

La aplicación retroactiva del decomiso directo de ganancias *

Isidoro Blanco Cordero

Universidad de Alicante

BLANCO CORDERO, Isidoro. La aplicación retroactiva del decomiso directo de ganancias. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2024, núm. 26-13, pp. 1-38.

<http://criminet.ugr.es/recpc/26/recpc26-13.pdf>

RESUMEN: El texto analiza si es constitucionalmente válida la aplicación retroactiva de la legislación que permite el decomiso directo de las ganancias procedentes de actividades delictivas de los artículos 127, 127 ter y 127 quater del Código penal español. Para ello se examinan los argumentos doctrinales y jurisprudenciales tanto a favor como en contra de la retroactividad del decomiso de ganancias en el Derecho comparado y en el ordenamiento jurídico español. Pese a la falta de consenso doctrinal, se concluye que el decomiso de ganancias no tiene una naturaleza punitiva o sancionadora. Su fin es neutralizar el enriquecimiento patrimonial ilícito, por lo que su aplicación retroactiva no vulnera el principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables ni el principio de seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: decomiso de ganancias, retroactividad, irretroactividad de leyes penales, tribunal europeo de derechos humanos, extinción de dominio.

TITLE: Temporal scope of confiscation of proceeds of crime: its retroactive application

ABSTRACT: The text examines the constitutionality of the retroactive application of legislation that allows for the direct confiscation of proceeds from criminal activities under articles 127, 127 bis, and 127 ter of the Spanish Penal Code. To this end, it examines both supporting and opposing doctrinal and jurisprudential arguments regarding the retroactivity of the confiscation of proceeds in comparative law and within the Spanish legal system. Despite the lack of doctrinal consensus, it is concluded that profit confiscation does not have a punitive or sanctioning nature. Its aim is to neutralize illicit enrichment, and therefore, its retroactive application does not violate the principle of non-retroactivity of unfavorable criminal laws or the principle of legal certainty.

KEYWORDS: confiscation of proceeds of crime, retroactivity, non-retroactivity of criminal laws, european court of human rights, civil forfeiture.

Fecha de recepción: 15 enero 2024

Fecha de publicación en RECPC: 29 abril 2024

Contacto: isidoro.blanco@ua.es

SUMARIO: 1. Introducción 2. El debate sobre la retroactividad del decomiso de ganancias. 2.1. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de retroactividad del decomiso. 2.2. La situación en los países del Common Law. 2.3. El debate en Latinoamérica sobre la retroactividad / retrospectividad. 2.3.1. La aplicación retroactiva / retrospectiva es constitucional. 2.3.2. La aplicación retroactiva es inconstitucional: la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador y la situación en México. 2.4. Retroactividad y prescripción: especial referencia a la situación en Italia y en Alemania. 2.4.1. La postura del Tribunal Constitucional alemán. 2.4.2. Italia: retroactividad del decomiso de ganancias. 3. El principio de irretroactividad y el decomiso de ganancias en la legislación española. 3.1. El decomiso de las ganancias y de sus transformaciones en el Código penal español. 3.2. Argumentos contrarios a la retroactividad del decomiso de ganancias: el decomiso como sanción penal. 3.3. El decomiso de ganancias netas no tiene carácter sancionador, pero sí el decomiso de las ganancias brutas. 4. Toma de postura. 4.1. El decomiso de ganancias (brutas y netas) no tiene naturaleza jurídica de sanción penal. 4.2. La aplicación retroactiva no vulnera la seguridad jurídica. 4.3. Excurso: el decomiso de ganancias de delitos prescritos como una forma de aplicación de la ley hacia atrás. 5. Conclusiones. Bibliografía.

* Trabajo realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: proyecto I+D+i PID2019-107743RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/, “Configuración y efectos de los sistemas de gestión del riesgo legal”; Proyecto de I+D+i PID2022-138775NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa, “Cumplimiento normativo y protección penal de la Administración Pública”; y Proyecto titulado “Agravantes y subtipos agravados. Una propuesta de racionalización del Código penal desde la racionalidad legislativa”, código PID2022-136847NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación (Programa de Generación de Conocimientos).

1. Introducción

Constituye un principio firmemente asentado que las leyes penales deben aplicarse de manera prospectiva y no retroactiva. Con carácter general, una nueva ley no puede aplicarse a hechos, relaciones o situaciones jurídicas constituidas o nacidas con anterioridad a su entrada en vigor¹ y cuyo origen se encuentra sometido al imperio de la ley derogada². Precisamente la prohibición de la retroactividad de las leyes penales, que integra el contenido esencial del principio de legalidad penal, solo permite aplicarlas a hechos acaecidos durante su vigencia temporal³.

El decomiso de ganancias o productos del delito constituye una consecuencia jurídica cuya aplicación retroactiva está siendo objeto de importantes controversias a nivel internacional y en el Derecho comparado. En efecto, es intenso el debate acerca de la posibilidad de aplicar la legislación sobre esta institución a las ganancias derivadas de actividades delictivas cometidas antes de su entrada en vigor. De admitirlo, se lograría la privación de las ganancias delictivas cualquiera que fuera el momento de su obtención, haciendo así del decomiso un instrumento esencial en el combate a

¹ Destaca FRIGOLS I BRINES, 2004, p. 305, la importancia de que la ley se encuentre vigente en el momento de comisión del delito.

² Ampliamente SUÁREZ COLLÍA, 2007, pp. 11 ss. Sobre las dificultades de la definición de la retroactividad véase FRIGOLS I BRINES, 2004, pp. 41 ss.; BARBER BURUSCO, 2014, p. 56.

³ Explica extensamente CORRECHER MIRA, 2018, p. 379, que la vigencia de la norma, entendida desde una perspectiva temporal, constituye el punto de partida para poder exigir a los ciudadanos un comportamiento acorde a la misma.

la criminalidad movida por razones lucrativas. Esta institución, inspirada en el criterio expresado con el anglicismo “*crime does not pay*”⁴, que apunta precisamente a evitar que el delito resulte beneficioso, no permitiría que el delincuente sacara provecho de su infracción⁵ en ningún momento.

En el presente trabajo vamos a analizar este tema en relación exclusivamente con el decomiso directo de ganancias (es preferible hablar de productos, al igual que la normativa internacional) del delito, en concreto, con el decomiso de ganancias regulado en el art. 127 del Código penal (en adelante CP), que también es posible cuando las ganancias se transmiten a terceras personas (art. 127 quater CP) e incluso cuando no exista una condena por ningún delito (art. 127 ter CP). No abordamos otras modalidades de decomiso, como el decomiso de instrumentos o el decomiso del valor equivalente, porque su fundamento y naturaleza jurídica son diferentes. Tampoco examinamos el decomiso ampliado regulado en los arts. 127 bis, 127 quinquies y 127 sexies CP porque, si bien su naturaleza jurídica puede ser similar en algunos supuestos a la del decomiso de ganancias, presenta peculiaridades que merecen atención especial y diferenciada⁶. En efecto, si bien mediante el decomiso ampliado se pueden decomisar ganancias, es cierto que el decomiso directo de ganancias y el decomiso ampliado tienen naturalezas distintas y se basan en diferentes argumentos, pues mientras que el decomiso de ganancias priva de los beneficios directos obtenidos del delito concretamente enjuiciado, el decomiso ampliado comprende aquellos que proceden de actividades delictivas que no son objeto de enjuiciamiento, si existen indicios fundados de que provienen de una actividad delictiva y no se acredita su origen lícito.

2. El debate sobre la retroactividad del decomiso de ganancias

La normativa sobre el decomiso de algunos Estados prevé expresamente su efecto retroactivo (retrospectivo dicen algunos), lo que permite que se recuperen los bienes obtenidos por los delincuentes durante años, incluso antes de la entrada en vigor de la ley que regula el decomiso. Recordemos que el principio general que rige en materia de eficacia temporal de la ley penal es el de prohibición total de la retroactividad, el denominado principio de irretroactividad. La frase *tempus regit actum* expresa la idea de que la ley penal se aplica, como regla general, a los comportamientos

⁴ En la Unión Europea se elaboró hace décadas la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso», /* COM/2008/0766 final */, Bruselas, 20.11.2008, en la que explica precisamente este objetivo y las vías para alcanzarlo.

⁵ Para ello se recurre a la idea expresada en inglés como “*follow the money*”, que consiste en seguir el rastro del dinero de origen delictivo y proceder a su decomiso. Cfr. ampliamente BLANCO CORDERO, 2010, pp. 349-378; BLANCO CORDERO, 2017, pp. 429-510.

⁶ Por ejemplo, el decomiso ampliado del art. 127 bis queda excluido cuando las ganancias proceden de actividades delictivas prescritas.

que se realizan desde que entra en vigor hasta que termina su vigencia, no rige, por tanto, para los hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, ni respecto de los que sucedan con posterioridad a su derogación. Este principio general de irretroactividad tiene una importante excepción: la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables al reo⁷.

Pues bien, la eventual retroactividad del decomiso de ganancias se ha discutido en el Derecho comparado tanto en relación con el decomiso de ganancias (así en Italia o Alemania, en este último país en relación con los delitos fiscales), como, y muy especialmente, en relación con la institución desarrollada en Latinoamérica de la extinción de dominio, que constituye una modalidad de decomiso *in rem* (dirigida contra los bienes) que no requiere condena por un delito, y que presenta peculiaridades especialmente procesales. Precisamente, el objetivo de la extinción de dominio⁸ es, al igual que el del decomiso previsto en las legislaciones penales, la privación de los bienes de origen delictivo⁹. Comparten ambas modalidades de privación de los bienes (decomiso y extinción de dominio) la misma finalidad: que el delito no resulte beneficioso. Conviene examinar los argumentos elaborados en relación con la retroactividad de ambas instituciones, en la medida en que van a ser de gran utilidad para este trabajo.

La retroactividad del decomiso ha sido objeto de análisis por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al examinar la regulación del decomiso en diversos países del viejo continente. Y si examinamos el Derecho comparado, algunos países del *Common Law* han incluido de manera expresa en su regulación sobre esta institución referencias a la aplicación a hechos cometidos antes de su entrada en vigor. También en la Europa continental conviene mencionar las recientes decisiones del Tribunal Constitucional alemán sobre la nueva normativa que permite la retroactividad del decomiso y la regulación sobre la materia en el Código penal italiano. Particularmente intenso ha sido el debate en el seno de las Cortes constitucionales de numerosos países Latinoamericanos en relación con la mencionada extinción de dominio, que ha dado lugar a decisiones dispares. Veamos.

2.1. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de retroactividad del decomiso

El artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) positiviza el principio de irretroactividad cuando señala que “nadie podrá ser condenado por

⁷ Esta posibilidad no contradice lo dispuesto en el texto constitucional, ya que el artículo 9.3 CE se refiere a la irretroactividad de las «*disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*» (por lo tanto, parece admitir la retroactividad de las favorables), y el artículo 25.1 CE, a su vez, prohíbe sólo la aplicación retroactiva de normas que definen conductas punibles.

⁸ Sobre la extinción de dominio véase BLANCO CORDERO, 2012, pp. 337-371; BLANCO CORDERO, 2014, pp. 149-210; PRIETO DEL PINO, 2021, pp. 1103-1114.

⁹ Aunque en algunos países no es necesario que tengan este origen y basta con que sean de origen ilícito.

una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional”. El TEDH ha explicado que este precepto prohíbe incondicionalmente la aplicación retroactiva de la ley penal cuando resulta perjudicial para el acusado¹⁰. El principio de irretroactividad de la ley penal se aplica tanto a las disposiciones que definen la infracción¹¹ penal como a las que establecen las penas¹². Incluso después de que haya recaído sentencia definitiva o mientras se cumple condena, la prohibición de retroactividad de las penas impide que el legislador, las autoridades administrativas y los tribunales redefinan o modifiquen el alcance de la sanción impuesta en perjuicio de la persona condenada¹³.

Pues bien, en los casos resueltos por el TEDH es objeto de debate si la aplicación del decomiso de ganancias procedentes de delitos ocurridos antes de la entrada en vigor de la ley de decomiso constituye una vulneración tanto del mencionado art. 7.1 CEDH como del derecho de propiedad previsto en el Protocolo nº 1¹⁴ al CEDH, que exige que toda injerencia de la autoridad en el goce pacífico del derecho de propiedad esté prevista en la ley.

El TEDH se ha pronunciado acerca de la posible retroactividad de diversas modalidades de decomiso reguladas en países europeos. Así, por ejemplo, en relación con el decomiso ampliado previsto en la legislación sobre drogas del Reino Unido de 1996 (*Drug Trafficking Offences Act*), afirmó en el asunto *Welch c. Royaume-Uni*¹⁵ de 1995 que se trataba de una sanción penal y que su aplicación retroactiva vulneraba el art. 7 CEDH. Esta postura sobre la naturaleza jurídica del decomiso se ha modificado en pronunciamientos posteriores, en los que el TEDH niega que el decomiso ampliado sea una pena¹⁶. Asimismo, en el asunto *G.I.E.M. and others* se debatió si era compatible con el CEDH el decomiso de inmuebles en caso de urbanización o parcelación ilegal, incluso cuando el proceso había sido sobreesido por razón de la prescripción del delito. Es cierto que esta modalidad de decomiso no recae sobre ganancias, sino sobre los inmuebles que pertenecen al sujeto (o incluso a un tercero) y sobre los que se ha construido ilegalmente. Quizás porque se trataba de la privación de bienes sobre los que un sujeto disfrutaba de un derecho de propiedad lícito, el Tribunal entendió que esta modalidad

¹⁰ ECHR, *Del Río Prada v. Spain* [GC], Judgment 21.10.2013 [GC], nº 42750/09, § 116; ECHR, *Kokkinakis v. Greece*, Judgment 25 May 1993, nº 14307/88, § 52.

¹¹ ECHR, *Vasiliauskas v. Lithuania* [GC], Judgment 20 October 2015, nº 35343/05, §§ 165-166.

¹² ECHR, *Jamil v. France*, Judgment 8 June 1995, nº 15917/89, §§ 34-36; ECHR, *M. v. Germany*, Judgment 17.12.2009, nº 19359/04, §§ 123 y 135-137; ECHR, *Gurguchiani v. Spain*, Judgment 15 December 2009, nº 16012/06, §§ 32-44.

¹³ ECHR, *Del Río Prada v. Spain* [GC], Judgment 21.10.2013 [GC], nº 42750/09, § 89.

