporcionados respecto de los ingresos lícitos del condenado (o excepcionalmente absuelto), o bien se ha ocultado su titularidad o se ha transferido la misma para dificultar su localización⁶⁵.

Que en ciertas ocasiones, ya señaladas, no acontezca la condena tampoco es obstáculo alguno a su naturaleza penal: desde luego cuando a pesar de la comisión del injusto no existe culpabilidad, pues ése es el presupuesto en la mayoría de las ocasiones de las medidas de seguridad, arts. 101 a 103 Cp. Y en el caso de la concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad penal, en concreto la prescripción del delito, art. 130.6º Cp, tampoco parece un impedimento para asumir que en el art. 127 *ter.1.c*) Cp (hasta la reforma de 2015 se preveía en el 127.4 Cp) el legislador haya decidido que en caso de la comisión de un injusto el paso del tiempo no excluye el decomiso de los bienes que resultan ser el instrumento o producto del mismo en cuanto que sanción penal. Esto es, que para combatir cierta clase de delincuencia, especialmente la económica, resulta preciso mantener con carácter imprescriptible, una sanción patrimonial. Precisamente, a efectos de la imposición de penas o medidas de seguridad, el Cp también señala la ausencia de prescripción de ciertos delitos, art. 130.3 Cp. En cualquier caso, la imprescriptibilidad en el caso del decomiso es un argumento más para acotar su alcance y evitar la cláusula genérica empleada hasta ahora.

B) Las formas de acordar el decomiso

El decomiso es una sanción patrimonial con un contenido específico: ciertos bienes que, a su vez, pueden consistir en una cantidad de dinero u otra clase (como las condenas dinerarias y las no dinerarias consistentes en entregar cosa distinta al dinero que existen en el proceso civil). Por otra parte, el decomiso de una cantidad de dinero puede tener un carácter inmediato, porque es directamente el producto del delito, o bien por conversión o sustitución si el bien que se ha de decomisar no está disponible, física o jurídicamente (es el equivalente a la conversión de la condena no dineraria en dineraria del proceso civil). Además también cabe la posibilidad de limitarse a condenar al decomiso con carácter genérico para, con posterioridad, concretar su contenido.

Consiguientemente, el decomiso se puede acordar:

a) -Señalando los bienes específicos de los que se va a privar al condenado (o, excepcionalmente, absuelto) porque son el instrumento o producto del delito o bien resultan aquéllos en los que éstos se han convertido o transformado. Es la forma habitual de practicarlo pues el decomiso tiene un objeto específico. Lógicamente,

⁶⁵ NIEVA FENOLL, J., “El decomiso...”, *op. cit.*, propone como sistema alternativo un supuesto de hecho que contiene varios de los elementos señalados y al que se añade: “4. Deber de declaración de la actividad económica, bajo apercibimiento de delito de desobediencia grave (art. 556 CP), debiendo elevarse las penas por este delito en el caso concreto del decomiso.”

entre los bienes concretos puede tratarse de una cantidad de dinero, especialmente en el caso de las ganancias (*e.g.* intereses generados por una cuenta, dividendos de acciones, incrementos patrimoniales...). Si los bienes se han depreciado, habrá que precisar la cuantía por la que se decomisan otros, *infra*. Además, si el dinero, o los otros bienes se han mezclado con otros habrá de disponerse el decomiso de éstos (o de un porcentaje de los mismos).

Una vez acordado el decomiso de ciertos bienes, si después resulta imposible incautarlos entonces nos enfrentaríamos a la modalidad del decomiso por sustitución que tiene lugar en la ejecución del mismo. Sería el fenómeno equivalente a la conversión de la ejecución *in natura* en la dineraria de indemnizar daños y perjuicios prevista en la LEC, arts. 701 y 702. Precisamente así debe entenderse lo dispuesto en el art. 127.*septies* Cp., que no es sino la modalidad específica del decomiso por sustitución en ejecución del fallo.

b) - Cuando no se pueden localizar los bienes decomisados o bien éstos ya no están disponibles porque se han adquirido por terceros de buena fe u otro motivo (como la destrucción) entonces el decomiso se transmuta en la incautación de una cantidad de dinero a la que acabamos de referirnos. Estamos ante el decomiso por sustitución. En estos supuestos el fallo puede limitarse a señalar la cuantía, art. 803.*ter.p.4* LECrim. El decomiso consistiría entonces en una condena pecuniaria. Se postergaría a la realización efectiva del decomiso la fijación exacta de los bienes sobre los que éste recae. Mas también cabe que el tribunal directamente proceda a señalar qué otros bienes (entre los que pueden incluirse dinero, saldos de cuentas corrientes...) se incautan. En este caso lo que sucede es que el tribunal ha llevado a cabo la conversión o sustitución del decomiso directamente en el fallo, lo que comporta el examen previo del patrimonio del afectado. Cuando se procede al decomiso por sustitución, ya sea en la resolución definitiva, art. 127.3 Cp, o en la ejecución, art. 127.*septies* Cp, hay que seguir el orden señalado en la LEC dentro del embargo en la ejecución dineraria que facilita el cobro del acreedor, art. 592 LEC (además, por tratarse de una sanción que resulta de la comisión de un delito se prioriza dicha finalidad, mayor posibilidad de enajenación, sobre la menor onerosidad para el afectado), en este caso el Estado y que permite destinar las cantidades a los fines previstos por la ley, *infra*.

Debe recordarse que en la ejecución del decomiso está prevista la intervención del M.F. y la ORGA, art. 803.*ter.q.* LECrim, a efectos de la investigación del patrimonio que puede resultar mucho más compleja (existencia de intermediarios, testaferros, cuentas opacas, paraísos fiscales...) que la que se lleve por el Letrado de la Admón. de Justicia, art. 803.*ter.q.3* LECrim, a través de Punto Neutro Judicial o con la colaboración de la Agencia tributaria, estatal o autonómica, art. 989 LECrim (prevista en los casos de responsabilidad civil).

c) - También cabe que el Fiscal solicite en el proceso que el tribunal se limite a

acordar el decomiso con carácter general y luego en un proceso por decomiso autónomo se determine su contenido, art. 803 *ter.e.2.a)* LECrim. Dado el juego del *non bis in idem* es, como se va a ver, una hipótesis que resulta inconstitucional. No es lo mismo, a efectos de dicho principio, fijar el contenido del decomiso en ejecución de sentencia que incoar un nuevo proceso en el que se vuelve a proclamar la comisión del delito por el afectado para hacer valer otra consecuencia del *ius puniendi*.

C) La ampliación del decomiso

¿Qué sucede si con posterioridad aparecen otros bienes o ganancias que no se conocían cuando se acordó el decomiso? ¿No cabe ampliar el decomiso?

Es una de las preocupaciones manifestadas por el legislador comunitario en la Directiva 2014/42UE⁶⁶. El legislador español ha transpuesto esta posibilidad dentro del proceso de decomiso autónomo, art. 803 *ter.u* LECrim, amparado en la pretendida naturaleza civil de esta figura pues desde el punto de vista penal resulta inconstitucional, por el juego del *non bis in idem* que tiene dos manifestaciones específicas en este sentido:

Por un lado, dicho principio, como resulta notorio, exige agotar todas las consecuencias del *ius puniendi* cuando se enjuicia la responsabilidad penal de un sujeto respecto de unos hechos. Por eso en un proceso penal hay que determinar de una vez si procede la imposición de pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria de la pena o del delito. No cabe trocear o parcelar en procesos sucesivos los diferentes aspectos de la responsabilidad penal originada por la comisión de ciertos hechos. Precisamente, a estos efectos existe la “plenitud” de la jurisdicción de los tribunales penales: están investidos de la potestad jurisdiccional y ostentan el *ius puniendi*⁶⁷ de suerte tal que les permite agotar todas las consecuencias penales de la conducta de un sujeto jurídico⁶⁸. Es otra de las diferencias con la potestad sancionadora de la Admón., que se encuentra fragmentada de tal manera que en muchas ocasiones los órganos administrativos solo pueden decidir aspectos parciales de dicha responsabilidad administrativa. Por eso cabe que, administrativamente, un mismo sujeto se vea sometido a sucesivos o paralelos procedimientos sancionadores sobre los mismos hechos.

Por otro, y como consecuencia de lo anterior, procesalmente acontece el juego de una preclusión principal natural externa en el proceso penal que resulta desco-

⁶⁶ Cdo. núm. 30 y art. 9 “Decomiso y ejecución efectivos”.

⁶⁷ En realidad, y como se sabe, todos los jueces y magistrados están investidos por igual de la potestad jurisdiccional: de forma absoluta o plena. Lo que se parcela es el ámbito donde la hacen valer. Sin embargo, en el texto principal nos referimos a un atributo ulterior en el caso del orden penal: la completitud con la que se aplica el *ius puniendi* a través del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

⁶⁸ Así lo recogía con claridad el proyecto de Código Procesal Penal: “Artículo 11.- Prohibición del doble enjuiciamiento. Non bis in idem 1.- Nadie puede ser perseguido ni enjuiciado penalmente más de una vez por el mismo hecho. No obstante, el encausado puede ser juzgado de nuevo en el seno del mismo proceso cuando, por motivo de nulidad de las actuaciones o rescisión de la sentencia, el juicio se deba repetir.”

nocida en el proceso civil: ciertos elementos que por sí configuran un objeto nuevo respecto de unos hechos no se pueden volver enjuiciar en procesos posteriores sin necesidad de proclamación expresa del legislador. Es un añadido al juego de la cosa juzgada dado el plus de seguridad jurídica que requiere el *non bis in ídem*⁶⁹.

Pues bien, según lo expuesto, a efectos del decomiso ello comporta, en primer lugar, que una vez que se han juzgado ciertos hechos ya no cabe volver a solicitar aquel decomiso que se podía haber hecho valer: no cabe posponer, fragmentándola, una parcela de la responsabilidad penal. Esto es, si no se pidió el decomiso y solo se solicitaron penas y/o medidas de seguridad ya no cabe reclamar el decomiso en un proceso ulterior. Como un matiz específico debe añadirse que también resulta inconstitucional como regla general limitarse a solicitar una declaración genérica de decomiso para luego concretarlo en un proceso ulterior. Simplemente porque se parcela artificialmente un aspecto de la responsabilidad penal que supone volver a extraer consecuencias penales de la conducta ya enjuiciada: hay que partir de la comisión del delito, volver a proclamarla, para determinar qué elementos del patrimonio de quien ya fue juzgado provienen del mismo. Por ello la constitucionalidad de la previsión de un proceso de decomiso autónomo del art. 803.ter.e.2.a) LECrim (el M.F. se limita a pedir el decomiso en el proceso previo y luego entabla un proceso de decomiso autónomo para su fijación) y que no tiene parangón en la normativa comunitaria (recuérdese que el Cdo. núm. 15 y el art. 4.2 Directiva 2014/42UE únicamente contemplan los supuestos de fuga o enfermedad) solo podría salvarse, hipotéticamente, en aquellas hipótesis en las que resultara imposible concretar en el fallo el decomiso⁷⁰. Mas en esa hipótesis, la apuesta por un

⁶⁹ Es lo que sucede con calificaciones jurídicas diferentes que comportan distintos bienes jurídicos respecto de la empleada acerca de unos hechos. Por eso, *e.g.*, no cabe, tratándose de los mismos hechos, volver a juzgar por delito de falsedad en documento público a quien ya se enjuició por falsedad en documento privado aun cuando se entienda que se trata de bienes jurídicos diferentes y, consiguientemente, de objetos distintos. Por el contrario, como se sabe, en el proceso civil se requiere una decisión expresa del legislador, art. 400 LEC, para que acontezca un fenómeno semejante respecto de la *causa petendi* empleada. Y lo mismo que se acaba de explicar sucede con la litispendencia: tanto a efectos de impedir procesos simultáneos o posteriores lo decisivo son los hechos y los sujetos investigados porque al objeto en sentido estricto (que incluiría la perspectiva jurídica específica empleada, el bien jurídico en liza) se añade naturalmente la preclusión en la causa de pedir.

⁷⁰ Así sucedería si la complejidad del patrimonio investigado es de tal calibre que puede poner en peligro la aplicación de las restantes manifestaciones del *ius puniendi* por provocar la prescripción del delito. También habrá que ponderar la efectiva existencia del límite de la fase de investigación prevista en el art. 324 LECrim, para los supuestos de especial dificultad patrimonial como una causa que permita justificar el postergar la concreción del decomiso. Por otra parte, en aquellos casos en los que el investigado o encausado se encontrase en prisión provisional y la investigación de su patrimonio fuera el único motivo del alargamiento de aquella fase o de la “complejidad” de la causa podría barajarse la posibilidad de que se solicitase su consentimiento para que el M.F. se limitase a pedir el decomiso genérico y luego fijar sus límites precisos. Es verdad que sostenemos con carácter general la indisponibilidad de los derechos fundamentales procesales, por su propia naturaleza en cuanto que exigencias o garantías mínimas de la forma en que se imparte justicia, pero en este caso se trataría de ponderar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, art. 24.2 CE, en cuanto que entraña la medida cautelar más restrictiva del *ius libertatis*, con una manifestación específica del *non bis in ídem*, art. 24.1 CE

proceso de decomiso autónomo ulterior, a tenor del contenido de ese proceso y el juego del principio *non bis in ídem* que se ha explicado, no es aceptable porque no es la única posible: existe otro mecanismo natural mucho menos lesivo: dictar la sentencia de condena genérica de decomiso y reservar su fijación a un incidente de la ejecución (la sentencia de condena con reserva de liquidación) que se consiente en el proceso penal a efectos de la responsabilidad civil, art. 115 Cp, mientras que en el proceso civil está proscrita, art. 219 LEC.

Y, en segundo lugar, que cuando el decomiso ha tenido como objeto unos bienes específicos sobre los que se ha pronunciado el tribunal, si con posterioridad aparecen otros ya no cabe volver a solicitar la incautación de los mismos. El principio *non bis in ídem* suscita la entrada consustancial de la preclusión que se ha explicado aunque en este caso no sobre la *causa petendi* sino sobre el *petitum*. Porque el decomiso, dada su específica naturaleza patrimonial, tiene un objeto concreto como aclara el propio legislador, *infra*, en la regulación del decomiso autónomo: los bienes específicos sobre los que se ha solicitado (lo que incluye la cuantía de las ganancias o beneficios)⁷¹. En definitiva, el juego connatural de la preclusión externa en el proceso penal impide solicitar un ulterior decomiso respecto de bienes que no se conocían cuando el decomiso tuvo un contenido específico⁷². La carga de investigar el patrimonio y vincularlo con la actividad delictiva corresponde a la acusación.

La regla anterior tiene una excepción, el decomiso por sustitución en la ejecución: señalados los bienes específicos sobre los que recae si no pueden ser localizados o es imposible practicarlo, *supra*, cabrá acordar el decomiso de otros bienes, entre los que se incluirán aquéllos que acaban de aparecer.

Por otra parte, sí sería factible disponer el decomiso de los nuevos bienes que aparecen cuando el decomiso se acordó con carácter genérico: como una condena dineraria que no se ha podido ejecutar por completo. O bien si la sentencia se limitó a declarar el decomiso y, tal y como proponemos, en la ejecución se fija su contenido, (o bien como ha dispuesto el legislador se incoa el proceso de decomiso autónomo) y los bienes aparecen antes de dicho incidente. Porque en todos estos casos no hay un aumento del objeto del decomiso sino la concreción o corrección de su objeto como un incidente en la ejecución de aquél.

Sin embargo, para eludir los escollos insalvables explicitados y consentir en cualquier caso el decomiso de bienes que aparecen con posterioridad, la salida por

⁷¹ Es cierto que esta aclaración emparenta al objeto del decomiso con el objeto civil, puesto que en éste el *quantum* en el *petitum* (en las acciones de condena pecuniaria) sí individualiza al objeto a diferencia de lo que sucede con el objeto de las otras manifestaciones del *ius puniendi*: penas y medidas de seguridad. Mas ello, insistimos, se debe a la peculiaridad de la propia naturaleza del decomiso, que sin dejar de ser una sanción se centra exclusivamente en el elemento patrimonial.

⁷² Por el contrario MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma...* *op. cit.*, p. 510, no ven inconveniente aunque en su perspectiva no se contempla la preclusión sino exclusivamente el objeto enjuiciado.

la que ha optado nuestro legislador es intentar presentar al decomiso autónomo como una institución civil, regulándolo como un proceso de esa clase, de manera que al contar con un objeto concreto, un *petitum* perfectamente individualizado, los bienes (que puede ser una cantidad de dinero) sobre los que se solicitó, ya no jugaría la preclusión que comporta el *non bis in ídem*: el surgimiento de un nuevo elemento patrimonial comportaría un objeto nuevo “civil” sobre el que cabría incoar una nueva solicitud de decomiso, arts. 803ter.1.b), 803ter.p.1 y 2, 803ter.u. LECrim. Un subterfugio inútil: el decomiso sigue siendo una sanción y el proceso de decomiso autónomo es un proceso penal bajo una envoltura externa civil. Además, la previsión del legislador solo sería aplicable en dicho proceso.

