

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.

Teresa Aguado Correa

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Abstract

En el presente trabajo se lleva a cabo un análisis conjunto de la anunciada reforma del comiso tanto a nivel europeo, a través de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, de 12 de marzo de 2012, como a nivel nacional, a través del Proyecto de reforma del Código Penal de 20 septiembre de 2013, desde la perspectiva de los derechos fundamentales y principios reconocidos en la UE y en España. También se tienen en cuenta las modificaciones del comiso previstas en los Anteproyectos de 2012 y 2013. Una vez más, escudándose en la normativa de la Unión Europea, esta vez en una mera Propuesta de Directiva, y partiendo del hecho de que en ésta se prevén normas mínimas que permiten que las legislaciones nacionales tengan mayor alcance, el Gobierno Español, bajo el lema "más vale que sobre que falte", aborda la reforma de esta sanción elevando a régimen general lo que se prevé a nivel europeo como régimen especial para delitos de cierta gravedad, los conocidos como eurodelitos.

In der vorliegenden Beitrag führten wir eine Reihe der angekündigten Reform der Einziehung auf europäischer Ebene durch die Analyse Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sicherstellung und Einziehung von Erträgen aus Straftaten der Europäischen Union vom 12. März 2012 und auf der nationalen Ebene, durch den Entwurf eines Strafgesetzbuches Reform 20. September 2013, aus der Perspektive der Grundrechte und Grundsätze in der EU und in Spanien anerkannt. Es berücksichtigt auch die Änderungen in der Beschlagnahme unter den Vorentwürfen von 2012 und 2013. Auch hier versteckt sich hinter den Regeln der Europäischen Union, dieses Mal in einer bloßen Vorschlag für eine Richtlinie, und basierend auf der Tatsache, dass diese Mindeststandards , die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften eine größere Reichweite , die spanische Regierung unter dem erwarteten Motto " besser als auf fehlende " ist es, diese Sanktion Hebe allgemeine Regelung, die auf europäischer Ebene als Sonderbehandlung für bestimmte schwere Straftaten , wie erwartet wird, bekannt eurodelikte reformieren.

In the present work we carried out a joint analysis of the announced reform of the confiscation at European level through the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of proceeds of crime the European Union of 12 March 2012, and at the national level, through the Project of reform of Penal Code September 20, 2013 , from the perspective of fundamental rights and principles recognized in the EU and in Spain. It also takes into account changes in the confiscation under the 2012 and 2013 Drafts. Again , hiding behind the rules of the European Union, this time in a mere proposal for a directive , and based on the fact that this minimum standards that allow national laws have greater reach, the Spanish Government under the anticipated slogan "better than on missing " is to reform this sanction elevating general scheme which is expected at the European level as special treatment for certain serious offenses, known as eurocrimes.

Palabras clave: decomiso, comiso, eurodelitos, delincuencia organizada, terrorismo, decomiso sin condena, comiso civil, comiso ampliado, poderes de decomiso ampliado, decomiso de terceros, comiso de terceros, ejecución efectiva del decomiso, receptación civil.

Stichworte: Einziehung, euodelikte, organisierte Kriminalität, Terrorismus, Erweiterte Einziehung, Einziehung ohne vorherige Verurteilung, Dritteinziehung, effektive Vollstreckung von Einziehung, Zivil-Empfangs.

Keywords: confiscation, eurocrimes, organized crime, terrorism, non-conviction based confiscation, civil forfeiture, , extended powers of confiscation, third party confiscation, effective execution of confiscation, civil receiving.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Crónica de una reforma anunciada**
- 3. Contexto y alcance de las reformas**
 - 3.1. Europa**
 - 3.2. España**
- 4. Definiciones**
- 5. Modalidades de decomiso (PD) o comiso (PrPC)**
 - 5.1. Decomiso o comiso basado en condena**
 - 5.2. Decomiso/comiso ampliado**
 - 5.3. Decomiso/Comiso no basado en condena**
 - 5.4. Decomiso/comiso de terceros**
- 6. Ejecución efectiva del comiso**
- 7. Bibliografía**
- 8. Tabla de jurisprudencia citada**

1. Introducción

El comiso es una de las sanciones más afectadas por las distintas reformas del Código Penal. Si prospera la reforma prevista en el Proyecto de Ley de Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, Proyecto de reforma), ya sería la tercera vez que se modificaría la regulación del comiso, desde que se aprobó el Código Penal de 1995. Recordemos que ya fue modificada a través de la LO 15/2003 y la LO 5/2010¹. La reforma del comiso prevista en este Proyecto de 2013 sería la reforma más amplia de todas ellas, pues afecta a todas las modalidades de comiso, aun cuando el prelegislador se atreve, en un primer momento, a calificar la misma como una mera “revisión técnica de la regulación del comiso”², si bien luego reconoce que “La regulación del comiso es objeto de una ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica del mismo”³.

El Gobierno afirma en la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal (en adelante PrCP), que “la reforma toma en consideración tanto la regulación actualmente contenida en la Decisión Marco 2005/212/JAI, actualmente en vigor, como en la nueva Directiva europea sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia de la Unión Europea que se encuentra actualmente en fase de tramitación”. Pero lo cierto es que en esta reforma, como tendremos ocasión de constatar en este trabajo, únicamente ha tenido en cuenta la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre embargo preventivo y el decomiso de los productos de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2012 (en adelante PD). En realidad esa mención a la DM 2005/212/JAI, la realiza obligado por las circunstancias ya que no puede justificar la misma en base a una norma que aún se está tramitando, más aún si tenemos en cuenta el elevado número de enmiendas presentadas en el Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión⁴. Esta forma de proceder del Gobierno español que se podría calificar

¹ Sobre las importantes reformas que sufrió a través de la LO 15/2003, confróntese AGUADO CORREA, «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal», *RECPC* (05-04), 2003, pp. 1-24; sobre las reformas que sufrió en el año 2010, LA MISMA, en «Comentarios al artículo 127 CP», *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., 2011, pp. 508 y ss.

² Exposición de Motivos, apartado I, BOCG, 04.10.2013, p. 2.

³ Exposición de Motivos, apartado X, BOCG, 04.10.2013, p. 8.

⁴ En el seno del Comité de Libertades civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (Informe de Mónica Luisa Macovei) se han presentado 177 enmiendas al texto aprobado por la Comisión (2012/0036 (COD) 08.01.2013). Además la Decisión Marco 2005/212/JAI, sirvió para justificar la reforma sufrida por el comiso a través de la LO 5/2010, como se desprende de lo afirmado en el Preámbulo de esta ley: “De singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito...Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso...”. Confróntese al respecto, AGUADO CORREA, «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”», *RECPC* (15-05), 2013, 05: 19 y ss. El Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal de abril de 2013 (en adelante Dictamen CE), Expediente 358/2013, Consideración duodécima, letra b), afirma que la “extensión del régimen del decomiso ampliado que no responde directamente al cumplimiento de la aludida Decisión Marco sino a una libre decisión del legislador español”.

como “exceso extensivo por anticipación”⁵, o “celo europeísta del prelegislador español”⁶, ha sido objeto de opiniones de signo contrario por parte del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, los cuales acudieron a la normativa de la Unión Europea para justificar sus posturas. En tanto que fue bien recibida por el Consejo Fiscal, dado que “...la nueva regulación tiene por virtud adelantar la adaptación de la legislación española a la nueva regulación del decomiso a la nueva propuesta de Directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea que se está negociando...”⁷; por el contrario, la mayoría de miembros del Consejo General del Poder Judicial⁸ rechazaron la citada reforma “por no ajustarse a la redacción de la Decisión Marco 2005/212/JAI”.

La Propuesta de Directiva de 2012 tomada en consideración en el PrCP para abordar la reforma en materia de comiso, “establece normas mínimas sobre el embargo preventivo de bienes con vistas a su posible incautación posterior y sobre el decomiso de bienes en asuntos penales” (art. 1 PD). Estas normas mínimas, en opinión de la Comisión, permitirían armonizar en mayor medida los regímenes de embargo preventivo y decomiso de los Estados miembros, con el fin de facilitar la confianza mutua y la cooperación transfronteriza¹⁰.

Puesto que las modificaciones previstas en materia de comiso en el PrCP responden a la regulación prevista en la Propuesta de Directiva, en este trabajo llevaremos a cabo un análisis conjunto de estos textos. Dada la amplitud de la reforma, por razones de espacio, dedicaremos nuestra atención a la regulación general del comiso (art. 127 a 127 quinquies PrCP), sin entrar a valorar los cambios previstos en el art. 127 sexies PrCP y en la regulación especial del comiso¹¹.

⁵ Frente a la forma de actuar del legislador español hasta ahora, que podría calificarse como “exceso extensivo por retraso”. Recordemos que en esta misma materia, la DM 2005/212/JAI no fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico hasta el año 2010, más de tres años después de que expirase el plazo concedido a los Estados miembros (15 de marzo de 2007) y más de cinco años después de su entrada en vigor.

⁶ GARCÍA ARÁN, «Comentarios al artículo 127 CP», en *Comentarios al Código Penal. Parte General*, 2011, p. 967, habla del “celo europeísta del legislador español” cuando critica la regulación del decomiso ampliado incluida en el Código Penal a través de la LO 5/2010.

⁷ Informe CF, p. 114.

⁸ Además de no compartir las objeciones formuladas por el Pleno discrepan en concreto de esta afirmación, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial que han formulado Voto particular al Acuerdo único adoptado por el Pleno (DORADO PICÓN y ESPEJEL JORQUERA), o se han adherido a él, con excepción del apartado V (DE ROSA TORNER y FERNÁNDEZ-CARNICERO), Voto Particular, apartado XII, p. 16.

⁹ El Comité Económico y Social Europeo (en adelante CESE), en su Dictamen sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea” (en adelante Dictamen CESE), DOUE C 299 de 4.10.2012, p.130, propone la sustitución de la expresión “en asuntos penales” por “resultante de infracciones penales”, propuesta que resulta adecuada ya que en el siguiente artículo se define “infracción penal” (apartado 4.1).

¹⁰ Propuesta de Directiva, p. 4.

¹¹ La reforma pone fin al doble régimen de comiso que existía hasta ahora según se trate de delitos contra la salud pública o de otros de diferente naturaleza. Sobre el art. 127 sexies PrCP así como sobre la reforma del art. 374 CP, véase AGUADO CORREA, «Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro?», *EPyCr*, 2013.

2. Crónica de una reforma anunciada

Ni la Propuesta de Directiva ni el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal nos deben coger por sorpresa, puesto que nos encontramos ante la crónica de una reforma anunciada.

Por lo que respecta a la Propuesta de Directiva, ya en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”, de 20 de noviembre de 2008, se afirmaba que la Unión Europea podía aportar valor añadido, mejorando el marco jurídico del decomiso y de la recuperación de los productos del delito¹². En esta Comunicación se proponía refundir el marco jurídico vigente y la posibilidad de ampliar ciertos conceptos jurídicos e introducir nuevas normas que ampliasen los supuestos de decomiso, sometiéndose a debate, entre otras ideas, la previsión del decomiso sin condena penal o decomiso civil, o la ampliación del ámbito de aplicación del decomiso obligatorio¹³.

Posteriormente, el Consejo, en las Conclusiones sobre el decomiso y la recuperación de activos de junio de 2010¹⁴, pidió a la Comisión Europea y a los Estados miembros que intentasen intensificar la aplicación de la legislación vigente y, “cuando proceda estudien la posibilidad de modificar la legislación con el fin de conseguir unos regímenes más eficaces para el decomiso a terceros y el decomiso ampliado, con inclusión del rastreo oportuno y la custodia de efectivos”.

También el Parlamento Europeo ha requerido una “normativa que permita, por ejemplo, el denominado “decomiso ampliado” y la acción dirigida contra los patrimonios registrados por testafierros”¹⁵, en su Resolución sobre la Delincuencia Organizada, de 25 de octubre de 2011, formulando a la Comisión la petición de presentar “tan pronto como sea posible, una propuesta marco de Directiva relativa al procedimiento de decomiso y confiscación de los productos de delitos, como se prevé en su Programa de trabajo para 2011 y, por consiguiente, pide a la Comisión, teniendo en cuenta la obligación de respetar los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que:

- elabore normas para utilizar instrumentos eficaces como el decomiso ampliado y el decomiso en ausencia de condena;
- elabore normas relativas a la reducción de la carga de la prueba después de la condena de una persona por delitos graves (incluidos los relacionados con la delincuencia organizada) en lo referente al origen de los activos en su posesión;

¹² En la Propuesta de Directiva, p. 3, se reconoce que aunque el decomiso de activos de origen delictivo está regulado en las legislaciones nacionales y de la UE, éste sigue estando poco desarrollado e infrutilizado.