¹⁴ Protocolo Adicional (también conocido como Protocolo nº 1º) al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952.

¹⁵ Cour européenne des Droits de l'Homme, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 febrero 1995, nº 1/1994/448/527.

¹⁶ En relación con el decomiso ampliado, el Tribunal Europeo ha ido modificando su postura, que le atribuyó el carácter sancionador, para quitarle dicha naturaleza. Véanse los casos *Phillips c. Reino Unido*, nº 41087/98 (de 5 de julio de 2001) y *Butler c. Reino Unido*, nº 41661/98 (de 27 de junio de 2002). Véase BLANCO CORDERO, 2008, pp. 69-106.

de decomiso tenía una naturaleza penal y su aplicación podría vulnerar las garantías penales del CEDH¹⁷.

El TEDH también ha resuelto acerca de la posible retroactividad del decomiso de ganancias¹⁸. Esta cuestión se debatió en el asunto *Dassa Foundation v. Liechtenstein*¹⁹ de 2007. De forma muy resumida, los hechos consistían en el decomiso de bienes obtenidos de un delito de corrupción por un juez en Italia durante la década de los años noventa del siglo pasado, antes de la aprobación de las disposiciones de Liechtenstein sobre el decomiso. El TEDH consideró que el decomiso regulado en el mencionado Estado no tenía naturaleza jurídica de pena en el sentido del CEDH, sino que se trataba de una institución de naturaleza más bien civil. Razona el Tribunal que se trata de una institución similar a la restitución propia del Derecho civil en casos de enriquecimiento injustificado, y persigue evitar que el delito resulte provechoso. Precisamente si la legislación sobre el decomiso no se aplicara con carácter retroactivo permitiría a los responsables beneficiarse de actos que eran ilícitos en el momento en que se cometieron. Por todo ello, concluye el TEDH que la aplicación retroactiva del comiso no viola el art. 7.1 CEDH.

Más recientemente, en el asunto *Ulemek c. Serbia* de 2021²⁰, el demandante había sido condenado como líder de una organización criminal por una serie de delitos graves. Con posterioridad se aprobó la ley de 2008 sobre Incautación y Decomiso del Producto del Delito y, con base en ella, se decretó el decomiso de su casa, que había comprado en 1998 con fondos delictivos. Los tribunales nacionales razonaron que el decomiso de activos delictivos no era una sanción ni tenía naturaleza penal, por lo que no resultaba aplicable la prohibición de la retroactividad de la ley penal. El TEDH abordó la materia tanto en relación con la eventual vulneración del derecho de propiedad previsto en el Protocolo n° 1²¹ al CEDH, como del principio de irretroactividad del artículo 7.1 CEDH. Con carácter general, el tribunal entiende que el más importante requisito del art. 1 del Protocolo n° 1° es que toda injerencia de la autoridad en el goce pacífico del derecho de propiedad debe estar prevista en la ley. Recordó que este requisito de que la privación de bienes se encuentre prevista en la ley no puede interpretarse en el sentido de que impide al legislador controlar el uso de la propiedad o interferir de otra manera en los derechos patrimoniales mediante nuevas disposiciones legales de carácter retroactivo. Por lo tanto, el decomiso de los bienes del demandante se ajustaba plenamente al requisito de “legalidad” contenido en el artículo 1 del Protocolo n° 1 al estar previsto en la ley. El Tribunal también concluyó que el decomiso decretado contra los bienes del demandante no constituía

¹⁷ ECHR, *G.I.E.M. and others v. Italy*, Applications nos. 1828/06 and 2 others, 28 junio 2018.

¹⁸ Especialmente del decomiso sin condena. Sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de decomiso, véase BLANCO CORDERO, 2021b, pp. 745-757.

¹⁹ ECHR, *Dassa Foundation v. Liechtenstein*, Application N°. 696/05 (July 10, 2007).

²⁰ ECHR, *Ulemek v. Serbia*, Application N°. 41680/13, 02/02/2021.

²¹ Protocolo Adicional (también conocido como Protocolo n° 1°) al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952.

una “sanción” en el sentido del art. 7.1 CEDH y que, por lo tanto, la prohibición de la retroactividad en materia penal prevista en el mencionado artículo no era aplicable al caso.

2.2. *La situación en los países del Common Law*

En países como Reino Unido e Irlanda la ley hace referencia expresa a la posibilidad de decomisar los productos del delito incluso aunque este se haya cometido antes de su entrada en vigor. La sección 340 de la *Proceeds of Crime Act* de 2002 del Reino Unido dispone que el decomiso de los productos se aplica con independencia de si la conducta tuvo lugar antes o después de la entrada en vigor de la ley. En sentido similar, la *Proceeds of Crime Act* de 1996 de Irlanda, cuando define en la sección 1 los productos del delito, los define como cualquier bien obtenido o recibido en cualquier momento (ya sea antes o después de la entrada de esta Ley) como resultado de la comisión de un delito o en conexión con él. En los Estados Unidos de Norteamérica no se regula de manera expresa la retroactividad, ni siquiera en relación con el decomiso civil, posiblemente por tratarse de una institución de gran raigambre histórica que permite desde hace siglos la privación de bienes. Es cierto, con todo, que algunas obras citan sentencias de los tribunales norteamericanos que concluyen que es una institución de aplicación retroactiva²².

También Sudáfrica regula esta cuestión de manera expresa, si bien en este país se generó cierta polémica debido a que la versión inicial de la ley guardaba silencio al respecto. En *National Director of Public Prosecutions of South Africa v. Carolus and Others*²³, el Tribunal Supremo de Apelaciones de Sudáfrica concluye que la irretroactividad de las leyes penales es un principio esencial, que es de aplicación si la ley no dispone expresamente lo contrario. Y como la Ley de Prevención del Crimen Organizado de 1998²⁴ no contenía ninguna cláusula en este sentido, no podía aplicarse con carácter retroactivo. Esto motivó que el parlamento de Sudáfrica reformara la ley para incluir claramente que el decomiso podía recaer sobre los bienes derivados de un delito cometido en cualquier momento, antes o después de la entrada en vigor de la ley²⁵. Esto fue reforzado por una disposición adicional según la cual la ley no debe interpretarse en el sentido de excluir la aplicación del decomiso civil cuando el delito se haya cometido antes de la entrada en vigor de esta ley, o los bienes derivados del delito se hayan obtenido o recibido antes de su entrada en vigor.

²² Cfr. GREENBERG/ SAMUEL/ GRANT/GRAY, 2009, pp. 47-48. Citan estos autores dos sentencias, *United States v. Certain Funds Located at the Hong Kong and Shanghai Banking Corp.*, 96 F.3d 20, 25-27 (2nd Cir. 1996) y *United States v. Four Tracts of Property on the Waters of Leiper's Creek*, 181 F.3d 104, 1999 WL 357773 (6th Cir. 1999) (opinión no publicada), que consideran constitucional la aplicación retroactiva del decomiso civil en la medida en que no tiene carácter penal.

²³ *National Director of Public Prosecutions of South Africa v. Carolus and Others*, 2000 (1) SA 1127 (SCA).

²⁴ *The Prevention of Organised Crime Second Amendment Act* (Act No. 38 of 1999).

²⁵ De acuerdo con la sección 1 se aplica “at any time before or after the commencement of this Act”.

2.3. *El debate en Latinoamérica sobre la retroactividad / retrospectividad*

En Latinoamérica es habitual que los textos normativos relativos a la extinción de dominio (o decomiso sin condena) regulen expresamente su aplicación retroactiva. Primero fue la legislación colombiana y, después, se incluyó en la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio (2011) elaborada en el marco del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito²⁶. Esta Ley Modelo, siguiendo la línea trazada por la normativa colombiana, alude a la retroactividad (retrospectividad) en su artículo 3, que dispone que procede la privación de los bienes (la extinción de dominio) aunque los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Conviene conocer que esta Ley Modelo ha tenido gran impacto en la legislación de otros países de la región, que han incluido explícitamente la retroactividad. Esto ha motivado recursos ante los tribunales que han dado lugar a pronunciamientos de sus respectivas Cortes constitucionales²⁷. Unas (la mayoría) han concluido que la aplicación hacia atrás en el tiempo es posible y no vulnera las garantías constitucionales. Sin embargo, la Corte Constitucional de Ecuador entiende que esta forma de proceder es inconstitucional²⁸. Veamos.

2.3.1. *La aplicación retroactiva / retrospectiva es constitucional*

Pionera en pronunciarse sobre esta cuestión fue la Corte constitucional de Colombia. A su juicio, la disposición que prevé la retroactividad²⁹ no vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal por dos motivos: primero porque no se está ante la aplicación de penas y, segundo, porque la aplicación a situaciones anteriores a la entrada en vigor de la ley no encaja en el concepto de retroactividad, en su sentido genuino, sino en el de retrospectividad³⁰. La extinción de dominio, dice, no extingue un derecho adquirido, pues el delito no es una forma válida de adquirir derechos patrimoniales, sino que declara que el derecho no nació y solo existe en apariencia porque el eventual título está viciado. Por lo que no se lesionan derechos adquiridos legalmente: “(e)sto significa (...) que, no habiendo objeto sobre el cual pueda haber recaído la protección del sistema jurídico, es no solamente posible sino natural y

²⁶ Explican JIMÉNEZ/URBINA, 2023, pp. 89-90, explican la situación de la normativa latinoamericana sobre la extinción de dominio, tanto antes como después de la aprobación de la Ley Modelo.

²⁷ No todas se han pronunciado aún. Por ejemplo, salvo error u omisión, en Perú no existe de momento ninguna resolución de su Tribunal Constitucional sobre esta materia. Es cierto que existe alguna sentencia que analiza el tema de la retroactividad. Véase la Sentencia de 27 de octubre de 2020, Sala de Apelaciones de Arequipa, exp. 0004-2020-43-0401-SP-ED-01 y su análisis en JIMÉNEZ/URBINA, 2023, pp. 290-291.

²⁸ Véase el informe del International Centre for Asset Recovery – Latin América, *Retrospectividad e imprescriptibilidad en la Extinción de Dominio*, 2022, elaborado por Oscar Solórzano, Dennis Cheng y Erick Guimaray.

²⁹ El vigente art. 21 del Código de Extinción de Dominio de 2014 dispone que “La acción de extinción de dominio es imprescriptible. La extinción de dominio se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta ley.”

³⁰ Sentencia C-374 (Corte Constitucional, M.P. José Gregorio Hernández, 13 de agosto de 1997).

obvio que el Estado tenga la facultad de hacer explícito mediante sentencia que ningún derecho existía, con miras a deducir los efectos prácticos de esa situación jurídica, tomando para sí, a nombre de la sociedad, los bienes mal habidos, sin importar la fecha en que la supuesta adquisición se produjo”. Para la Corte constitucional de Colombia constituye un presupuesto esencial de la garantía de irretroactividad de la ley la legitimidad del derecho consolidado según el orden jurídico anterior. Por ello concluye: “(e)l propósito de ese postulado no es otro que el de crear en los gobernados la certidumbre acerca de que si cumplen las leyes vigentes y al amparo de ellas adquieren derechos a su favor o se perfeccionan situaciones jurídicas, las nuevas leyes que el Estado promulgue no habrán de afectar lo que legítimamente se obtuvo con anterioridad a su vigencia. Pero, a la inversa, el Estado goza de libertad para regular los efectos de hechos anteriores que no han implicado la consolidación de derechos ni el perfeccionamiento de situaciones jurídicas bajo la protección del orden jurídico precedente, en especial si ello resulta indispensable para hacer que prevalezca el interés colectivo.”³¹

Esta es la línea que sigue la sentencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador de 2018³², cuando analiza las disposiciones sobre la aplicación hacia atrás en el tiempo de la extinción de dominio. De acuerdo con la Sala, una ley es retroactiva cuando afecta a derechos adquiridos o a situaciones jurídicas consolidadas, en la medida en que se han cumplido con las normas que prevén las condiciones necesarias para su surgimiento. Con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³³, afirma que “si el derecho no ha sido adquirido o la situación jurídica no se ha consolidado, la ley no debe considerarse retroactiva, lo que significa que no contraviene la prohibición de retroactividad y no se produce un efecto proscrito constitucionalmente”. En relación con el derecho de propiedad, señala la Corte que “la prohibición de retroactividad se manifiesta solamente cuando el derecho de dominio ya ingresó en la esfera jurídica de la persona pues solo entonces es imposible privarle de él, a menos que sea de conformidad con la Constitución y la ley. Por el contrario, cuando la persona no ha cumplido con las normas constitutivas necesarias para la adquisición de tal derecho, no puede ampararse en la figura de la irretroactividad”. Concluye que la ley no es retroactiva porque el Derecho no puede afectar a un resultado jurídico que nunca se produjo.

³¹ Véase sobre esta sentencia MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2015, pp. 5-34, pp. 32 ss.; SANTANDER ABRIL, 2017, pp. 425-503, p. 501.

³² Sentencia de la Sala de lo Constitucional 146-2014/107-2017 de El Salvador, de fecha 28 de mayo de 2018.

³³ Cita la Sentencia de 4-III2011, caso *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, párrafo 82, que señala que la figura de “los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas” constituye el fundamento del “principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes”.

La sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de 2012³⁴ avanza por el mismo camino cuando afirma que la ley “no se está aplicando de forma retroactiva porque se refiere a bienes de origen ilícito o delictivo, los cuales no son reconocidos por el Estado porque no fueron obtenidos de acuerdo con la ley, no hay derechos consolidados bajo el imperio de alguna ley, la obtención es nula desde su inicio y esa nulidad es permanente, no prescribe por el transcurso del tiempo”. Lo que hace la norma es “juzgar hacia el pasado aspectos sobre el dominio de los bienes, cuando estos sean producto o derivado de actos ilícitos o contrarios a la ley, es decir actos en los que no se consolida válidamente la propiedad de los bienes por el vicio que existe desde su origen, lo que hace que no estén sujetos a la protección que la ley otorga, dada su nulidad *ab initio*, al carecer de un título legítimo que les ampare, proceder que no implica obrar retroactivamente”. Y concluye: “la adquisición ilícita de los bienes por medio de actos delictivos, no prescribe, ya que al nunca nacer a la vida jurídica, el derecho de propiedad no existe, por ser nulo desde su origen, lo que implica que no tenga protección estatal y pueda ser perseguido en cualquier tiempo, sin que ello implique un obrar ilegítimo hacia el pasado de manera retroactiva.”³⁵

En el mismo sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras³⁶ señala que la ley que regula la extinción de dominio “otorga al Estado la herramienta judicial para hacer efectivo y palpable el postulado, deducido del concepto mismo de justicia, según el cual el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos. El Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos, en consecuencia, la protección estatal, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito, importante también resulta anotar, que como sobre los bienes adquiridos directa o indirectamente de una actividad ilícita no puede consolidarse derecho alguno, es evidente entonces que tampoco podrá transmitirse la propiedad de los mismos por quien figure como su titular, consecuentemente en el caso del heredero o legatario de un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita, también sufrirá las consecuencias del fallo de extinción de dominio, sin que pueda reclamar derecho de herencia alguno, dado que en razón de la ilícita procedencia del bien, el causante no les ha transmitido ningún derecho.” Concluye por ello que no tiene un carácter retroactivo.