D) La disponibilidad del investigado o tercero propietario de los bienes sobre el decomiso

¿Basta su consentimiento o aquiescencia para que el tribunal acuerde el decomiso? La respuesta depende de la naturaleza de esta institución. Desde luego, si tiene naturaleza civil estaríamos en presencia de un acto de disposición, un allanamiento que vincula al tribunal. Sin embargo, si se opta, con toda la razón, por asumir su naturaleza penal la respuesta es negativa: no se puede disponer de aquello sobre lo que no se ostenta la titularidad, el *ius puniendi*, el contenido de la potestad sancionadora. Ahora bien, nada impediría que el legislador, al igual que hace con la conformidad, decidiese favorecer el principio de oportunidad disponiendo expresamente esta posibilidad e incluso incentivándola con una reducción de la pena en un juego conjunto y añadido con la conformidad con la pena (como sucede en ocasiones con la suspensión de la pena y la responsabilidad civil). De hecho sí que se prevé su trascendencia a efectos de la suspensión de la pena, o la libertad condicional, arts. 80.2.3ª, 86.1.d), 90.4 Cp. En cualquier caso, en la práctica se admite la posibilidad de conformidad con el decomiso aun en ausencia de previsión específica (no se contempla expresamente en los arts. 655, 688, 784, 787, 801 LECrim)⁷³.

De todas maneras, al tratarse el decomiso de una manifestación exclusivamente patrimonial del *ius puniendi*, existe otra fórmula que permite indirectamente burlar la prohibición de disponer sobre él: ceder los bienes directamente al Estado, hacer dejación expresa de los mismos, o reconocer una deuda en favor de éste por la

⁷³ Debe consentirse el decomiso allí donde sea posible la conformidad con la pena (que es una manifestación más grave del *ius puniendi*). La conformidad en el decomiso se aborda en la STS núm. 391/2015, núm. recurso 2263/2014, de 24-06-2015. Precisamente se recurrió que no se incluyese inicialmente el decomiso sobre el que se había producido la conformidad y que luego se subsanase por tratarse de un error material, art. 161 LECrim, motivo que desestima la resolución señalada. Sin embargo, en la STS 638/2009 de 4 de junio, RJ 2009\4898, se entendió, acertadamente, que el decomiso genérico recogido en la conformidad y que no se incluyó en el fallo no permitía su inclusión en el mismo y concreción cinco meses después de haber dictado el fallo pues no se trataba de un error material sino de una omisión que tenía un plazo de subsanación de cinco días, art. 267 LOPJ.

cuantía que se le señale, arts. 367 *quater*.1.b) y 621 *ter*.3.b) LECrim⁷⁴. En estos casos no es que se disponga del decomiso sino que desaparece el interés legítimo del Estado para reclamarlo: voluntariamente se ha renunciado a los bienes que resultan de la actividad delictiva.

También cabe, aunque no esté previsto, la conformidad sobre la pena y la responsabilidad civil y no sobre el decomiso: se discutiría solo la vinculación de ciertos bienes con el delito o la existencia de ganancias patrimoniales por lo que el proceso debería continuar exclusivamente con este objeto.

Por su parte, el legislador en el proceso de decomiso autónomo, al contemplarlo como un proceso civil, ha regulado un allanamiento implícito (lo que supone confundir la naturaleza del objeto del proceso con la forma del mismo), art. 803 *ter*.m, LECrim: en tanto la falta de contestación a la demanda o el desistimiento de la misma equivale a aquél. Sin embargo, al regular la rebeldía en ese proceso (que comporta la ausencia de contestación), remite a la previsión de misma en la intervención de terceros que no conlleva esa consecuencia, arts. 803 *ter*.d y 803 *ter*.s LECrim y, a mayor abundamiento, se ha previsto que la falta de oposición del tercero al decomiso solo supone su exclusión del proceso, art. 803 *ter*.a.4 LECrim.

E) La finalidad del decomiso y el destino de los bienes decomisados

La finalidad del decomiso se agota en sí misma: la privación de los bienes que resultan de la comisión de un delito porque ello tiene un carácter retributivo a la par que cumple una específica finalidad de prevención general y especial en el caso de ciertos delitos. Es lo propio de una sanción. Lo que sucede es que en cuanto que sanción pecuniaria, como acontece con la pena de multa, art. 50 Cp, comporta en todo caso un incremento patrimonial para el Estado. La cuestión es qué hacer con los bienes y las cuantías, las que se abonan directamente o las que resultan de realizar aquéllos. La regla general se encuentra en el art. 126 Cp, donde se señala el orden a imputar los pagos, del penado o terceros civilmente responsables, a efectos de la responsabilidad civil y las demás responsabilidades pecuniarias: primero a la responsabilidad civil, a continuación al Estado por los gastos ocasionados en el proceso...

¿Qué sucede con los bienes decomisados? En principio, al tratarse de una responsabilidad pecuniaria, debería seguirse el régimen señalado. El problema es que, fruto de la dispersión normativa y de la consiguiente ausencia de una perspectiva global de la institución, existen unas previsiones específicas que hacen dudar, entre

⁷⁴ Cabe realizarlos efectos judiciales “Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.”. El segundo precepto prevé lo mismo, previa autorización judicial, cuando se trata de bienes embargados por la Admón. en los delitos contra la Hacienda pública (para garantizar la deuda tributaria que incluye los intereses de demora y los recargos, art. 621 *bis*.3 LECrim).

las que destaca el art. 127 *octies* Cp⁷⁵, y pueden hacer pensar que el Estado es quien adquiere preferencia sobre los mismos.

Pues bien, las conclusiones son:

- Las cantidades obtenidas por el decomiso se destinan según el orden genérico previsto en el art. 126 Cp. Ello se deduce del tenor del art. 367 *quinquies* LECrim que antepone, en ese aparente régimen especial, los pagos de la responsabilidad civil (entre las que se incluyen las indemnizaciones a las víctimas). Parece además natural que el Estado priorice el pago de las indemnizaciones a víctimas y perjudicados, entre otras cosas porque así lo impone el art. 16.2⁷⁶ de la Directiva 2012/29UE que regula los derechos, el apoyo y la protección de la víctima y que en España se recoge de forma genérica e implícita dentro de los arts. 5.1.c) (derecho a la información sobre el procedimiento para lograr la indemnización) 11.b) (derecho a ejercer la acción civil) L 4/2015, Estatuto de la víctima.

Interpretación avalada por lo dispuesto, *a sensu contrario*, en el art. 374.2^a Cp al regular la especialidad en el caso de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas los productos e instrumentos: “(...) no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado”.

Además la propia naturaleza de la institución que nos ocupa apunta a la misma solución: en el decomiso no hay, a diferencia de la responsabilidad civil extracontractual *ex delicto* (cuando se trata de la restitución) o del enriquecimiento injusto, un desplazamiento patrimonial. El Estado no se ha visto privado de un patrimonio que tenga derecho a recuperar con preferencia a otros sujetos. Consiguientemente, no puede, con carácter general, adelantarse a las víctimas a la hora de beneficiarse de las cantidades que resultan del decomiso.

- De la regla anterior solo se excepcionan los supuestos especialmente previstos por el legislador en los que se entiende que motivos de política criminal imponen un destino específico de los bienes decomisados para combatir cierto tipo de delincuencia:

⁷⁵ Así por un lado la LECrim parece mantener, con una especialidad, el orden del art. 126 Cp, ya que en el art. 803.ter.p.3 LECrim indica que a los bienes se les da el destino previsto en la LECrim y el Cp. y en el art. 367.quinquies.3 LECrim dispone que las cantidades obtenidas de los efectos judiciales realizados, tras descontar los gastos ocasionados por la conservación y realización, se destinan al pago de las responsabilidades civiles y costas, aunque, y éste es el matiz, también pueden destinarse a la ORGA y órganos del M.F. (destinados a la represión de organizaciones criminales) si así se estipula reglamentariamente. En este sentido los arts. 3 (fines) y 16 (beneficiarios) del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos se refieren a la distribución de los beneficios obtenidos por la ORGA, (llevada a cabo por una Comisión de Adjudicación de bienes producto del delito, un órgano adscrito al M^o. J. prevista en el art. 8 del RD) que se encabeza con los programas de atención a las víctimas, aunque primero se sufragan los gastos de mantenimiento de la propia ORGA. Por otro lado el Cp regula el destino de los bienes decomisados en el art. 374, que añade una especialidad en el caso de las drogas, estupefacientes y otras sustancias psicotrópicas y con carácter general en el art. 127. *octies*.3 Cp, que es el que origina las dudas: “salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.”

⁷⁶ Ar. 16.2: “Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.”

1) en el caso de la ORGA, *supra*; 2) como también acontece con el Fondo de bienes decomisados en el delito de droga, art. 374.2ª Cp, arts. 2 y 3 Ley 17/2003, Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, art. 5 Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando, y que ya se contemplaban indirectamente en el art. 5.5 de la Convención de la ONU 1988 (donde se explicita la necesidad de financiar los órganos que combaten esta clase de delincuencia).

Convendría, pues, a efectos de claridad, reformar la dicción del art. 127 *octies*.3 Cp y sustituirla por otra que remita al art. 126 Cp con las oportunas salvedades que se puedan hacer específicamente.

VIII. EL DECOMISO AMPLIADO

Consiste, art. 127 *bis* Cp, en que una vez que se ha condenado por ciertos delitos específicos (o bien se ha absuelto por concurrir una eximente) –delito principal- y, en su caso, se ha procedido al decomiso directo de los instrumentos y productos de los mismos, también se incautan aquellos otros bienes que se sospecha (ante ciertos indicios) que proceden de otra actividad delictiva salvo que se demuestre su procedencia lícita.

Los indicios más relevantes se enumeran en el art. 127 *bis*.2 Cp: desproporción entre el patrimonio y los ingresos lícitos; ocultación de la titularidad a través de sujetos interpuestos o paraísos fiscales; transferencia de los bienes dificultando su localización o destino.

El listado de delitos que origina este decomiso se encuentra en el art. 127 *bis*.1 Cp que amplía el “mínimo” contenido en el art. 5.2 Directiva 2014/42UE⁷⁷ a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (si hay reincidencia o continuidad delictiva), insolvencias punibles, contra la propiedad intelectual o industrial y contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.

Esta clase de decomiso ya estaba previsto en el ámbito comunitario en la Decisión Marco 2005/212/JAI que originó en 2010 la modificación del art. 127 Cp para consentirlo en los supuestos de terrorismo y delincuencia organizada. La Directiva 2014/42UE, Cdo. 19, consideró insuficiente el marco legislativo existente (impreciso por las diversas facultades que allí se ofrecían a los países) y estipula un estándar mínimo obligatorio para todos los Estados comunitarios vinculados por esa disposición. Sin embargo, en el plano interno el T.S., la Sala segunda, en 1998 ya había acordado en un Pleno no jurisdiccional que en el caso de delitos contra la salud pública (el tráfico de drogas) había de practicarse esta clase de decomiso, alcanzando a bienes que procedían de una actividad delictiva

⁷⁷ Curiosamente el Cdo. 19 de la misma al definir esta clase de decomiso solo se refiere a la delincuencia organizada, art. 5.2.c) Directiva y 127 *bis*.1.r) Cp. Explica JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La nueva...”, *op. cit.*, p. 111, que la ampliación patria del listado se debió a que se incorporaron las recomendaciones del Informe del Consejo Fiscal.

previa, ya que en muchos supuestos la propia actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad frustraba la comisión del delito por lo que no existían productos que se pudieran decomisar⁷⁸.

A diferencia del decomiso directo, el ampliado no cabe si existe la prescripción del delito, art. 127 *bis*.5 Cp.

Por otra parte, no hay duda de que también se podrá acordar en un proceso de decomiso autónomo: una vez que el tribunal estima en el fallo que se ha cometido el delito procederá también, si ese delito se encuentra en el listado del art. 127 *bis* Cp, al decomiso ampliado si se cumplen las restantes exigencias.

Como es notorio, la peculiaridad de este decomiso no estriba en que se decomisen bienes respecto de un delito por el que no se condena, ya que ello sucede también en los casos de decomiso directo si hay prescripción o causa de exención y en el decomiso autónomo, sino que se acuerda la incautación de bienes respecto de un delito que no se ha probado.

Evidentemente, revientan todas las costuras del proceso penal y las garantías constitucionales, derechos fundamentales procesales, ínsitas al ejercicio del *ius puniendi*. En especial, la presunción de inocencia⁷⁹. Tan notorio es lo que se afirma que el legislador utiliza un doble mecanismo defensivo argumentando que: 1) sí existe prueba, aunque no plena, de la comisión del delito; 2) el decomiso ampliado no es una sanción, no es una institución penal sino civil. Evidentemente, la debilidad del primer argumento empleado se desprende de la mera existencia del segundo: si hay una mínima actividad probatoria practicada con todas las garantías de la actividad delictiva que se ha cometido, aunque no haya condena, no hace falta recurrir a la alquimia y transmutar (al menos intentarlo) al decomiso ampliado en un pariente lejano del enriquecimiento injusto. En definitiva, si hubiera prueba (de la clase que fuera) suficiente, no haría falta huir de los predios del proceso penal y abalanzarse a los dominios del proceso civil o cualquier otro en los que ciertos derechos fundamentales procesales resultan ajenos.

Sin duda, el decomiso ampliado supone, por ahora, la pieza de cierre en la evolución del decomiso: de pena accesoria se convierte en consecuencia accesoria de la pena o del delito y finalmente en una institución civil. Es una manifestación más de la tendencia a “civilizar” el proceso penal (junto, entre otros fenómenos, a la trascendencia de la satisfacción de la responsabilidad civil a efectos de la imposición de la pena o su cumplimiento...)

⁷⁸ En la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 575/2013 de 28 junio, RJ2013\8067, FD decimocuarto, se explicita el acuerdo y se pormenoriza la jurisprudencia recaída tras el mismo.

⁷⁹ Por el contrario entiende que no se atenta contra la presunción de inocencia, BRETONES ALCARAZ F.J., *El decomiso del art. 374 CP, LO 1/2015, 30 de marzo*.
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10416-el-decomiso-del-art-374-cp-lo-1-2015-30-de-marzo/>.

A) La lesión de la presunción de inocencia: no existe prueba de la comisión de otro delito dada la insuficiencia de los indicios en virtud de los cuales se acuerda

A pesar de que el legislador afirma que este decomiso se acuerda si el tribunal tiene “indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva”, art. 127.1 Cp, o “haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas”, art. 5.1 Directiva 2014/42UE, se puede afirmar categóricamente que ello no se cumple. Es decir, a tenor de lo dispuesto, puede que un tribunal esté convencido de la procedencia de los bienes de una actividad delictiva, mas se trata de una convicción subjetiva que no reúne los estándares mínimos de la actividad probatoria exigida en el proceso penal. A mayor abundamiento, ni siquiera satisface la exigencia de la prueba en cualquier otro orden jurisdiccional. Se trata de una suerte de convicción íntima del tribunal, un palpito, que el Estado de derecho desde tiempos muy pretéritos ha tratado de desterrar como elemento que permite fundar los fallos, art. 741 LECrim 1882, y que ahora se articula en torno a la presunción de inocencia si se trata del acusado en el proceso penal, art. 24.2 CE, o del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de las otras partes o de los restantes órdenes jurisdiccionales, art. 24.1 CE. Una regla que se articula así: el tribunal debe resolver un asunto no según lo que cree sino a tenor de la actividad probatoria desplegada ante él y que debe reunir un estándar mínimo. Como bien saben quienes se dedican a la práctica, lo decisivo no es tanto la verdad cuanto lo que se puede probar. En ello radica, a la vez, la grandeza y miseria del modelo de impartir justicia propio de un sistema democrático. Lo contrario, cuando el tribunal decide según lo que sabe o cree al margen o a pesar de la prueba con la que cuenta, *i.e.* sin prueba plena, realiza un uso arbitrario de la potestad de la que está investido y lesiona la tutela judicial efectiva del justiciable (y, en su caso, la presunción de inocencia). Precisamente ésa es la razón última del deber de razonar y fundamentar los fallos, arts. 24.1 y 120 CE: para poder facilitar el control de la resolución del tribunal y constatar la ausencia de arbitrariedad o irracionalidad.