¹³ Véase al respecto, AGUADO CORREA, *RECPC*, 2013, 05:10 y ss.

¹⁴ Bruselas, 28.05.2010 (01.06), 7769/3/10 REV 3, LIMITE, CRIMORG 64.

¹⁵ Considerando D de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309(INI)), DOUE C 131 de 8.05.2013, p. 71.

– fomente la inclusión en los ordenamientos nacionales de instrumentos para reducir, en el ámbito del Derecho penal, civil o fiscal, según el caso, la carga de la prueba en lo que se refiere al origen de los activos en manos de una persona imputada por un delito relacionado con la delincuencia organizada;

– incluya en su propuesta normas que permitan el decomiso y la posterior confiscación en el caso de cesión de activos a terceros; pide igualmente que se confiera relevancia penal al comportamiento de los prestanombres destinado a eludir la aplicación de medidas de prevención en materia de patrimonio o a facilitar la comisión de los delitos de recepción, lavado y utilización de dinero de procedencia ilícita; pide a la Comisión, por lo tanto, que precise en sus propuestas legislativas que el concepto de producto del delito definido en la Convención de Palermo de las Naciones Unidas y recogido en la Decisión marco 2008/841/JAI es más amplio que el de beneficio; invita a los Estados miembros a incluir sin demora dicho concepto en sus ordenamientos jurídicos a fin de permitir que cualquier ingreso relacionado directa o indirectamente con la comisión de delitos en el ámbito de las organizaciones criminales pueda ser objeto de decomiso y confiscación¹⁶.

Finalmente, en la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho Penal”, se aludía a la incautación como una posible medida a incluir en el Derecho penal de la Unión Europea¹⁷.

Tampoco nos puede coger por sorpresa la reforma del comiso propuesta en el Proyecto de reforma de Código Penal de 2013, ya que en menos de un año son varios los textos prelegislativos elaborados por el Ministerio de Justicia que han previsto la modificación de la regulación del comiso. El primero de ellos, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal informado favorablemente en el Consejo de Ministros de 11 de octubre de 2012 (en adelante AP 2012), y que finalmente no fue enviado a las Cortes Generales por las críticas de las que fue objeto por parte del Consejo General del Poder Judicial¹⁸, del Consejo Fiscal¹⁹ y de la doctrina²⁰. El segundo, el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal, enviado al Consejo de Estado el día 4 de abril de 2013 (en adelante AP 2013) para que emitiese su Dictamen²¹, en el que se preveía la reforma del mismo, incluyendo algunos cambios respecto de la regulación del comiso contemplada en el AP 2012, siendo dos las diferencias más relevantes respecto de aquél: ampliación del ámbito de aplicación del decomiso ampliado y la creación de una Oficina de Gestión de Activos. Finalmente, en el Proyecto de

¹⁶ Apartado 8, Resolución del Parlamento Europeo, DOUE C 131E de 8.05.2013, p. 73.

¹⁷ COM (2011) 573 final, pp. 11 y 13.

¹⁸ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012 (en adelante, Informe CGPJ).

¹⁹ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012 (en adelante, Informe CF).

²⁰ AAVV, en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, 2013.

²¹ Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal de abril de 2013 (en adelante Dictamen CE), Expediente 358/2013 (Justicia), 27.06.2013.

reforma del Código Penal de 2013 (PrPC), último capítulo de la crónica de una reforma anunciada, se contempla la reforma de mayor extensión del comiso desde la aprobación del Código Penal, o en palabras del Gobierno, “una ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones”, constatándose grandes diferencias respecto de los cambios previstos en los Anteproyectos (en adelante AAPP).

3. Contexto y alcance de las reformas

3.1. Europa

La Comisión justifica las reformas en materia de decomiso previstas en la Propuesta de Directiva, en los siguientes términos: “La presente propuesta de Directiva pretende facilitar a las autoridades de los Estados miembros el decomiso y la recuperación de los beneficios que los delincuentes obtienen de la delincuencia transfronteriza grave y organizada. Pretende anular el incentivo económico que motiva la delincuencia, proteger la economía lícita contra la infiltración de la delincuencia y la corrupción y devolver los beneficios de la delincuencia a las autoridades públicas que prestan servicios a los ciudadanos. La Directiva responde al actual contexto económico de crisis financiera y ralentización del crecimiento económico, que crea nuevas oportunidades para los delincuentes, incrementa la vulnerabilidad de nuestra economía y de nuestro sistema financiero y presenta nuevos retos para las autoridades públicas a la hora de financiar las necesidades cada vez mayores de servicios sociales y asistencia”²².

Esta Directiva, de ser aprobada finalmente, sustituiría la Acción común 98/699/JAI y, en parte, las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI, puesto que al haberse limitado su ámbito de aplicación a las actividades delictivas contempladas en el art. 83.1 TFUE, excepto el tráfico ilícito de armas, deberán permanecer en vigor algunos artículos de las normas existentes con el fin de “mantener cierto grado de armonización con respecto a las actividades delictivas no comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente directiva”. Esta limitación a los conocidos como “eurodelitos” viene motivada por la base jurídica de la citada Propuesta de Directiva, basada en los artículos 82.2 y 83.1 TFUE, previéndose su aplicación al terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. El tráfico ilícito de armas estaría incluido cuando el delito se cometa en el contexto de la delincuencia organizada.

Puesto que uno de estos ámbitos delictivos enumerados en el apartado 1 del artículo 83 es la delincuencia organizada, la Directiva será aplicable a más ámbitos delictivos de los previstos taxativamente en este apartado, siempre que se cometan participando en una organización criminal tal y como se define en la DM 2008/841/JAI sobre la lucha contra la delincuencia organizada.

²² Propuesta de Directiva, p. 2.

Como se recoge en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, “La Comisión propone una Directiva por la que se establecen normas mínimas para los Estados miembros en materia de embargo preventivo y decomiso de activos de origen delictivo mediante decomiso directo, decomiso del valor, decomiso ampliado, decomiso no basado en condena (en circunstancias limitadas) y decomiso de terceros”²³. La Propuesta de Directiva consta de tres Títulos integrados por 16 artículos: Título I “Objetivo y ámbito de aplicación” (arts 1 y 2)²⁴; Título II “Embargo preventivo y decomiso” (arts. 3 a 10)²⁵; Título III “Disposiciones Finales” (arts. 11 a 16). En este trabajo nos centraremos tan solo en algunos de estos artículos, en particular en aquellos en los que se contemplan las distintas modalidades de decomiso. No obstante antes de pasar a analizar estos preceptos nos parece oportuno hacer una referencia al art. 8 PD, dedicado a la consagración de las garantías, dada su relevancia por la afectación de derechos fundamentales que implican las diferentes modalidades de decomiso.

En cuanto a las garantías en él contempladas resulta alarmante, desde nuestro punto de vista, la valoración negativa que ha realizado el Comité de las Regiones (en adelante CDR) del mismo, en los siguientes términos: “emite reservas menores sobre la concesión de garantías demasiado detalladas en las distintas fases del procedimiento de embargo preventivo y decomiso de activos de procedencia delictiva, porque presentan un riesgo potencial de paralizar el nuevo fundamento jurídico sobre el que se asientan el embargo y el decomiso de activos de la Unión”²⁶. Que se expresen reservas porque las garantías están demasiado detalladas, garantías que por otra parte no son más que un reflejo de los derechos fundamentales y de los principios reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales, da una idea del momento que estamos viviendo en el que todo vale en pos de la ansiada eficacia. Y de este momento delicado por el que pasan las garantías es consciente el Comité Económico y Social Europeo (en adelante CESE) cuando cierra el apartado 1 de su Dictamen dedicado a las Conclusiones y recomendaciones con las siguientes palabras: “Por último, el CESE recuerda que la eficacia de la lucha contra la delincuencia organizada no puede justificar violación alguna de los derechos fundamentales y, en particular, de los de la defensa, inscritos en la Carta de Derechos Fundamentales”²⁷.

El CESE se muestra proclive a dar mayor relevancia a las garantías en términos del derecho de defensa, destacando que la Propuesta de Directiva prevé “garantías procesales mínimas así como vías de recurso para el demandado”²⁸. Considera que “aunque parece supérfluo invocar el derecho a un tribunal imparcial, en cambio es útil precisar que cualquier

²³ Propuesta de Directiva, p. 4.

²⁴ Artículo 1, Objeto; artículo 2, Definiciones.

²⁵ Artículo 3, Decomiso basado en condena; artículo 4, Poderes de decomiso ampliado; artículo 5, Decomiso no basado en condena; artículo 6, Decomiso de terceros; artículo 7, Embargo preventivo; artículo 8, Garantías; artículo 9, Determinación del alcance del decomiso y ejecución efectiva; artículo 10, Administración de bienes embargados preventivamente.

²⁶ Dictamen del Comité de las Regiones-Paquete sobre la protección de la economía lícita (en adelante Dictamen CDR), DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 138, apartado 39.

²⁷ Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 129 apartado 1.5.

²⁸ Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131 apartado 4.7.1.

resolución de decomiso debe ser motivada y ha de notificarse a todas las personas afectadas”²⁹. Además, reclama que se reconozca el pleno derecho a la asistencia jurídica gratuita³⁰ a aquellas personas cuyos bienes hayan sido embargados, de acuerdo con lo previsto en las normas europeas en materia de lucha contra el blanqueo de capitales, así como que se le reconozca a la persona procesada los mismos derechos que al tercero afectado como depositario de los bienes, proponiendo una nueva redacción del apartado 1 del artículo 8 para evitar cualquier ambigüedad al respecto: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas afectadas por las medidas establecidas en la presente directiva tengan derecho a una tutela judicial efectiva y puedan beneficiarse de pleno derecho de la asistencia jurídica gratuita. Todas las resoluciones judiciales de decomiso serán motivadas y se notificarán al interesado”. Esta última frase se correspondería, en cuanto al contenido, con lo dispuesto en la primera frase del apartado 3 del artículo 8 de la Propuesta de Directiva, sustituyendo el CESE el término “razonadas” por “motivadas”³¹.

Debemos destacar que, a pesar de su importancia, en el art. 8 PD no se incluye una referencia expresa al derecho fundamental de defensa consagrado en el art. 41.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Comisión sí que alude al derecho de defensa en el considerando 18 PD, al señalar que la Directiva respeta los derechos fundamentales y se atiene a los principios de legalidad y proporcionalidad de las infracciones penales reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 49), debiéndose aplicar de conformidad con esos derechos y principios. Los derechos que se citan en este considerando son: el derecho a la propiedad (art. 17 CDFUE); el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 7 CDFUE); el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 8 CDFUE); el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial (art. 47 CDFUE); la presunción de inocencia y el derecho de defensa (art. 48 CDFUE); y, por último, el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma infracción (art. 50 CDFUE).

En esta relación de derechos contemplada en el citado considerando se incluye, como acabamos de ver, el derecho a la propiedad reconocido en el art. 17 CDFUE, derecho respecto del cual solo se pueden introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, “cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades en general”, en virtud de lo previsto en el art. 52.1 CDFUE (Alcance de los derechos garantizados). Ahora bien, no estamos tan seguros de que las limitaciones del derecho a la propiedad previstas en la Propuesta de Directiva respeten en todos los casos el principio de proporcionalidad, y es que, en nuestra opinión, la proporcionalidad debería ser analizada en relación con cada infracción delictiva en particular y no con carácter genérico como se procede en la Propuesta. La Comisión sostiene que se respeta el principio

²⁹ Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131 apartado 4.7.1.

³⁰ El derecho a la asistencia jurídica gratuita está reconocido tanto en el art. 47 CDFUE como en el art. 6 de la CEDH. El TEDH ha extendido el ámbito de aplicación de la asistencia jurídica gratuita a procedimientos de carácter civil.