³⁴ Sentencia 1739-2012 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

³⁵ Sobre esta sentencia véase VILLEDA SANDOVAL, 2021, pp. 58 s.

³⁶ Sentencia n° RI-706-11 de Corte Suprema de Justicia, 1 de octubre de 2013.

2.3.2. *La aplicación retroactiva es inconstitucional: la sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador y la situación en México*

La Corte Constitucional de Ecuador analizó en 2021 el proyecto de ley de extinción de dominio que preveía expresamente su aplicación retroactiva. Desmarcándose de la opinión de las Cortes constitucionales de otros países antes explicada, la Corte constitucional de Ecuador entiende que la privación de bienes de origen delictivo tiene la naturaleza jurídica de sanción patrimonial. Siendo esto así, la aplicación retroactiva de una sanción patrimonial resulta contraria a la seguridad jurídica contenida en el art. 82 de la Constitución de Ecuador y al principio de legalidad contenido en el art. 76 numeral 3 del texto constitucional. Por lo que declara que el precepto que prevé expresamente la retroactividad o retrospectividad es inconstitucional³⁷.

En México, el Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la sesión del día veintiuno de junio de dos mil veintiuno, resolvió los autos de la acción de inconstitucionalidad 100/2019 promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos³⁸. La Corte admite la retroactividad de las normas procesales contenidas en la Ley Nacional de Extinción de Dominio. La acción perseguía que se declarará la inconstitucionalidad de determinados preceptos del Decreto por el que se expidió la Ley Nacional de Extinción de Dominio, publicada en el nueve de agosto de dos mil diecinueve. En concreto, el artículo sexto transitorio del Decreto por el cual se expidió la Ley Nacional de Extinción de Dominio que otorga efectos retroactivos a la Ley, en contravención al principio de irretroactividad de la ley que deriva del artículo 14 de la Constitución. Se dice que esta disposición permite ejercer la acción de extinción de dominio *ad infinitum* hacia el pasado, por supuestos de procedencia recientemente incluidos, incluso cuando la extinción de dominio no estaba prevista en el orden constitucional mexicano. Dicho precepto dispone:

“Sexto. El presente Decreto será aplicable para los procedimientos de preparación de la acción de extinción de dominio que se inicien a partir de su entrada en vigor, con independencia de que los supuestos para su procedencia hayan sucedido con anterioridad, siempre y cuando no se haya ejercido la acción de extinción de dominio.”

La Suprema Corte considera que la norma permite la aplicación de normas de carácter adjetivo o procedimental, al referirse a “los procedimientos de preparación de la acción de extinción de dominio”. Esta aplicación a supuestos que hayan sucedido con anterioridad no viola el principio constitucional de irretroactividad. Por tanto, la Corte valida la aplicación retroactiva de dichas normas procedimentales a situaciones producidas antes de la entrada en vigor de la ley. Sin embargo, la Corte

³⁷ Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen N° 1-21-OP/21, de fecha 17 de marzo de 2021, fundamento 71.

³⁸ Sobre este acuerdo véase URBINA MENDOZA, 2023, pp. 208 ss.

no admite la retroactividad en relación con los presupuestos sustantivos de procedencia de la acción de extinción de dominio. Solo la admite respecto de aquellos que antes de la entrada en vigor de la Ley Nacional ya se permitía el ejercicio de la acción de extinción de dominio. No permite que la nueva ley se aplique para extinguir el dominio de bienes por hechos que antes de la reforma constitucional no eran causales de extinción, como hechos de corrupción, delitos cometidos por servidores públicos, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos. Ello a pesar de que ahora sí lo sean. En definitiva, para efectos de la preparación de la acción de extinción de dominio se pueden aplicar normas procedimentales a aquellos supuestos que hayan sucedido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Nacional, siempre y cuando en aquel momento ya fuera factible el ejercicio de la acción de extinción de dominio, al tratarse de delitos tales como los delitos contra la salud, delincuencia organizada, trata de personas, etcétera.

2.4. Retroactividad y prescripción: especial referencia a la situación en Italia y en Alemania

En Europa vamos a referirnos a la situación de Italia y de Alemania.

2.4.1. La postura del Tribunal Constitucional alemán

Con el objetivo de incorporar al Derecho alemán la normativa de la Unión Europea sobre el decomiso se aprobó la modificación más importante del Código penal alemán (*Strafgesetzbuch* - StGB) en materia de decomiso en tiempos recientes mediante Ley de Reforma de la recuperación de activos (*Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung*), que entró en vigor el 1 de julio de 2017³⁹. En lo relativo a la retroactividad, en los últimos años el legislador alemán ha incluido de manera expresa en dos ocasiones la posibilidad de aplicación retroactiva de las disposiciones relativas al decomiso de los §§ 73 y siguientes StGB, que permiten su aplicación a delitos cometidos antes de su entrada en vigor. Por un lado, el art. 316h inciso primero de la *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch* (EGStGB) dispone que los §§ 73 y siguientes StGB también se aplican cuando se trata de decomisar bienes relacionados con delitos cometido antes del 1 de julio de 2017. Por otro lado, la Ley Tributaria de 2020 introdujo el art. 316j n° 1 EGStGB y el § 73e párr. 1 inciso segundo StGB, que regula la retroactividad de los §§ 73 y siguientes StGB en relación con los casos de fraude fiscal grave ya prescritos de acuerdo con el § 370 párr. 3 inciso segundo n° 1 de la *Abgabenordnung* (AO) cometidos antes del 29 de diciembre 2020, aunque en ese momento el decomiso no estuviera previsto para delitos prescritos.

En una decisión de 2021, el Tribunal Constitucional Federal (TC) confirmó la

³⁹ Sobre el decomiso en Alemania véase CARRILLO DEL TESO, 2020a, pp. 541-560.

constitucionalidad del art. 316h inciso primero EGStGB⁴⁰. En abril de 2022, tras la importante sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) sobre el caso de las transacciones Cum-Ex⁴¹, el TC también se pronunció sobre el art. 316j n° 1 EGStGB⁴². Al igual que el BGH, la Segunda Sala del TC confirmó la constitucionalidad del § 73e párr. 1 inciso segundo StGB en relación con el art. 316j n° 1 EGStGB. La argumentación del tribunal se basó en dos aspectos: primero, que el decomiso previsto en los §§ 73 y siguientes StGB no constituye un castigo penal, por lo que no es aplicable la prohibición penal de retroactividad prevista en el art. 103 párr. 2 de la Constitución alemana⁴³ y, segundo, que el art. 316j n° 1 EGStGB representa una excepción admisible a la prohibición de retroactividad.

El TC abordó de manera extensa la cuestión de la naturaleza jurídica del decomiso, en concreto, si tiene o no carácter penal. El decomiso, afirma el Tribunal, “no es un castigo accesorio sujeto al principio de culpabilidad, sino una medida de tipo propio con carácter similar a la *condictio*⁴⁴, para la cual no rige la prohibición penal de retroactividad del art. 103 párr. 2 de la Constitución alemana”⁴⁵.

El fundamento de la prohibición de la retroactividad radica, dice el TC alemán, en la seguridad jurídica, la confianza en la previsibilidad del ordenamiento jurídico creado bajo la vigencia de la Constitución alemana y de los derechos adquiridos sobre la base de ella. La prohibición de retroactividad, sin embargo, no solo encuentra su fundamento en la garantía de la seguridad jurídica, sino también su límite. No rige en la medida en que, excepcionalmente, en el momento anterior no pudo surgir la confianza en la permanencia del Derecho vigente o cuando la confianza en un ordenamiento jurídico determinado no era digna de protección. A su juicio, la protección de la confianza debe ceder, en particular, cuando intereses superiores del bien común, que tienen prioridad sobre el principio de seguridad jurídica, requieran una aplicación retroactiva. Con la aplicación del decomiso a los casos de prescripción del delito fiscal el legislador persigue el objetivo de eliminar las perturbaciones del orden patrimonial producidas por el fraude fiscal a gran escala que se prolongan hasta el presente, y así dejar claro a la comunidad jurídica que el delito no resulta beneficioso.

⁴⁰ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 10. Februar 2021 - 2 BvL 8/19 -. ECLI:DE:BVerfG:2021:ls20210210.2bvl000819.

⁴¹ BGH, Urteil vom 28. Juli 2021 - 1 StR 519/20 - LG Bonn. ECLI:DE:BGH:2021:280721U1STR519.20.0.

⁴² BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 07. April 2022 - 2 BvR 2194/21 -. ECLI:DE:BVerfG:2022:rk20220407.2bvr219421.

⁴³ De acuerdo con este precepto, un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto.

⁴⁴ La *condictio* en el Derecho romano era un tipo de acción que se ejercía en casos de enriquecimiento injusto. Generalmente, la *condictio* ofrecía la posibilidad de reclamar a la parte enriquecida lo que había obtenido injustamente. COCA/ PANTALEÓN, 2021, pp. 144 ss, se refieren a la regulación española de las distintas instituciones que pueden incluirse bajo la institución de la llamada «condictio por intromisión».

⁴⁵ BVerfG, 2 BvR 2194/21, nm. 66-67.

Este objetivo es legítimo y de gran importancia y su consecución tiene prioridad sobre el interés de los afectados de poder mantener los bienes obtenidos de delitos fiscales tras la prescripción del fraude fiscal⁴⁶.

Concluye el TC que, dado que la obtención de bienes mediante hechos delictivos no es aprobada por la comunidad, el patrimonio obtenido de esta manera sigue estando manchado por su origen delictivo, aunque se haya producido la prescripción del fraude fiscal. La persistente mancha de los bienes constituye una manifestación del principio general de que no es digna de protección la confianza en la permanencia de derechos adquiridos de manera deshonesta. Esta consideración no es solo válida en el ámbito de la delincuencia organizada, sino también para cualesquiera ganancias procedentes de delitos⁴⁷.

2.4.2. Italia: retroactividad del decomiso de ganancias

En Italia existen numerosas modalidades de decomiso. Nos interesa la figura genérica de decomiso que está prevista y regulada en el Libro I, “De los delitos en general”, Capítulo II, “De las medidas de seguridad patrimoniales” del Código penal italiano. El decomiso puede recaer sobre diversos objetos relacionados con cualquier delito: precio, instrumentos, producto, beneficio procedente del delito, etc. Esta institución es considerada una “medida de seguridad patrimonial” de naturaleza preventiva, dirigida a eliminar la peligrosidad de los bienes⁴⁸. El hecho de que se asigne al decomiso genérico un fin preventivo permite eludir ciertas garantías fundamentales del Derecho penal, como el principio de irretroactividad *in malam partem*. Las reglas generales aplicables al decomiso se contienen en el art. 236 párrafo 2 CP italiano, según el cual al decomiso no se aplican las reglas de los arts. 200 y 210 CP italiano. El art. 200 CP italiano, cuya rúbrica es “aplicabilidad de las medidas de seguridad en cuanto al tiempo, al territorio y a las personas”, dispone que las medidas de seguridad se rigen por la ley vigente al tiempo de su aplicación, algo que queda exceptuado en materia de decomiso. Así, la Corte de Casación italiana ha señalado que el principio de irretroactividad de la ley penal opera respecto a las normas que crean delitos, pero no respecto de las medidas de seguridad. Por ello, admite que el decomiso se pueda disponer también en relación con delitos cometidos en un momento en el que no estaba legislativamente previsto o estaba legislado de manera distinta⁴⁹. Como vemos, en Italia el debate se centra en la naturaleza jurídica del decomiso como medida de seguridad patrimonial y no tanto, como hace el TC alemán, en aspectos relativos a la regulación del orden patrimonial perturbado por el delito o que este no resulte beneficioso.

⁴⁶ BVerfG, 2 BvR 2194/21, nm. 83-84.

⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 2194/21, nm. 90-91.

⁴⁸ MONGILLO, 2018, pp. 1 ss.

⁴⁹ Por ejemplo, *Cassazione penale*, Sez. I, sentenza n. 3717 del 7 luglio 1999.

3. El principio de irretroactividad y el decomiso de ganancias en la legislación española

Con carácter previo a la toma de postura, conviene recordar aquí que la Constitución española (en adelante CE) se refiere al principio de irretroactividad de las leyes penales en diversos preceptos. Así, el apartado 3 del art. 9 dispone que la “Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, (...)”. La CE limita la prohibición del alcance retroactivo a “las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, y lo hace en el contexto del reconocimiento de otros principios, especialmente los principios de legalidad y de seguridad jurídica, con los que la irretroactividad se encuentra íntimamente relacionada⁵⁰. Este principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales está estrechamente conectado con el art. 25.1 CE, que al desarrollar las consecuencias jurídicas del principio de legalidad penal dispone que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituya delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. El TC ha señalado que el art. 25.1 CE, atendiendo a la perspectiva de la garantía de orden material que confiere, establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de *lex praevia* y *lex certa*, que “conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tipificadora”⁵¹.

La prohibición de retroactividad de las disposiciones penales desfavorables está vinculada indisolublemente al contenido esencial del principio de legalidad. Como ha señalado el TC, “el fundamento del principio de irretroactividad de la Ley penal se identifica con el del principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido *a posteriori* con una calificación de delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho”⁵². En realidad, constituye un límite temporal al *ius puniendi* del Estado que impide al legislador dictar leyes de carácter retroactivo. La objetividad de la intervención punitiva del Estado solo se puede garantizar si existe una regulación anticipada y de carácter general a través de una ley determinada dictada con carácter previo al hecho⁵³. Lo contrario, esto es, la aplicación retroactiva, supondría una ampliación inaceptable del *ius puniendi* estatal que supondría una injerencia intolerable en los derechos fundamentales de los ciudadanos⁵⁴. En definitiva, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales es un principio garantista, supone una

⁵⁰ Véase SUÁREZ COLLÍA, 2006, p. 19.