¿Por qué afirmamos que no existe prueba sobre la comisión de los delitos en virtud de los cuales se amplía el decomiso? ¿Acaso las palabras transcritas del art. 127.*bis* Cp no afirman que existe prueba indiciaria? Técnicamente, es cierto: si hay una pluralidad de indicios (e incluso en hipótesis excepcionales uno especialmente incriminatorio) cabe desvirtuar la presunción de inocencia. Sin embargo, y como también acontece en el delito de blanqueo de dinero⁸⁰, no es eso lo que sucede. Esto

⁸⁰ Respecto a que el tipo de prueba que se exige en ambos casos es de la misma clase, STS Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 16/2009 de 27 enero, RJ\2010\661, FD quinto: “(...) hay que tener en cuenta que

es, claro que es factible el empleo exclusivamente de la prueba indiciaria para declarar probado un hecho, mas entonces dichos indicios deberán revestir la suficiente entidad para que se pueda inferir el hecho presunto más allá de cualquier duda razonable. Es decir, prueba indiciaria sí, pero de verdad, la prueba indiciaria *strictu sensu*: aquélla que los tribunales exigen para tener acreditado un hecho en el fallo. De hecho si en el decomiso ampliado fuese así, no haría falta que el legislador lo explicitase. El propio autor de la ley, exposición de motivos, apartado VIII, LO 1/2015, lo aclara más allá de toda duda “(...) porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que **no han sido objeto de una prueba plena**. Por esa razón, el decomiso ampliado **no se fundamenta en la acreditación plena** de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, **sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos**, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquéllas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Véase que la exigencia de una prueba plena determinaría no el decomiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas de las que razonablemente provienen⁸¹.” En definitiva, no hay prueba plena (directa o indiciaria) sino la constatación sobre indicios fundados y objetivos. El dilema es entonces, ¿a qué tipo de prueba se refiere el legislador?, ¿una prueba semi-plena? ¿Acaso existe en nuestro sistema un estándar de prueba inferior al que exige el derecho a la tutela judicial efectiva o la presunción de inocencia? En concreto, ¿tiene cabida en nues-

esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal - presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005)”.

En el delito de blanqueo la jurisprudencia ha señalado unos factores que indican que se tiene conocimiento de la procedencia delictiva del dinero que se blanquea: un conocimiento genérico, razonable, es suficiente el dolo eventual, y se ha elaborado un catálogo de indicios que permite inferir la procedencia delictiva genérica, no de un delito en concreto, de los bienes SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 228/2013 de 22 marzo, RJ\2013\8314, FD decimosexto, 699/2015, de 17 de noviembre y 693/2015, y 238/2016 de 29 de marzo (léanse detenidamente; varios coinciden con los previstos en el decomiso ampliado). Se reitera, además, que no se exige condenar por el delito antecedente, concurso real. Mas la cuestión decisiva no es ésa sino esta otra: lo que habría que probar, con prueba plena, es la existencia de la comisión de un delito y la procedencia del dinero del mismo (porque es la premisa lógica, el presupuesto, un elemento del tipo, que funciona procesalmente como una cuestión prejudicial homogénea necesitada de la misma calidad probatoria que cualquier otro elemento integrante de aquél). Por eso la pregunta pertinente es: ¿acreditan los indicios enumerados por la jurisprudencia esos extremos? ¿Se puede, con esos indicios, declarar probadas esas realidades en el fallo al margen de cualquier condena sobre las mismas? Y la respuesta es evidentemente negativa, esos indicios se limitan a constatar una cierta probabilidad de que el dinero tenga una procedencia delictiva. Por eso, en realidad, como explicamos en el texto principal lo que se hace es estipular una presunción: ante la concurrencia de ciertos indicios se entiende, salvo prueba en contrario, que el dinero tiene una procedencia delictiva, lo que resulta contrario a la presunción de inocencia.

⁸¹ Casi literalmente transcrito en el FD primero de la STS núm.740/2015, núm. recurso 818/2015 de 26-11-2015.

tro modelo procesal una prueba indiciaria rebajada? Y la respuesta es negativa: entre la “prueba plena” y la “no prueba” no hay nada. En términos jurídicos, la categoría de la prueba semi-plena es un *golem*, o si se quiere un mito o leyenda urbana. La “constatación sobre indicios fundados y objetivos” simplemente no existe. Porque lo impide la lógica jurídica más elemental: un hecho está probado con todas las garantías o no lo está, al margen de que el tribunal pueda estar convencido de su existencia. No hay, consiguientemente, hechos semi o casi probados. Más allá de la prueba plena, la única que existe, solo hay un reino: el de la creencia interna del tribunal, esto es, el contenido de su psique, o lo que es lo mismo de sus emociones, afectos e intuiciones. Un plano que puede servir de pauta para otros ámbitos de la vida pero que no cabe en el mundo jurídico porque implica la arbitrariedad y la ausencia de control. Por eso, como es notorio, el principio “*in dubio pro reo*” carece de relevancia en los recursos: no se sabe si el tribunal tenía dudas acerca del resultado de una prueba. Así, en el proceso penal no existe nada semejante a una prueba semi-plena o rebajada. Pero es que “The getaway” que protagoniza el legislador resulta infructuosa a estos efectos: abandonar el orden jurisdiccional penal y refugiarse en el civil es intrascendente. Fundamentalmente porque en los restantes órdenes jurisdiccionales existe el mismo estándar de prueba que en lo penal, art. 24.1 CE. En nuestro ordenamiento no hay distinción entre el orden penal y el civil a la hora de la exigencia de declarar un hecho probado: no concurre la necesidad de que en el primero aquél resulte acreditado “más allá de cualquier duda razonable”⁸² y en el segundo no cuando el tribunal valora libremente la prueba⁸³. Pero, y esto es lo decisivo, en los restantes órdenes jurisdiccionales ni existe ni puede existir, a resultas del derecho a la tutela judicial efectiva y la proscripción de

⁸² En el proyecto de Código Procesal Penal sí se exigía expresamente la prueba más allá de cualquier duda razonable, artículo 6.1. Y, además, se afirma que no existen verificaciones empíricas o experimentales sobre el grado de certeza en cada orden jurisdiccional, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EE.UU. y Europa*, Valencia, 2016, pp. 29 y 30.

⁸³ Lo que diferencia en el ámbito probatorio al orden penal de los restantes es, en primer lugar, que la trascendencia constitucional de la búsqueda de la verdad que allí existe impide que la fijación de los hechos probados resulte de un mecanismo diferente al de la libre valoración de la prueba por el tribunal (con un material que reúna todas las garantías) como la admisión de hechos de las partes o las presunciones que estipula el legislador: la prueba legal o la que resulta ante ciertas conductas de las partes (la que se anuda ante la falta de levantamiento de una carga). En otras palabras, en lo penal, la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional en materia de fijación de los hechos probados no admite injerencias de las partes ni del legislador, algo que también acontece en los procesos civiles no dispositivos, art. 752.2 y 3 LEC. La otra diferencia estriba en la existencia de un derecho fundamental procesal específico para el condenado que permite el control de la calidad de la prueba que se ha hecho valer en su contra: la presunción de inocencia. Añádase una tercera diferencia: la distinta intensidad con la que juega el principio de inmediación que se encuentra, últimamente, sometido a dos fuerzas contrarias en cada uno de esos órdenes jurisdiccionales. Por una parte, en el civil acontece el juego de una que tiende a rebajarlo, como sucede con la prueba pericial, mientras que otra en lo penal redobra su vigencia, en especial en los recursos. Eso sí, con carácter unidireccional, solo en favor del acusado o condenado y que provoca situaciones de difícil encaje en la nueva regulación del recurso de apelación (al margen de la construcción unilateral de un principio tan transversal como el que nos ocupa por mucho que el proceso penal resulte asimétrico en favor del investigado/acusado): ¿qué sucede, con la acusación, si aquél alega el error en la valoración de la prueba?, ¿y si se pide y admite nueva prueba?, arts. 790.2 y 3 y 792.2 LECrim...

la arbitrariedad, una prueba semi-plena. Por eso, el plan de fuga del legislador está abocado al fracaso incluso antes de acometerlo.

El análisis más detallado demuestra el yerro del legislador: la comisión de un delito distinto, actividad delictiva antecedente, al principal como presupuesto para acordar el decomiso ampliado no es otra cosa que una cuestión prejudicial. Y como se sabe, y por los motivos explicados, aun cuando, si se trata de prejudicialidad heterogénea, el tribunal no extienda su jurisdicción por razón del objeto para conocer de ella y se pronuncie *incidenter tantum*, sin eficacia de cosa juzgada, art. 10 LOPJ, solo puede resolverla con prueba “plena”⁸⁴. Esto es que, *e.g.* cuando el tribunal penal decide sobre la propiedad de un bien como presupuesto para determinar si hubo una estafa o un robo, lo hace en virtud de una actividad probatoria de la misma calidad que aquélla que utiliza para resolver los restantes elementos del tipo, de la misma manera que el tribunal laboral que resuelve sobre la existencia de una apropiación indebida, un robo o hurto como causa de un despido solo puede hacerlo en función de un material probatorio que reúna todas las garantías y no en virtud de “prueba semi-plena”.

Por otra parte, en el caso del decomiso ampliado al tratarse del mismo sujeto y unos hechos específicos (los que suponen la otra actividad delictiva), si se exigiera prueba plena sobre los mismos se incurriría en la prohibición del *non bis in idem* a la que nos hemos estado refiriendo *supra*: no cabría ulteriormente incoar un proceso penal para exigirle la restante responsabilidad penal (la principal) por aquéllos.

En definitiva cuando se arguye que existen indicios acerca de la actividad delictiva previa lo único que se quiere decir es que la decisión de decomisar no se acuerda sobre la nada absoluta sino por la concurrencia de algún indicio que hace que resulte probable o plausible la existencia de aquélla, mas en modo alguno existe una mínima actividad probatoria practicada con todas las garantías (indicios de suficiente entidad *per se ipsos*), el estándar mínimo, que permite inferir tal conclusión. Y como se ha explicado, esos indicios no constituyen, porque no pueden ontológicamente, una categoría probatoria rebajada respecto a la prueba plena. Si eso fuera posible se requeriría además construir un estándar de prueba específico, un mínimo, para esta nueva categoría probatoria, la prueba semi-plena. Por eso, el legislador, al igual que ha hecho la jurisprudencia en el caso del delito de blanqueo, opera en realidad de otra manera: articula una serie de indicios a partir de los cuales permite al tribunal establecer una presunción (ante la carencia de actividad probatoria) de la comisión de la actividad delictiva.

En suma, la prueba “semi-plena”, “los indicios objetivos, fundados” no existen

⁸⁴ Cuestión sobre la que no hay duda alguna, precisamente se llega a proponer incluso que los tribunales resuelvan las cuestiones prejudiciales heterogéneas con las mismas reglas que existen en el orden jurisdiccional del que proceden, así, dentro de una revisión crítica de la situación actual que parte, entre otras premisas del carácter preferente del orden penal, ASECIO MELLADO, J.M., “*Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*”, Valencia, 2015.

como categoría probatoria autónoma⁸⁵. Consiguientemente, la referencia a ellos en el art. 127 bis.1 Cp hay que entenderla como lo que es, una maniobra de distracción, un Macguffin, que encubre lo que realmente sucede. Dicho precepto hay que leerlo de la siguiente manera: condenado un sujeto por alguno de los delitos que allí se enumeran, el tribunal puede proceder al decomiso de otros bienes cuya procedencia lícita no se pueda justificar por entender que proceden de una actividad delictiva previa si concurren los *insuficientes* indicios apuntados.

En realidad, ésta era la versión originaria del decomiso ampliado cuando se introdujo en 2010 y que aparecía en el art. 127 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 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”. La diferencia estriba, obviamente, en que en este caso es el legislador el que estipula directamente la presunción legal *iuris tantum* sin margen alguno de libertad del tribunal⁸⁶.

De hecho, cuando se examinan los indicios más relevantes que utiliza el legislador se constata su inaptitud para inferir las conclusiones a las que permite llegar. Es decir, según cualquier estándar lógico, a partir de la condena (o absolución por eximente) por la comisión de un delito, junto a la existencia de una desproporción patrimonial cuya titularidad se ha ocultado o se ha transferido para dificultar su localización, no resulta posible deducir, con un grado de certeza mínimamente aceptable (el que exige la presunción de inocencia o la tutela judicial efectiva) para plasmarlo en un fallo judicial, que se han cometido otros delitos que han generado esas ganancias. Ni siquiera sumando a ello la existencia de informes policiales es asumible (porque éstos en sí mismos carecen de aptitud probatoria⁸⁷), constitucionalmente hablando, inferir la existencia del hecho presunto. Como mucho cabría decir que es probable o posible que dicho patrimonio proceda de la actividad delictiva⁸⁸ y que el tribunal está convencido en su fuero interno de ello. Es decir, si la constitucionalidad de la solidez de los indicios se enjuicia con un doble canon: el de la lógica y el de la suficiencia o calidad de los mismos⁸⁹, es notorio el incum-

⁸⁵ MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.*, pp. 494 y 495.

⁸⁶ A favor en general de las presunciones legales en el proceso penal (*iuris tantum* y salvaguardando el derecho de defensa) y más específicamente en el caso del decomiso, GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso... op. cit.*, pp. 86 a 99.

⁸⁷ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La nueva...”, *op. cit.*, p. 114, donde recoge SSTS que citamos en este trabajo.

⁸⁸ Así se reconoce expresamente en el decomiso ampliado que se aplicaba por el TS respecto al art. 374 Cp a raíz del pleno de 1998, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 575/2013 de 28 junio, RJ2013\8067, FD decimocuarto. Una argumentación que se repite en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 228/2013 de 22 marzo, RJ2013\8314, FD decimoctavo.

⁸⁹ Así lo recuerda la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 495/2015 de 29 junio, RJ2015\3889, FD vigesimotercero.

plimiento del segundo en tanto que a partir de los empleados por el legislador se produce una inferencia demasiado abierta.

Lo cierto es que si al legislador se le puede achacar algún defecto es el de excesiva franqueza: solo se dedica a explicitar lo que la jurisprudencia realiza en el delito de blanqueo y en el decomiso ampliado a partir del Pleno de 1998. Esto es, sostener que basta una prueba genérica sobre el origen delictivo y que éste resulta acreditado a través de una acumulación de indicios insuficientes para probar la comisión de un delito y la procedencia de éste del dinero o los bienes. Lo que el legislador torpemente, aunque con honestidad, califica como prueba semi-plena, anunciando una nueva, aunque imposible, categoría de prueba, la jurisprudencia con más habilidad lo cobija al amparo de la prueba indiciaria y la referencia a una prueba genérica. Pero en ambos casos se trata de la misma realidad: con los medios de prueba que se cuenta es imposible declarar probados, según el estándar básico de la presunción de inocencia en lo que atañe a la prueba indiciaria, en el fallo uno de los elementos que integran el tipo (del blanqueo) o que permiten acordar el decomiso ampliado. Es como si el hecho de acumular unos indicios insuficientes (en el decomiso tres y en el blanqueo más de siete) generaran una suerte de bolo alimenticio que permite digerir la quiebra de la presunción de inocencia.

En definitiva, el decomiso ampliado consiste en que producida la condena por determinados delitos (o absolución por concurrir una eximente), ante la concurrencia de ciertos indicios insuficientes *per se ipsos*, se permite⁹⁰ al tribunal imponer al condenado la carga de la prueba de demostrar la procedencia lícita del patrimonio restante. Algo que ya había previsto la Convención de 1988, aunque, eso sí, “en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos”, art. 5.8.

Mas como dicha presunción resulta incompatible en nuestro ordenamiento con el derecho fundamental a la presunción de inocencia⁹¹, art. 24.2 CE, (invertir la carga de la prueba al acusado, obligarle a demostrar que sus bienes tienen una procedencia lícita, que no provienen de un delito “genérico” que se presume que ha cometido –en realidad tendría que demostrar, *probatio diabólica*, que no ha cometido

⁹⁰ MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.*, p. 506, hablan de presunciones normativas en lugar de presunciones legales porque carecen de carácter compulsivo sino que, por el contrario, juega la discrecionalidad del tribunal: son “guías intelectuales”, criterios razonables que los jueces pueden tomar en consideración. Y de ahí, por no impedir el libre albedrío, infieren su constitucionalidad. Sin embargo, nos preguntamos: ¿resulte conforme a la presunción de inocencia que el legislador establezca márgenes muy específicos al tribunal para que estipule inferencias a favor de la culpabilidad del acusado cuando no existe actividad probatoria suficiente? Aquel derecho fundamental procesal no precisa de las muletas del legislador: cuando el tribunal, incluso con la exclusiva, pero suficiente, según los cánones de la actividad probatoria apta para desvirtuarlo, esté plenamente convencido de la existencia de los hechos que perjudican al acusado así lo fijará en el fallo sin necesidad de previsión legal alguna.

⁹¹ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La nueva...”, *op. cit.*, p. 113, no la entiende contraria a la presunción de inocencia, siguiendo el razonar del TEDH que abordamos en el texto principal y porque se proyecta exclusivamente sobre consecuencias patrimoniales.

ningún delito) el legislador se ve compelido a abandonar el marco del proceso penal y refugiarse en otros órdenes jurisdiccionales donde no se impida la inversión de la carga de la prueba. Y así elige el derecho y el proceso civil⁹².