³¹ Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartados 4.7.2. y 4.7.3.

de proporcionalidad de las infracciones penales, ya que estas restricciones son necesarias y responden efectivamente a objetivos de interés general o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de otras personas, “como es el caso de la prevención de la delincuencia organizada”³². Téngase en cuenta que lo previsto en la Propuesta de Directiva no solo va a ser de aplicación en casos de delincuencia organizada sino que puede aplicarse a cualquier infracción penal contemplada en la enumeración del art. 2.6 PD, y, por otra parte, que es imposible constatar esto a priori, sino que deberá llevarse a cabo ese análisis de proporcionalidad en relación con cada uno de los delitos. De ello es consciente el CESE, pues al pronunciarse sobre el art. 8 del proyecto de Directiva, nos recuerda la jurisprudencia del TEDH sobre el particular: “Con arreglo al enfoque desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para apreciar, caso por caso, la proporcionalidad de determinadas medidas que restringen el derecho fundamental de propiedad –en particular, el decomiso ampliado, el decomiso no basado en condena y el decomiso de terceros...”³³.

3.2. España

Como hemos visto anteriormente, el Gobierno afirma que las modificaciones previstas en la regulación del comiso “tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos”³⁴.

En el Proyecto, la regulación general del comiso pasa de estar prevista un solo artículo (art. 127 CP) a contemplarse en seis artículos (art. 127 a 127 sexies PrCP), incluyéndose una mención genérica a algunas medidas procesales -medida cautelar de embargo preventivo, realización anticipada y utilización provisional- en los apartados 1 y 2 del art. 127 sexies PrCP.

Las novedades afectan, especialmente, según se apunta en la Exposición de Motivos, a “tres cuestiones: el comiso sin sentencia; el comiso ampliado; y el comiso de bienes de terceros”. No obstante, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, todas las modalidades de comiso se ven afectadas por la reforma; desde el “comiso directo” hasta el “comiso por sustitución”, en la terminología utilizada en la Exposición de Motivos. Además, con el fin de mejorar la gestión de activos intervenidos, se revisa la regulación prevista en la LECr (arts. 367 quáter y ss.) y se crea una Oficina de Gestión de Activos³⁵.

³² Propuesta Directiva, pág. 14. Cuando ni tan siquiera existe una definición clara de delincuencia organizada, como ha sido puesto de manifiesto por el propio Parlamento Europeo en su Resolución, DOUE C 131 E de 8.05.2013, p. 73, apartado 7, donde insta a la Comisión a presentar, antes de finales de 2013, una Propuesta de Directiva que contenga una “definición más concreta de la delincuencia organizada y defina mejor las características claves del fenómeno...”.

³³ Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartado 4.7.1.

³⁴ Exposición de Motivos, apartado X, BOCG, 04.10.2013, p. 8.

³⁵ Se prevé la creación de una Oficina de Gestión de Activos “a la que corresponderá realizar las actuaciones necesarias para gestionar, del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos” (EM, apartado X, BOCG, 04.10.2013, p. 10). En la DF 4ª PrCP se habilita al Gobierno para que, antes del 30 de junio de 2015, apruebe las disposiciones para regular la estructura, funcionamiento y actividad de la Oficina de Gestión de bienes decomisados.

Finalmente, la reforma se completa con la introducción de una regulación del procedimiento de comiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁶.

La reforma de las modalidades del comiso consiste, fundamentalmente, en: a) extensión del comiso ampliado regulado actualmente en el art. 127.1 párrafo 2 CP, “a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que se puedan derivar importantes beneficios económicos” (art. 127 bis PrCP)³⁷; b) regulación del comiso sin sentencia de condena, para aquellos supuestos en los que no resulta posible el enjuiciamiento del acusado durante un período de tiempo muy prolongado (normalmente porque se encuentra en situación de rebeldía) y existe un peligro evidente de que puedan prescribir los hechos de los que esos bienes, o ganancias proceden (art. 127 ter PrCP). Aun cuando este tipo de comiso está regulado en el vigente art. 127.4 CP, se aprovecha la reforma “para introducir algunas mejoras técnicas en su regulación e introducir las normas procesales necesarias para su posible aplicación”³⁸; c) delimitación de los supuestos en los que el comiso pueda extenderse a los bienes de terceras personas a las que hayan podido ser transferidos los bienes, efectos o ganancias (art. 127 quáter PrCP). Aun cuando ya está prevista en nuestra legislación (art. 127.1 in fine CP), “la reforma introduce algunas mejoras técnicas orientadas a incrementar la eficacia y seguridad jurídica

³⁶ Se crea un nuevo “Título VIII” en el libro IV con la rúbrica “Del procedimiento de comiso”, integrado por dos Capítulos. En el Capítulo I, “De la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el comiso”, se integran los artículos 846 bis a) a 846 bis d) LECr. El Capítulo II, “Del procedimiento autónomo de comiso”, está integrado por los artículos 846 bis. e) a 846 bis.g) LECr, y en él se regula este procedimiento autónomo no solo para los casos del art. 127 ter PrCP, sino también para “aquellos otros supuestos en los que ello facilite un desarrollo más rápido y ágil del proceso penal o resulte oportuno para facilitar el comiso de bienes y efectos procedentes de actividades delictivas que, por cualquier razón, no hubiera podido solicitarse con anterioridad” (EM, apartado X, BOCG, 04.10.2013, p.10).

³⁷ Apartado X, Exposición de Motivos PrCP, BOCG, 04.10.2013, p.9.

³⁸ Apartado X, Exposición de Motivos PrCP, BOCG, 04.10.2013, p.9. En la Exposición de Motivos del Proyecto, atendiendo a la petición del Consejo Fiscal, Informe CF, p.118, el Gobierno ha incluido una declaración sobre la naturaleza de esta modalidad de comiso, declaración que, desde nuestro punto de vista, es desacertada. Desacertada, en la medida en que si bien no puede ser considerada una pena, al no ajustarse a la culpabilidad por el hecho, ello no impide que pueda ser considerada una sanción penal –piénsese en las medidas de seguridad- y, por ende, tener “una naturaleza propiamente penal”; por otra parte, en la medida en que si la naturaleza de la sanción se hace depender del proceso en el que se acuerda(argumento utilizado en la EM), no se puede negar el carácter de sanción penal a esta modalidad de comiso ya que en el Proyecto se prevé la introducción de un proceso penal, habiendo descartado el Gobierno la previsión de un proceso autónomo de comiso de carácter civil o incluso administrativo. El Proyecto prevé la regulación del procedimiento de comiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en un proceso autónomo de comiso que servirá, entre otras, “de cauce a las pretensiones de comiso de bienes o efectos del Ministerio Fiscal en los supuestos de comiso sin condena”. La importancia del procedimiento cuando se trata del decomiso no basado en condena, ha sido destacada por GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, *Recuperación de activos*, p. 33, abogando por la necesidad de establecer reglas de procedimiento y de prueba lo más específicas y definidas posibles. En este documento se contemplan unos “mínimos” que deberían estar cubiertos por las leyes, reglas administrativas y reglas de procedimiento. Sobre la regulación administrativa, GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, *Recuperación de activos*, pp. 33 y ss. Una de las ventajas que se destacan de la regulación administrativa, es la posibilidad de modificarse sin necesidad de revisión judicial o legislativa, lo que permitiría actualizaciones oportunas para atender las necesidades cambiantes de un programa de decomisos. Véase GARRIDO, «Procedimientos administrativos en Colombia: buenas prácticas en la delegación a la rama ejecutiva», en *Recuperación de activos*, pp. 193 y ss.

en la aplicación de esta regulación”³⁹; d) se prevé el comiso por valor equivalente en fase de ejecución, para todos aquellos supuestos en los que el comiso de los bienes o efectos procedentes del delito no resulta posible en todo o en parte, “con la finalidad de incrementar la eficacia de la nueva regulación” (art. 127 quinquies PrCP)⁴⁰.

4. Definiciones

En el art. 2 PD, dedicado a las definiciones, se contempla, accediendo a una petición del Parlamento Europeo⁴¹, una nueva definición de producto más amplia que la prevista en la DM 2005/212/JAI, “a fin de incluir la posibilidad de decomisar todos los beneficios cuantificables derivados de los productos del delito, incluidos los productos indirectos”⁴². Conforme a esta nueva definición, en la Propuesta de Directiva se entiende por “producto”, “todo beneficio económico resultante de infracciones penales; podrá consistir en cualquier forma de bien e incluirá toda reinversión o transformación posterior de los productos directos realizada por un sospechoso o un acusado y todos los beneficios cuantificables” (art. 2 (1) PD)⁴³. Si bien en los considerandos previos al articulado de la Propuesta de Directiva, la Comisión habla de la posibilidad de considerar incluidas en esta definición incluso “las responsabilidades pecuniarias eludidas”⁴⁴, desde nuestro punto de vista, esto resulta más que cuestionable.

Respecto a la definición de “bienes” contemplada en la Propuesta de Directiva, que entiende por estos “cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos o instrumentos jurídicos acreditativos de un título o

³⁹ Apartado X, Exposición de Motivos PrCP, BOCG, 04.10.2013, p.9.

⁴⁰ Apartado X, Exposición de Motivos PrCP, BOCG, 04.10.2013, p.9.

⁴¹ Resolución sobre delincuencia organizada, de 25 de octubre de 2011, DOUE C 131 de 8.05.2013, p.73.

⁴² Exposición de Motivos PD, apartado. 2.6, p. 11.

⁴³ Esta ampliación ha sido muy bien recibida tanto por el CESE en su Dictamen, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 130, apartado 4.2.1. que se congratula por esta ampliación que considera como un “avance notable respecto de la Decisión 2005/212/JAI”; como por el CDR, Dictamen CDR, DOUE C 391 de 18.12.2012 p.137, apartado 30, al afirmar que “considera positivo que, por otra parte, introduzca disposiciones que permitan interpretar muy extensivamente el concepto de producto del delito (mediante el concepto de reutilización de los productos en forma de derechos o bienes)...”. Debemos destacar que las definiciones de “productos” contempladas en los instrumentos jurídicos europeos se apartan de la ofrecida por la Naciones Unidas en las Convenciones de Palermo y contra la Corrupción, definición menos prolija pero que no excluye ningún tipo de producto y que hace referencia expresa a los productos indirectos, por lo que hubiese sido preferible que en la Propuesta de Directiva se hubiese definido producto en los mismos términos que lo hace Naciones Unidas en esas dos Convenciones: “Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”. No olvidemos que, como la propia Comisión nos recuerda constantemente, la uniformidad en la definición permite mejorar la cooperación internacional.

⁴⁴ Propuesta, p. 17, apartado 8: “Es necesario ampliar el actual concepto de producto con objeto de incluir los productos directos de la actividad delictiva y todos los beneficios indirectos, incluida la posterior reinversión o transformación de los productos directos, el valor de las responsabilidades pecuniarias eludidas y todos los beneficios cuantificables”. En la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, se incluye dentro del concepto de bienes procedentes de una actividad delictiva, la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

derecho sobre esos bienes”, resulta criticable que el término a definir “bienes”, se incluya en la definición. Por ello hubiese sido preferible que se hubiese sustituido este término por el de “activos”, tal y como se ha procedido en la definición de bienes contemplada en la Convención de Palermo y en la Convención contra la Corrupción⁴⁵.

Lamentablemente, como viene siendo la práctica habitual en nuestro país, el legislador no utiliza los términos que se utilizan en las normas internacionales en materia de comiso⁴⁶, con la consiguiente confusión que ello general no solo a nivel nacional, tanto en el seno de la doctrina⁴⁷ como en los propios Tribunales⁴⁸, sino también a nivel internacional⁴⁹. Como en su día puso de manifiesto la Comisión, “Estos términos son fundamentales porque su utilización en las normas de aplicación garantiza que los conceptos a los que se refieren son los mismos y tienen el mismo significado”⁵⁰.