⁵¹ Así, por ejemplo, STC 196/1991, de 17 de octubre, ECLI:ES:TC:1991:196.

⁵² SENTENCIA 21/1993, de 18 de enero - ECLI:ES:TC:1993:21, FJ 5.

⁵³ Así lo explica BARBER BURUSCO, 2014, p. 69.

⁵⁴ En este sentido, FRIGOLS I BRINES, 2004, p. 508.

garantía de libertad para los ciudadanos frente a las posibles arbitrariedades de los poderes públicos en el monopolio del *ius puniendi*⁵⁵.

La prohibición de la irretroactividad desfavorable no solo protege al ciudadano frente a condenas sorpresivas, aumentos de penalidad o imposición de nuevas penas *ex post facto*⁵⁶, sino que también le permite adecuar su conducta a los mandatos y prohibiciones de las leyes, pues va a poder planificar su comportamiento y prever sus consecuencias. Dejando de lado aspectos preventivos (solo se pueden evitar delitos si los ciudadanos conocen en el momento de su ejecución que están prohibidos y la sanción que se les impone) y relativos a la culpabilidad⁵⁷, es la garantía de la seguridad jurídica, como elemento esencial del principio de legalidad, la que resulta vulnerada en caso de aplicación retroactiva de normas penales desfavorables. La seguridad jurídica no solo impide eventuales condenas imprevistas, endurecimiento de penas o aplicación de nuevas sanciones, sino que también permite que los ciudadanos puedan conocer si su comportamiento es acorde con la ley penal y actuar en consecuencia. La idea que subyace es, evidentemente, la de la previsibilidad, esto es, la posibilidad de conocer si un comportamiento es delito y sus consecuencias.

Dicho esto, veamos cómo aplicar el principio de irretroactividad al decomiso de ganancias, explicando brevemente su regulación en el CP español.

3.1. *El decomiso de las ganancias y de sus transformaciones en el Código penal español*

Dispone el apartado 1 del art. 127 CP: “Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de (...) las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”. La terminología empleada por el legislador para referirse a las ganancias es ciertamente confusa. Así, el art. 127 CP permite el decomiso de ganancias, y también lo permite la modalidad del decomiso ampliado del art. 127 bis CP cuando alude a los bienes, efectos y ganancias que provienen de una actividad delictiva. Sin embargo, el nº 2 del art. 127 bis CP omite la mención a las ganancias y se refiere solo a los bienes (y a los efectos, ¿comprende entonces el término bienes los instrumentos y las ganancias?). Lo mismo ocurre en el art. 127 quinquies, número 1 CP, que al inicio se refiere a los bienes, efectos y ganancias y posteriormente solo menciona los bienes y los efectos. Por último, el art. 127 sexies CP, que se refiere a lo dispuesto en el art. 127

⁵⁵ Véase MADRID CONESA, 1983, p. 86.

⁵⁶ Las tres dimensiones de la retroactividad a las que alude BARBER BURUSCO, 2014, p. 61, prohibición de que un hecho que no era punible en el momento de su comisión le sea aplicada una ley posterior que lo castiga, prohibición de que un hecho sea castigado con base en una ley posterior que impone una pena distinta más desfavorable y la prohibición de castigar un hecho con una pena superior prevista en una ley posterior a su comisión.

⁵⁷ Crítica con la fundamentación de la prohibición de la retroactividad tanto en la perspectiva preventiva como en consideraciones relativas a la culpabilidad BARBER BURUSCO, 2014, pp. 65 ss.

quinquies CP (los bienes, efectos y ganancias), solo menciona los bienes adquiridos, lo que parece comprender los efectos y ganancias (en principio, también los instrumentos, pero esto es complicado porque la norma exige que se haya producido una adquisición, algo que no siempre ocurre con los instrumentos)⁵⁸.

Es posible también decomisar las ganancias a través de la figura del decomiso sin condena del art. 127 ter CP. El propio legislador español explica en el Preámbulo de la reforma del CP operada mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, la naturaleza jurídica de esta modalidad de decomiso. Citando la jurisprudencia del TEDH, señala que el decomiso sin condena carece de naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho. Siguiendo al Tribunal europeo, señala el legislador español que esta modalidad de decomiso «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»⁵⁹. Asimismo, el decomiso sin condena penal del art 127 ter CP tiene carácter facultativo. Llama la atención que esto sea así, porque la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea⁶⁰ utiliza un lenguaje imperativo (“tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso”), obligando a los Estados miembros a decretarlo cuando estén presentes los requisitos a los que alude. Alguna autora entiende que el carácter facultativo que le concede el legislador español responde a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad⁶¹. Constituye un presupuesto para acordar esta modalidad de decomiso que quede acreditada la situación patrimonial ilícita en un proceso contradictorio. Este proceso contradictorio al que se refiere el precepto constituye una de las novedades de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que ha introducido el nuevo Capítulo II del Título III ter del Libro III de la LECrim titulado “Procedimiento de decomiso autónomo” (art. 803 ter e a 803 ter u). Como se señala expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, este proceso especial tiene como finalidad permitir “la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado”. En cuanto a las situaciones en las que puede decretarse el decomiso sin condena, el CP alude básicamente a tres: fallecimiento o enfermedad crónica del formalmente acusado o imputado, que se encuentre en rebeldía y la concurrencia de alguna causa de exención o extinción de la responsabilidad criminal. Esta

⁵⁸ ROIG TORRES, 2016, pp. 241/242.

⁵⁹ Cita en este sentido la Decisión 696/2005, *Dassa Foundation vs. Liechtenstein*.

⁶⁰ Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril, *sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*, Diario Oficial de la Unión Europea L 127/39, 29.4.2014.

⁶¹ AGUADO CORREA, 2014, p. 42.

modalidad de decomiso solo puede dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal (art. 127 ter nº 2 CP). Por tanto, de acuerdo con esta disposición, no es admisible el decomiso sin condena respecto de terceros no acusados formalmente o imputados (tampoco lo permite el propio art. 127 ter cuando se refiere a los artículos anteriores, entre los que no se encuentra el art. 127 quater, relativo al decomiso de bienes en poder de terceros).

A diferencia de lo que ocurre en otros países, el CP español no prevé de manera expresa la retroactividad del decomiso de ganancias. No existe, por lo tanto, una norma que indique el punto de conexión temporal entre los hechos delictivos y una norma posterior que permita el decomiso de ganancias⁶². Conviene examinar si, en el supuesto de que el legislador español decida seguir la línea de los países antes explicados y regular expresamente la aplicación del decomiso de ganancias a hechos cometidos antes de su entrada en vigor, supondría (o no) una vulneración del principio de irretroactividad de las leyes penales. Una incógnita que despejar antes de tomar postura es, como hemos ido viendo en páginas anteriores, la concreción de la naturaleza jurídica de esta modalidad de decomiso. Solo así se puede abordar con precisión esta cuestión. Precisamente la naturaleza jurídica controvertida del decomiso de ganancias motiva que las opiniones acerca de su eventual aplicación hacia atrás difieran considerablemente. Sobre este tema se pueden observar dos posturas: la de quienes asignan a esta institución la naturaleza jurídica de sanción penal o, al menos, un carácter sancionador, y la de quienes niegan tal carácter.

3.2. Argumentos contrarios a la retroactividad del decomiso de ganancias: el decomiso como sanción penal

Como hemos explicado, para algunos la previsión expresa de la retroactividad en la legislación sobre el decomiso de ganancias que permita su aplicación a hechos delictivos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor es contraria a la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables⁶³. Esta afirmación, sin embargo, exige una mayor argumentación. Quienes así lo ven alegan que el decomiso tiene naturaleza penal⁶⁴ o que es una sanción penal⁶⁵, algo que aparentemente avala el

⁶² FRIGOLS I BRINES, 2004, pp. 179 ss.

⁶³ Especialmente si se considera que el decomiso tiene la naturaleza jurídica de sanción penal. Así, entre otros, GASCÓN INCHAUSTI, 2006, pp. 588-589.

⁶⁴ RAMÓN RIBAS, 2016, p. 839, afirma que el decomiso posee naturaleza penal; GRANADOS MUÑOZ, 2019, p. 97, atribuye al que denomina decomiso penal del art. 127 CP el carácter de sanción penal; DE LA MATA BARRANCO, 2017, pp. 939-948; PLANCHADELL/VIDALES, 2018, pp. 48 s. señalan que el decomiso (todas sus formas) no es una pena, pero tiene naturaleza penal.

⁶⁵ PORTAL MANRUBIA, 2016, apartado 3, califica al decomiso (todas sus modalidades) como sanción; señala PLANCHADELL GARGALLO, 2017, p. 29, que se trata de una nueva clase de sanción penal. También lo califica de sanción penal (no de pena); en la misma línea, GARRIDO CARRILLO, 2018, p. 44, señala que

Tribunal Constitucional español en alguna resolución, cuando aludiendo a la “sanción de comiso” le atribuye una naturaleza sancionadora⁶⁶. Esta parece ser también la idea del Tribunal Supremo español (en adelante TS)⁶⁷ en alguna reciente resolución cuando, siguiendo la superada doctrina del caso *Welch* del TEDH, afirma que el decomiso (sin distinción de modalidades) tiene carácter sancionador penal⁶⁸.

Asignar al decomiso de ganancias la naturaleza jurídica de sanción penal obliga a someter su aplicación a la prohibición de retroactividad⁶⁹. Recordemos que el CP recoge expresamente la prohibición de retroactividad de la pena cuando en el art. 2.1 dispone: “No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración”. En esta línea, el TS ha señalado expresamente que “la consecuencia de decomiso anudada a la comisión de actividades delictivas que, en los términos de la doctrina *Welch* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [STEDH, 9 de febrero de 1995], sí está cubierta por la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable del artículo 7 CEDH, por lo que solo puede ordenarse si estaba prevista al tiempo de comisión del delito que justifica su imposición, (...)”⁷⁰

Pues bien, la imposición del decomiso, entendido como sanción penal, a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor supone materialmente la vulneración de la garantía de seguridad jurídica, que permite a los ciudadanos confiar en que no van a poder ser sorprendidos *a posteriori* con una sanción desconocida en el momento de actuar. No se van a poder decomisar ganancias conseguidas antes de la entrada en vigor de la ley, incluso aunque el infractor no pueda obtener de manera lícita su propiedad por tener aquellas su origen en un delito.

se trata de una sanción penal que, junto a la pena y a la medida, se ha de imponer en una sentencia, previa la existencia del hecho delictivo concreto objeto de imputación y acusación.

⁶⁶ STC 151/2002, de 15 de julio de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:151). Por su parte, el AUTO del TC 125/2004, de 19 de abril (ECLI:ES:TC:2004:125A), alude a la “pena de comiso”.

⁶⁷ Así también el TS en algunas sentencias. Por ejemplo, en la Sentencia de 1 de diciembre de 2015 (STS 5750/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5750) afirma que el comiso “guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición”. Como ha señalado más tarde, “Naturaleza que, tras la reforma del 2015, pese a la amplitud de los supuestos y procedimientos del decomiso, no ha variado sustancialmente” (STS 1854/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1854, 07/06/2019). En efecto, con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el TS declaró que se trataba de “una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código la línea iniciada por los Derechos germánicos (Código penal suizo o Código penal alemán) de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de “consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias” (STS 228/2013, de 22 de marzo). En coherencia con esta configuración también ha explicado, en entre otras, que “el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenido en el artículo 33 CP, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad” (STS 6008/2002 - ECLI:ES:TS:2002:6008, de 20 de septiembre de 2002). También le asignan un carácter sancionador las SSTS 16/2009 de 27-1 (STS 130/2009 - ECLI:ES:TS:2009:130); 600/2012, de 12-7 (STS 5571/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5571); 969/2013, de 18-12 (STS 6194/2013 - ECLI:ES:TS:2013:6194) y 877/2014, de 22-12 (STS 5392/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5392).

⁶⁸ STS 400/2022, de 9 de febrero de 2022 - ECLI:ES:TS:2022:400.

⁶⁹ A este principio y a todos los principios constitucionales aplicables a las consecuencias de naturaleza penal. Así PLANCHADELL/VIDALES, 2018, pp. 49 ss.

⁷⁰ STS 400/2022, de 9 de febrero de 2022 - ECLI:ES:TS:2022:400.

3.3. *El decomiso de ganancias netas no tiene carácter sancionador, pero sí el decomiso de las ganancias brutas*

Algunos autores hacen depender la naturaleza jurídica del decomiso de ganancias del alcance de lo decomisado. Precisamente el concepto de “ganancias”⁷¹ que utiliza el CP es objeto de un interesante debate⁷² entre los partidarios de que lo decomisible son las ganancias brutas y los partidarios de las ganancias netas⁷³. Si bien nos decantamos por la opción de que lo decomisible deben ser las ganancias brutas⁷⁴ (matizadas)⁷⁵, pensamos que la norma penal española alude esencialmente al neto de lo obtenido del delito. Atribuirle el significado de ganancias brutas no se acomoda al sentido literal del término “ganancias”. Además, otros criterios sustentan la postura aquí mantenida. Así, una interpretación teleológica confirma el significado de lo neto que se atribuye al vocablo ganancias. Puesto que el decomiso de las ganancias provenientes del delito responde a la idea de neutralizar un enriquecimiento ilícito, este solo se produce cuando tiene lugar un aumento efectivo del patrimonio del delincuente, es decir, cuando el patrimonio, tras el delito, tiene un valor superior al que tenía antes del mismo. Por otra parte, es significativo observar, en clave comparada, que algunos ordenamientos extranjeros que han tratado de adoptar el principio de

⁷¹ El CP alude a las ganancias en el art. 127, en el 301.5 relativo al decomiso en casos de blanqueo de capitales, en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en el art. 319.3 CP, en los delitos contra la salud pública en el art. 362 sexies CP y, en este mismo contexto, en materia de drogas en los arts. 374 y 377. En ocasiones, sin embargo, utiliza el término *beneficios* en lugar de ganancias, cuando alude al decomiso. Por ejemplo, el art. 127 quinquies, que contiene una modalidad de decomiso ampliado, señala en su nº 1 que es de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros y en el nº 2 alude al “beneficio económico directo o indirecto”. Desde un punto de vista semántico, el término beneficio es sinónimo del de ganancias, por lo que su empleo indistinto no plantea problemas de interpretación, si bien es necesaria una coordinación terminológica en el CP.