B) La imposibilidad de convertir al decomiso ampliado en una institución civil (más concretamente en una suerte de enriquecimiento injusto)

En el apartado VIII de la Exposición de motivos de la LO 1/2015 se exponen desordenadamente los argumentos que sostienen dicho razonar. Y su mayor sustento son las afirmaciones del TEDH que han de ponderarse en su justa medida: este tribunal ha decidido avalar el decomiso o incautación civil que existe en algunos países. Consiguientemente, a su entender, si así lo decide el legislador, no existe la necesidad de respetar la presunción de inocencia y el decomiso puede entenderse como una institución civil. Por eso la cita o toma aislada de sus pronunciamientos induce a confusión. La cuestión es que en nuestro país se sigue el modelo continental: el decomiso se acuerda por un tribunal penal en un proceso de dicha naturaleza. Y, esto es lo decisivo, la decisión de privar de los instrumentos o productos del delito es el resultado del ejercicio de una potestad pública que el Estado hace valer en aquel proceso con unas finalidades también públicas retributivas y de prevención general y especial. El Estado no ostenta ningún derecho subjetivo o interés legítimo privado sobre aquellos bienes a resultas de la actividad delictiva. Y esta realidad jurídica elemental no la puede cambiar ni tribunal ni legislador alguno. Eso sí, éste, para huir de las garantías del proceso penal, puede crear artificialmente (cuenta con las bendiciones del TEDH) una acción con aquel contenido que se haga valer ante un tribunal civil mediante un proceso civil, pero nunca ostentará dicha naturaleza (la misma que, *e.g.*, tiene la pretensión de ilegalizar un partido político). Porque, como explicamos en otro lugar, al tratarse de entes de razón, aunque con fundamento *in re*, las instituciones jurídicas no gozan de una naturaleza o esencia previa inamovible sino que ostentan aquélla que resulta de los atributos que le otorga el legislador en cada momento. Pero eso sí, el albedrío de éste va menguando en la medida en que construye ámbitos de la realidad jurídica con unas cualidades específicas: así, una institución no será civil o penal por la denominación con la que se la califique sino por el conjunto de propiedades que la hacen formar parte de un determinado ámbito jurídico predeterminado por el propio legislador. Si no mudan esas atribuciones no cabe cambiar la naturaleza jurídica de una institución.

Pues bien, nuestro legislador sostiene:

⁹² En cualquier caso, nuestro modelo se incardina, incluso cuando hay decomiso sin sentencia de condena (imponiendo una pena), en el de los países en los que el decomiso lo acuerda un tribunal penal frente a aquellos otros en los que existe un decomiso civil, confiscación civil, por un tribunal civil, una modalidad propia del sistema anglosajón y EE.UU. que en Europa, como señala JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La nueva...”, *op. cit.*, p. y 117, lo han adoptado seis países: Bulgaria, Irlanda, Italia, Eslovenia, Eslovaquia y Reino Unido.

1) “(...) como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción» (Decisión 696/2005, *Dassa Foundation vs. Liechtenstein*).”

A este respecto cabe decir:

- En nuestro país la culpabilidad no es el presupuesto necesario para el ejercicio del *ius puniendi* y la imposición de una sanción. Así sucede, habitualmente, con las medidas de seguridad, arts. 101 a 103 Cp. Y también acontece, como se vio, con el decomiso directo si concurre una causa de exención o extinción de la responsabilidad, art. 127 *ter.1.c*) Cp.

- Que los bienes decomisados no excedan de las ganancias obtenidas tampoco repudia su carácter de sanción. De entrada, si fuera cierto este argumento no solo se aplicaría al decomiso ampliado sino a cualquier tipo de decomiso. Pero es que, además, se desconoce que la multa, en ocasiones, puede ajustarse al valor del beneficio obtenido o de la sustancia ilícita..., *e.g.*, art. 369 bis Cp “(...) multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga”, art. 429 Cp “(...) multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido.”... Pues bien, si el juez impone una multa que importa el “tanto”, según el razonar del TEDH que asume nuestro legislador, ya no se trataría de una sanción... Y apurando el argumento hasta el final, cuando se impone una multa que excede del “tanto” habría que distinguir: por un lado la parte que no lo hace, que no tendría naturaleza penal, y por otra la que lo supera, que sí la ostentaría.

2) “La regulación, por lo demás, es, como se ha afirmado en la jurisprudencia constitucional comparada, ajustada a los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, pues no persigue reprochar al condenado la realización de un hecho ilícito, lo que sería propio de una pena, sino conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo; y el decomiso ampliado no presupone ni conlleva una declaración de culpabilidad por la actividad delictiva desarrollada por el sujeto, pues el decomiso ni presupone tal declaración de culpabilidad ni es una pena.”

No se pueden compartir dichas afirmaciones:

- Que, al menos en nuestro ordenamiento, el decomiso no sea, en rigor, una pena (aunque originariamente sí lo fuera como se vio) y que no presuponga una declaración de culpabilidad en modo alguno empece a su naturaleza de manifestación del

ius puniendi en el ámbito penal. Acabamos de recordar *supra* que éste en modo alguno se agota con la culpabilidad o las penas.

- Si la regulación estuviera “ajustada” a la presunción de inocencia no haría falta razonar la naturaleza “no” penal de este decomiso.

- El decomiso sí reprocha al sujeto jurídico la comisión de un delito: éste es, aunque sea presuntamente en el decomiso ampliado, el presupuesto de la privación de su patrimonio (conectado con aquél). La causa eficiente del decomiso, el origen de la “responsabilidad” patrimonial es la comisión de un delito, arts. 127 Cp, 803 *ter*.1.1), 803 *ter*.p.1 LECrim. Y no existe ninguna responsabilidad civil cuyo origen sea el delito. Ha costado siglos (del S. II al S. XX), desde que Gayo enumerase las fuentes de las obligaciones civiles, demostrar que ni siquiera en la responsabilidad civil *ex delicto* éste, el delito, es el origen de la misma, sino que ésta es una manifestación –y sometida a sus presupuestos- de la responsabilidad civil extracontractual que surge del daño irrogado⁹³. Por eso, afirmar que el delito origina una responsabilidad civil en el caso del decomiso supone un retroceso de siglos en el plano dogmático: se vuelve a reinsertar al delito como una fuente de aquélla junto a los contratos, la responsabilidad extracontractual y la ley (y si se quiere a los cuasicontratos e incluso, y más discutiblemente aún, al enriquecimiento injusto).

- El argumento más recurrente para eludir el juego de la presunción de inocencia proviene del TEDH quien sostiene que ese derecho fundamental se agota en la declaración de culpabilidad y no juega a partir de ese momento, asunto Philips vs UK, (Sección 4ª), Sentencia de 5 julio 2001, TEDH\2001\435. Argumentación seguida por parte de nuestra jurisprudencia⁹⁴ y asumida por el TC en las SSTC

⁹³ Que en este caso comparte el complejo fáctico con el delito; en nuestro país, fruto de un error histórico, el delito solo es fuente de una acción de responsabilidad civil extracontractual, la *ex delicto*, que, en ocasiones, tiene un contenido diferente a la “pura” o aquiliana del Cc.

⁹⁴ FD núm. 35, “Sin embargo, siendo claro que el artículo 6.2 rige los procesos penales en su conjunto, y no solamente el examen del fondo de la acusación (véanse, por ejemplo, Sentencia Minelli contra Suiza de 25 marzo 1983, serie A núm. 62, ap. 30; Sentencia Sekanina contra Austria de 25 agosto 1993, serie A núm. 266-A, y Sentencia Allenet de Ribemont contra Francia de 10 febrero 1995, serie A núm. 308), **el derecho a ser presumido inocente según el artículo 6.2 surge sólo en relación con el delito concreto del que se «acusa».** Una vez que el acusado haya sido declarado culpable de ese delito, el artículo 6.2 no puede tener aplicación en relación con las alegaciones hechas sobre el carácter y conducta del acusado como parte del proceso de dictar sentencia, a menos que tales acusaciones fuesen de tal naturaleza y grado como para agregar una nueva «acusación» según el sentido autónomo del Convenio al que se refiere el apartado 28 *supra* (véase Sentencia Engel y otros contra los Países Bajos de 8 junio 1976, serie A núm. 22, ap. 90)”. Y, por otra parte, tampoco entiende que se atente contra la presunción de inocencia contenida también en el derecho a un proceso equitativo, art. 6.1, porque la presunción no sirvió para condenar por un delito sino para graduar el alcance del decomiso, FD núm. 42. Existe, sin embargo, la opinión parcialmente disidente del juez Bratza a la que se adhiere la jueza Vajiae y que entiende que el juego de la presunción de inocencia se expande a todo el proceso, más allá de la declaración de culpabilidad. Una argumentación (la mayoritaria del TEDH) que se ha reflejado en algunas SSTs aunque citando otras resoluciones del TEDH: STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 228/2013 de 22 marzo, RJ\2013\8314, FD decimotercero STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 974/2012 de 5 diciembre, RJ\2013\217, FD decimotercero y STS Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 16/2009 de 27 enero, RJ\2010\661, FD sexto. En todas ellas se cita a las SSTEDH,

219/2006 y 220/2006⁹⁵. El decomiso sería como una operación más del cálculo de la pena, una mera concreción de la responsabilidad penal ya proclamada con todas las garantías, ajena a aquel derecho fundamental procesal. Sin embargo, en nuestro sistema no cabe aceptar dicha conclusión: el decomiso es una sanción autónoma y distinta a la pena, por eso cabe al margen de la existencia de ésta. Hoy ya, *supra*, no es en todo caso una consecuencia accesoria de la pena. Pero es más, aun en aquellos supuestos en los que sigue funcionando como tal, se encuentra supeditada a unos presupuestos ulteriores ajenos y diferentes a los de aquélla: la existencia de instrumentos o productos del delito y su relación de causalidad con éste. Y en el decomiso ampliado existe un objeto aún más extenso: otras actividades delictivas... Pues bien, respecto a la probanza de todos esos elementos resulta imposible escapar al derecho fundamental a la presunción de inocencia con todo lo que comporta porque estamos ante una manifestación específica (ulterior o autónoma de la pena según el caso) del *ius puniendi* que hace valer un tribunal. La conciencia de ello explica que nuestro legislador haya rehuído la tentación de arrojarse en los brazos de la grosera explicación del TEDH y haya optado por buscar cobijo en las instituciones del Derecho civil: es preferible “civilizar” el decomiso que destruir el contenido de la presunción de inocencia.

- En lo que atañe a la afirmación de que el decomiso únicamente pretende “conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo” y que por ello no tiene carácter sancionador, se trata de un eufemismo de dudoso gusto (en cuanto a la presunción del número de sinapsis del lector) que también resulta aplicable, en muchos supuestos, a la pena de multa⁹⁶.

2) Llegados a este punto solo cabe una solución: el aterrizaje forzoso en lo civil y más concretamente en el enriquecimiento injusto: “El decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil⁹⁷ y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto.”

sentencia 7.10.88 (caso Salabiakn) y 25.9.92 (caso Pham Hoang). Y en la Circular 4/2010 FGE, apartado 2.4), se recoge el mismo razonar.

⁹⁵ “Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia.”

⁹⁶ Para ser justos, no cabe imputar a nuestro legislador la autoría de un razonamiento tan exquisito (no solo de este párrafo sino de todo el contenido en el núm. 2 del texto principal), como él mismo reconoce, el honor hay que atribuírselo íntegramente al Tribunal Constitucional alemán, BLANCO CORDERO, I., “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración*, VV.AA., PUENTE ALBA, L. M.(dir.), Granada, 2008, pp. 69 y ss.

⁹⁷ También se habla de decomiso civil en un sentido impropio: cuando el decomiso se produce sin que exista una sentencia de condena, AGUADO CORREA, T., “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-05, pp. 10 a 15. <http://criminol.ugr.es/recpc>.

- Que el decomiso ampliado tenga un carácter patrimonial en modo alguno lo emparenta con el Derecho civil: eso sucede con toda clase de decomiso y además con la multa en cuanto que pena pecuniaria que, cuando se calibra según el valor del objeto del delito o los beneficios, art. 52.1Cp, también pretende (entre otras finalidades) una reordenación patrimonial y privar de aquéllos al autor del delito.

- Pero es que además el decomiso no se puede equiparar al enriquecimiento injusto. De entrada esta figura, sustentada en nuestro ordenamiento en un principio general del Derecho, responde a hipótesis que no encajan en el ámbito de otras fuentes de la responsabilidad. Por eso, cuando se está en presencia de un acto ilícito, civil, la responsabilidad que se origina es la extracontractual: quien, sin existir un vínculo obligacional previo, origina un perjuicio, debe resarcir los daños y restituir lo indebidamente adquirido. Con ello se cubre todo el espectro de las situaciones jurídicas pasivas originadas por la ilicitud civil, obligaciones que se corresponden con otras tantas activas, derechos subjetivos privados. Más allá, cualquier otra consecuencia patrimonial que se quiera aparejar al ilícito abandona necesariamente la esfera civil: no existe un perjudicado individualizado que ostente un derecho subjetivo a la reparación de daño o perjuicio, porque éstos lisa y llanamente no existen más allá de lo indicado. Así, *e.g.*, desde el plano civil habrá que devolver la cantidad o el objeto sustraído, así como reparar los daños materiales (daño emergente, lucro cesante) e incluso morales ocasionados, mas no existe ningún derecho subjetivo privado a reclamar las ganancias que se han obtenido con aquellos bienes porque a nadie se ha privado de las mismas. Es lógico, sin embargo, que el Estado disponga sustraer aquéllas al autor del ilícito, mas ello orbita necesariamente en torno a la figura de la sanción y a las finalidades de retribución, prevención general y especial que se persiguen. A tenor de lo explicado resulta ocioso recordar que el fundamento del enriquecimiento injusto estriba en la traslación de bienes de un patrimonio a otro con el consiguiente enriquecimiento y empobrecimiento simultáneo sin causa lícita que lo ampare. Pues bien, en el decomiso no existe esa traslación: ni los instrumentos ni el producto del delito se han detraído del Estado, *e.g.* ni la droga, ni las embarcaciones utilizadas para su transporte, ni los beneficios de su venta se han trasladado de éste al patrimonio del autor del delito: el Estado no se ha visto empobrecido por el enriquecimiento (instrumentos y productos) de aquél. Es decir, el Estado en lo que atañe al objeto del decomiso no puede reputarse en modo alguno como un perjudicado o titular de un derecho subjetivo privado a reclamar un patrimonio que antes jamás le había pertenecido. Ni si quiera con la errónea perspectiva, por mezclar obligaciones de naturaleza muy diferente, que incluye a la obligación tributaria, una obligación *ex lege* de carácter público, dentro de la responsabilidad civil, art. 305.7 Cp y dispo. adicional 10 LGT⁹⁸, L 58/2003 (se confunde la responsabilidad civil extracontractual con la *ex*

⁹⁸ Que, tras la redacción insertada por la L 34/2105, además de incluir a la deuda tributaria dentro de la

lege a la par que no se percibe dentro de ésta la radical distinción entre las obligaciones de derecho privado, civiles, con las de derecho público, en este caso tributarias) cabe afirmar algo semejante. Para reafirmar nuestras aseveraciones basta preguntarse: ¿acaso podría la Admón. ejercer una acción civil por enriquecimiento injusto ante un tribunal civil para reclamar los instrumentos y productos de un delito de tráfico de droga o de blanqueo de capitales...? Y quien dice enriquecimiento injusto puede pensar en cualquier otra acción civil fundada en un derecho privado para reclamar la propiedad de esos bienes. Por eso, también en el plano dogmático resulta imposible pretender anular ante un tribunal civil un contrato de compraventa o préstamo entre el autor de un delito contra la salud pública y un tercero cuyo objeto consista en un bien en el que se ha transformado una ganancia del delito, aduciendo la existencia de una causa ilícita, art. 1305 Cc, porque nadie ostenta un derecho subjetivo privado al mismo: existe una absoluta falta de legitimación, por ausencia de perjuicio o gravamen, en ese plano⁹⁹. Otra cosa es que quepa decomisarlo en cuanto que sanción penal que se puede extender a terceros que no obraron de buena fe (o decomisarlo directamente si el tercero cometió un delito de encubrimiento o blanqueo). En definitiva, cuando el Estado decomisa bienes no hace valer un derecho sino que emplea una potestad, la sancionadora (*ius puniendi*), de la que está investido. Por lo mismo, no existe una verdadera obligación por parte del titular de los bienes decomisados: no cabe, consiguientemente, su cumplimiento voluntario, puesto que se precisa del ejercicio puntual de aquella potestad por parte del poder público para que surja la sanción con su correspondiente contenido. Por eso, como se ha visto, el legislador, a diferencia de la verdadera responsabilidad civil, no prevé los actos de disposición directos sobre la misma.