5. Modalidades de decomiso (PD) o decomiso (PrCP)

Pasamos a analizar a continuación la regulación de las distintas modalidades de decomiso o comiso, según se utilice la terminología de la Propuesta de Directiva o la del Proyecto, contempladas en estos textos: a) decomiso o comiso basado en condena o “comiso directo”; b) decomiso o comiso ampliado; c) decomiso o comiso no basado en condena; d) decomiso o comiso de terceros. En relación con cada uno de ellos nos ocuparemos en primer lugar de la propuesta de Directiva para a continuación analizar el texto del Proyecto.

⁴⁵ La definición contemplada en la Propuesta de Directiva es parecida a la contemplada en ambas Convenciones, en la medida en que la propuesta prescinde de los términos corporales o incorporales y los sustituye por “materiales o inmateriales”; suprime los calificativos de “tangibles e intangibles”; en vez de “instrumentos legales” la propuesta utiliza la expresión “instrumentos jurídicos”; en las Convenciones se hace referencia a la propiedad y en la propuesta de Directiva se hace una referencia genérica a cualquier título. La letra d) del art. 2 de ambas Convenciones reza así: “d) Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

⁴⁶ Se podría proceder de la misma forma que en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, a través de la cual “...desde el punto de vista técnico se ha realizado una verdadera transposición, adaptando la terminología y sistemática de la Directiva a las prácticas legislativas patrias” (EM).

⁴⁷ Sobre los problemas que los términos utilizados por el legislador español han generado y siguen generando, consultar AGUADO CORREA, *RECPC*, 2013, 05: 23.

⁴⁸ El propio Tribunal Supremo reconoce estos problemas, en la Sentencia 974/2012, de 5 de diciembre: “Las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso, al amparo de la norma general, contenida en el citado art. 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito”.

⁴⁹ En España no podemos afirmar lo mismo que han puesto de manifiesto otros países en el Informe con arreglo al artículo 6 de la Decisión marco del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (2005/212/JAI), de 17 de diciembre de 2007, p. 4: “Algunos Estados miembros han señalado que no era necesario tener en cuenta ciertas definiciones ya que, a pesar de que no figuran en sus legislaciones, son conocidas y no dan lugar a ninguna ambigüedad”.

⁵⁰ Informe, con arreglo al artículo 6 de la Decisión marco del Consejo (2005/212/JAI), p. 4.

5.1. Decomiso o comiso basado en condena

a. Artículo 3 PD

“Decomiso basado en condena. “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso total o parcial de los instrumentos y productos de resultados de una resolución penal firme condenatoria. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos de resultados de una resolución penal firme condenatoria”.

El artículo 3 PD incorpora, en parte, el art. 2 (Decomiso) de la Decisión Marco 2005/212/JAI y, en parte, el artículo 3 (Decomiso del valor) de la Decisión Marco 2001/500/JAI. En este artículo 3 PD se obliga a los Estados miembros a permitir el decomiso de los instrumentos y de los productos del delito a raíz de una resolución penal condenatoria definitiva (apartado 1), así como a prever las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes de valor equivalente a los productos del delito (apartado 2).

Respecto de la regulación contenida en esas dos Decisiones Marco de 2001 y de 2005, la Propuesta de Directiva presenta las siguientes diferencias: por una parte, a diferencia de lo previsto en el art. 2 DM 2005/212/JAI, en la Propuesta de Directiva no se exige que se trate de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad superiores a un año⁵¹; por otra parte, tampoco se prevé, como sí se hacía en el art. 3 párrafo 1 *in fine* de la DM 2001/500/JAI, que los Estados miembros puedan excluir el decomiso de bienes de un valor que corresponda al producto del delito, en los casos en los que dicho valor sea inferior a 4.000 euros.

En la Propuesta de Directiva, como viendo siendo habitual tanto en los instrumentos europeos como de las Naciones Unidas⁵², el comiso del valor equivalente únicamente se prevé en relación con los productos del delito y no respecto de los instrumentos, lo cual ha sido criticado por el CESE al estimar que “no hay razón para restringir esta medida a los productos de la delincuencia”, recomendando ampliar la misma a los instrumentos, los cuales incluyen “los medios de transporte empleados para hacer transitar en la Unión Europea los productos de la delincuencia”⁵³.

b. Artículo 127 PrCP

“1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado,

⁵¹ No obstante, debe tenerse presente que este artículo seguirá estando vigente para las actividades delictivas no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva al no preverse su sustitución en el artículo 14 PD.

⁵² Así, por ejemplo, art. 2.1 del Convenio de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito; art. 3 DM 2001/500/JAI; art. 12.1 a) Convención de Palermo; y art. 31.1.a) Convención contra la Corrupción.

⁵³ Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131. Al hilo de esta crítica formulada por el CESE, en relación con la redacción del art. 3 PD, debemos recordar que en España se puede proceder al comiso por valor equivalente de los instrumentos, ya que al regular el comiso por valor equivalente, tanto el art. 127.3 CP como el art. 127.3 PrCP se refieren a los bienes señalados en los apartados anteriores del artículo 127, estando previsto el comiso de los instrumentos en el apartado 1, por lo que no se circunscribe el comiso de bienes por valor equivalente a los productos, sino que se amplía a los efectos, bienes e instrumentos.

así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

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

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá, cuando se acuerde el comiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.”

El denominado “comiso penal”, “comiso basado en condena” o “comiso directo” (EM PrCP) se regula en el art. 127 PrCP, precepto integrado por tres apartados. En el primero de ellos se regula el comiso como consecuencia accesoria de toda pena impuesta por un delito doloso, siendo los cambios en él previstos consecuencia tanto de la supresión de las faltas como de la nueva regulación del comiso sobre bienes de terceros contemplada en el art. 127 quáter PrCP. El segundo apartado está dedicado, al igual que ahora, a la regulación del comiso en los delitos imprudentes sin que ésta sufra cambio alguno. En el último apartado se regula del comiso por valor equivalente o “comiso por sustitución” (EM PrCP), en cuya regulación podemos constatar los primeros cambios respecto de la contemplada en los AAPP, en los cuales aparecía regulado este comiso casi en los mismos términos en los que está regulado actualmente en el apartado 3 del art. 127 CP⁵⁴.

En cuanto a los cambios previstos en el PrCP, respecto a la regulación del comiso por valor equivalente, contemplada actualmente en el art. 127.3 CP caben destacar los siguientes: a) no se exige que los bienes sobre los que recae pertenezcan a la persona criminalmente responsable⁵⁵; b) se incluye dentro del objeto del comiso por valor equivalente las ganancias indirectas, ya que permite decomisar “otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenidos de ellos”, es decir, las ganancias obtenidas de los bienes que por cualquier circunstancia no se han podido decomisar, previsión que hay que poner en relación con la nueva definición de producto que se contempla en el art. 2 (l) PD; c) la última cláusula, que en realidad no constituye ninguna novedad⁵⁶, se limita a aclarar que el valor a tener en cuenta para calcular el valor económico de los mismos es el del momento de adquisición,

⁵⁴ Únicamente se diferenciaba de la regulación actual en que se incluía una referencia expresa a la posibilidad de que este comiso recayese sobre bienes de “incluso de origen lícito”, al igual que la contemplada en el actual art. 374.1.5ª CP para los supuestos en los que el objeto a decomisar hubiese desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables. La CFGE 4/2010 “Sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal”, p. 62, ya había concluido que en los casos de “pérdida, desaparición o irreivindicabilidad” se debe proceder por sustitución de los mismos al decomiso de los bienes de origen lícito del responsable.

⁵⁵ Esta exigencia fue criticada cuando se introdujo a través de la LO 5/2013, AGUADO CORREA, *RECPC*, 2003, p.04:6.

⁵⁶ La utilidad del comiso por valor equivalente para los supuestos de disminución del patrimonio, fue puesta de manifiesto en AGUADO CORREA, *El comiso*, pág. 97; LA MISMA, *RECPC*, 2003, p.04:5.

de manera que en los casos en los que haya disminuido su valor económico desde ese momento, se deberá acordar el comiso por valor equivalente de otros bienes por una cantidad que corresponda a la diferencia que hay entre el valor económico de los bienes cuando se adquirieron y en el momento de acordar el comiso. La referencia a la forma de incorporación al patrimonio del bien a través de la adquisición, excluye inexplicablemente otras formas de incorporación al patrimonio del sujeto distintas, de ahí que sea preferible suprimir la referencia a la adquisición, y sustituirla por el “valor de lo obtenido”. A través de esta cláusula se incorpora a nuestro Código Penal, una previsión como la contemplada en el párrafo 73 a *Verfall des Wertersatzes StGB*⁵⁷.

Frente a esta nueva regulación del comiso por valor equivalente, no nos queda más que mostrar nuestro rechazo dada la vulneración de derechos fundamentales que implica. La regulación propuesta en el Proyecto mantiene el carácter imperativo del mismo⁵⁸, al tiempo que no limita las circunstancias en las que se puede proceder a acordarlo, al permanecer inalterados los términos en los que se redacta el presupuesto de aplicación del mismo (“Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes...”) ⁵⁹. Además, debe tenerse presente que el comiso por valor equivalente se puede acordar en relación con cualquier tipo de delito, lo cual ya ha sido objeto de crítica por parte de un sector de la doctrina en relación con la regulación actual⁶⁰.

⁵⁷ Junto al comiso de un objeto en virtud del párrafo 73 StGB, el Juez acordar el comiso del valor equivalente, siempre que el valor sea menor que el valor de obtenido.

⁵⁸ En el Código Penal alemán el comiso por valor equivalente para los efectos e instrumentos (§ 74 c)StGB) se prevé con carácter facultativo y además se circunscriben los supuestos en los cuales se puede proceder al mismo en atención a las circunstancias que han imposibilitado el comiso del bien original. Este comiso por valor equivalente se puede acordar en todos los casos de *Einziehung* (comiso de efectos e instrumentos), incluido el previsto en el párrafo 33 BtMG, si bien como nos recuerda WINKLER, «Verbrechen und Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz», *NSIZ* 2009, p. 433, son muy raros los casos en los que se acuerda este comiso por valor equivalente.

⁵⁹ GARCÍA ARÁN, en *Comentarios al Código*, p. 957, propone interpretar la expresión legal “por cualquier circunstancia”, como referida “exclusivamente a circunstancias imputables dolosa o imprudentemente al sujeto”, puesto que con ello se explica también que este comiso solo pueda acordarse sobre bienes sustitutivos pertenecientes a los “criminalmente responsables del hecho”, en una expresión del principio de personalidad propio de las penas. Recordemos que en el Código Penal alemán se prevé este comiso para los casos en los que el autor o el partícipe con su conducta ha frustrado el comiso de los bienes, enajenándolos, consumiéndolos, o de cualquier otra forma. La doctrina alemana destaca su carácter de pena (*Strafcharakter*), así ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª ed., 2010, § 74 c) Nm. 2. basándose en su función de intimidación y de venganza. Según este autor, vor §§ 73 ff. Nm. 14, el comiso de efectos e instrumentos tiene carácter de pena cuando el precepto parte de criterios relacionados con el autor, en particular, cuando el comiso no requiere una peligrosidad especial del objeto, va unido a hechos delictivos consumados y se limita a objetos propiedad del autor. En estos casos, en primer plano no existe ningún motivo de seguridad relacionado con el objeto sino solo motivos de represión relacionados con la persona. De ahí que este autor, considere en estos casos el *Einziehung* como “eine gegenständlich spezifizierte Vermögensstrafe”. En el seno de nuestra doctrina, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE/SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El comiso», en *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, 2012, p. 209, afirman que el comiso es “una pena no personal sino real”.

⁶⁰ GARCÍA ARÁN, en *Comentarios al Código*, p. 957, considera que su extensión a toda clase de delitos, y su no circunscripción a los delincuencia grave y/u organizada, “desnaturaliza la institución del comiso en su concepción del CP de 1995, recuperando características propias de las penas”.

5.2. Decomiso/Comiso ampliado

a. Artículo 4 PD

“Poderes de decomiso ampliados 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal, cuando un tribunal concluya, basándose en hechos concretos, que es considerablemente más probable que los bienes en cuestión procedan de actividades delictivas similares cometidas por la persona condenada que de otro tipo de actividades. 2. No se podrá proceder al decomiso cuando las actividades delictivas similares mencionadas en el apartado 1 a) no puedan ser objeto de un proceso penal por haber prescrito con arreglo al Derecho penal nacional, o b) ya hayan sido objeto de un proceso penal resuelto con una sentencia firme absolutoria de la persona o en otros casos en los que se aplique el principio *ne bis in ídem*”.