⁷² Dice SANDOVAL, 2022, p. 216, que la redacción es parca, y que es difícil saber con certeza si recoge alguna lectura en particular.

⁷³ Son partidarios del principio de ganancias netas CEREZO DOMÍNGUEZ, 2004, p. 47; VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, p. 171; MAPELLI CAFFARENA, 2011, p. 416, se declara más seducido en el campo teórico por los argumentos en favor del principio de ganancias netas, si bien reconoce que en el Derecho comparado se impone el principio de ganancias brutas; FERNÁNDEZ APARICIO, 2012, apartado IV; VARGAS GONZÁLEZ, 2012, p. 145; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2019, pp. 55 ss, opina que “el decomiso de ganancias solo resulta legítimo si se limita a las *ganancias netas*”; GRACIA/ VIZUETA, 2023, p. 819. Por su parte, se muestra dubitativo MANZANARES SAMANIEGO, 1997, pp. 526-527, cuando, exponiendo la opinión de un sector de la doctrina alemana, señala que del concepto de ganancia “quizá proceda descontar los gastos hechos” para obtenerla.

⁷⁴ Son partidarios del principio de ganancias brutas AGUADO CORREA, 2000, pp. 101 s.; AGUADO CORREA, 2013, pp. 23 s., nota 83; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 54; DÍEZ RIPOLLÉS, 2020, p. 839, cuando al referirse a los efectos entiende que no procede descontar los gastos originados para generarlos; RODRÍGUEZ GARCÍA, 2017, p. 155; CARRILLO DEL TESO, 2018, p. 165; PAHUL ROBREDO, 2013, p. 435, considera que lo más atinado es el comiso de la ganancia bruta; FARTO PIAY, 2021, pp. 93-94; COCA/PANTALEÓN, 2021, p. 188 y nota al pie 245. El Tribunal Supremo ha señalado que “de igual modo que tampoco el Código Penal precisa respecto de las ganancias a efecto de decomiso, pero en términos generales hasta ahora, se entienden brutas”, así STS 3465/2015, 23/07/2015, - ECLI:ES:TS:2015:3465. Se refiere a ella URIARTE VALIENTE, 2022, pp. 87-88.

⁷⁵ Véase BLANCO CORDERO, 2011, pp. 6 s.

ganancias brutas lo han hecho mediante una modificación legislativa y no apoyándose en una interpretación (extensiva o incluso analógica) de la norma, como ocurre en Alemania o en los Estados Unidos de América⁷⁶. Por ello, pensamos que lo razonable es una reforma del CP que expresamente permita el decomiso de las ganancias brutas (con matices, como ocurre en Alemania)⁷⁷, para lo cual puede ser conveniente utilizar el término “productos” (que es el empleado en las normas internacionales) y una definición amplia comprensiva de lo bruto.

En cualquier caso, desde estas posiciones ahora analizadas se afirma que, si lo decomisible son solo las ganancias netas, está claro que el decomiso carece de contenido sancionador. En efecto, asumir el principio de ganancias brutas supone⁷⁸, dicen, asignar al decomiso de ganancias la naturaleza una verdadera pena⁷⁹. El decomiso de todos los ingresos obtenidos del delito, incluidos los gastos realizados por el infractor para su comisión, va más allá de la mera neutralización del enriquecimiento ilícito. Implica en realidad un menoscabo del patrimonio lícito del delincuente. Si el decomiso de ganancias persigue evitar el enriquecimiento patrimonial del delincuente esto solo es posible si se consigue impedir una merma del patrimonio lícito del que dispone antes de la comisión del delito. Este, si acaso, podrá ser objeto de otras consecuencias jurídicas, tales como la multa⁸⁰. Por ejemplo, un delincuente dispone de un patrimonio de un millón € que destina a la adquisición de 35 kilogramos de cocaína. Si tras su venta el sujeto obtiene diez millones €, la parte en la que se incrementa el patrimonio es de nueve millones €, que será lo decomisible según el criterio de las ganancias netas. De esta manera se elimina el beneficio ilícito del delito y no se menoscaba el patrimonio inicial del delincuente, que sería lo que sucedería en caso de decomisar también el millón inicial del que disponía.

El principio de ganancias netas permite al infractor pedir que se descuenten del decomiso los bienes invertidos en la comisión del delito, evitando así el empobrecimiento de su patrimonio. Dicha inversión solo va a poder ser decomisada si se atribuye a tales bienes la naturaleza de instrumentos utilizados para la perpetración del

⁷⁶ Ampliamente sobre este tema BLANCO CORDERO, 2011, pp. 1-9; BLANCO CORDERO, 2010, pp. 89-138; BLANCO CORDERO, 2013, pp. 112-145.

⁷⁷ El § 73d StGB, relativo a la estimación del valor del producto del delito, opta por el principio de ganancias brutas matizado, pues permite el decomiso de los bienes utilizados para la comisión o preparación del delito, si bien se permite la deducción de los gastos en que incurra el autor si son legítimos, como contraprestaciones contractuales pagadas legalmente. CARRILLO DEL TESO, 2020b, pp. 595-596.

⁷⁸ Cfr. en España VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, pp. 162-177, p. 171, para quien el decomiso de ganancias brutas, al afectar a un patrimonio existente antes de la comisión del delito, tendría un carácter claramente sancionador; en el mismo sentido GRACIA/ VIZUETA, 2023, p. 819; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2019, p. 56 y nota al pie 199, opina que el decomiso de lo bruto supone asignar al decomiso una naturaleza sancionadora y, por ello, su imposición resulta ilegítima si no se respetan las garantías derivadas del *ius puniendi*. En la doctrina alemana reciente PAVLAKOS, 2023, p. 13 y la bibliografía citada. Analiza este autor la regulación del decomiso de ganancias en Alemania tras la reforma de 2017, que matiza el principio de ganancias brutas y permite que no todas las inversiones del delincuente sean decomisables, sino solo aquellas cantidades gastadas o utilizadas para la comisión o preparación del delito.

⁷⁹ Cfr., por todos, ESER, 1993, p. 844.

⁸⁰ Cfr. VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, pp. 171.

acto delictivo (y no de ganancias del delito). Imaginemos que el sujeto B ha pagado 10.000 € para la compra de una partida de drogas con la finalidad de venderla a un precio total de 15.000 €, con lo que espera obtener una ganancia neta de 5.000 €. Si consigue vender la droga y obtener los 15.000 €, solo se le podrán decomisar 5.000 € en concepto de ganancias, deduciendo así la inversión inicial. Parece que el legislador español comparte esta postura. Por un lado, como hemos dicho, porque gramaticalmente el término “ganancias” remite claramente al neto de lo obtenido del delito. Por otro, porque el CP permite el decomiso no solo de los instrumentos del delito, sino también del valor equivalente a los mismos. En efecto, el art. 127.3 CP ordena el decomiso del valor equivalente de los instrumentos, esto es, de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los instrumentos, cuando no fuera posible su decomiso. Por lo que, si lo invertido se consideran instrumentos del delito, puesto que no van a poder ser decomisados al haber desaparecido (se han invertido), se podrá acordar el decomiso de bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, en este caso los 10.000 € que se han obtenido de la venta de la droga.

La consecuencia de todo esto es que, puesto que el decomiso de instrumentos tiene un carácter (al menos parcialmente) sancionador, no va a ser posible su aplicación retroactiva. Lo que determinará que, prevista la aplicación del decomiso hacia atrás, se deban respetar las inversiones realizadas por el infractor, al no ser consideradas ganancias.

4. Toma de postura

4.1. *El decomiso de ganancias (brutas y netas) no tiene naturaleza jurídica de sanción penal*

Los argumentos contrarios a la eventual aplicación retroactiva del decomiso de ganancias basados en su naturaleza jurídica de sanción penal no son convincentes. Existen buenas razones capaces de enervar estas explicaciones que permiten afirmar que no tiene carácter sancionador, pues no consiste en la imposición de un mal ni tiene finalidad aflictiva⁸¹. El decomiso de ganancias, incluso brutas, no supone un mal porque no priva de derechos legítimos, ni persigue un fin retributivo. Así, el decomiso no recae sobre cualquier bien del patrimonio del infractor, sino solo sobre aquellos que proceden del delito. Su objetivo no es empobrecer al sujeto, sino recuperar los beneficios ilegítimos. Por añadidura, el decomiso o lo decomisible no se determina en función de la gravedad del delito o el grado de culpabilidad, sino de la cuantía de la ganancia (bruta o neta) obtenida. Tampoco tiene en cuenta las condiciones personales del sujeto ni necesidades preventivas propias de las penas, sino

⁸¹ Así CASTELLVÍ MONSERRAT, 2019, pp. 36 ss.

que se focaliza en el bien de origen delictivo. Su fundamento no es retributivo, sino restaurador del orden jurídico patrimonial alterado por el delito. Busca restablecer la situación anterior y no, como decimos, imponer un mal.

En definitiva, el decomiso de ganancias no tiene naturaleza jurídica de pena ni de medida de seguridad, porque su fundamento no es ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal. No se puede afirmar con rotundidad que se trata de una consecuencia de naturaleza penal, por mucho que esté prevista en la ley penal y la imponga un órgano penal. La responsabilidad civil derivada del delito cumple ambas condiciones, pero carece de naturaleza penal⁸². Y tampoco es de recibo el argumento de que el decomiso de ganancias tiene naturaleza penal porque va unido a la imposición de una pena⁸³, como dispone el art. 127.1CP (“Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida (...) de las ganancias provenientes del delito (...).”). En efecto, desde el año 2003 el CP permite la aplicación del decomiso aun cuando no se haya impuesto una pena por un delito, por lo que dicha unión entre decomiso y pena no es un requisito.

El decomiso de ganancias responde a la idea de neutralizar un enriquecimiento ilícito o anular una situación patrimonial ilícita⁸⁴. El Estado no tolera que se puedan obtener beneficios de la realización de conductas delictivas, por lo que ordena su pérdida. Se trata de una institución cercana a la civil que pretende evitar un enriquecimiento injusto o sin causa, ostentando una “fuerte impronta civilista”⁸⁵, que pretende evitar un enriquecimiento injusto⁸⁶. Dicho de otro modo, no se pretende castigar al sujeto por la realización del hecho antijurídico⁸⁷, sino corregir una situación

⁸² VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, p. 167.

⁸³ Así lo entendía AGUADO CORREA, 2000, p. 80, interpretando la versión original del CP de 1995, en la que no se preveía el decomiso sin condena.

⁸⁴ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, 1977, pp. 10-48, p. 35; MANZANARES SAMANIEGO, 1983, p. 256; MANZANARES SAMANIEGO, 1992, p. 439; JORGE BARREIRO, 1997, p. 120; MAPELLI CAFFARENA, 1998, p. 50; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 40; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 2002, p. 1566; CAZORLA PRIETO, 2004, p. 80; PLAZA SANJUÁN, 2005, pp. 1 ss; CERESO DOMINGUEZ, 2005, p. 34; VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, p. 166; GRACIA/ VIZUETA, 2023, pp. 816-817.

⁸⁵ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, 1998, p. 51.

⁸⁶ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, 1981, pp. 620 s.; JORGE BARREIRO, 1996, p. 369; MAPELLI CAFFARENA, 1998, p. 50; FARALDO CABANA, 1998, p. 255; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 50, opina que el fundamento del decomiso de ganancias reside en la privación a una persona de los productos que derivan de un delito, sobre la base de que nadie puede enriquecerse por medio de un hecho antijurídico, al que también añade el de impedir toda utilización futura del producto de la infracción para la realización de nuevos hechos punibles; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, 2002, p. 1566; GRACIA MARTÍN, 2006, pp. 568 ss; VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, pp. 162-178, pp. 166-167; FARALDO CABANA, 2012, p. 149; DE PABLO SERRANO, 2012, pp. 113 s.; GÓMEZ TOMILLO, 2012, pp. 21-64; DÍAZ LÓPEZ, Juan Alberto, “El partícipe a título lucrativo tras las reformas del decomiso”, *Diario La Ley*, (8667), 2015, apartado II; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2019, pp. 38 ss; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2017, pp. 352 ss; DOLZ LAGO, 2017, apartado 2; FABIÁN CAPARRÓS, 2017, p. 430; GRACIA/ VIZUETA, 2023, p. 816. Se desmarcan de esta postura COCA/ PANTALEÓN, 2021, pp. 188-189 y nota al pie 241, para quienes el decomiso no tiene que ver con las pretensiones civiles de restitución del enriquecimiento sin causa, en concreto, la *condictio* por intromisión. En realidad, afirmar que el decomiso de ganancias ilícitas pretende evitar o eliminar un enriquecimiento injusto no implica decir que se estén restituyendo bienes al legítimo propietario que ha sido privado de ellos, aspecto este propio del derecho civil y de la responsabilidad civil, sino de privar de los bienes ilícitos a quien no tiene ningún derecho sobre ellos con su asignación al Estado.

⁸⁷ Como advierte CASTELLVÍ MONSERRAT, 2019, p. 38, el decomiso de ganancias no se impone para afligir, sino para *corregir una situación patrimonial que el ordenamiento estima ilícita*.

patrimonial ilícita⁸⁸, eliminar el aumento patrimonial ilícito consecuencia de un hecho típico y antijurídico. No busca anular la peligrosidad objetiva de las ganancias, entendida como la probabilidad de que sean utilizadas para financiar otras actividades delictivas⁸⁹. Asignar esta finalidad significa que no serán decomisables aquellas ganancias delictivas en las que no exista la probabilidad de que vayan a ser utilizadas en la comisión de nuevos delitos. Esto, evidentemente, no es de recibo en atención al fundamento del decomiso de ganancias, centrado en la evitación de que los responsables de los delitos (y terceros de mala fe) aumenten ilícitamente su patrimonio como consecuencia de la comisión de hechos delictivos⁹⁰. Las ganancias provenientes de un ilícito penal se deben decomisar porque han sido obtenidas de una forma antijurídica, con independencia del uso que les vaya a dar quien dispone de ellas, ya sea la comisión de otros delitos o vivir en delante de forma honrada⁹¹.