Precisamente, la figura del enriquecimiento injusto sí que se contempla (aunque se hayan desnaturalizado sus límites) en el Cp: arts. 122¹⁰⁰ y 615 LECrim, la responsabilidad civil de terceros que han participado a título lucrativo del delito. Una

responsabilidad civil, dispone que cuando se trata de un delito contra la Hacienda Pública, la Administración tributaria procederá a la exigencia de la misma (incluida la ejecución provisional) y la pena de multa, lo que se hará conforme al procedimiento administrativo de apremio. Una previsión que pone en riesgo la garantía constitucional de exclusividad, art. 117.3 CE, a pesar de la notificación al tribunal de los incidentes que surjan y que se contempla en el apartado 4 de la disposición adicional. Es un añadido a la colaboración de la Administración Tributaria y la Seguridad Social con el tribunal (investigación de patrimonio, ejercicio de facultades previstas en sus respectivas legislaciones, remisión de informes y comunicación de circunstancias relevantes) en la ejecución de los delitos contra la Hacienda pública, contrabando y Seguridad Social, prevista en el art. 990 párr. 4º LECrim incluido por la LO 1/2015.

⁹⁹ El TS en la STS, (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 990/2013 de 30 diciembre, RJ2013V7715, FD decimosexto, explica la ausencia de responsabilidad civil en los delitos de cohecho, excepcionalmente cabe en los de falsedad, o prevaricación ante la ausencia de perjuicio. Por lo que, señala, en esos supuestos lo procedente es el decomiso.

¹⁰⁰ Sobre el sentido histórico y las exigencias jurisprudenciales de esta figura, DÍAZ LÓPEZ, J.A., “El partícipe a título lucrativo tras la reforma del decomiso”, *Diario La Ley*, N° 8667, Sección Doctrina, 17 de Diciembre de 2015, Ref. D3476.

acción que, como recalca la jurisprudencia, excede la responsabilidad civil *ex delicto*, es una realidad distinta¹⁰¹, y lo que pretende es favorecer al perjudicado evitándole que tenga que acudir a un proceso civil ulterior para reparar el desequilibrio patrimonial que se le ha originado. Ahora bien, si estamos ante una verdadera acción de enriquecimiento injusto ha de agotarse dentro de los límites señalados: no cabe proclamar la responsabilidad civil de un tercero que ha participado a título lucrativo (y de buena fe) cuando no ha acontecido la traslación patrimonial explicada. O con mayor claridad: para que haya un tercero civilmente responsable tiene que existir una responsabilidad de esa índole previa (de la que también responde, solidariamente, salvo excepciones¹⁰², el autor material de la conducta). Por eso, su ámbito natural se circunscribe a ciertos delitos patrimoniales, contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social... Porque en todos estos casos lo que se prevé es una forma de asegurar la “restitución” aun cuando haya intervenido un tercero de buena fe (se extiende el deber de restituir al tercero que es el contenido de la acción de enriquecimiento injusto) siempre que su participación haya sido a título lucrativo. Como se ha explicado, para que concurra responsabilidad civil debe existir un derecho subjetivo privado que permita resarcir el perjuicio que se ha padecido y el Estado no es el perjudicado en el delito de cohecho ni en los delitos contra la salud pública... No ostenta en esos casos ningún derecho subjetivo privado que se pudiera hacer valer ante un tribunal civil, ni siquiera por enriquecimiento injusto. De esta manera, en la actualidad no tiene sentido “expandir” esta responsabilidad civil del tercero a supuestos en los que ésta, como se ha razonado, no existe, por mucho que el tercero se haya beneficiado de los productos del delito¹⁰³. No puede sorprender que el propio T.S., consciente de la desnaturalización que se operaba, dudase de la naturaleza de la acción contenida en el art. 122 Cp y en ocasiones la tildase de responsabilidad penal¹⁰⁴. Hoy en día, deberá acudirse al decomiso de bienes de terceros, *infra*, cuando no estemos en presencia de una auténtica “restitución”, resultado de un empobrecimiento patrimonial de un perjudicado. Si lo que se pretende es exigir en todo caso, más allá de cuando existe el deber de restituir, una responsabilidad pecuniaria a quien se ha visto favorecido por el delito a título lucrativo y sin conocimiento de aquél, de buena fe, debe aclararse que no se trata de una responsabilidad civil sino de una sanción pura y dura, con un contenido patrimonial muy concreto que coincide en su alcance con el previsto para el decomiso de bienes de terceros (aun cuando los presupuestos de éste sean diferentes, *infra*).

- Si el decomiso tuviera naturaleza civil nada impediría la ejecución provisional

¹⁰¹ Acerca de la diferencia entre el art. 122 Cp y la responsabilidad civil (cuando se utiliza en delitos en los que no hay perjudicado); QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación...”, *op. cit.*

¹⁰² Por ejemplo, art. 118.1.3ª y 4ª Cp.

¹⁰³ En este sentido, MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma...* *op. cit.*, p. 465.

¹⁰⁴ TORRAS COLL, J.M., “El partícipe a título lucrativo en el proceso penal”, *Revista de Jurisprudencia*, número 2, 18 de julio de 2013.

del mismo una vez que se hubiera acordado en el fallo impugnado, art. 989.1 LECrim.

- Se prevé la rescisión del fallo que acuerda el decomiso precisamente por considerarlo una sanción, art. 954.2 LECrim.

- Por último, que el decomiso no es una responsabilidad civil lo reafirma el propio Cp, art. 128, al disponer que no tiene por qué acordarse el decomiso cuando “se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles”: si el decomiso constituyese una suerte de responsabilidad civil no podría “anularse” por la satisfacción de otros contenidos de dicha responsabilidad. Un precepto que, a mayor abundamiento, *supra*, impone la proporcionalidad del decomiso (según la naturaleza y gravedad de la infracción), algo propio y consustancial a las penas y medidas de seguridad y al *ius puniendi* en general.

Sin embargo, la principal crítica a la perspectiva “civil” del decomiso ampliado es el comentado efecto expansivo o contagioso: “infecta” la regulación del decomiso autónomo y del decomiso de bienes de terceros y la intervención de terceros que ostentan derechos sobre aquellos bienes. Lo que, a su vez, irradia sus efectos al decomiso directo, sin reparar en que uno de los argumentos fundamentales empleados, *supra* 2), no resulta de aplicación ni al decomiso directo ni al decomiso por *hat trick*: en ambos casos existe una declaración expresa de la comisión de un ilícito (o varios) y habitualmente (siempre en el caso del *hat trick*, *infra*) su premisa es también una declaración de culpabilidad.

IX. EL DECOMISO AMPLIADO POR REITERACIÓN DELICTIVA O *HAT TRICK*

Es una modalidad específica del decomiso ampliado, arts. 127 *quinquies* y 127 *sexies* Cp: a partir de la constatación de la reiteración delictiva y ante la concurrencia de ciertos indicios el legislador estipula una presunción *iuris tantum* según la cual todo el patrimonio adquirido (se presume que libre de cargas) y los gastos efectuados durante los 6 años anteriores (al de la apertura del proceso penal) provienen de la actividad delictiva.

Su origen también es foráneo: el TEDH en 2001 no consideró desproporcionada ni contraria a la presunción de inocencia esta clase de decomiso en el asunto Philips vs UK, (Sección 4ª), Sentencia de 5 julio 2001, TEDH\2001\435¹⁰⁵. Ya se ha

¹⁰⁵ “II DERECHO INTERNO APLICABLE: A: La Ley de Tráfico de Drogas de 1994. 21

Para decidir si el defendido se ha beneficiado, y hasta qué punto, del tráfico de drogas, el artículo 4.2 y 4.3 de la ley de 1994 exige que el Tribunal asuma que cualquier bien que aparezca como propiedad del defendido en cualquier momento desde su condena o durante el período de tiempo de seis años anterior a la fecha en que comenzara el procedimiento penal, fue recibido como pago o recompensa en conexión con el tráfico de drogas y que cualquier gasto sufragado por él durante el mismo período sea considerado como hecho con las ganancias del tráfico de drogas. Esta asunción legal puede ser refutada por el defendido con respecto a cualquier bien o gasto si demuestra que es incorrecta o que puede haber un grave riesgo de

criticado, *supra*, la premisa de esa resolución: la presunción de inocencia se agota con la declaración de culpabilidad.

La presunción legal no se aplica a determinados bienes si, a tenor de las circunstancias concretas, resultan incorrectas o desproporcionadas, art. 127 *sexies*, *in fine* Cp.

Los requisitos cumulativos, art. 127 *quinquies*.1 y 2 Cp, son: 1) la condena por un delito de los que originan el decomiso ampliado; 2) la existencia de una actividad delictiva previa continuada que haya generado beneficios económicos: resulta de la condena por tres o más delitos, o por un delito continuado que incluya al menos tres infracciones penales; o bien que seis años antes hubiera sido condenado por dos o más delitos o por un delito continuado que incluya al menos dos infracciones penales; 3) que existan indicios de que una parte relevante de su patrimonio procede de la actividad delictiva (se enumeran los mismos indicios que en el decomiso ampliado). Sin embargo, a diferencia del decomiso ampliado del art. 127 *bis* Cp, no parece haber mucha libertad para el tribunal: el listado de indicios no se realiza de forma abierta por lo que la figura que nos ocupa funciona de forma automática. Además, del tenor del precepto parece suficiente la concurrencia de uno solo de los indicios para que opere la presunción; 4) que el beneficio de la actividad delictiva supere los 6000 euros.

Esta categoría resulta un añadido de última hora a la reforma del decomiso. De hecho, se encuentra “desubicado”¹⁰⁶, puesto que le anteceden los arts. 127 *ter* Cp (el decomiso cuando no existe condena por el delito, que origina el proceso de decomiso autónomo o el decomiso directo en el proceso si existe eximente –y también el ampliado en este caso- o causa de exención) y 127 *quater* Cp (decomiso de bienes de terceros) que literalmente refieren sus previsiones a los “artículos anteriores”. Surge, consiguientemente, la duda de si esos preceptos serían aplicables al decomiso por *hat trick*. La lógica impondría una respuesta positiva, pues carece de sentido impedir en estos casos, *e.g.* el decomiso de bienes de terceros. Con la única salvedad de la prescripción del delito que, *supra*, no habilita al decomiso ampliado, art. 127 *bis* Cp y que tampoco parece aplicable en este caso. Sin embargo, si el decomiso ostenta naturaleza penal, es un ejercicio del *ius puniendi*, queda vedada una interpretación analógica. Ahora bien, no parece esa la opción del legislador que se ha explayado intentando justificar, *supra*, la naturaleza civil del decomiso ampliado.

De la regulación destaca lo siguiente: por un lado, es la única modalidad de decomiso en la que existe una referencia expresa a que los delitos deben producir

injusticia si se asume (artículo 4.4).”. Se aplicaban las normas sobre la prueba del proceso civil.

¹⁰⁶ HAVA GARCÍA, E.: “La regulación del comiso”, en QUINTERO OLIVARES, G.(dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, 1ª edición, Aranzadi, abril 2015, pp. 215 y 216. VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Consecuencias accesorias...”, *op. cit.*, p. 408. Esta modalidad se añadió en la tramitación en el Senado puesto que estaba en el Anteproyecto de LO de modificación de la LECrim al que se criticó que contuviera preceptos sustantivos cuando ya había otra reforma de esta naturaleza en sede parlamentaria.

beneficio económico, art. 127.*quinquies*.2 Cp, que, aunque se puede entender lógica por la propia esencia de esta modalidad, refuerza nuestra teoría acerca del ámbito natural de esta institución, *supra*.

Por otro lado, a diferencia del decomiso ampliado, su presupuesto principal resulta objetivo: la reiteración delictiva exige unas condenas con prueba plena, lo que resulta conforme con la presunción de inocencia. Sin embargo, evidentemente, se lesiona este derecho fundamental cuando se estipula la presunción legal de que el patrimonio y los gastos resultan de la actividad delictiva y que, consiguientemente, habrá de demostrarse su origen lícito para evitar el decomiso. De esta manera, solo se salva su constitucionalidad con el travestismo practicado por el legislador cuando se ocupa de la modalidad básica del decomiso ampliado; considerándolo una figura civil. Cuestión analizada suficientemente *supra*.

Además, su incorporación extemporánea a la LO 1/2015 se vuelve a constatar al reparar que en el decomiso ampliado básico se prevé como uno de los delitos que lo originan aquéllos que atentan contra el patrimonio y el orden socioeconómico “en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia”, art. 127 *bis*.1.d) Cp, lo que coincide plenamente con los presupuestos del que nos ocupa.

X. LA REFORMA DEL DECOMISO OPERADA POR LA L 41/2015 EN LA LECRIM

En 2015, al margen de algunas modificaciones puntuales que afectan a los bienes decomisados preventivamente, arts. 367 *quater*.3, 367 *quinquies* y 367 *sexies* LECrim y que ya se han comentado, provocadas por la LO 1/2015, las principales novedades procesales que atañen al decomiso resultan de la L 41/2015: a) se estipula un proceso de decomiso autónomo y b) se prevé específicamente la intervención de terceros en el mismo. La falta de perspectiva unitaria del decomiso que achacamos al legislador resalta cuando procesalmente se necesitan dos leyes diferentes – en ningún caso se exigía el rango de ley orgánica- para cumplir con las previsiones de la Directiva 2014/42UE.

A) El proceso de decomiso autónomo (arts. 803 *ter e*.- 803 *ter u*. LECrim)

Es un proceso especial, Tít. III *ter*, Lib. IV LECrim, cuyo único objeto es el decomiso ante la imposibilidad de exigir la restante responsabilidad penal al autor de los hechos. El M.F. es el único legitimado, art. 803 *ter h*. LECrim, para ejercitar la acción ante el tribunal penal en un proceso que sigue los trámites del juicio verbal de la LEC, con demanda y contestación y celebración de vista (aunque ésta sigue el trámite del juicio ordinario lo que permite las conclusiones) en los supuestos de fallecimiento, fuga o incapacidad para acudir a juicio o bien si ha habido reserva de la acción de decomiso, art. 803 *ter e* LECrim.

Si existe litisconsorcio pasivo, pluralidad de acusados, y acontece alguna de las circunstancias descritas (con excepción de la reserva de la concreción del decomiso¹⁰⁷) respecto a alguno de ellos, no se sigue este proceso sino que se acumula la petición de decomiso al proceso penal que continúa con los restantes, art. 803 *ter t.* LECrim, disponiendo así una solución muy distinta a la prevista para la responsabilidad civil en los casos de rebeldía, art. 843 LECrim (se reclama por separado en un proceso civil).

Se cumplen de esta manera las previsiones del art. 127 *ter.1* Cp que, a su vez, vienen exigidas por la Directiva 2014/42UE, Cdos. 15 y 16, art. 4.2. Es cierto que en la Directiva no se contempla expresamente el fallecimiento (solo enfermedad o fuga). Pero no lo es menos que según la redacción del art. 127.4 Cp resultante primero de la LO 15/2003 y luego de la LO 5/2010, cabía acordar el decomiso si existía una causa de extinción de la responsabilidad, (como es notorio el fallecimiento es la primera, art. 130.1.1º Cp) pero resulta evidente que el legislador ha decidido que en este caso habrá de incoarse un proceso autónomo de decomiso. Mas, sin duda, la gran aportación patria estriba en utilizar también este proceso para los casos en los que ha habido una reserva de la concreción del decomiso por parte del M.F.¹⁰⁸. Ya se ha explicado la inconstitucionalidad de esta opción por contravenir el *non bis in ídem*¹⁰⁹ cuando podía haberse utilizado la fórmula de la sentencia de condena con reserva de liquidación en la ejecución del fallo que cabe para la responsabilidad civil, art. 115 Cp.

El fallecimiento ocasiona la pérdida de la personalidad civil, art. 32 Cc, y también, con más lógica, de la penal, art. 130.1.1º Cp. Consiguientemente, hay que entender que en los supuestos de fallecimiento el sujeto pasivo del decomiso es la masa patrimonial, art. 6.4º LEC o, en su caso, los herederos. Hay que asumir, pues, que una de las grandes novedades que supuso la LO 15/2003 consistió en implantar la responsabilidad penal (a la par que luego se estipulaba la de las personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica, LO 5/2010) de aquella categoría jurídica (con evidente afinidad con la de los entes sin personalidad jurídica, art. 129 Cp). Sin embargo, no hemos sabido encontrar ningún supuesto en que se aplicara.

Como se ha manifestado, no debe confundirse la envoltura externa procesal, civil, con el contenido de la acción que se hace valer: el ejercicio del *ius puniendi*

¹⁰⁸ No se aclara en ningún lugar si la petición de reserva del M.F. vincula al tribunal cuando hubiera otros acusadores que solicitan el decomiso: nuestra respuesta es negativa, dado que solo se consiente participar en el proceso de decomiso autónomo a aquél, el principio de audiencia exigiría rechazar dicha solicitud. Eso sí, si concurriera una especial complejidad que dificulta la concreción del objeto del decomiso que impide el normal desarrollo del proceso penal, lo oportuno sería acordar el incidente de ejecución al que nos venimos refiriendo.