En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva encontramos la definición del “decomiso ampliado”, entendiéndolo por tal la Comisión, la “capacidad de decomisar activos que superan los ingresos directos de un delito. Una condena penal puede entrañar el decomiso (ampliado) no solo de los activos asociados con el delito concreto, sino de los activos adicionales que, según el órgano jurisdiccional, sean producto de otros delitos similares”⁶¹.

Los “Poderes de decomiso ampliados” se regulan en los dos apartados de los que consta el art. 4 PD: en el primero, se contempla el alcance y el ámbito de aplicación de este tipo de decomiso; en el segundo, se regulan las excepciones a dichos poderes de decomiso ampliados.

La regulación del decomiso ampliado prevista en la Propuesta de Directiva presenta novedades destacables frente a la contemplada en el artículo 3 de la Decisión marco 2005/212/JAI, comenzando por la denominación del mismo (poderes en vez de potestad de decomiso ampliado). Las principales novedades son:

- 1) Se amplía su ámbito de aplicación puesto que se prevé para los delitos contemplados en el art. 83.1 TFUE⁶², y además no se incluye restricción alguna relacionada con las penas con las que deben estar castigadas estas infracciones penales.
- 2) Se eliminan las alternativas de que disponen los Estados miembros⁶³, estableciéndose “un único estándar mínimo”, con el que se pretende racionalizar el régimen existente de

⁶¹ Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, p. 12.

⁶² Las infracciones penales son: corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea; falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo; terrorismo; blanqueo de capitales; corrupción en el sector privado; tráfico ilícito de drogas; ataques contra el sistema de información; delincuencia organizada; trata de seres humanos; y, finalmente, abusos sexuales y explotación sexual de los menores y pornografía infantil.

⁶³ Estas alternativas se contemplan en el art. 3.3 DM 2005/212/JAI, en los siguientes términos: “Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando: a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las

opciones alternativas para el decomiso. La Comisión justifica esta propuesta en base al resultado de su Informe de aplicación de la Decisión Marco 2005/212/JAI⁶⁴, donde puso de manifiesto que las alternativas previstas en estas disposiciones eran confusas y habían dado lugar a una transposición fragmentaria⁶⁵.

Si bien la supresión de las alternativas que se le ofrecen a los Estados miembros en la DM 212/2005/JAI ha sido bien acogida por el CESE⁶⁶ y por el CDR⁶⁷ en sus respectivos Dictámenes, la regulación del decomiso ampliado contenida en el art. 4.1 PD ha sido objeto de duras críticas por parte de ámbos Comités. Por una parte, el CESE “deplora profundamente que el criterio de la desproporción entre el valor de los bienes y el importe de los ingresos lícitos ya no figure en primer plano, sino implícitamente entre los “hechos concretos” en los que el tribunal puede basar su resolución (artículo 4, apartado 1)...”, solicitando al Parlamento Europeo y al Consejo que reintroduzcan ese criterio en el art. 4.1 PD⁶⁸ y a las autoridades nacionales que otorguen una importancia fundamental al mismo⁶⁹. Por su parte, el CDR, en la misma línea que el CESE, “sugiere que los “hechos concretos” sobre los cuales se base el Tribunal para adoptar su decisión sean ilustrados por ejemplo por la desproporción entre el valor de los bienes y los ingresos legales”⁷⁰. Este criterio, en opinión del CDR, tendría la “ventaja de subrayar que corresponde a la persona en cuestión aportar la prueba de que los bienes o derechos que no son el producto directo de la infracción, pero cuyo decomiso se pretende, provienen de otras fuentes lícitas de ingresos”⁷¹.

circunstancias del caso concreto, o bien b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien c) se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada”.

⁶⁴ Informe con arreglo al artículo 6 de la Decisión marco del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (2005/212/JAI), de 27 de diciembre de 2007, COM (2007) 805 final.

⁶⁵ Sobre los problemas que se han generado véase, AGUADO CORREA, *RECPC*, 2013. No obstante, algunos Estados, como reconoce la Comisión en su Informe, p. 5, han ido “más allá al prever la posibilidad de que los tribunales impongan una pena de decomiso total o parcial de los bienes de la persona condenada sin necesidad de demostrar que proceden de actividades delictivas”. La Comisión no se refiere a nuestro país puesto que el Informe fue redactado en 2007, y nuestro legislador incorporó al CP el comiso ampliado en 2010.

⁶⁶ Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartado 4.4.1.

⁶⁷ Dictamen CDR, DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 137, apartado 31.

⁶⁸ El CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartado 4.4.2, propone que tras la expresión “a una persona condenada por una infracción penal” se añadan las palabras “en una medida proporcionada a su ingresos lícitos”.

⁶⁹ Destaca el CESE que las “legislaciones nacionales más avanzadas en la lucha contra la delincuencia organizada otorgan a este criterio un valor decisivo”. Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartado 4.4.2.

⁷⁰ Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131, apartado 4.4.2.

⁷¹ Dictamen CDR, DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 137, apartado 31.

En relación con esta crítica, cabe destacar que la Comisión también se refiere a los ingresos lícitos como uno de los criterios a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional nacional al valorar los “hechos concretos”, en los siguiente términos:

“El decomiso ampliado se debe aplicar cuando un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos tales como los relacionados con la naturaleza del delito, los ingresos lícitos de la persona condenada, la diferencia entre la situación financiera y el nivel de vida de esa persona u otros hechos, concluya que es considerablemente más probable que los bienes en cuestión procedan de otras actividades delictivas, de naturaleza o gravedad similares a la que supuso la condena de la persona, que de otro tipo de actividades” (Considerando 10 PD)⁷².

No obstante, al no contemplarse expresamente en el texto del art. 4.1 PD, este criterio no deviene obligatorio para las autoridades nacionales pero sí que puede ser un criterio a tener en cuenta.

3) Se prevén dos excepciones a los poderes de decomiso ampliado: la primera por motivos de prescripción (art. 4.2. a) PD); y la segunda, en atención a la presunción de inocencia (art. 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales) y a la vigencia del principio *ne bis in idem* (art. 4.2.b) PD).

Por último, en relación con la regulación del decomiso ampliado, cabe destacar que en el art. 4.1 PD se prevé que el decomiso ampliado puede ser total o parcial, previsión que responde, desde nuestro punto de vista, a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad si bien, como veremos a continuación, en la regulación del comiso ampliado prevista en el Proyecto no se contempla a pesar de la amplitud del ámbito de aplicación de éste. Por ello consideramos que no está de más recordarle al prelegislador español la pregunta con la que concluye el CESE su Dictamen, aprobado el 25 de abril de 2012, sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho Penal” (COM (2011) 573 final): “¿Es preciso introducir en la legislación del Unión medidas de confiscación? Aunque la introducción en la legislación europea de la pena de confiscación (distíngase del embargo de bienes) no parece contravenir principio alguno, especialmente en materia de tráfico de estupefacientes, la cuestión merece un debate pormenorizado cuando se trate de una medida de confiscación general del patrimonio, que en muchos ordenamientos no existe y que puede suscitar cuestiones en cuanto a la proporcionalidad e incertidumbre de la pena”⁷³.

b. Artículo 127 bis PrCP

“1. El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

⁷² Propuesta de Directiva, p. 18.

⁷³ DOUE C 191 de 29.06.2012, p. 102.

a) Delitos de trata de seres humanos. b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de quince años. c) Delitos informáticos de los artículos 197.2 y 3 ó 264. d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los que hubiera Sido apreciada la circunstancia de profesionalidad. e) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial. f) Delitos de corrupción en los negocios. g) Delitos de receptación del artículo 298.2.h) Delitos de blanqueo de capitales. i) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.j) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. k) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373. l) Delitos de falsificación de moneda. m) Delitos de cohecho. n) Delitos de malversación. o) Delitos de terrorismo. p) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

2. A los efectos de lo previsto en el número 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1º. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2º. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3º. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juez o Tribunal valorará el alcance del comiso anterior acordado al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento.

5. El comiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.”

Antes de pasar a analizar la regulación del comiso ampliado, queremos destacar que su previsión en un artículo separado, ubicado a continuación de la regulación del comiso en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes (art. 127.1 y 2 PrCP), y no con carácter previo a éste último como sucede en el vigente Código Penal (art. 127.1. 2º párrafo CP), da lugar a la ampliación del ámbito de aplicación de este tipo de comiso pues ya no solo se puede aplicar cuando se trate de delitos dolosos (art. 127.1 PrPC) sino también delitos imprudentes (art. 127.2 PrPC). Su ubicación permite acordar el decomiso ampliado en el caso de que el sujeto fuese condenado por un delito de blanqueo de capitales imprudente, lo cual puede resultar desproporcionado.

La regulación del comiso ampliado prevista en el art. 127 bis del Proyecto, presenta cambios relevantes frente a la regulación del mismo contemplada en los dos Anteproyectos que le precedieron en menos de un año. Siendo la regulación del comiso ampliado la que más cambios ha sufrido en los textos prelegislativos y la que más críticas ha generado, nos ocuparemos a continuación de la regulación propuesta tanto en el

Proyecto como en los Anteproyectos, con el fin de constatar la ampliación progresiva que ha sufrido el ámbito de aplicación del mismo y las mejoras técnicas en la redacción.

El primer cambio destacable es que el art. 127 bis PrPC consta de cinco apartados frente a los cuatro de los que constaba en ambos Anteproyectos: el apartado dedicado a regular este tipo de decomiso y a establecer su ámbito de aplicación (apartado 1 art. 127 bis AAPP), es el que más cambios ha sufrido puesto que no solo se ha modificado su redacción sino que el contenido del mismo se ha distribuido entre los dos primeros apartados del art. 127 bis PrCP; el tercer apartado (apartado 2 art. 127 bis AAPP), prevé la aplicación al comiso ampliado de la regulación del comiso por valor equivalente regulado en el artículo anterior (art. 127.3 PrCP); en el cuarto apartado (apartado 3 art. 127 bis AAPP) se contempla la posibilidad de valorar el alcance del comiso ampliado cuando haya una nueva sentencia condenatoria posterior; en el quinto y último apartado (apartado 4 art. 127 bis AAPP), se regulan las excepciones. Veamos cada uno de estos apartados por separado.

(i) Art. 127 bis 1 PrCP

“El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes y efectos y ganancias⁷⁴...”

El comiso ampliado se sigue regulando en el Proyecto con carácter imperativo, al utilizar el prelegislador el verbo “ordenará”. El uso de esta fórmula legal imperativa no permite, en nuestra opinión, “interpretar que este comiso ampliado es ajeno al principio acusatorio, sino una medida que podría acordarse de oficio por el Juez o Tribunal”, como propone en relación con la actual regulación, GALLEGO SOLER⁷⁵. El carácter imperativo del comiso no obsta para afirmar que se trata de una medida controvertible en juicio, y de ahí la necesidad de que se someta expresamente a debate por parte del Ministerio Fiscal. De no actuarse así, se estaría imponiendo una sanción penal “sin previa acusación y sin previo sometimiento al principio de contradicción con olvido de la profunda significación que tiene en nuestro sistema procesal penal constitucional el principio acusatorio como una de las manifestaciones más relevantes de la proscripción de toda indefensión proclamada en el

⁷⁴ En cuanto al objeto sobre el cual puede recaer el comiso ampliado, llamaba la atención que en los Anteproyectos no se hiciese referencia a los instrumentos ni a las ganancias cuando se determinaba el alcance del mismo ya que solo se referían a los “bienes o efectos”, a diferencia de lo que se establece en el art. 127.1.2º CP en el que el comiso ampliado abarca “a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas”. Esta omisión, que afectaba también al decomiso sin condena del art. 127 ter AAPP (por remisión) y al art. 127 quáter AAPP, afortunadamente ha sido subsanada en el Proyecto por lo que respecta a las ganancias. Por “errores” u “olvidos” de este tipo, la finalidad que se persigue con esta reforma (“facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación recuperación de activos procedentes del delito”) no se podría lograr. Es un error en el que también incurrió el legislador de 1995, cuando reguló el uso provisional y el destino definitivo de lo decomisado en el art. 374 (art. 374. 2 y 3 CP). Véanse las críticas que en su día se formularon en AGUADO CORREA, *El comiso*, p. 160. Ya denunció esta omisión en el AP 2012, MANZANARES SAMANIEGO, «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV): de la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de las responsabilidades criminal (artículos 109 a 137 CP)», *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1274. También destaca esta omisión en el AP 2013, el Consejo de Estado en su Dictamen, instando a su revisión para “dejar claro que el comiso se extiende en todos los casos, a los bienes, medios o instrumentos con que se haya perpetrado o ejecutado el delito, y a las ganancias provenientes del mismo...”.