Esta finalidad, desde luego, va a desplegar también otros efectos, especialmente preventivos, como el envío de un mensaje de que el delito no es una actividad lucrativa, contrarrestando los incentivos para la comisión de delitos lucrativos y garantizando que el delito no resulte beneficioso (función preventivo-general)⁹². El mensaje de contenido preventivo general que expresa la idea de que el delito no resulte beneficioso complementa la función de la pena, que aparecería claramente cuestionada si el delincuente pudiera disfrutar de las ganancias del delito. Se trata de evitar, como se ha dicho por algunos, que la pena sea el precio que paga el delincuente para enriquecerse de manera ilícita⁹³. Junto a los efectos preventivo-generales, son identificables también otros preventivo-especiales, como la evitación de que las ganancias ilícitamente obtenidas se reinviertan en la comisión de nuevos hechos delictivos⁹⁴.

Ahora bien, los efectos preventivos⁹⁵ del decomiso de ganancias no pueden confundirse con el fundamento. Como acertadamente ha señalado Vizueta Fernández, los efectos preventivos “son meros efectos secundarios o acompañantes, que de darse

⁸⁸ Afirma su carácter no penal el Auto del Tribunal Constitucional alemán de 14 de enero de 2004 (*Bundesverfassungsgericht - 2 BvR 564/95 -*) que, junto a la neutralización de un enriquecimiento ilícito, atribuye al decomiso también una función preventiva consistente en enviar un mensaje al delincuente de que el delito no es una actividad lucrativa.

⁸⁹ En este sentido, respecto del decomiso en general, junto a la noción de que se ha producido un enriquecimiento ilícito, añade este otro fundamento RAMÓN RIBAS, 2004, pp. 228 s.; RAMÓN RIBAS, 2016, p. 841 ss. Crítico, acertadamente, VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, p. 166.

⁹⁰ Ampliamente VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, pp. 166-167.

⁹¹ En este sentido, VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, p. 166.

⁹² Esta función preventiva, evidentemente, es insuficiente por sí misma para disuadir de cometer delitos que generan ganancias. Por ello, deberá ser complementada con la pena que prevea para los responsables del delito. Así CASTELLVÍ MONSERRAT, 2019, p. 38 y nota al pie 140.

⁹³ CORTÉS BECHIARELLI, 2007, p. 13; CASTELLVÍ MONSERRAT, 2019, p. 38.

⁹⁴ Efecto este de gran relevancia especialmente en el marco de la criminalidad organizada. Véase AGUADO CORREA, 2000, apartado 4.2.2, junto a las notas al pie 200 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 49 ss.; COCA/PANTALEÓN, 2021, p. 186.

⁹⁵ Considera RODRÍGUEZ HORCAJO, 2022, p. 13, que son dos las etiquetas que se manejan en la doctrina: la preventiva y la neutralizadora del enriquecimiento injusto, que considera compatibles entre sí.

en el caso concreto son bien recibidos, pero que si no se dan, o mejor, la imposibilidad de alcanzarlos no cierra el paso –como sería obligado si se les reconoce el carácter de fines– a la aplicación del comiso de ganancias”⁹⁶. Que en un caso concreto el decomiso de ganancias carezca de efectos preventivos, por ejemplo, porque el sujeto no pretenda utilizar los beneficios para cometer otros delitos (falta de efectos preventivo-especiales), no puede impedir la privación de estos, cumpliendo así el fundamento de la institución, que es la remoción de un enriquecimiento ilícito.

Tampoco el decomiso de ganancias brutas tiene carácter penal. Decomisar lo bruto del delito no supone atribuir al decomiso un carácter sancionador. Son diversos los argumentos, íntimamente conectados, que se pueden manejar.

1. En primer lugar, se esgrimen argumentos de justicia y legalidad a favor de este principio⁹⁷. Se afirma que lo equitativo es que quien perpetra un delito no pueda beneficiarse de él y, asimismo, deba asumir el riesgo de perder los bienes invertidos en su comisión⁹⁸. Lo opuesto, esto es, decomisar sólo lo neto, equivale a trasladar el riesgo de pérdida al Estado, que tendrá que respetar indefectiblemente el patrimonio inicial del delincuente aportado para infringir la ley. No se comprende la razón por la que este riesgo deba recaer sobre el Estado y por qué éste debe garantizar al transgresor que no perderá aquello que invirtió al perpetrar el delito. Legalmente, el provecho del delito no le pertenece a él, dado que el acto delictivo no genera un título legítimo para la adquisición de la propiedad o de otros derechos sobre un bien. Por esto, si el infractor invierte parte de su patrimonio lícito en la comisión del delito, lo justo es que lo pierda, al igual que cualquier inversor. No es admisible la alegación del infractor sobre la supuesta existencia de un derecho a que se le respete la inversión, puesto que, al tratarse de bienes utilizados para la comisión del delito, estos deben ser decomisados por el Estado en su totalidad⁹⁹.

2. A esto se suma el argumento del carácter disuasorio del decomiso o, más bien dicho, de prevención general. Aunque no se pueda afirmar que la función disuasoria constituya un propósito esencial del decomiso de ganancias, sí es cierto que puede tener el efecto de desincentivar la perpetración de delitos al garantizar que el infractor no obtendrá ganancia alguna. Optar por el principio de ganancias netas supone asegurarle al delincuente que recuperará lo invertido en la comisión del acto delictivo, privándole exclusivamente de los beneficios netos obtenidos, de haberlos. El delin-

⁹⁶ Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, 2007, p. 167.

⁹⁷ Se alude también a la “legalidad”, algo discutible si nos atenemos a la referencia del art. 127 CP, que alude a “ganancias” sin especificar si son brutas o netas. Aluden expresamente al argumento de la legalidad AGUADO CORREA, 2000, pp. 100-101; BERMEJO, 2015, p. 227. Entendemos que el argumento de la legalidad va referido, en realidad, a que desde el punto de vista del Derecho privado la comisión de un delito no constituye una forma válida de adquirir la propiedad sobre los bienes.

⁹⁸ AGUADO CORREA, 2000, pp. 100-101; CERESO DOMÍNGUEZ, 2004, pp. 46, 47; BERMEJO, 2015, p. 227.

⁹⁹ Ampliamente BLANCO CORDERO, 2011, p. 2.

cuenta, en un análisis de costo-beneficio, se arriesgará a cometer crímenes invirtiendo su patrimonio en la ejecución, porque no tendrá ningún costo económico para él¹⁰⁰.

3. El principio de ganancias netas podría dar lugar a un trato desigual en situaciones análogas. Este principio, como sabemos, le permite al infractor solicitar que se le descuenten del decomiso los bienes invertidos en la comisión del delito. Se impide así que se empobrezca su patrimonio, evitando que el decomiso se pueda calificar de sanción penal. La opción para decomisar tales bienes sería, en todo caso, su consideración como instrumentos utilizados para la perpetración del acto delictivo, por lo que no serían calificados de ganancias. Sin embargo, en ocasiones no será posible decomisar dichos instrumentos; por ejemplo, si el infractor invierte su patrimonio en la adquisición de drogas que posteriormente vende obteniendo ganancias¹⁰¹. En este caso no se pueden decomisar los instrumentos porque han desaparecido¹⁰². Esto puede dar lugar a tratos desiguales. Por ejemplo, imaginemos a dos personas, los sujetos A y B, que han pagado 10.000 € cada uno para la compra de una partida de drogas con la finalidad de venderla a un precio total de 15.000 € (cada uno de ellos espera obtener una ganancia de 5.000 €). Puede ocurrir que la operación delictiva resulte frustrada en momentos distintos, lo cual determinará que la pérdida de lo invertido sea diferente para un sujeto y para otro. Así, si la operación realizada por el sujeto A se frustra antes de la venta, se le podrá decomisar la droga, que es un bien ilícito, por lo que perderá la totalidad de la inversión realizada, es decir, 10.000 €, sin ningún derecho a que se le descuente nada. Por el contrario, si la operación del sujeto B logra llegar hasta la venta y la obtención de los productos de 15.000 €, de acuerdo con el principio de ganancias netas solo se le podrán decomisar 5.000 € en concepto de ganancias, deduciendo así la inversión inicial¹⁰³. Esto carece de sentido y ha de ser resuelto de la siguiente manera: a) Si el delincuente invierte sus bienes lícitos en la comisión del delito, estos se convierten en instrumentos¹⁰⁴. Siguiendo

¹⁰⁰ Véase BLANCO CORDERO, 2011, p. 2.

¹⁰¹ EPIDENDIO, 2008, p. 1279.

¹⁰² Si bien podría recurrirse al decomiso del valor equivalente del art. 127.3 CP.

¹⁰³ Ejemplo de MONGILLO, 2008, p. 1783. CASTELLVÍ MONSERRAT, 2019, p. 58, nota al pie 204, critica que está anclado en la comprensión del decomiso como una sanción. Explica que está justificado el tratamiento diferente de ambos casos, porque en uno de ellos el sujeto dispone de un bien peligroso y en el otro no (dispone del dinero que constituyen las ganancias del delito). Este razonamiento, si bien acierta en la cualidad de los objetos, no lo hace a la hora de valorar que lo que se discute en relación con lo decomisible (lo bruto o lo neto) es si la privación de bienes supone un menoscabo del patrimonio lícito del infractor (en cuyo caso tendría carácter sancionador). En ambos ejemplos examinados la situación del patrimonio del autor es idéntica, destina una parte de este a cometer el delito, sin embargo, la diferencia estriba en que en un caso lo pierde todo y en el otro se le debe mantener lo invertido, algo que no parece acorde ni con el principio de igualdad a la hora de valorar situaciones idénticas, ni con el fundamento del decomiso de ganancias (dirigido a hacer frente al enriquecimiento injustificado consecuencia de lo invertido en el delito).

¹⁰⁴ No del todo favorable con esta afirmación, BERMEJO, 2015, p. 227, nota al pie 124, entiende que numerosos gastos en que se incurre para cometer un delito no se pueden considerar instrumentos (tampoco efectos). Como ejemplos, señala el alquiler de muebles e inmuebles que no pueden ser decomisados por pertenecer a un tercero que los ha alquilado de buena fe, gastos de viaje y organización, etc. No coincide con esta

con el ejemplo anterior, los 10.000 € invertidos en la compra de la droga constituyen, en principio, instrumentos utilizados en la comisión del delito y, por lo tanto, son decomisables (si son localizables o, si se han convertido en droga, ser decomisará esta última)¹⁰⁵; b) Si, como consecuencia de la inversión, se obtienen beneficios del delito (en el caso anterior, se vende la droga), entendemos, siguiendo el criterio de ganancias brutas, que todo lo obtenido debe ser considerado como ganancias decomisables. No es que una parte sean instrumentos¹⁰⁶ y otra parte ganancias (algo que podría sostenerse de acuerdo con la normativa vigente, que parece asumir el principio de ganancias netas), sino que la cuantía total de lo obtenido debería, a nuestro juicio y *de lege lata*, calificarse como productos. Estos productos o ganancias suponen un incremento patrimonial injustificado que debe ser neutralizado a través del decomiso de ganancias.

En definitiva, el decomiso de ganancias carece de naturaleza penal o sancionadora, por lo que su aplicación a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación sobre el decomiso de ganancias no es contraria al principio de irretroactividad de las leyes penales desfavorables¹⁰⁷. Veamos los motivos.

4.2. *La aplicación retroactiva no vulnera la seguridad jurídica*

Careciendo de naturaleza sancionadora, la ley que regule el decomiso de gan-

apreciación del autor. Como sabemos, en Derecho español deben ser decomisados los “instrumentos con que se haya preparado o ejecutado” (art. 127.1 CP), todos ellos, sin excepción (a salvo del principio de proporcionalidad del art. 128 CP). En la medida en que la comisión del delito dependa del empleo de dicho instrumento, sin el cual no se habría podido cometer de la manera en que se hizo, este será decomisible. Los ejemplos que propone el autor son fácilmente reconducibles al concepto de instrumentos. En el caso de los inmuebles (o muebles) alquilados a terceros de buena fe, la inversión constitutiva de delito será el precio pagado por el alquiler, que es el que deberá ser decomisado (y si no es posible, se aplicará el decomiso del valor equivalente del art. 127.3 CP). En el caso de los gastos de viaje y organización (por ejemplo, para adquirir droga), también son instrumentos con los que se ha preparado o ejecutado el delito y, por lo tanto, son decomisables (y también su valor equivalente). Sobre la interpretación del decomiso de instrumentos en la normativa española véase BLANCO CORDERO, 2017, pp. 439 ss.

¹⁰⁵ Si bien es cierto que el art. 127.3 CP permite el decomiso del valor equivalente de los instrumentos, esto es, de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los instrumentos, cuando no fuera posible su decomiso, cosa que ocurre en este caso pues el dinero se ha transformado ahora en droga. Se permitiría así, por lo tanto, decretar el decomiso de bienes lícitos que forman parte del patrimonio del infractor por cuantía equivalente a los instrumentos, en este caso, los 10.000 € invertidos en la compra del estupefaciente.

¹⁰⁶ Ciertamente en España podría haber algún argumento para pensar que ello es así, especialmente porque el art. 127.3 CP permite el decomiso del valor equivalente de los instrumentos. Por lo que, si lo invertido se consideran instrumentos del delito, puesto que no van a poder ser decomisados al haber desaparecido, se podrá acordar el decomiso de bienes, incluso lícitos, por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos. Por el contrario, con base en el principio de ganancias brutas, pensamos que todo lo obtenido del delito debe ser considerado como ganancias, incluso de los instrumentos invertidos. El propio art. 127.3 CP permite esta interpretación cuando autoriza el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico “de las ganancias que se hubieran obtenido” de los bienes decomisables. Se permite así el decomiso por valor equivalente de los beneficios obtenidos de los bienes decomisables (que pueden ser instrumentos), que son calificados como “ganancias”.

¹⁰⁷ Ampliamente BLANCO CORDERO, 2011, pp. 1-9 y la bibliografía citada.

cias podría prever, sin merma constitucional, su aplicación retroactiva. No sería necesaria una mayor argumentación. Sin embargo, a mayor abundamiento, se pueden añadir otras razones que refuerzan la afirmación anterior. Uno de ellos es el relacionado con la seguridad jurídica. La Constitución emplea el sintagma “seguridad jurídica” en el art. 9.3 junto con otros principios como el de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La seguridad jurídica, dice el TC, es “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad”¹⁰⁸, “pero (...) si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente”, de tal forma que “la seguridad jurídica sería la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”¹⁰⁹.