¹⁰⁹ Argumento reforzado cuando MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.*, pp. 482, exigen que en este caso se produzca la sustitución de los componentes del tribunal para salvaguardar la imparcialidad.

para imponer una sanción pecuniaria, el decomiso¹¹⁰. De hecho, en el proyecto de Código Procesal Penal se regulaba, lógicamente, como un proceso penal dentro del Libro V, arts. 545 a 558, los procesos especiales; la opción de la LECrim por la forma civil trae causa de la indebida expansión del concepto del decomiso ampliado como una suerte de enriquecimiento injusto civil a la que ya se ha hecho referencia. A este respecto, el legislador en el apartado III de la exposición de motivos de la Ley 41/2015 se limita a afirmar que “El procedimiento responde a un equilibrio entre la agilidad que le es propia y las garantías para las personas demandadas. Se ha optado por la remisión al procedimiento verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que contribuye a la seguridad jurídica.”¹¹¹ ¿De verdad es sostenible argüir que apuntala la seguridad jurídica la remisión a la regulación del juicio verbal, art. 803 *ter g*. LECrim, para, tras unos escritos de demanda y contestación, arts. 803 *ter l*. y *m*. LECrim, y la decisión del tribunal sobre la prueba, art. 803 *ter n*. LECrim (irrecurrible aunque se puede reiterar en el juicio), continuar con la vista del juicio ordinario civil, art. 803 *ter o*. LECrim, y terminar con los recursos del proceso penal abreviado, art. 803 *ter r*. LECrim, aplicando los criterios de las costas de esta ley, art. 803 *ter o.3* LECrim? Los problemas identitarios del pequeño Frankenstein resultante son elementales: la duda existencial es el verdadero alcance de la previsión del art. 803 *ter g* LECrim, la aplicación de las normas del juicio verbal de la LEC en lo que no sea incompatible con las previsiones puntuales de la LECrim: ¿cuál es el estatuto de las partes pasivas?, el propio legislador padece en primera persona los síntomas de la esquizofrenia: unas veces habla de demandado y otras, a renglón seguido, de encausado, arts. 803 *ter j* y 803 *ter k* LECrim, ¿solo se aplica la previsión del derecho a la asistencia letrada del art. 803 *ter i* LECrim¹¹²?, ¿y el art. 118 LECrim?: es verdad que la “ausencia” física del investigado –salvo en los casos de reserva de la acción- ayuda a camuflar este debate, pero, *e.g.*, ¿están obligados los representantes a exhibir los libros o documentos que se les reclaman?, ¿si hay reserva de la acción se ostenta el derecho a guardar silencio?...; ¿para qué remitir a la demanda y contestación si el contenido de los escritos de alegaciones en ese proceso no se parece en nada a ellos¹¹³?, ¿por qué prever el desarrollo de la

¹¹⁰ MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.*, pp. 468 a 471.

¹¹¹ Compárese la seguridad jurídica lograda en la LECrim con la que se hubiese alcanzado de haber previsto un escrito inicial en el que se ejerce la solicitud de decomiso; una especie de escrito de calificación (cuyo contenido está prácticamente calcado en el art. 803 *ter l*. LECrim), a la que sigue un escrito de defensa y, tras la decisión sobre la prueba, a continuación la celebración de una vista conforme al proceso ordinario, que se disponía en los arts. 553 a 555 del proyecto de Código Procesal Penal.

¹¹³ Aparte de la petición del decomiso y su contenido específico, en la demanda y contestación del juicio verbal no existe la petición de prueba, en la contestación del juicio verbal hay que pedir la celebración de vista... Nos limitamos a recomendar la lectura de los arts. 437, 438 LEC, la de los arts. 803 *ter l* y 803 *ter m* LECrim y las previsiones de este último texto sobre el contenido de los escritos de calificaciones provisionales, arts. 650, 652, 656, y que luego el lector saque sus propias conclusiones.

vista del juicio ordinario civil cuando, a tenor de la existencia de la audiencia previa en ese proceso, el contenido de la misma resulta inapto: habrá que plantear cuestiones previas...?; ¿se admiten mecanismos de fijación de los hechos distintos a la libre valoración de la prueba (aunque, dada la idiosincrasia del proceso, será muy complicado, pero, *e.g.*, ¿y si no se exhiben los documentos o no se responde a las preguntas?)?, ¿si hay reserva de la acción cabe la admisión de los hechos como mecanismo de fijación de los mismos?...

No nos cabe duda de que estamos en presencia de un proceso penal con una singular envoltura externa que no altera para nada el estatuto del investigado/acusado y las restantes garantías procesales que allí existen a pesar de desafortunadas previsiones puntuales del legislador como la del art. 803 *ter.m* LECrim (consecuencias de la no contestación a la demanda)...

¿Cabe hacer valer también en este proceso la responsabilidad civil por el perjudicado? A pesar de las dudas que suscita la peculiar estructura de este proceso, su forma externa civil, los actos de disposición sobre el objeto que presume el legislador, la limitación de la eficacia de cosa juzgada..., la respuesta ha de ser positiva. Por un lado, por la propia referencia prevista en el art. 803 *ter* o.2 LECrim a la fijación de los perjudicados y la pertinente indemnización (como si no cupiese la restitución) en el fallo en el caso de acordar el decomiso. Por otro, porque parece lo lógico a efectos de favorecer a la víctima permitirle ejercer la oportuna acción civil en el proceso penal que está en marcha. Además, de otro modo los inconvenientes serían mucho mayores por cuanto nada impediría la existencia de un proceso civil paralelo, art. 843 LECrim (la referidas singularidades del proceso de decomiso autónomo impedirían el juego del art. 111 LECrim), a esos efectos. Así, el art. 108 LECrim mantiene su vigencia y obliga al M.F. a ejercer la acción civil.

Otra especial singularidad de este proceso es la limitación de la eficacia de cosa juzgada del fallo respecto de un ulterior proceso penal en el que se dilucide la imposición de la pena o medida de seguridad por los mismos hechos. La idea que subyace es sencilla: si resulta posible la existencia de ese proceso, el principio de audiencia impide extender la eficacia positiva de cosa juzgada dado que el acusado no estuvo presente cuando según nuestro ordenamiento no cabía su enjuiciamiento¹¹⁴. Por eso, y a pesar de su deficiente redacción (el legislador ha copiado la redacción del art. 556 del proyecto de Código Procesal Penal, con una técnica harto defectuosa¹¹⁵), hay que entender que el fallo del proceso de decomiso autónomo únicamente vincula, surte eficacia de cosa juzgada material, a efectos de su propio

¹¹⁴ En el mismo sentido, NIEVA FENOLL, J., "El decomiso...", *op. cit.*

¹¹⁵ Si se predica la cosa juzgada respecto de la causa de pedir y se explicita que ésta consiste "en los hechos relevantes para la adopción del decomiso, relativos al hecho punible y la situación frente a los bienes del demandado", se está vinculando a la declaración de hechos probados que afectan al hecho punible en cualquier proceso penal ulterior. Sobre todo cuando la redacción del siguiente apartado, 2, empeora aún más la situación: "Más allá del efecto material de la cosa juzgada establecido en el apartado anterior (...) no vinculará en el posterior enjuiciamiento del encausado si se produce."

objeto: el decomiso. De esta suerte no cabe solicitar un decomiso ulterior sobre los mismos bienes y respecto de los mismos hechos, eficacia negativa, a la vez que sí sería posible otro proceso de decomiso autónomo sobre bienes sobre los que no se hubiese pronunciado el tribunal quedando entonces vinculado éste al contenido del primer fallo, eficacia positiva. Hipótesis esta última ya criticada, *supra*, por atentar contra la preclusión que va aparejada naturalmente al *non bis in ídem*, y que supone un raro supuesto de eficacia prejudicial positiva de la cosa juzgada material penal. El fallo sí surte eficacia positiva de cosa juzgada material respecto a la declaración de hechos probados en un proceso civil en los supuestos de reserva de la acción civil, aunque entonces no debería revocarse dicho fallo (el civil) si se produjese una rescisión de la sentencia del proceso de decomiso autónomo a resultas del proceso penal ulterior, art. 954.2 LECrim (la revisión solo juega en favor del condenado penalmente cuando el motivo es una discrepancia en cuanto a la valoración de la prueba o prueba nueva que demuestra su inocencia).

Por otra parte, por mucho que se haya optado por la estructura externa de un proceso civil, salvo en los recursos, es posible que el fallecimiento del autor de los hechos en un momento muy temprano haya provocado un sobreseimiento casi inmediato del proceso penal, lo que motivará la necesidad de llevar a cabo una fase de investigación¹¹⁶. Incluso el propio legislador reconoce que es posible que la causa penal ni siquiera se hubiese incoado, art. 803 *ter* f.c) LECrim. Además de que el M.F. puede reputar precisa la ampliación de la efectuada: recuérdese que hay que probar la existencia de la actividad delictiva y su relación con los bienes, art. 803 *ter* l.1.c) LECrim¹¹⁷ y art. 127 *ter*.2 Cp¹¹⁸... En todos esos supuestos habrá que estar a la regulación de la LECrim propia de un proceso penal.

En cuanto a la competencia objetiva del tribunal se dispone, art. 803 *ter* f. LECrim., que corresponde a quien haya conocido (reserva), a quien esté haciéndolo si el proceso penal se paraliza por rebeldía o incapacidad o a quien debería conocer si no se ha incoado¹¹⁹. Debe entenderse que en estos dos últimos supuestos se trata del

¹¹⁶ MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.*, p. 488.

¹¹⁷ Indudablemente, si ha existido reserva de la concreción del decomiso no es posible reabrir la investigación de los hechos por los que ya se ha juzgado, por el juego del *non bis in ídem*. Claro que, siguiendo la lógica del legislador, siempre se puede argüir que se trata de una acción civil...

¹¹⁸ Un precepto que parece instituir un presupuesto de procedibilidad: el decomiso en los casos de fallecimiento, enfermedad o rebeldía, “solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del proceso penal”. Lo cierto es que como en el proceso de decomiso autónomo habrá de probarse plenamente la actividad delictiva dicha previsión carece de sentido. Además, existe la garantía de la revisión de la sentencia si el proceso penal ulterior llega a una conclusión diferente, art. 854.2 LECrim.

¹¹⁹ Explican MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.*, pp. 480 y 481, que no se ha previsto la competencia objetiva ni de la Sala de lo penal del T.S., ni del Tribunal del Jurado, ni de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ni de los Juzgados Centrales de Instrucción, aunque según esos autores ello no impediría el conocimiento en los casos de decomiso diferido. A favor de que se hubiese establecido la competencia objetiva del juez de instrucción en algunos supuestos,

tribunal con competencia objetiva para conocer del proceso principal. Sin embargo, si no se llegó a poner en marcha el proceso penal y hace falta investigar, o bien si se requiere la ampliación de la investigación, posibilidades a las que nos acabamos de referir *supra*, se necesitaría la entrada en escena de un juez de instrucción para preservar el derecho al juez imparcial.

Otras particularidades de este proceso son:

- Respecto a la rebeldía: a quien estaba en rebeldía en el proceso principal se le nombra procurador y abogado de oficio, art. 803 *ter* k LECrim. Las consecuencias de la rebeldía en el proceso de decomiso autónomo ya se han analizado *supra*, arts. 803 *ter* d y 803 *ter* s. LECrim.

- La postulación es necesaria aunque solo se prevea expresamente en el caso del rebelde o si interviene un tercero, art. 803 *ter* b LECrim (sería absurdo que solo se exigiera a éste).

- Por su propia esencia no es posible la presencia física del afectado en el juicio (aunque éste se pueda celebrar en ausencia), salvo en el caso de reserva de la acción, por lo que, con exclusión de la hipótesis señalada, se actuará a través del representante legal como se prevé en la intervención de terceros, art. 803 *ter* b LECrim.

- Hay una remisión a la LEC respecto a la comparecencia del encausado con la capacidad modificada judicialmente, art. 803 *ter* k.2 LECrim. Debería haberse realizado una remisión a aquel texto en lo atinente a la capacidad de obrar procesal o capacidad para comparecer en juicio en los supuestos de incapacidad que es una de las lagunas de la LECrim.

- El allanamiento implícito, art. 803 *ter* m.2 LECrim, ante la falta de contestación a la demanda o abandono de la misma, ya se ha analizado y criticado *supra*.

- Se ha objetado la ausencia de la mención expresa del decomiso preventivo, dado que la remisión genérica a las medidas cautelares civiles resulta insuficiente, arts. 803 *ter* l. y 803 *ter* o. LECrim, *supra*. Eso implica, además, como se vio, que, a diferencia de los restantes casos, el decomiso cautelar no se pueda acordar de oficio.

- La investigación del M.F. con la posible colaboración de la ORGA, en la ejecución también se ha mencionado, art. 803 *ter* q. LECrim

- Se determina la revisión de la sentencia de decomiso cuando existe contradicción con la declaración de hechos probados, en favor del condenado, art. 954.2 LECrim.

B) Los terceros y el decomiso

Tanto el legislador europeo, Directiva 2014/42UE, como el nacional, prevén dos hipótesis en las que los terceros se pueden intervenir en el decomiso:

1) Decomiso de bienes de terceros

2) Intervención de terceros que ostentan algún derecho sobre el bien

1) *Decomiso de bienes de terceros*

Consiste en extender el decomiso a bienes de terceros que no participaron en la actividad delictiva pero que los adquirieron con conocimiento, o que deberían haberlo tenido, de su procedencia. Se contempla en los Cdos. 24 y 25, art. 6, Directiva 2014/42UE y arts. 127 *quater* Cp y 803 *ter.a.1.a*) LECrim.

El presupuesto fundamental es, consiguientemente, la ausencia de buena fe del tercero. Porque si el titular adquirió el bien de buena fe, el decomiso ya no es posible. Por el contrario, en el ámbito de la responsabilidad civil, la buena fe no impide la obligación de restituir, art. 111 Cp (aunque sí la adquisición a título irreivindicable). Ahora bien, recuérdese que en estos casos sí cabe hacer valer frente al tercero que adquirió el bien a título lucrativo la acción específica de enriquecimiento injusto del art. 122 Cp.

A efectos del decomiso, nuestro legislador entiende que hay mala fe en el tercero:

- Cuando se trata los productos (efectos y ganancias), art. 127.*quater*.1.a) Cp, si se adquirieron con conocimiento (o si una persona diligente lo debería haber sospechado) de su procedencia ilícita.
- En el caso de los instrumentos (otros bienes), art. 127.*quater*.1.b) Cp, cuando su adquisición se hizo con el conocimiento (o si una persona diligente lo hubiera sospechado) de que así se dificultaba el decomiso.

No parece que tenga mucho sentido dicha distinción: quien conoce la procedencia ilícita de un bien sabe que su adquisición dificulta el decomiso y quien lo adquiere con este propósito es notorio que también tiene constancia del origen ilícito del aquél. De hecho el legislador europeo en el Cdo. 24 y el art. 6.1 de la Directiva 2014/42UE solo se refiere al conocimiento de que el tercero está dificultando el decomiso.

El legislador español además estipula una presunción *iuris tantum* de la mala fe, art. 127 *quater*.2 Cp: si los bienes se han transmitido a título lucrativo¹²⁰ o a un precio inferior al real de mercado (los dos mismos indicios que utiliza la Directiva 2014/42UE). Respecto a esta presunción conviene matizar dos aspectos: a) que la expresión “precio inferior al real...” no deja de ser equívoca y necesitará una precisión jurisprudencial. A estos efectos resulta más precisa la empleada en el Cdo. 24 y art. 6 Directiva 2014/42UE: “importe significativamente inferior al valor de mercado” que, en cualquier caso, también exigirá la debida matización; b) que,

¹²⁰ Recuérdese que las transmisiones a título lucrativo son fuente de presunciones allí, claro está, donde es posible, como sucede en el derecho civil, así, *e.g.*, dentro de la rescisión de los contratos se presume celebrado en fraude de acreedores, art. 1291.3º Cc, aquél en el que el deudor enajena bienes a título lucrativo, art. 1297 Cc.

una vez más, las presunciones legales contrarias al investigado son incompatibles con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que vuelve a planear la conversión, “implícita” en este caso (reforzada por la modalidad procesal, *infra*, elegida para la intervención del tercero), en una modalidad de la responsabilidad civil que incluiría al sujeto cuyos bienes se han decomisado dentro de la categoría de los terceros civilmente responsables... Nos remitimos a las consideraciones vertidas sobre la naturaleza penal del decomiso directo y los vanos intentos de transmutar esa misma esencia del decomiso ampliado, para concluir que si el decomiso que atañe al autor del delito goza de naturaleza penal, el que afecta al tercero que, sin participar en el delito, adquirió de mala fe los bienes que son los instrumentos o productos de aquél tendrá carácter¹²¹...

En realidad, y esto es lo más interesante dogmáticamente de esta figura, el decomiso de bienes de terceros constituye uno de esos rarísimos supuestos (dada la naturaleza personalísima de la responsabilidad penal y su objeto consistente en situaciones jurídicas aisladas –salvo que se comparta el sustrato fáctico–) en los que la comisión de un delito por un sujeto se torna en el presupuesto de la responsabilidad penal de otro, como sucede en los delitos de blanqueo, receptación y encubrimiento, o en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica.