⁷⁵ GALLEGO SOLER, «Comentario al artículo 127 CP» en *Comentarios al Código Penal*, p. 300.

art. 24.1 CE (STC 123/1995, FJ 3)⁷⁶. Es más, en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998, se exige expresamente el respeto del principio acusatorio a la hora de acordar el comiso previsto en el art. 374 CP, siempre que se trate de ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada. En relación con lo dispuesto en este Acuerdo, la Fiscalía General del Estado ha afirmado que el “comiso en cuanto consecuencia accesoria está sujeto al principio acusatorio”⁷⁷. Por su parte, el Tribunal Constitucional, recuerda que “en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)” (STC 219/2006, FJ 9; 220/2006, FJ 8).

“...a una persona condenada...”

Aun cuando en principio es necesario que el sujeto haya sido condenado por alguno de los delitos relacionados en el apartado primero, lo cierto es que tanto en el Proyecto como en el CP, se permite el decomiso ampliado incluso en los supuestos en los que no haya persona condenada⁷⁸. Bien es cierto que el decomiso sin condena se regula con carácter facultativo, por lo que atendiendo al objetivo de la Decisión Marco 2005/212/JAI⁷⁹ y de la Propuesta de Directiva así como a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad, el comiso ampliado únicamente debería acordarse cuando haya una persona condenada y declarada culpable de una infracción penal de las previstas en el art. 127 bis PrCP. De lo contrario, se estarían vulnerando derechos fundamentales y principios constitucionales.

“... por alguno de los siguientes delitos...”

Si hay una crítica en la que coincide la doctrina es el hecho de que el comiso ampliado regulado actualmente en el art. 127 párrafo 2 CP, se puede acordar en muchos más delitos de los previstos en la Decisión Marco 2005/212/JAI⁸⁰, al mismo tiempo que se excluye de su ámbito de aplicación determinados delitos que generan grandes beneficios económicos,

⁷⁶ Véase, AGUADO CORREA, *El comiso*, p. 91.

⁷⁷ CFGE 2/2005 “Sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas”, p. 25.

⁷⁸ El decomiso sin condena penal regulado en el apartado 4 del art. 127 CP se refiere a los “apartados anteriores”, entre los cuales se encuentra el comiso ampliado; el art. 127 ter PrCP, al regular el comiso sin condena prevé que se “podrá acordar el comiso previsto en los artículos anteriores”, entre los cuales se encuentra el comiso ampliado (art. 127 bis PrCP).

⁷⁹ Sobre la necesidad de que Jueces y Tribunales españoles tengan en cuenta el contenido y finalidad de la Decisión marco de 2005 cuando interpreten el art. 127.1.2º párrafo CP, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de 16 de junio de 2005, Causa C-105/03, en el caso Pupino, véase AGUADO CORREA, *RECPC*, 2013, 05:27.

⁸⁰ La previsión del comiso ampliado sin tener en cuenta el sistema de *numerus clausus* previsto en la DM 2005 ha sido objeto de nuestra crítica en «Comentario al artículo 127 CP», en *Comentarios al Código*, pp. 508 y 509; también critica esta forma de actuar del legislador GARCÍA ARÁN, «Comentario al Artículo 127 CP», en *Comentarios al Código*, p. 967.

siempre que no cometan en el marco de una organización o grupo delictivo o terrorista. Es lo que sucede en el paradigmático caso del delito de corrupción⁸¹.

Una vez más, siguiendo el lema “más vale que sobre que falte” que ya presidió la introducción de esta modalidad de decomiso a través LO 5/2010⁸², en el Proyecto de reforma se amplía desmesuradamente el ámbito de aplicación del comiso ampliado⁸³. Con la excusa de que se da cumplimiento a lo dispuesto en la Propuesta de Directiva son pocos los casos en los que no se podrá acordar, cuando en realidad en ésta se prevé la aplicación del comiso ampliado en muchos menos supuestos que los contemplados en el Proyecto⁸⁴.

El catálogo de delitos del art. 127 bis 1 PrCP ha sufrido un considerable aumento desde el inicialmente previsto en el AP 2012. La enumeración de delitos prevista en las letras a) a k) del art. 127 bis 1 AP 2012⁸⁵ coincidía sustancialmente con la contemplada en el art. 2.6 PD. Las principales diferencias que se constataban entre ambas eran: a) la omisión por parte del prelegislador de algunos delitos contemplados en la Propuesta de Directiva, como los delitos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 2.6. a) PD), o los delitos de organización terrorista (art. 2.6. d) PD); b) la inclusión en el Anteproyecto de algunos delitos que no se contemplan en la Propuesta de Directiva, como es el delito receptación para el tráfico del art. 298.2 (art. 127 bis 1 f) AP 2012) o los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 127 bis 1 h) AP 2012). En relación con este listado de delitos, un

⁸¹ Ya denunció esta omisión en relación con el Proyecto de reforma del Código Penal de 2007, BLANCO CORDERO, en «Comiso ampliado y presunción de inocencia», en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, 2008, p. 102.

⁸² Véase AGUADO CORREA, *RECPC*, 2013, 05:23 y ss.

⁸³ En la Exposición de Motivos del Proyecto (BOCG, 04.10.21013, pág. 8, apartado 10) se justifica la reforma en los siguientes términos: “El «comiso ampliado» ya fue introducido en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 5/2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales, y ahora se extiende a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos (blanqueo y receptación, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores, falsificación de moneda, corrupción en el sector privado, delitos informáticos, cohecho, malversación, o delitos patrimoniales cometidos con profesionalidad). El «comiso ampliado» permitirá a los Jueces y Tribunales, en los supuestos de condenas por delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos, como ocurre con el tráfico de drogas, terrorismo o blanqueo de capitales, ordenar el comiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas, siempre que existan indicios objetivos fundados de la procedencia ilícita de los efectos decomisados”.

⁸⁴ “La regulación contempla así una figura que se encuentra ya recogida por el derecho comparado y que será de aplicación generalizada en el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de la Directiva europea sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia de la Unión Europea que se encuentra en fase de tramitación” (Exposición de Motivos, BOCG, 04.10.21013, pág. 8, apartado 10).

⁸⁵ Art. 127 bis 1 AP 2012: “a) Delitos de terrorismo. b) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373 de este Código. c) Delitos cometidos en el seno de una organización criminal. d) Delitos de falsificación de moneda. e) Delitos de blanqueo de capitales. f) Delitos de receptación del artículo 298.2 de este Código. g) Delitos de trata de seres humanos. h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. i) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. j) Delitos informáticos de los artículos 197.2 y 3 ó 264 de este Código. k) Delitos de corrupción entre particulares”.

sector de la doctrina criticó además de la presencia de la corrupción privada⁸⁶, la inclusión de los delitos informáticos de los artículos 197.2 y 3 o 264 CP⁸⁷. No obstante, la presencia de los mismos se puede justificar acudiendo al catálogo de infracciones penales previstas en la Propuesta de Directiva ya que en ésta se prevén normas mínimas, por lo que el prelegislador está obligado a incluir, como mínimo, aquellos que en ella se relacionan. En sentido contrario, se reclamó oportunamente la inclusión de la corrupción pública y otras figuras delictivas de carácter socioeconómico⁸⁸.

Aun cuando hubiese bastado para satisfacer las exigencias de la Propuesta de Directiva con incluir los delitos de corrupción pública⁸⁹ y los delitos de organización terrorista (art. 571 CP), en el AP 2013, a sugerencia del Consejo Fiscal⁹⁰, se amplía el catálogo de delitos⁹¹, incorporándose al mismo los siguientes: delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los que hubiera sido apreciada la circunstancia de profesionalidad⁹² (letra d); delitos contra la propiedad intelectual o industrial (letra e)⁹³; delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (letra g); delitos de cohecho (letra m); delitos de malversación (letra n); y, finalmente, delitos cometidos en el seno de un grupo criminal (letra p)⁹⁴.

⁸⁶ PUENTE ABA, «Comiso en materia de tráfico de drogas: art. 374 CP», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, 2013, p. 918, ha criticado la inclusión de la corrupción privada, pero lo cierto es que la inclusión de este delito responde al texto de la Propuesta de Directiva.

⁸⁷ PUENTE ABA, en *Estudio crítico sobre*, p. 918. En opinión de esta autora, la presencia de estos delitos en el art. 127 bis 1. AP 2012 no se puede justificar, si lo que se pretende es circunscribir el catálogo de este artículo a las infracciones más graves o las que generen mayores ganancias económicas.

⁸⁸ Informe CF, p. 114. En el mismo sentido, PUENTE ABA, en *Estudio crítico sobre*, pp. 918 y 919.

⁸⁹ Cabe destacar que en las Convenciones de Naciones Unidas de Palermo, Mérida y Varsovia no se hace referencia expresa al comiso ampliado. De otra opinión, BLANCO CORDERO, en *Criminalidad organizada, terrorismo*, pp. 70 y 71, para quien en el art. 3.4 del Convenio de Varsovia (4. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para exigir, en el caso de uno o varios delitos graves definidos por su derecho interno, que el autor demuestre el origen de sus bienes sospechosos de ser producto o de otros bienes que puedan ser objeto de comiso, en la medida en que tal exigencia sea compatible con los principios de su derecho interno) “se alude al comiso ampliado”. En nuestra opinión, el uso de presunciones en el ámbito del comiso (art. 12. 7 Convención de Palermo; art. 31.8 Convención de Mérida; art. 3.4 Convenio de Varsovia), no implica que se inste a los Estados a prever el comiso ampliado.

⁹⁰ Como pone de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen, Consideración duodécima letra b), “A sugerencia del Consejo Fiscal, la versión final del Anteproyecto amplió sustancialmente la lista de los delitos por los que una condena de una persona pueda desencadenar esa ampliación del comiso de sus bienes”.

⁹¹ La mayoría de los delitos enumerados en el art. 127 bis 1 del AP 2012 permanecen en el AP 2013, si bien algunos han cambiado de posición en la citada enumeración, como le ha sucedido a la trata de seres humanos que ahora pasa a encabezar esta lista; y otros se han adaptado a los cambios propuestos en el AP 2013, que es lo que sucede con los delitos de abusos sexuales y agresiones sexuales a menores de 15 años (art. 127 bis 1 b) AP 2013) y no de 13 de años (art. 127 bis 1 i) AP 2012), como consecuencia de la elevación del límite de edad previsto en el AP 2013.

⁹² Se entiende que “Existe profesionalidad cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional”.

⁹³ Destaca la importancia del comiso en la lucha contra la piratería de marcas, PASEWALDT, *Möglichkeiten und Grenzen strafrechtlicher Vermögensabschöpfung im Bereich der Markenpiraterie*, 2011, pp. 42 y ss. Sobre el limitado ámbito de aplicación del comiso ampliado en la legislación alemana para los casos de piratería de marcas, dado los pocos tipos penales que se remiten al § 73 d) *Erweiterter Verfall*, pp. 170 y ss.

⁹⁴ En el AP 2012, se incluían los delitos cometidos en el seno de una organización criminal, pero no los cometidos en el seno de un grupo criminal.

Criticable resulta la inclusión en el AP 2013, previsión que se mantiene en el Proyecto, del comiso ampliado en los casos de delitos cometidos en el seno de un grupo criminal, teniendo en cuenta la definición tan amplia y poco precisa que ofrece el legislador español de grupo criminal al definirlo negativamente⁹⁵, debiéndose poner en relación con el art. 570 ter (grupo criminal) y el art. 570 bis (organización criminal)⁹⁶, definición que nada tiene que ver con la de “organización delictiva” prevista en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra delincuencia organizada⁹⁷.