En alguna resolución el TC ha definido la seguridad jurídica¹¹⁰ como “la certeza de la norma que hace previsible los resultados de su aplicación”¹¹¹. La certeza y la previsibilidad son dos aspectos íntimamente vinculados que evidencian las vertientes objetiva y subjetiva de la seguridad jurídica. Desde una perspectiva objetiva, debe entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados¹¹². Subjetivamente comprende “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho”¹¹³. La seguridad jurídica resulta quebrada si el ordenamiento jurídico genera confusión o dudas en sus destinatarios que produzca una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos¹¹⁴. Para saber si resulta vulnerada, corresponde saber si el destinatario de la norma puede confiar o calcular el resultado de su aplicación o, por el contrario, sufre una incertidumbre razonablemente insuperable, tanto en relación con la conducta exigible como acerca de la previsibilidad de sus efectos.

Entre las manifestaciones del principio de seguridad jurídica (certeza y previsibilidad) está su vinculación con el principio de irretroactividad o prohibición de la retroactividad de las normas. Recordemos que el TC español, siguiendo al TC alemán¹¹⁵, diferencia entre la llamada retroactividad propia, auténtica o de grado

¹⁰⁸ Véase, entre otras, SSTC 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990.

¹⁰⁹ STC 27/1981, de 20 de julio, ECLI:ES:TC:1981:27.

¹¹⁰ SUÁREZ COLLÍA, 2006, p. 19.

¹¹¹ STC 135/2018, de 13 de diciembre.

¹¹² STC 15/1986, de 31 de enero.

¹¹³ STC 36/1991, de 14 de febrero.

¹¹⁴ Ampliamente SSTC 150/1990, de 4 de octubre; 142/1993, de 22 de abril; 212/1996, de 19 de diciembre; 120/2012, de 4 de junio; STC 135/2018, de 13 de diciembre.

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, la sentencia antes citada BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats

máximo, esto es, aplicación de la ley a situaciones o relaciones producidas bajo la norma antigua y cuyos efectos ya se han consumado, y la retroactividad impropia o de grado medio, cuando la nueva norma despliega sus efectos sobre situaciones jurídicas nacidas o creadas bajo la norma anterior pero aún no consumadas¹¹⁶. Pues bien, una ley de decomiso que prevea su aplicación hacia atrás, abarcando las ganancias de delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, podría ser valorada, a primera vista, como una retroactividad propia o auténtica. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada. En efecto, una ley de este tipo que permita el decomiso de ganancias delictivas obtenidas antes de su entrada en vigor desplegará efectos de dos tipos: declarativos y constitutivos. Por un lado, la ley no extingue un derecho adquirido legalmente, porque el delito no es una forma válida de adquirir derechos patrimoniales, sino que declara que el derecho no ha nacido. En este sentido, no se lesiona ningún derecho, sino que simplemente se afirma la inexistencia de un derecho con base en la legislación vigente en el momento de comisión del delito (para este efecto se utiliza en algunos países latinoamericanos la expresión retrospectividad). Por otro lado, la ley de decomiso sí que hace surgir una situación jurídica nueva, en concreto, crea un derecho de propiedad en favor del Estado que adquiere la propiedad de unos bienes sin ningún tipo de indemnización. Este segundo efecto, que no estaba vigente en aquel momento al no estar previsto en la normativa de decomiso, sí que puede afirmarse que tiene un carácter retroactivo propio.

Existen motivos anclados en el fundamento material del principio de irretroactividad para sostener con solidez que la aplicación hacia atrás del decomiso de ganancias es plenamente válida y no vulnera el principio de irretroactividad de las leyes. En concreto, el cimiento sobre el que descansa la irretroactividad radica, como sabemos, en la garantía de la seguridad jurídica que constituye una exigencia del principio de legalidad, que permite a los ciudadanos confiar en que no van a poder ser sorprendidos *a posteriori* con una sanción desconocida en el momento de actuar. Como sabemos, núcleo esencial de la seguridad jurídica es, precisamente, la cognoscibilidad de la norma, esto es, la previsibilidad para los ciudadanos de las consecuencias jurídicas (negativas) que las normas asignan a sus comportamientos¹¹⁷. Entendida la previsibilidad en un sentido objetivo, y no tanto como la concreta previsibilidad que pueda tener un ciudadano en particular, una norma que se aplique a hechos anteriores a su entrada en vigor debe ser considerada, necesariamente, como imprevisible y, por lo tanto, proscrita por la prohibición de retroactividad¹¹⁸.

En el caso analizado, se trata de saber si quien obtiene ganancias de la comisión

vom 07. April 2022 - 2 BvR 2194/21 -, Rn. 74. 75 y 76, donde se explica su jurisprudencia constante que distingue entre leyes con efecto retroactivo “propio” o “auténtico” („*echte*“ *Rückwirkung*) y aquellas con efecto retroactivo “impropio” o “no auténtico” („*unechte*“ *Rückwirkung*).

¹¹⁶ Así, desde las SSTC 126/1987, de 16 de julio, y 182/1997, de 28 de octubre.

¹¹⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2000.

¹¹⁸ BARBER BURUSCO, 2014, p. 70.

de un hecho delictivo puede confiar objetivamente en ese momento en que existe la posibilidad de consolidar derechos patrimoniales sobre las mismas. A nuestro juicio, el delito no constituye causa legítima para adquirir la propiedad u otros derechos sobre los bienes. El delincuente (y cualquier tercero que se haya enriquecido) no obtiene ningún derecho sobre las ganancias del delito, tiene una mera tenencia fáctica sobre los bienes que carece de protección jurídica. El decomiso de ganancias, aplicado a delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, declara precisamente que quien alega algún tipo de derecho sobre el bien carece de él. En definitiva, nadie puede confiar razonablemente en que puede adquirir la propiedad de los bienes a través de la comisión de un delito, por lo que no resulta vulnerada la seguridad jurídica.

4.3. Excurso: el decomiso de ganancias de delitos prescritos como una forma de aplicación de la ley hacia atrás

La única opción de aplicación hacia atrás del decomiso que se admite hoy día en Derecho español es la posibilidad de privar bienes procedentes de delitos ya prescritos. La prescripción, como sabemos, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal que opera por el simple transcurso del tiempo. Lo que se plantea es si es posible decomisar bienes derivados de un delito que ya ha prescrito y por el cual no cabe sanción penal. La legislación de algunos países permite esta posibilidad mediante la regulación expresa con efecto retroactivo. Desde posiciones contrarias se alega que esto podría vulnerar el principio de irretroactividad, pues si el delito ya ha prescrito no se puede imponer ningún tipo de consecuencia jurídica con carácter retroactivo.

En relación con el Derecho comparado, ya hemos mencionado que en Europa la legislación alemana permite el decomiso de bienes procedentes de delitos ya prescritos. También en Italia se admite esta posibilidad. Como mencionamos anteriormente, las reglas generales aplicables al decomiso se contienen en el art. 236 párrafo 2 CP italiano, según el cual al decomiso no se aplican las reglas, entre otros, del art. 210 CP italiano, cuya rúbrica es “efectos de la extinción del delito o de la pena”. De acuerdo con este precepto, la extinción del delito impide la aplicación de las medidas de seguridad y hace cesar su ejecución, siendo la prescripción una causa de extinción del delito (art. 157 CP italiano). La relación entre lo dispuesto en el art. 210 y el art. 236 CP italiano permite afirmar que el decomiso, a diferencia de otras medidas de seguridad, no es incompatible con la extinción del delito o de la pena y, por tanto, también en los casos de prescripción el decomiso puede ser aplicado y mantenido (también en este sentido la jurisprudencia italiana¹¹⁹).

En cuanto a la normativa española, pensamos que son de aplicación las mismas

¹¹⁹ Entre otras sentencias, Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617.

ideas que subyacen en relación con la aplicación retroactiva de decomiso de ganancias cuando se trata de las que proceden de delitos ya prescritos. El hecho de que se extinga la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo no elimina la mancha de tales ganancias, respecto de las cuales los delincuentes no pueden alegar un derecho de propiedad válido. Esta es la idea que inspira la regulación del decomiso autónomo o decomiso sin condena del art. 127 ter.1.c) CP, que permite el decomiso de efectos, instrumentos y ganancias¹²⁰ cuando la situación patrimonial ilícita queda acreditada en un proceso contradictorio y no se impone una pena a un sujeto por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. Precisamente la prescripción constituye una causa que extingue la responsabilidad criminal de conformidad con el art. 130.1.6º CP. Por lo tanto, no hay duda de que la prescripción del delito permite el decomiso de sus ganancias (también según el CP de los instrumentos, algo que es más difícil de fundamentar por tener una naturaleza parcialmente sancionadora¹²¹). El transcurso del tiempo, según esto, no permite legitimar los bienes obtenidos del delito, que siguen procediendo de un hecho típico y antijurídico. En este contexto, el delincuente no puede confiar en que se produzca la legalización de los bienes originados en una infracción penal, ni siquiera por prescripción. Por ello, resulta ciertamente llamativa la regulación del art. 1956 Código civil, que concede a la prescripción cierto papel en la adquisición de la propiedad, aunque requiere algunos requisitos adicionales. Recordemos que este precepto dice que “las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta”. La prescripción en este caso es un requisito que, junto con otros (prescripción de la acción civil derivada del delito), permite prescribir los bienes procedentes de un delito (hurto o robo), esto es, adquirir la propiedad y, por lo tanto, descontaminarlos. Pienso que se trata de un precepto que convendría repensar, pero que no impide el decomiso de ganancias en supuestos de prescripción del delito. Por un lado, porque el precepto civil se circunscribe exclusivamente a los delitos de hurto o robo, por lo que el resto de los delitos no quedaría incluido. Por otro, porque se refiere exclusivamente a bienes que constituyen el objeto material de estos delitos, respecto del cual lo que procede con carácter general es la responsabilidad civil esto es, la restitución a sus legítimos propietarios.

La aplicación del decomiso en caso de prescripción del delito precisa alguna precisión adicional. Como sabemos, la acción mediante la que se solicita el decomiso de ganancias puede ejercerse tanto en el procedimiento penal como en el denominado

¹²⁰ El decomiso ampliado previsto en el art. 127 bis nº 5 CP excluye expresamente el decomiso “cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito”.

¹²¹ Sobre esta cuestión véase BLANCO CORDERO, 2021a, pp. 791-802.

procedimiento de decomiso autónomo (arts. 803 ter e Ley de Enjuiciamiento Criminal- LECrim). Precisamente respecto de este último procedimiento de decomiso autónomo, este solamente puede ser iniciado cuando el proceso en el que se resuelva sobre las responsabilidades penales del encausado ya hubiera concluido con sentencia firme (art. 803 ter e nº 3 LECrim.). Sin embargo, en la práctica judicial, cuando se entiende que un delito ha prescrito antes de que recaiga sentencia, se procede al sobreseimiento libre y al archivo de la causa¹²². Sobreseída la causa no es posible ya ejercer el decomiso, ni en el proceso penal ni en el marco de decomiso autónomo. Por ello, conviene que la práctica de sobreseer y archivar la causa en caso de prescripción comience a ser repensada, ya que entre sus consecuencias jurídicas está que impide el decomiso. El art. 127 ter CP alude a que puede no existir sentencia de condena para imponer el decomiso de ganancias, y señala que el decomiso “solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”. Desde luego llama la atención que no se aluda a las categorías actuales de “investigado” y “encausado”¹²³. Pero en cualquier caso si se decreta el sobreseimiento libre difícilmente se podrá acreditar que existen indicios racionales de criminalidad de un sujeto.

Otra precisión es que, como no se regula de manera expresa la aplicación retroactiva del decomiso, solamente podrán decomisarse bienes de delitos que prescriban tras la entrada en vigor de la ley penal que regula el decomiso autónomo o sin condena. Recordemos que este se introdujo mediante el art. Único 44 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que incorporó el nº 3 del art. 127 en el CP y que entró en vigor el día 1 de octubre de 2004. Desde luego que sería posible aplicarlo a hechos anteriores, si la retroactividad del decomiso de productos o ganancias estuviera prevista expresamente en la ley, cosa que hoy no ocurre. En cualquier caso, si bien es conveniente regular la retroactividad, también convendría pensar detenidamente su alcance (si aplicable a todos los delitos o solo algunos, o prever un período de tiempo hacia atrás al que alcanza el decomiso)¹²⁴.

5. Conclusiones

1. El decomiso directo de ganancias del delito de los arts. 127, 127 ter y 127 quater CP, incluso en su modalidad de ganancias brutas, no tiene naturaleza jurídica de pena ni de medida de seguridad, porque su fundamento no es ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal. Su finalidad es neutralizar el enriquecimiento ilícito generado por

¹²² Véase, por ejemplo, la STS 794/2021, de 20 de octubre de 2021, en la que la Sala confirma el auto de sobreseimiento libre por encontrarse los hechos denunciados prescritos.

¹²³ Ampliamente sobre el decomiso autónomo RODRÍGUEZ GARCÍA, 2017, pp. 194 ss.

¹²⁴ Sobre las posibles opciones véase BLANCO CORDERO, 2012, pp. 337-371.

el delito, persigue eliminar el incremento patrimonial derivado de una conducta antijurídica. Esta función es compatible con efectos preventivos, pero estos no pueden confundirse con el fundamento.

2. Una ley que regule el decomiso directo de ganancias y prevea su aplicación retroactiva, abarcando las obtenidas de delitos cometidos antes de su entrada en vigor, no vulneraría la seguridad jurídica. Nadie puede confiar razonablemente en adquirir un derecho de propiedad a través de un delito. Quien obtiene ganancias delictivas tiene una mera tenencia fáctica sobre los bienes sin protección jurídica, por lo que una ley que disponga la privación de los mismos y su asignación al Estado no vulnera la confianza legítima en la irretroactividad de normas desfavorables.

3. Sería conveniente que el legislador español regulase expresamente la aplicación retroactiva del decomiso de ganancias, siguiendo la tendencia de otros países, para permitir recuperar los bienes procedentes de actividades delictivas cometidas antes de la entrada en vigor de dicha regulación. Esto, como decimos, no vulneraría el principio de irretroactividad al no tratarse de una consecuencia jurídica de naturaleza punitiva.