Al igual que en el caso de los restantes decomisos está previsto, naturalmente, el decomiso por sustitución en el caso de los terceros, art. 127. *quater*.1 Cp.

El decomiso de bienes de terceros resulta, por su propia esencia, consustancial allí donde concurra el decomiso de bienes del autor del delito. Sin embargo, está previsto antes de la modalidad del decomiso por *hat trick* por lo que, por las razones apuntadas *supra*, se suscita la duda de su viabilidad en ese caso.

¹²¹NIEVA FENOLL, J., “El decomiso...”, *op. cit.*, entiende que al anular el negocio jurídico con causa ilícita aplicando los criterios del Cc estamos en presencia de una institución civil. Un argumento seguido por PORTAL MANRUBIA, J. “Aspectos sustantivos...”, *op. cit.*, p. 8. En el mismo sentido MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.*, pp. p. 446 y 469, sostienen que tiene naturaleza civil y que, apoyándose en el TEDH, no rigen las garantías para el ejercicio del *ius puniendi* (lo que además, si no hay acumulación por conexión, comporta innumerables complicaciones procesales si se entiende que ha cometido un delito con esa conducta y con la relación respecto al proceso por el delito antecedente). Con todos los respetos, y al margen de los otros argumentos desplegados en este trabajo, seguimos preguntándonos: ¿quién –cuál es el perjudicado- y qué clase de acción civil –fundada en un derecho subjetivo o interés legítimo privado- puede impetrarse ante un tribunal civil para reclamar al tercero unos bienes de procedencia delictiva que ha adquirido de mala fe? Además, el ejercicio del *ius puniendi* puede comportar necesariamente la anulación de un negocio jurídico, *e.g.*, estafa, receptación... En el caso de la acción civil que se acumula al proceso penal resalta la anulación porque, excede, aparentemente, del contenido tradicional de aquella, pero resulta necesaria para que la restitución pueda operar y amplía subjetivamente su contenido. Por otra parte, si el decomiso de bienes de terceros fuese una acción civil no tiene sentido la integración del proceso que realiza el tribunal, *iussu iudicis*, pp. 449 y 450 *op cit.*, por atentar contra el principio dispositivo y el derecho al juez imparcial (el tribunal acumula de oficio una acción, dado que estamos en presencia de una *adcitatio* y no una litisdenunciación; ésta –la mera notificación de la pendencia del pleito no origina la conversión en parte- no puede comportar la rebeldía, *op. cit.* p. 456). Además, cabría en el mismo proceso la ejecución provisional del decomiso de los bienes de terceros pero no del autor de la actividad delictiva...

Además, el legislador europeo faculta a los Estados miembros, Cdo. núm. 25 Directiva 2014/42UE, para optar entre el carácter alternativo o subsidiario de este decomiso en lugar del de bienes del autor del delito. El art. 127.*quater* Cp guarda silencio al respecto, lo que permite entender que el tribunal deberá elegir en cada caso por la solución que dé más facilidades a la incautación (lo que incluye la realización del bien). Y es que, aunque teóricamente, parece más sencillo y menos complejo optar por la subsidiariedad, la práctica demuestra que habrá que estar caso por caso: *e.g.* parece claro que si en un delito contra la salud pública se han adquirido inmuebles o vehículos para un progenitor, cónyuge o pareja, el decomiso alternativo es la solución óptima.

La verdadera problemática del decomiso que nos ocupa se centra en dos aspectos: 1) al exigirse la mala fe del tercero esta figura está en franca colindancia o, mejor, confusión con ciertos delitos dolosos (lo que incluye el dolo eventual): en muchas ocasiones con el delito de encubrimiento, favorecimiento real, art. 451.2º Cp (la diferencia estribaría en que solo se pretende dificultar el decomiso pero no impedir el descubrimiento del delito); en otros casos con la receptación, art. 298 Cp (esta figura solo existe en los delitos patrimoniales y exige, y es lo decisivo, ánimo de lucro; claro que resulta difícil argumentar que éste no concurre cuando existe una transmisión del bien a título lucrativo o por precio significativamente inferior al de mercado); y por último con el blanqueo de dinero¹²² (que, a diferencia de los supuestos anteriores, admite la imprudencia grave), art. 301 Cp (además del posible concurso con la figura del autoblanqueo). En todos estos casos, cuando no resulte posible deslindar las figuras, parece evidente que si existe dificultad en probar el dolo habrá que optar por el decomiso de bienes de terceros (aunque la existencia del dolo eventual complica la aplicación de dicha regla). Procesalmente, además reviste especial interés la posibilidad del cambio de calificación al final del pleito que comporta una evidente modificación del objeto: son dos realidades sustancialmente diferentes atribuir la comisión de un delito e incurrir en una causa de decomiso por adquirir bienes que resultan de la comisión de un delito por otro sujeto. Los bienes jurídicos que se protegen en cada caso difieren y además las finalidades que cumple el ejercicio del *ius puniendi* también son radicalmente distintas. Sin embargo, el complejo fáctico es el mismo y si lo piden las acusaciones se salvarían respectivamente el derecho de defensa y el derecho al juez imparcial (además de respetar el principio acusatorio). Pero hay que matizar: ello solo es admisible en beneficio del acusado, ya que el *status* procesal de un acusado y un tercero cuyos bienes se van a decomisar es muy diferente, con muchas menos posibilidades de actuación en el segundo caso. Así pues, no cabe reclamar en las calificaciones

¹²² VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Consecuencias...”, *op. cit.*, p. 406; QUINTERO OLIVARES, G., “El procedimiento especial...”, *op. cit.*, pp. 306. Y el apartado 3.2) Circular FGE 4/2010 se refiere a la receptación y blanqueo.

provisionales el decomiso de bienes de tercero para en las definitivas acusar por uno de aquellos delitos, pero sí a la inversa. En cualquier caso, si se produce la primera hipótesis, es evidente que la preclusión que va anudada a la cosa juzgada penal impide un ulterior pleito en el que se acuse del delito correspondiente. Claro que este argumento elemental desaparece si se entiende que estamos ante una figura propia de la responsabilidad civil. 2) Por otra parte este decomiso linda con la participación del tercero a título lucrativo, art. 122 Cp. Sobre todo porque, como se ha explicado, ante la ausencia de una previsión específica como la que ahora nos ocupa, el último artículo mencionado se ha empleado para supuestos que de ninguna manera encajarían en el mismo: en los delitos contra la salud pública para los productos del delito transferidos a un tercero... Ya se ha recordado la naturaleza del art. 122 Cp, una acción específica de naturaleza civil, el enriquecimiento injusto, que excede del contenido de la responsabilidad civil extracontractual, y la hemos distinguido de la del decomiso. Por eso, resumiendo, para que entre en liza el art. 122 Cp debe existir responsabilidad civil, los hechos que originan también el delito tienen que ser aptos para hacer surgir aquélla (ocasionando el correspondiente daño). Y además, debe tratarse de una responsabilidad civil cuyo contenido consista en la restitución: cuando un producto del delito pertenece al patrimonio del perjudicado y se ha trasladado como consecuencia de aquél al del autor de un delito o al de un tercero de buena fe y a título lucrativo estamos en presencia de la responsabilidad civil de aquél (restitución) o del tercero (participación a título lucrativo)¹²³. Se trata de erradicar el enriquecimiento sin causa lícita. En caso contrario, si el producto del delito no pertenecía al perjudicado (no hay traslación patrimonial, no existe enriquecimiento y empobrecimiento correlativo...), nos enfrentamos al decomiso.

Recuérdese que otra diferencia estriba en la existencia de buena fe en el tercero del art. 122 Cp mientras que en el caso del art. 127^{quater}.2 Cp se estipula justamente la presunción contraria¹²⁴. Precisamente, la adquisición a título lucrativo del producto en el último precepto comporta la mala fe del tercero mientras que en el art. 122 Cp esa misma circunstancia supone la buena fe del *alius*. Lo que viene a demostrar que en el caso del decomiso nos enfrentamos a una sanción que necesita como justificación la culpa mientras que cabe la responsabilidad civil objetiva.

A ello hay que sumar que la figura prevista en el art. 122 Cp solo contempla la participación a título lucrativo mientras que, como sabemos, la del art. 127^{quater} Cp también entra en escena cuando la adquisición ha sido a título significativamente inferior al de mercado.

Además, y a efectos prácticos, la participación del tercero a título lucrativo, art.

¹²³ Así, últimamente recuerda los requisitos jurisprudenciales de esta figura la STS de 01/04/2016, núm. 256/2016, núm. recurso: 1315/2015, FD único.

¹²⁴ Sobre esta diferencia DÍAZ LÓPEZ, J.A., “El partícipe a título lucrativo...”, *op. cit.*

122 Cp, en cuanto que responsabilidad civil se asegura mediante las oportunas medidas cautelares de esa clase según el bien de que se trate: la fianza y embargo o el depósito. No está previsto el uso público del bien ni será preciso habitualmente acordar además la prohibición de disponer. A mayor abundamiento, se necesita petición de parte para que el tercero ingrese en el proceso, art. 615 LECrim, así como para acordar la oportuna medida cautelar. Con el decomiso de bienes del tercero sucede lo opuesto: su tutela cautelar tiene un mecanismo específico, el decomiso preventivo al que habrá que añadir habitualmente la prohibición de disponer. Se prevé el uso público del bien decomisado..., y el tribunal acuerda de oficio la intervención del tercero así como el decomiso preventivo, *supra*.

Sobre lo que no existe apenas diferencia, *infra*, es respecto al *status* procesal de uno y otro: lo decisivo es la posibilidad de alegar y defenderse respecto de la cuestión que se le plantea¹²⁵. De esta manera y dado que el objeto de ambas figuras coincide en el aspecto fundamental: haber participado de los instrumentos o productos del delito y se trata de una exigencia de responsabilidad patrimonial (civil o penal) limitada al importe de los mismos, (lo que muta es la perspectiva jurídica, la causa de pedir en virtud de la cual se reclama) no habría problema en cambiar la calificación de una a otra figura hasta el final del pleito. Eso sí, por tratarse de acciones diferentes no existiría cosa juzgada: hecha valer la petición de decomiso y rechazada, nada impediría, a partir de la declaración de hechos probados, intentar hacer valer la acción de enriquecimiento injusto ante un tribunal civil. Teóricamente (dada la improbabilidad práctica de incoar primero un proceso civil) también acontecería lo contrario.

Debe notarse, por último, que no existe un proceso de decomiso autónomo en el caso de bienes de terceros: se trata de una responsabilidad penal accesoria que se ha de hacer valer necesariamente junto a la del autor del delito. Estamos, pues, ante una preclusión artificial (si no se ha solicitado el decomiso de bienes del tercero en el proceso penal “principal” ya no cabe hacerlo ulteriormente, ni tampoco está prevista la inconstitucional categoría de la “reserva” de acción autónoma contra el tercero para el decomiso autónomo), impuesta por el legislador por no prever un cauce específico que se suma al ámbito natural de la cosa juzgada o *non bis in idem*, con la peculiaridad de que en este caso se refiere a un sujeto diferente (de ahí que se trate de una preclusión artificial o extraña que el legislador puede derogar en cualquier momento).

2) Intervención de terceros afectados por el decomiso

¹²⁵ Así lo dispone la jurisprudencia, STS 56/97 de 20 de enero, (RJ 1997, 620), que, ante la ausencia de previsión normativa, propone aplicar las previsiones del art. 615 LECrim e incluso el art. 746.6º del mismo texto (instrucción complementaria para suplir deficiencias). Resolución recogida en el apartado 3.2) Circular FGE 4/2010. También insiste en que lo decisivo es que el tercero haya podido intervenir o defenderse con independencia del título en que sea citado: responsable civil o penal, o incluso sin la consideración formal de parte, la STS 02/06/2015, núm. recurso: 2057/2014, FD cuarenta y seis.

El legislador español, en el art. 803 *ter.a.1.b)* LECrim, siguiendo las indicaciones del europeo ha regulado el derecho de audiencia de terceros que ostenten derechos sobre el bien que se va a decomisar. Aunque con una diferencia fundamental: se ha previsto su intervención en el proceso, intervención provocada, mientras que en la Directiva 2014/42UE se limita a afirmar la necesidad de comunicar la orden de decomiso antes de su ejecución a efectos de poder ser impugnada¹²⁶.

Son los derechos que terceros, sin ser titulares del bien, ostentan sobre éste y se van a ver necesariamente afectados por la sanción. *E.g.*, el inquilino del inmueble, el prestatario cuando se ha celebrado un contrato de préstamo... Resulta capital, además, dilucidar la buena fe del tercero, porque en caso contrario no tiene sentido reconocer derecho alguno y, al margen de la posible comisión de un delito, el tribunal penal estaría habilitado para anular el negocio jurídico en cuestión¹²⁷. Y es que parece evidente que una cosa es respetar, con las rigurosísimas condiciones que proponemos, los derechos de los terceros que resultan de negocios habituales en el tráfico jurídico y que no suponen una merma del patrimonio del titular de los bienes decomisados: el inquilino que paga una renta acorde al mercado o el arrendamiento de la cosa mueble en condiciones semejantes..., y otra muy distinta hacer pervivir derechos que nacen de una causa ilícita, arts. 1275 y 1276 Cc y a la postre solo pretenden obstaculizar el decomiso. Lo lógico es entender que todo derecho del tercero sobre el bien que se ha originado por un negocio jurídico a título lucrativo o a un precio inferior del mercado deben extinguirse en todo caso, *ex art.* 127 *quater* Cp.

¿Acaso el decomiso suprime los derechos de esos terceros de buena fe si el tribunal no se ha pronunciado sobre ellos? Sin duda la respuesta es negativa (el decomiso *per se* no comporta una expropiación con carácter universal de derechos porque es una sanción con un contenido patrimonial específico, una forma de *taking*, ablación y apropiación de derechos por parte de un poder público pero con un objeto muy singular y concreto). El decomiso supone la traslación de la titularidad del bien del sancionado al Estado, pero permanece mudo, porque no constituye su objeto, respecto a qué sucede con los terceros titulares de derechos sobre el bien. Debe tratarse de titulares anteriores al decomiso preventivo que, al igual que el embargo, ya sea medida cautelar o ejecutivo¹²⁸, comporta la preferencia del accio-

¹²⁶ Aunque recoge el derecho del tercero (definidos, por cierto, con la finura técnica que caracteriza al legislador o los tribunales comunitarios: “los terceros que reclamen la propiedad de los bienes de que se trate, o que reclamen otros derechos de propiedad (derechos reales o *ius in re*), como el derecho de usufructo”, Cdo. 33) a ser oído solo lo concreta en la forma señalada, Cdos. 33 y 34, y art. 8.2 y 4, dado que, por lo visto, con ello se satisface plenamente el contenido de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, art. 8.1.

¹²⁷ Así se afirma respecto del decomiso, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 450/2007 de 30 de mayo, RJ2007\4817\, FD vigesimoprimerero.

¹²⁸ Arts. 613.2, 738.2 LEC. En el caso del depósito como medida cautelar no existe previsión sobre la

nante frente a derechos ulteriores, además de que el primero también conlleva habitualmente como un añadido la prohibición de disponer¹²⁹. Consiguientemente, y en teoría, los terceros titulares de derechos “anteriores” si el tribunal no se ha pronunciado sobre ellos podrían intentar hacerlos valer tras el decomiso frente al Estado o el adquirente del bien que se ha realizado. Y sin embargo, la propia supervivencia de la institución que nos ocupa, por la necesidad de seguridad jurídica y evitar el fraude, exige delimitar el contenido de los derechos de los terceros y restringir los mecanismos que ostentan para hacerlos valer, así como frente a quiénes pueden hacerlo. De esta suerte, hay que concluir que existiría una regla muy parecida a aquella que también juega en el proceso de ejecución civil (al margen de los terceros que han inscrito en el registro público sus derechos con anterioridad al crédito de que se trata, respecto a los cuales habría una subrogación del Estado/adquirente, arts. 666, 674 LEC, 133 y 134 LH): si el tribunal no se pronuncia sobre el derecho del tercero antes de acordar su decomiso, éste solo podrá hacerlo valer, de forma imperfecta, reclamando, si es posible, una reparación del daño padecido frente a quien soportó el decomiso (una acción de enriquecimiento injusto ante un tribunal civil) o bien mediante una acción de responsabilidad patrimonial frente al Estado-Juez por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Por el contrario, por la propia supervivencia del decomiso, el ejercicio ulterior de una acción declarativa frente al Estado o el adquirente del bien para que se afirme la existencia de esos derechos, tiene que condicionarse a estrictísimos requisitos. Por eso resulta capital intentar la integración de estos terceros en el proceso, algo en lo que la LECrim se muestra mucho más garantista que la LEC. De hecho, está prevista que la llamada se produzca tanto de oficio como a instancia de parte, art. 803.ter.a LECrim: además del tenor literal del precepto resulta notorio (aunque la rúbrica parece dar a entender lo contrario) que se trata de una intervención provocada que supone no la litisdenunciación o notificación de la pendencia del proceso, arts. 14 y 150.2 LEC, sino la conversión en parte del tercero, *iussu iudicis*, que en el ámbito civil se entiende vedada por cuanto supone alterar de oficio el objeto del pleito (se atendería en primer lugar contra el derecho fundamental procesal al juez imparcial y además contra el principio dispositivo), lo que refuerza la argumentación de que el decomiso es una sanción penal.