En el listado de delitos del Proyecto caben destacar los siguientes cambios, -en comparación con el AP 2013:

a) Los delitos de corrupción entre particulares y delitos de corrupción en las transacciones internacionales (letras f) y g) art. 127 bis 1 AP 2013) se sustituyen por los delitos de corrupción en los negocios (art. 127 bis 1 letra f) PrCP), como consecuencia de la previsión de una nueva sección en el Proyecto referida a los “Delitos de corrupción en los negocios”⁹⁸, en la que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas, ya se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero.

b) Se incluyen los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313 CP (art 127 bis 1 letra i) PrCP).

Los redactores del Proyecto se han olvidado de actualizar la edad de consentimiento sexual en los delitos de abusos sexuales y agresiones sexuales a menores (art. 127 bis 1 letra b) PrCP), ya que en el Proyecto se eleva la edad de consentimiento sexual hasta los 16 años

⁹⁵ A pesar de las críticas recibidas, veáanse entre otras las formuladas por MARTELL PÉREZ ALCALDE/QUINTERO CARCÍA, «De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater)», en *La Reforma Penal*, pp. 358 y ss., las definiciones de “organización criminal” y “grupo criminal”, no sufren modificaciones sustanciales en el Proyecto siendo la única modificación que se propone fruto de la supresión de las faltas, sustituyéndose por la referencia a los delitos leves.

⁹⁶ No se remite a los arts. 570 bis y ter CP para delimitar el ámbito de aplicación del comiso ampliado, HAVA GARCÍA, «Comiso (art. 127 y Disposición Final Sexta)», *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 160. Cuando se trata del concepto de organización afirma esta autora que “parece que deberá atenderse al menos tendencialmente, de acuerdo con lo previsto en la Decisión Marco que sirve de base a la reforma, a la definición de “organización delictiva” que se recoge en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998”. Debemos aclarar que tras la aprobación de la DM 2008 relativa a la delincuencia organizada, esta Acción Común fue derogada debiéndose entender a partir de la entrada en vigor de la citada Decisión marco que la referencia a la participación en una organización delictiva según lo dispuesto en la presente Decisión marco sustituye a las referencias a la participación en una organización delictiva en el sentido de la Acción Común 98/733/JAI en las disposiciones aprobadas en aplicación del Título VI del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, entre ellas la DM 2005 relativa la comiso.

⁹⁷ En la definición de grupo criminal prevista en el art. 570 ter CP no se exige estabilidad o tiempo indefinido y, por otra parte, al igual que sucede con la definición de organización criminal, tampoco se tiene en cuenta el límite de 4 años de pena privativa de libertad o medida de seguridad al que se refiere la DM 2008, y menos aún la finalidad del grupo, que en realidad es lo que caracteriza a la delincuencia organizada: “obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Muy crítica se muestra GARCÍA ARÁN, en *Comentarios al Código Penal*, p. 966: “Basta la definición de grupo criminal no terrorista del art. 570 ter 1 CP para comprobar la extraordinaria amplitud de lo que el párrafo que ahora comentamos pretende establecer como régimen especial”.

⁹⁸ Dentro del capítulo XI del título XIII del libro II del CP.

(Capítulo II. Bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años” PrCP), frente a los 15 años en los que se estableció en el AP 2013, error que deberá ser corregido en la tramitación parlamentaria.

En cuanto a la referencia a los “delitos contra la salud de los artículos 368 a 373 de este Código” contenida en la letra k) del art. 127 bis 1 PrCP, queremos destacar la previsión del decomiso ampliado para los actos preparatorios punibles del art. 373 CP, cuando ni siquiera se contemplan éstos dentro del ámbito de aplicación de la regulación específica del comiso previsto en el art. 374 CP⁹⁹. No queremos ni pensar que el prelegislador pretende permitir acordar el comiso ampliado de los bienes de la persona condenada por actos preparatorios punibles, por la vulneración del principio de proporcionalidad que tendría lugar; mejor atribuir la mención al artículo 373 CP a un error más del prelegislador¹⁰⁰. De lo contrario, se podría interpretar que también se puede acordar el comiso ampliado en el resto de supuestos en los que se castigan los actos preparatorios punibles de los delitos previstos en el catálogo del art. 127 bis 1 AP: detenciones ilegales y secuestros cometidos en el seno de una organización criminal (art. 168 CP); trata de seres humanos (art. 177 bis. 8 CP); robo, extorsión, estafa o apropiación indebida (art. 269 CP); receptación y blanqueo (art. 304 CP); delitos de terrorismo (art. 579 CP). También se puede rechazar esta interpretación aduciendo que en el art. 127 bis 1 PrCP se habla de “persona condenada por alguno de los siguientes delitos” y los actos preparatorios punibles no son propiamente “delitos”¹⁰¹. En la Sentencia de 30 de octubre de 2012, en un caso de un delito de conspiración para cometer un delito contra la salud pública, el Tribunal Supremo ha afirmado que “...se desconoce por el recurrente que el delito de conspiración aún referido a un delito de tráfico de drogas, tiene una substantividad propia, su naturaleza no descansa en el delito al que tiende la conspiración”¹⁰², si bien en el fallo condena a los conspiradores

⁹⁹ No obstante, la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 5ª) en Sentencia de 1.09.2011, en un delito de conspiración para la comisión de un delito contra la salud pública (art. 373 CP), acordó el comiso “De conformidad con lo dispuesto en el art. 127 y 374.1 del Código Penal”, decretando el comiso definitivo y la adjudicación al Fondo de bienes decomisados del Plan Nacional sobre drogas (FJ 11). Esta Sentencia ha sido casada y anulada parcialmente por el TS (STS 30.10.2012), pero el segundo fallo no afecta al pronunciamiento sobre el comiso.

¹⁰⁰ Incluso en las Exposiciones de Motivos AAPP, el prelegislador cometió el error de incluir dentro del ámbito de aplicación del art. 374 CP “los delitos contra la salud pública tipificados en los arts. 368 a 373 del Código...” (subrayado no es del original), cuando en el art. 374 CP se limita el ámbito de aplicación a los delitos previstos en los arts. 368 a 372 CP.

¹⁰¹ En el seno de la doctrina española es minoritaria la postura de quienes consideran que los actos preparatorios punibles pueden ser considerados “en sí mismos “delitos” distintos al hecho consumado a que se dirigen”, aun cuando al ser formas previas de codelinencia son sólo “delitos dependientes”, “no autónomos”. En este sentido se ha pronunciado MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., 2009, 13 nm. 32.

¹⁰² Sigue afirmando el TS en este FD 4, “En todo caso, hay que insistir, por un lado en la autonomía de esta figura --ciertamente autonomía relativa--, ya que la pena está en relación al delito proyectado y por otra parte solo pueden ser autores de conspiración los que reúnan las condiciones necesarias para ser autores del delito proyectado. En todo caso dada su condición de actividad previa a los actos de ejecución, nos encontramos en una fase previa a la tentativa. De la STS 1129/2002 de 18 de Junio citada en dicho f.j., retenemos las características de la conspiración delictiva...: 1- Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como delito de "dinámica propia", no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "dependiente" de otro que podemos llamar "principal", o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente

como “autores de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la salud, de extrema gravedad y en organización criminal”.

*“...cuando reseuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredita su origen ilícito...”*ç

Esta parte del primer apartado del art. 127 1 bis es la que más cambios ha sufrido en el Proyecto, al apartarse de la redacción prevista en el AP 2013 en el que estaba redactada en los siguientes términos: “...cuando aprecie indicios suficientes que permitan presumir que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas similares a aquéllas por las que es condenada” (AP 2013)¹⁰³. También se aparta de los términos utilizados en la Propuesta de Directiva, donde se exige que el Tribunal “concluya, basándose en hechos concretos, que es considerablemente más que probable que los bienes en cuestión procedan de actividades delictivas similares”¹⁰⁴.

Los cambios que podemos constatar en el PrCP respecto del AP 2013 son: la supresión de la “presunción de probabilidad” y del requisito de que procedan de “actividades delictivas similares”; así como la previsión expresa de la inversión de la carga de la prueba, a través de la cláusula “no se acredite el origen lícito”. Veámos con más detenimiento estos cambios.

En el Proyecto se abandona, aparentemente¹⁰⁵, el uso de la presunción prevista en los Anteproyectos -éstos contemplaban una combinación un tanto extraña de prueba indiciaria

"mediato" y no "inmediato", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro. 2- Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la "ejecución de un delito" y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz"), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373)...”.

¹⁰³ En el AP 2013 se corrige la redacción del AP 2012 ya que carecía de sentido los términos en los que estaba redactada esta parte del art. 127 bis 1 AP: “que permitan presumir que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas similares a las cometidas por la persona condenada que de otro tipo de actividades”(?). La explicación es que el prelegislador copió la versión española de la Propuesta de Directiva en la que también nos encontramos esa frase sin sentido, y ni se molestó en cambiarla o mirar la versión en inglés o en francés del texto de la Propuesta de Directiva.

¹⁰⁴ En la Decisión Marco 2005/212/JAI, se utiliza la expresión “basándose en hechos concretos, está plenamente convencido”. GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, 2007, p. 73, considera que con estos “giros” la Decisión Marco está aludiendo a la posibilidad de servirse de indicios para formar válidamente la convicción del tribunal sobre el origen ilícito de los bienes decomisados. Mientras que por “hechos concretos” hay que entender que el legislador europeo se está refiriendo a los indicios que hayan quedado acreditados en el proceso; por “plena convicción” se refiere al juicio de certeza positiva acerca del origen delictivo de los bienes decomisados, que se puede derivar tanto de las pruebas indiciarias como de las directas.

¹⁰⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo*, p. 87, afirma que “las reticencias que algunos sectores doctrinales muestran hacia el término “presunción” en el proceso penal han conducido al predominio de la expresión “prueba de indicios”, aunque ambos términos designan una misma y única realidad”. Prueba de ello, es que el propio Tribunal Supremo ha utilizado la expresión “prueba de presunciones” en la Sentencia de 5 de diciembre de 2012: “...Todos estos datos permiten entender como lógica y razonable la convicción del tribunal acerca de la procedencia ilegítima del dinero y por lo tanto, deberá ser decomisado

y presunción al exigir que se apreciaran “indicios suficientes que permitan presumir”¹⁰⁶-, respecto de la que se pueden formular y se han formulado reparos constitucionales, y se opta por el sistema de prueba indiciaria cuya constitucionalidad ha sido respaldada en relación con el comiso ampliado por el Tribunal Constitucional (SSTC 119 /2006 y 220/2006), incluso antes de que se incluyese esta modalidad de comiso en el Código penal a través de la LO 5/2010¹⁰⁷. Ello nos permite afirmar que el propio TC refrendó la práctica de los Tribunales en materia de tráfico de drogas, basada en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998¹⁰⁸.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la imposición del comiso ampliado no afecta al derecho a la presunción de inocencia, ya que ésta no se cuestiona una vez que se ha quedado acreditada la culpabilidad del sujeto, sino que al imponer el comiso habrá que prestar especial atención al resto de las garantías del proceso y a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva:

“La presunción de inocencia opera “como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable”... Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión la presunción de inocencia. Por ello, en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ...” (SSTC 219/2006, FJ 9 y 220/2006, FJ 8)¹⁰⁹.

a no ser que el interesado enervara la prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su posesión” (el subrayado no es del original).

¹⁰⁶Crítica sobre la redacción de este apartado se mostró PUENTE ABA, en *Estudio crítico sobre*, p. 919, ya que la prueba indiciaria “acredita” un hecho y no solo “permite presumir”.

¹⁰⁷ Por lo que no podemos compartir las afirmaciones del Tribunal Constitucional en el sentido de que se ha decretado el comiso de los bienes “al amparo de la regulación legal” (STC 219/2006, FJ 9), o “conforme a lo previsto tanto en el art. 127 del Código penal (CP) como específicamente en el art. 374 CP” (STC 220/2006, FJ 8), puesto que en el Código Penal aún no se había incluido el comiso ampliado.