4. Para evitar su aplicación hacia atrás *ad infinitum*, la regulación expresa de la retroactividad del decomiso debería prever su alcance, por ejemplo, estableciendo un período de años hacia atrás a los que se puede aplicar o limitándolo a ciertos delitos especialmente graves o con gran capacidad de generar ganancias ilícitas. Asimismo, sería recomendable reformar aquellas normas que otorgan efectos legitimadores al transcurso del tiempo, como la usucapión de cosas hurtadas o robadas una vez prescrito el delito.

5. En la regulación vigente del decomiso directo de ganancias, es posible el decomiso de los beneficios procedentes de delitos prescritos sin vulnerar el principio de irretroactividad de las leyes penales. La prescripción extingue la responsabilidad penal, pero no elimina el origen ilícito de las ganancias ni descontamina los bienes, respecto de los cuales los delincuentes no pueden alegar un derecho adquirido. Sin embargo, el sobreseimiento libre en caso de prescripción impide después el decomiso, por lo que convendría repensar esta práctica procesal.

Bibliografía

AGUADO CORREA, T. (2000), *El comiso*, Madrid.

AGUADO CORREA, T. (2013), “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: ‘garantizar que el delito no resulte provechoso’”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-05, p. 05:1-05:27. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 15-04 (2013), 8 jul].

AGUADO CORREA, T. (2014), “Comiso: crónica de una reforma anunciada: Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código

- Penal de 2013”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, pp. 1-56.
- BARBER BURUSCO, S. (2014), *Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*, Madrid.
- BERMEJO, M.G. (2015), *Prevención y castigo del blanqueo de capitales: un análisis jurídico-económico*, Madrid.
- BLANCO CORDERO, I. (2008), “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en Luz María Puente Aba; Mónica Zapico Barbeito; Luis Rodríguez Moro (coords.): *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Granada, pp. 69-106.
- BLANCO CORDERO, I. (2010a), “Armonización - aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”, en Arangüena Fanego (dir.): *Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid, pp. 349-378.
- BLANCO CORDERO, I. (2010b), “Las ganancias del delito y su decomiso. El debate en torno al principio de ganancias brutas o netas”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n° 22, pp. 89-138.
- BLANCO CORDERO, I. (2011), “El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?”, *Diario La Ley*, N° 7569, 15 de febrero, pp. 1-9.
- BLANCO CORDERO, I. (2012), “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)”, en Eduardo Ángel Fabián Caparrós; Miguel Ontiveros Alonso; Nicolás Rodríguez García (coords.): *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*, México, pp. 337-371.
- BLANCO CORDERO, I. (2013), “El decomiso de las ganancias de la corrupción”, en *Revista Electrónica de Direito Penal AIDP-GB*, Ano 1, Vol 1, N° 1, Junho 2013, pp. 112-145.
- BLANCO CORDERO, I. (2014), “El decomiso sin condena en la Unión Europea: análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia”, en Manuel Maroto Calatayud; Eduardo Demetrio Crespo (dir.): *Crisis financiera y derecho penal económico*, Madrid, pp. 149-210.
- BLANCO CORDERO, I. (2017), “El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea”, en José Luis de la Cuesta Arzamendi; Norberto Javier de la Mata Barranco; Isidoro Blanco Cordero (coords.): *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), pp. 429-510.
- BLANCO CORDERO, I. (2021a), “Decomiso de instrumentos propiedad de terceros no responsables del delito”, en Rosario de Vicente Martínez; Diego José Gómez Iniesta; M. Teresa Martín López; Marta Muñoz de Morales Romero; Adán Nieto Martín (coords.): *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Vol. 2, Madrid, pp. 791-802.
- BLANCO CORDERO, I. (2021b), “La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de decomiso”, en Ana Isabel Pérez Machío (dir.); José Luis de la Cuesta Arzamendi (dir.); Leire Berasaluze Gerrikagoitia (ed. lit.); Helene Colomo Iraola (ed. lit.): *Contra la política criminal de tolerancia cero: libro-homenaje al Profesor Dr. Ignacio Muñagorri Laguía*, Pamplona, pp. 745-757.
- CARRILLO DEL TESO, A.E. (2018), *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Valencia.
- CARRILLO DEL TESO, A.E. (2020a), “El nuevo régimen de recuperación de activos en Alemania o la sublimación del principio ‘crime doesn’t pay’”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; Nicolás Rodríguez García (coords.): *Decomiso y recuperación de activos "Crime doesn't pay"*, Valencia, pp. 541-560.

- CARRILLO DEL TESO, A.E. (2020b), “Recuperación de activos en el sistema penal alemán: luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancia”, en *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, mai.-ago. 2020, pp. 577-616.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C. (2017), “El decomiso de ganancias en los delitos de corrupción: naturaleza y garantías”, en Joan Queralt Jiménez; Dulce M. Santana Vega (coords.): *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia, pp. 341-356.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C. (2019), “Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias”, *InDret*, n. 1, pp. 1-66.
- CAZORLA PRIETO, S. (2004), “El comiso. Ganancias procedentes del delito en relación con la sentencia del 29 de julio de 2002: caso "Banesto"”, en José Miguel Zugaldía Espinar; Jacobo López Barja de Quiroga (coords): *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. I, Madrid, pp. 79-88.
- CEREZO DOMINGUEZ, A.I. (2005), *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Granada.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (2001), *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid.
- COCA VILA. I./ PANTALEÓN DÍAZ, M. (2021), “Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios. Un estudio sobre los límites de orden público a los seguros de D&O”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo 74, fasc. 1, pp. 113-216,
- CORRECHER MIRA, J. (2018), *Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in action*, Valencia.
- CORTÉS BECHIARELLI, E. (2007), “Valoración crítica de la reforma del comiso: LO 15/2003, de 25 de noviembre”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, pp. 1-21.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2017), “El fundamento del decomiso como "consecuencia" del delito: naturaleza jurídica confusa, pero objetivo claramente punitivo”, en Jesús María Silva Sánchez; Joan J. Queralt Jiménez; Mirentxu Corcoy Bidasolo; María Teresa Castiñeira Palou (coords.): *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Madrid, pp. 939-948.
- DE PABLO SERRANO, A. (2012), “La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el Derecho penal y el Derecho civil”, en Manuel Gómez Tomillo (coord.): *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Valladolid, pp. 93-126.
- DÍAZ LÓPEZ, J.A. (2015), “El participe a título lucrativo tras las reformas del decomiso”, *Diario La Ley*, (8667), pp. 1-54 (consultada la versión electrónica).
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2020), *Derecho Penal Español. Parte General*, 5ª edición, Valencia.
- DOLZ LAGO, M.J. (2017), “Los decomisos: aproximación a sus aspectos sustantivos y procesales tras las reformas del 2015”, *La Ley Penal*, nº 124, pp. 1-25 (consultada la versión electrónica).
- EPIDENDIO, T.E. (2008), “La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti. Cassazione Penale, Sez. Un., 2 luglio 2008 (c.c. 27 marzo 2008), n. 26654 - Pres. Gemelli - Rel. Milo - P.g. De Sandro (diff.) - Ric. Impregilo e altri”, en *Diritto penale e processo*, N. 10/2008, pp. 1263-1281.
- ESER, A. (1993), “Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? Kritische Bemerkungen zu aktuellen Reformbemühungen”, Wilfried Küper (Hrsg.): *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg, pp. 833-853.

- FABIÁN CAPARRÓS, E. (2017), “La regulación del decomiso tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015”, en Nicolás Rodríguez García; Eduardo Fabián Caparrós; Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coords.): *Recuperación de activos y decomiso*, Valencia, pp. 429-448.
- FARALDO CABANA, P. (1998), “El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 2, pp. 253-268.
- FARALDO CABANA, P. (2012), “Comiso”, en Patricia Faraldo Cabana, José Ángel Brandariz García: *Comentarios a la legislación penal especial*, Valladolid, pp. 146-170.
- FARTO PIAY, T. (2021), *El proceso de decomiso autónomo*, Valencia.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J.M. (2012), “El comiso en los delitos urbanísticos”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 94-95, pp. 1-16 (consultada la versión electrónica).
- FRIGOLS I BRINES, E. (2004), *Fundamentos de la Sucesión de Leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales*, Barcelona.
- GARRIDO CARRILLO, F.J. (2018), *El decomiso: innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Madrid.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2006), “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba”, en *Problemas actuales del Proceso Iberoamericano. Actas de las XX jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*, Málaga, Tomo I, pp. 587-605.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2012), “Los daños punitivos: análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios”, en Manuel Gómez Tomillo (coord.): *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Valladolid, pp. 21-64.
- GRACIA MARTÍN, L. (2006), “Las consecuencias accesorias”, en Luis Gracia Martín (coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, pp. 533-586.
- GRACIA MARTÍN, L. / VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2023), “Las consecuencias accesorias”, en Miguel Ángel Boldova Pasamar; M. Carmen Alastuey Dobón (coords.): *Tratado de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, pp. 773-861.
- GRANADOS MUÑOZ, C. (2019), “El decomiso de los bienes, efectos o ganancias procedentes del delito”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, Nº. 48, pp. 87-127.
- GREENBERG, T.S. / SAMUEL, L.M. / GRANT, W. / GRAY, L. (2009), *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Colombia.
- International Centre for Asset Recovery – Latin América (2022), *Retrospectividad e imprescriptibilidad en la Extinción de Dominio*, elaborado por Oscar Solórzano, Dennis Cheng y Erick Guimaray.
- JIMÉNEZ TAPIA, R.S. / URBINA MENDOZA, E.J. (2023), *Introducción al estudio de la extinción de dominio sus modelos globales*, Caracas.
- JORGE BARREIRO, A. (1996), “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 49, Fasc/Mes 2, pp. 327-385.
- JORGE BARREIRO, A. (1997), “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en Gómez Colomer; González Cussac (coords.): *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón de la Plana, pp. 77-135.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2000), *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid.
- MADRID CONESA, F. (1983), *La legalidad del delito*, Valencia.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (1981), “La pena de comiso en el proyecto de Código penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (34), pp. 613-634.

- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (1977), “La pena de comiso”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 216-219, pp. 10-48.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (1983), *Las penas patrimoniales en el Código penal español*, Barcelona.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (1992), “Comentarios a la parte general del proyecto de ley orgánica del código penal (1992)”, en *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 2, pags. 375-448.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (1997), “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”, en *Actualidad Penal*, pp. 521-541.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (1998), “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, en *Revista Penal*, núm. 1/1998, pp. 43-53.
- MAPELLI CAFFARENA, B. (2011), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra).
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, W.A. (2015), “La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia. Perspectiva General”, en AAVV.: *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Bogotá, pp. 5-34.
- MONGILLO, V. (2008), “La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca d’identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 4 - Ottobre-Dicembre 2008, pp. 1758- 1788.
- MONGILLO, V. (2018), “El decomiso de las ganancias de la corrupción en Italia. En busca de las garantías perdidas”, en *Criminal Justice Network*, 14 dic. 2018, disponible en <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/el-decomiso-de-las-ganancias-de-la-corrupcion-en-italia-en-busca-de-las-garantias-perdidas>
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (2002), “El comiso”, en *Diario La Ley*. Nº 5495, 5 de marzo de 2002.
- PAHUL ROBREDO, M.G. (2013), *El comiso como instrumento de política criminal frente al crimen organizado*, Tesis doctoral Universidad de Salamanca.
- PAVLAKOS, N. (2023), „Plädoyer für den (teilweisen) Strafcharakter der Vermögensabschöpfung im Hinblick auf Art. 316j Nr. 1 EGStGB“, en *Wistra*, Heft 01, pp. 8-14.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2017), “La regulación del decomiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: ¿complemento necesario al Código Penal”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46, abril-junio 2017, pp. 23-56.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. / VIDALES RODRÍGUEZ, C. (2018), “Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional”, en *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 38, pp. 37-92.
- PLAZA SANJUÁN, V. (2005), “Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito”, en *La Ley Penal*, nº 17, junio 2005, pp. 1-17 (versión electrónica);
- PORTAL MANRUBIA, J. (2016), “Aspectos sustantivos y procesales del decomiso”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3.
- PRIETO DEL PINO, A.M. (2021), “El comiso sin condena o ‘civil asset forfeiture’: avanzando hacia el pasado”, en Rosario de Vicente Martínez; Diego José Gómez Iniesta; M. Teresa Martín López; Marta Muñoz de Morales Romero; Adán Nieto Martín (coords.): *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*, Vol. 2, Madrid, pp. 1103-1114.
- RAMÓN RIBAS, E. (2004), “La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?”, en Patricia Faraldo Cabana; Luz María Puente

- Aba; José Ángel Brandariz García (coords.): *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, pp. 179-258.
- RAMÓN RIBAS, E. (2016), “Título VI. De las consecuencias accesorias”, en Fermín Morales Prats (coord.); Gonzalo Quintero Olivares (dir.): *Comentarios al Código penal español*, coord. por Vol. 1, pp. 821-896.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2017), *El decomiso de activos ilícitos*, Cizur Menor.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2022), “El decomiso de terceros de mala fe (art. 127 quater CP) como piedra de toque: naturaleza del decomiso y solapamiento con la autoría de ciertos delitos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, núm. 24-21, pp. 1-39. <http://crimininet.ugr.es/recpc/24/recpc24-21.pdf>.
- ROIG TORRES, M. (2016), “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, pp. 199-279.
- SANDOVAL, J.C. (2022), “La privación de las ganancias de la financiación corrupta de los partidos políticos. Elementos para un debate político criminal”, en *Política Criminal*, Vol. 17, N° 33 (Julio 2022), Art. 8, pp. 199-228.
- SANTANDER ABRIL, G. (2017), “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en AAVV.: *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Organización de Estados Americanos, Washington D.C., pp. 425-503.
- SUÁREZ COLLÍA, J.M. (2006), *La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid.
- URBINA MENDOZA, E.J. (2023), “Las variantes jurisprudenciales en América Latina y su propuesta alternativa o de oposición a la versión colombiana en contenidos sobre extinción de dominio. Reflexiones críticas”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, N. 21, pp. 193-214.
- URIARTE VALIENTE, L.M^a (2022), *La lucha del Estado en la recuperación de activos a través del decomiso. Especial referencia a la actuación del Ministerio Fiscal*, Valencia.
- VARGAS GONZÁLEZ, P. (2012), *El comiso del patrimonio criminal*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca.
- VILLEDA SANDOVAL, M.A. (2021), “La acción de extinción de dominio”, en *UMH Sapientiae*, Vol. 2. No. 1., pp. 51-61.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J. (2007), “El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a estas”, en *Revista Penal*, (19), pp. 162-177.