En cualquier caso, y para evitar que el decomiso pierda su sentido a través del fraude, a efectos de los derechos de terceros sobre el bien, para determinar cuándo deben mantenerse los mismos habría que llegar a la misma solución que existe en

preferencia frente a terceros porque es el propio título que se hace valer, el fundamento de la acción, el que otorga preferencia temporal a cualquier acto de disposición ulterior sobre el bien.

¹²⁹ Si a estos terceros se les ha ocultado la existencia del decomiso preventivo (sobre todo cuando la forma de garantizarlo no ostente publicidad, como sucede si el propietario es el depositario) podrán accionar penal y civilmente frente al titular del bien al margen del concurso ideal en que éste ha podido incurrir, arts. 257 a 257.ter Cp (frustración de la ejecución) y 435.2º Cp.

el proceso civil: si se trata de bienes inscribibles solo perviven aquéllos que estaban inscritos con anterioridad al decomiso preventivo y cuando son ocupantes de un inmueble, escritura pública e inscripción registral previa, arts. 7.2, 13 y 14 LAU, L 29/94. En el caso de los bienes no inscribibles apostamos por la misma solución que debería imperar en el proceso de ejecución civil aunque no esté prevista: solo pervivirían aquéllos que se hubiesen constituido en escritura pública (y siempre que no tuvieran carácter lucrativo o un precio inferior a mercado, *supra*).

Ya se trate de unos u otros terceros se dispone:

- Que se puede prescindir de su intervención, art. 803 *ter* a.2 LECrim: 1) si no se les puede identificar, aunque podrán hacer valer el recurso de audiencia al rebelde, arts. 803 *ter*.s y 803 *ter* d.2 LECrim; 2) si no acreditan su legitimación o si se trata de testaferreros (en este último caso habría que dirimir su responsabilidad penal)¹³⁰. Cabe recurrir en apelación el rechazo de la intervención, art. 803 *ter* a.3 LECrim.

En cualquier caso, debería consentirse la intervención solicitada para salvaguardar el principio de audiencia (concorre un innegable interés legítimo siempre que existan unos indicios, principio de prueba de aquél). No tiene sentido remitir al tercero a que ejercite una tercería, art. 996 LECrim, como sucedía antes de preverse esta intervención¹³¹.

- Si no comparecen a la citación se les declara en rebeldía (con las consecuencias y recursos¹³² –la audiencia al rebelde–, previstas en la LEC aunque se añaden unas especialidades en el caso del *iudicium rescisorium*), art. 803 *ter* d LECrim. Disposiciones que también se aplican en el caso del proceso de decomiso autónomo, art. 803 *ter* s. LECrim. Por otra parte, el primer precepto es una copia literal del art. 76 del proyecto de Código Procesal Penal al que únicamente se ha añadido el apartado 2.

- Se requiere la asistencia de abogado. Cabe la celebración del juicio en su ausencia¹³³. No hace falta su presencia física en aquél, pudiendo actuar a través de su

¹³⁰ Así, por ejemplo, FD primero, STS núm. 1030/2003, núm. de recurso 649/2002 de 15-07-03. Y respecto de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 974/2012 de 5 diciembre, RJ2013\217, FD decimocuarto, respecto de la responsabilidad civil (se había negado el decomiso porque no se había demostrado que los bienes procedieran del delito), por lo que no existe indefensión, FD decimoquinto, si no existe citación a juicio de la persona jurídica dependiente; y sobre lo mismo STS 02/06/2015 núm. recurso 2057/2014, FD cuadragésimo.

¹³¹ Así se hacía en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 676/2012 de 26 julio, RJ2012\9445, FD quinto, respecto de quien aparecía como titular registral de la finca decomisada frente a lo que entendía el tribunal. Por el contrario, con mejor criterio la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 450/2007 de 30 mayo, RJ2007\4817, disponía, FD vigésimo, que debía otorgarse la posibilidad de intervenir.

¹³² En realidad, la referencia a los “recursos” de la LEC resulta equivocada porque las formas de impugnar el fallo son, lógicamente, las previstas en la LECrim, art. 803 *ter* c, si en algún momento quien está en rebeldía comparece.

¹³³ Así se avala en la STC, 126/2011 de 18 julio, RTC\2011\126, FJ 14. Aunque fueron citados en calidad de «responsable civil subsidiario o al menos, de tercero civilmente afectado, en la representación que tiene acreditada».

representación legal¹³⁴.

- Ostentan derecho a no declarar por razón de parentesco, arts. 803 *ter* a.5 y 216 LECrim. Sin embargo, el resto de su estatuto procesal resta en el limbo, lo cual no es de extrañar si se recuerda, *supra*, que el legislador no es capaz de definir el de quien se ve sometido a un proceso de decomiso autónomo. En cualquier caso, es evidente que no discrimina entre los terceros titulares del bien y los restantes (titulares de otros derechos): su *status* es el de los terceros civilmente responsables con las matizaciones que se señalan. Una solución que no resulta viable en el caso de los terceros titulares: se les va a imponer una sanción a resultas de su mala fe y su participación lucrativa en los instrumentos y efectos del delito. Deberían ostentar los mismos derechos que los investigados.

- Pueden decidir no oponerse al decomiso o abandonar el proceso, art. 803 *ter* a.4 LECrim, lo que provoca que no se acuerde su intervención o que se ponga fin a la acordada. Habría que distinguir las consecuencias: si se trata de los titulares del bien ello no tendría eficacia directa sobre el decomiso por resultar una materia indisponible, el resultado del ejercicio del *ius puniendi*¹³⁵. Sin embargo, sí cabría disponer del derecho que se ostenta sobre el bien en el caso de los terceros: se abandonaría aquél y el bien estaría libre del gravamen en cuestión, lo que vincularía al tribunal y se recogería en el fallo. Ahora bien, ya se trate de uno u otro caso no tiene sentido la pérdida de condición de parte que señala el legislador: se trata de pronunciamientos con eficacia de cosa juzgada (limitada al decomiso). Lo lógico es que el proceso continúe sin la presencia de ellos pero conservando su estatuto de parte que es lo que impone el principio de audiencia.

- La intervención del tercero, convertido ya en parte, se ciñe a aquello que le afecta directamente (a sus bienes, derechos o situación jurídica) y no se puede extender a cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado. Una limitación que existe en la primera instancia, en los recursos y en la acción rescisoria, arts. 803 *ter* b.1, 803 *ter* c y 803 *ter* d.1 LECrim. Se trata de la misma situación que se predica respecto del tercero civilmente responsable (así como del actor civil, art. 320 LECrim).

En realidad, esta limitación, acorde con la lógica de evitar la complicación del proceso, compromete el principio de audiencia del tercero: el primer presupuesto de la responsabilidad de éste, cuestión prejudicial, estriba en la comisión de un delito por el investigado o acusado por lo que resulta, consiguientemente, improcedente que no se le permita alegar al respecto, de la misma manera que en el ámbito del proceso civil cualquier tercero que se vea afectado de modo reflejo por el fallo anterior (porque su relación jurídica se encuentra vinculada prejudicialmente con la

¹³⁴ Entienden que no hace falta procurador, MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.* p. 454.

¹³⁵ Por considerar que se trata de una acción civil, MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.*, pp. 455 y 456, entienden que se trata de un allanamiento.

primera) puede combatir su contenido haciendo valer aquello que no se planteó en el pleito primigenio y demostrando el error que se ha cometido en la aplicación del derecho sustantivo (*exceptio male gestis vel male iudicati*)¹³⁶.

Por otro lado, no cabe olvidar que el régimen procesal de los terceros civilmente responsables se regula de forma singularmente sucinta, art. 616 LECrim, por lo que estas previsiones podrían resultar también aplicables dado que incluso en el proyecto de Código Procesal Penal el régimen de los terceros afectados, civil y penalmente por el fallo era el mismo y, consiguientemente, las previsiones del art. 803 *ter* d. LECrim (correspondientes al art. 76 del proyecto) alcanzarían a ambos sin distinción.

- En ningún momento, y a diferencia de lo que se afirma en el proceso de ejecución civil respecto a las tercerías o los derechos de los ocupantes del inmueble, arts. 603, 620, 675.2 LEC, existe una limitación a la eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre la situación jurídica del tercero. Circunstancia lógica cuando se trata del tercero titular del bien: se ha hecho valer una acción penal con una pretensión punitiva concreta: la privación del dominio, y que parece también ineludible si se trata de los otros terceros dada su incorporación como partes y se les permite intervenir en la forma señalada. Al pronunciarse con dicha eficacia sobre la vigencia de los derechos de estos últimos terceros se está ampliando la jurisdicción por razón del objeto del tribunal penal.

XI. CONCLUSIONES

Tras la reforma del decomiso en 2015, en el plano sustantivo y en el procesal, exigida por el Derecho internacional, en especial la Directiva 2014/42UE, urge revisar su contenido para ajustarlo a la finalidad que se le encomienda y al principio de proporcionalidad (la delincuencia que provoca beneficios económicos y determinados supuestos más específicos que se explicitan en estas páginas). Es necesario distinguir el decomiso del contenido de la responsabilidad civil cuando ésta consiste en restituir bienes. Además hay que acomodar la terminología empleada respecto de los bienes que se decomisan a la que se utiliza en la normativa internacional. Es preciso regular el decomiso preventivo como una medida cautelar real penal autónoma que se puede acordar de oficio, diferenciándola del depósito de

¹³⁶ De hecho, en el proyecto de Código Procesal Penal se afirmaba, “Artículo 75.- Derecho de defensa del tercero afectado El tercero afectado podrá ejercer el derecho de defensa con la misma amplitud que el encausado respecto al hecho punible del que se derive su legitimación pasiva.” Recuérdese que por tercero afectado se entendía, “Art. 74.- Definición de tercero afectado 1.- Se considerará tercero afectado a los efectos previstos en este Código a todo aquél distinto del encausado para el que el pronunciamiento penal o civil de la sentencia tenga eficacia de cosa juzgada. 2.- Son terceros afectados los responsables civiles y las personas que ostenten derechos en las situaciones, relaciones jurídicas o bienes de cualquier naturaleza sobre los que recaigan los pronunciamientos penales o civiles de la sentencia.” A favor de que el tercero pueda defenderse con amplitud, MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *La reforma... op. cit.*, pp. 454 y 455.

las piezas de convicción y del embargo preventivo y depósito en cuanto que medidas cautelares que aseguran las restantes responsabilidades pecuniarias. La situación jurídica de los bienes afectados en cada caso es diferente. El decomiso es junto a la pena y medidas de seguridad una manifestación del *ius puniendi* que ha cobrado independencia de la primera en tanto que ya no resulta, en todo caso, una consecuencia accesoria de la misma. Sigue, consiguientemente, y a pesar de los esfuerzos del legislador, sometido a las exigencias y garantías sustantivas y procesales que rodean al ejercicio del *ius puniendi*. Por eso, finalizado el proceso, la posibilidad de acordar el decomiso ulterior respecto de bienes cuya existencia se desconocía resulta extraordinaria y sometida a rigurosas condiciones para evitar la ruptura de la preclusión externa que en el proceso penal acompaña naturalmente a la cosa juzgada por exigencias del *non bis in idem*. El decomiso ampliado, ya sea en su modalidad básica o por reiteración delictiva, *hat trick*, sigue siendo ostentando el carácter de sanción penal: en ningún caso puede reputarse un enriquecimiento injusto porque el delito no es fuente de la responsabilidad civil. Del ilícito penal no surge ningún derecho subjetivo privado del Estado para reclamar bienes que nunca formaron parte de su patrimonio. Resulta así, inconstitucional (presunción de inocencia), permitir o imponer presunciones en contra del acusado. Para acordar esta clase de decomiso no basta una prueba genérica o semiplena de la comisión de otros delitos, sino que se requiere, en cuanto que cuestión prejudicial homogénea, el mismo estándar de prueba indiciaria que existe en el proceso penal y en los restantes órdenes jurisdiccionales. Es un error haber configurado un proceso penal especial de decomiso autónomo bajo las vestes de un proceso civil: solo induce a confusión respecto del estatus procesal de las partes, la naturaleza de las medidas cautelares... Y lo mismo cabe decir respecto de la intervención de terceros afectados por el decomiso aun cuando su estatus procesal sea muy semejante a la de los terceros civilmente responsables. El decomiso de bienes de terceros permite ceñir la figura de la del partícipe a título lucrativo del delito, art. 122 Cp, a su ámbito natural: una acción de enriquecimiento injusto en los delitos donde existe responsabilidad civil (restitución). Sin embargo, hay límites muy difusos entre este decomiso y ciertos delitos (receptación, blanqueo, encubrimiento). Es un acierto prever la intervención de terceros afectados por el decomiso, no titulares, de una manera mucho más garantista que en el proceso de ejecución civil.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T., «El comiso», Madrid. 2000.

-- "Comiso: crónica de una reforma anunciada", www.indret.com, *InDret* 1/2014.

-- "Embargo Preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?", *Estudios Penales y Criminológicos*, 2013.

- “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- ASENCIO MELLADO, J.M., “*Prejudicialidad en el proceso penal y criminalización social*”, Valencia, 2015.
- BLANCO CORDERO, I., “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración*, VV.AA., PUENTE ALBA, L. M.(dir.), Granada, 2008.
- “El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?”, *Diario La Ley*, Nº 7569, Sección Doctrina, 15 de Febrero de 2011, Año XXXII, Ref. D-66.
- BRETONES ALCARAZ, F.J., El decomiso del art. 374 Cp, LO 1/2015, de 30 de marzo, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10416-el-decomiso-del-art-374-cp-lo-1-2015-30-de-marzo/>
- CORCOY BIDASOLO, M.- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., *Manual de derecho penal, económico y de empresa*, Valencia, 2016.
- DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Ocupación, conservación y destrucción de las piezas de convicción*, Valencia, 2006.
- DE PRADA SOLAESA, J. R., “Terrorismo: Convenios Sectoriales. Financiación y Blanqueo”, *CGPJ, Escuela Judicial*, 2013, www5.poderjudicial.es/cvcp12-13/CVCP13-16-ES.pdf
- DÍAZ LÓPEZ, J.A., “El partícipe a título lucrativo tras la reforma del decomiso”, *Diario La Ley*, Nº 8667, Sección Doctrina, 17 de Diciembre de 2015, Ref. D3476.
- GARCÍA MORENO, J. M., “Principales Convenios del Consejo de Europa en materia de cooperación judicial penal”, *El Derecho*, 19-05-2011.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L., “Responsabilidades pecuniarias y medidas cautelares en el proceso civil”, *Cuadernos de política criminal*, septiembre 2013.
- GUINARTE CABADA, G., “Las consecuencias accesorias”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, VIVES ANTÓN, T.S.(dir.), Valencia, 1996.
- HAVA GARCÍA, E., “La regulación del comiso”, en QUINTERO OLIVARES, G.(dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*, 1ª edición, Aranzadi, abril 2015.
- JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos”, *Revista de derecho penal*, www.reformapenal.es/wp-content/.../01/Penal34_NovLegislativas.pdf
- “La nueva regulación del decomiso y la recuperación de activos delictivos en el ordenamiento jurídico español”, *Revista del Ministerio Fiscal*, 2015 núm. 0 Revista del Ministerio Fiscal, año 2015, número 0 - Fiscal.es
- MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *Revista Penal*, 1997-1.
- MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I., “*El autoblanqueo. El delito fiscal como delito. Antecedente del blanqueo de capitales*”, Valencia, 2014.
- NIEVA FENOLL, J., “El procedimiento de decomiso autónomo. En especial sus problemas probatorios”, *Diario La Ley*, Nº 8601, Sección Doctrina, 9 de Septiembre de 2015, Ref. D-322.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EE.UU. y Europa*, Valencia, 2016.
- PORTAL MANRUBIA, J. “Aspectos sustantivos y procesales del decomiso”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.3/2016 parte Estudio, BIB 2016\750.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la ampliación del decomiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *RECPC* 12-r1 (2010) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194..

- “El procedimiento especial y autónomo para el comiso”, *Comentarios a la reforma penal de 2015*, VV.AA., Pamplona, 2015.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A., *Medidas cautelares reales en el proceso penal y decomiso*, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., “El reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”, Cap. V de *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza*, Navarra, 2016.
- TORRAS COLL, J.M., “El partícipe a título lucrativo en el proceso penal”, *Revista de Jurisprudencia*, número 2, 18 de julio de 2013.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.(dir.), Valencia, 2015.