¹⁰⁸ STC 220/2006, FJ 8: “Lo que el Tribunal Supremo considera suficiente para decretar el comiso de los bienes, “aunque no procedan de los hechos delictivos que se juzgaron, pero sí de la misma actividad delictiva desarrollada previamente. Lógicamente su origen no es el hachís incautado, que por no haber podido entrar en el circuito comercial, no generó ingresos”. Como puso de manifiesto VIDALES RODRÍGUEZ, «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, 2009, p. 1095, en relación con la regulación del comiso ampliado prevista en el AP 2007 que viene a coincidir sustancialmente con el texto que se aprobó en 2010, en ésta se va más allá de lo dispuesto en el Acuerdo del TS: por una parte, se prescinde de toda vinculación entre los bienes de que se trate y la realización de un hecho delictivo concreto, o, al menos, de un tipo análogo en un período de tiempo determinado; por otra parte, se considera suficiente el indicio cualificado de la desproporción. Esta autora, p. 2004, advirtió de los efectos perversos que podía tener esta regulación, en la medida en que una vez incautados los bienes del sujeto podía decaer el interés por investigar y por reprimir el delito cometido del cual proceden los bienes, primándose el afán confiscatorio.

¹⁰⁹ Siguiendo la doctrina del TC, el Consejo Fiscal en su Informe, p. 117, sostiene que tal y como aparece configurada la apreciación indiciaria, tanto en el AP 2012 como en la LO 5/2010 con otros términos, “no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada. Tal y como aparece configurada opera respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en las que el imputado ha tenido la posibilidad de ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas contra él. Sus consecuencias,

Por ello, no podemos compartir lo afirmado por el Gobierno en la Exposición de Motivos del PrCP, en relación con la compatibilidad de la regulación prevista en el art. 127 bis 1 PrCP con los principios de culpabilidad y presunción de inocencia:

“La regulación, por lo demás, es, como se ha afirmado en la jurisprudencia constitucional comparada, ajustada a los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, pues no persigue reprochar al condenado la realización de un hecho ilícito, lo que sería propio de una pena, sino conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo; y el comiso ampliado no presupone ni conlleva una declaración de culpabilidad por la actividad delictiva desarrollada por el sujeto, pues el comiso ni presupone tal declaración de culpabilidad ni es una pena”¹¹⁰

No entendemos por qué el Gobierno acude a la jurisprudencia constitucional comparada, cuando nuestro Tribunal Constitucional, como acabamos de constatar, se ha pronunciado sobre la compatibilidad del comiso ampliado con el derecho a la presunción de inocencia. Respecto de la afirmación de que “el comiso ampliado no presupone ni conlleva una declaración de culpabilidad por la actividad delictiva del sujeto”, caben hacer las siguientes precisiones: a) el comiso ampliado presupone y conlleva una declaración de culpabilidad tal y como ha puesto de manifiesto nuestro TC: “La presunción de inocencia opera “como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable”...Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales una vez razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado...”; b) que el comiso ampliado no sea una pena sino una consecuencia accesoria, no implica que pueda acordarse sin previa declaración de culpabilidad por algún delito. Ciertamente es que no se exige declaración de culpabilidad en relación con otras actividades delictivas respecto de las que se presumen que proceden los bienes, pero ello no implica que se pueda prescindir de toda declaración de culpabilidad, y así se reconoce en la propia Exposición de Motivos: “...los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. Por esa razón, el comiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que ha existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Véase que la exigencia de una prueba plena determinaría no el comiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas de las que razonablemente provienen”¹¹¹.

En cuanto a la validez de la prueba indiciaria para acreditar el origen delictivo de los bienes decomisados, recordemos que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

por tanto, son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades delictivas relacionadas con el crimen organizado y, además, dichos indicios son susceptibles de ser enervados mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado”.

¹¹⁰ Exposición de Motivos, apartado X, BOCG, 04.10.2013, p. 9.

¹¹¹ Exposición de Motivos, apartado X, BOCG, 04.10.2013, p. 9.

“Sentado lo anterior, en el presente caso, tanto la Sentencia de instancia como la de casación explican suficientemente las razones por las que se considera acreditado que los bienes decomisados eran propiedad del recurrente y se adquirieron con el producto obtenido de la venta de estupefacientes, lo que justifica el comiso de los mismos, conforme a lo previsto tanto en el art. 127 del Código penal (CP) como específicamente en el art. 374 CP y ello a través de una clara prueba indiciaria” (STC 219/2006, FJ 9; 220/2006, FJ 8).

La prueba indiciaria también ha sido utilizada desde hace muchos años por el Tribunal Supremo en el ámbito de los delitos de blanqueo de capitales, tanto para la infracción penal¹¹² como para el decomiso. Respecto de este último, en la Sentencia de 5 de diciembre de 2012, el TS ha afirmado:

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

Respecto a la probanza de dicha procedencia, no puede pretenderse que lo sea en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Prueba indiciaria que podrá consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito.

... Todos estos datos permiten entender como lógica y razonable la convicción del tribunal acerca de la procedencia ilegítima del dinero y por lo tanto, deberá ser decomisado a no ser que el interesado enervara la prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su posesión.

Posibilidad esta admitida por el TEDH, sentencia 7.10.88 (TEDH 1988, 20) (caso Salabiakn) y 25.9.92 (TEDH 1992, 60) (caso Pham Hoang), y por la doctrina mayoritaria...”.

Como nos recuerda el propio Tribunal Supremo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el uso de las presunciones, la inversión de la carga de la prueba y su compatibilidad con el principio de presunción de

¹¹² Véase BACIGALUPO SAGESSE, *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, 2002, pp. 61 y ss. ; ZARAGOZA AGUADO, «Comentario al artículo 301», en *Comentarios al Código*, pp. 1167 y ss. Como señala este autor, este tipo de prueba resulta especialmente idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa en los procesos relacionados con el blanqueo de capitales y en general con todas las actividades propias de la delincuencia organizada.

inocencia. En la Sentencia de 23 de septiembre de 2008, Caso *Grayson y Barnham contra Reino Unido*¹¹³, el TEDH lleva a cabo un repaso de sus pronunciamientos sobre el uso de presunciones en el ámbito del comiso (apartados 40 y 41), concluyendo que no considera “en ningún caso, que sea incompatible con el concepto de juicio equitativo, de conformidad con el artículo 6, invertir la carga de prueba sobre el demandante, un vez que ha sido condenado por un delito grave de tráfico de drogas, y que le corresponda a él demostrar que la fuente de la que procede el dinero o los activos que se ha probado que ha poseído en los años precedentes al delito era legítima. Dada la existencia de las garantías referidas anteriormente, hacer recaer sobre él la carga de prueba no excede los límites razonables” (apartado 46).

De ahí la importancia de recordar la garantía contemplada en el apartado 4 del art. 8 PD, referida a la presunción de probabilidad en relación con el decomiso ampliado: “En el procedimiento contemplado en el artículo 4, el sospechoso o acusado tendrá la posibilidad efectiva de impugnar la presunción de probabilidad en la que se basa la consideración de que los bienes en cuestión constituyen productos del delito”. Y es que si bien las presunciones legales no impiden el ejercicio del derecho a defensa, la existencia de éstas otorga ciertas ventajas a la acusación y consecuentemente genera desventajas para la defensa, ya que el acusador no tiene que esforzarse en probar un extremo relativamente complejo como es la vinculación entre el delito y los bienes que se pueden considerar producto de aquél, sino que le basta con probar el indicio que exige la ley¹¹⁴. En el ejercicio del derecho de defensa, como ha subrayado GASCÓN INCHAUSTI, se puede probar el origen lícito de los bienes, debiéndose aplicar las consecuencias del principio *in dubio pro reo*, de forma tal que si el tribunal tiene dudas razonables tras la justificación de los bienes facilitada por el acusado, no debe decretar el comiso; por otra parte, el acusado debe poder impugnar el enlace entre el indicio legal y el hecho presunto en que basa la presunción, es decir, debe tener la oportunidad de demostrar la inoperancia de la máxima de la experiencia¹¹⁵.

Otros de los cambios que se pueden constatar en el PrCP en relación con los AAPP, como poníamos de manifiesto anteriormente, es la supresión de la exigencia de que se trate de bienes, efectos o ganancias que “provienen de actividades delictivas similares...”. Se trata de una expresión copiada del texto de la Propuestas de Directiva y que, en principio, debería permitir limitar los casos en los que cabe acordar el decomiso ampliado. Por ello, si problemática puede resultar la interpretación de la expresión “actividades delictivas

¹¹³ Los demandantes alegaban que el hecho de que recayera sobre ellos la carga de la prueba de que sus bienes realizables eran de menor valor que la cuantía en la que había sido valorada el beneficio obtenido por el tráfico de drogas violaba su derecho a un juicio justo, de conformidad con el artículo 6.1 del Convenio. Asimismo, se quejaban de que la confiscación de los productos incumplía sus derechos en virtud del artículo 1 del protocolo núm. 1 del Convenio.

¹¹⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo*, p. 95. No obstante, en opinión de este autor, esta desventaja para la defensa se vería contrarrestada por el elevado grado de seguridad jurídica que aporta una presunción legal frente a una presunción judicial, ya que el acusado conoce previamente cuales son los indicios y los enlaces que se pueden utilizar en su contra.

¹¹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo*, p. 96. Trae a colación este autor lo dispuesto en el apartado 2 del art. 385 LEC, precepto dedicado a las presunciones legales.

similares”¹¹⁶, más problemática es su supresión a la vista de la regulación tan amplia que se propone de esta modalidad de decomiso, exenta de límites distintos a los previstos en el apartado 5 del art. 127 bis PrCP. Además, cabe llamar la atención sobre la utilización de una expresión parecida en el apartado 4 del mismo precepto: “hechos delictivos similares”. Para ser coherentes, habría que haber suprimido de este apartado, el término “similares”.

Las principales objeciones que se han formulado al uso de esta expresión tienen que ver con el principio de legalidad, puesto que puede generar situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídica¹¹⁷, con el derecho de defensa¹¹⁸ y con la falta de similitud entre las actividades delictivas que se enumeran a continuación en el citado artículo¹¹⁹.

No obstante, esta referencia a bienes que provengan de actividades delictivas similares o idénticas ya se contiene en algunas legislaciones penales de la Unión Europea. Así por ejemplo en el art. 43 quáter del Código Penal belga, en el que se incluye la definición de “hechos idénticos”¹²⁰; o en el art. 36 e) del Código penal de los Países Bajos, precepto en el que no se prevé una definición legal de lo que debe entenderse por “delitos similares”, si bien se ha interpretado como aquellos que pertenezcan a la misma categoría de delitos¹²¹. El TEDH, en el apartado 27 de la Sentencia de 1 de marzo de 2007, Caso Geerings vs. Países Bajos, afirma: “La noción de “delito o delitos similares” del artículo 36e § 2 del Código Penal se refiere a los delitos de la misma naturaleza que los que hayan formado el objeto del proceso penal contra los acusados, como por ejemplo las drogas, infracciones de propiedad y los delitos que implica la falsificación y el fraude”.

Se cierra el párrafo primero del art. 127 bis PrCP con la exigencia de que el Juez resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos “proviene de una actividad delictiva, y no se demuestre su origen lícito”. Al condenado por un delito de los previstos en el apartado 1 del art. 127 bis le corresponde, por consiguiente, enervar la “prueba de presunciones” presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su

¹¹⁶ Como se afirma en el Dictamen CE, Consideración duodécima letra b), “En ese sentido, es ilustrativo recordar que, cuando la reforma del Código Penal de 2010 recogió la Decisión Marco 2005/212/JAI, evitó utilizar la aludida fórmula”.

¹¹⁷ Informe del Consejo Fiscal, p. 116; PUENTE ABA, en *Estudio crítico*, p. 919; MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1273. El Consejo de Estado (Dictamen, Consideración duodécima, letra b)) también comparte esta crítica, cuando recordando lo afirmado por el CGPJ y el Consejo Fiscal, afirma “no parece concordar con los principios de tipicidad y legalidad que rigen en el ámbito penal”. Concluye el análisis del art. 127 bis AP 2013, afirmando que las anteriores reservas a su formulación actual (“actuaciones delictivas similares”) están conectados con principios de índole constitucional acerca de la reacción penal, por lo que tienen carácter de observación esencial.

¹¹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1274, afirma que “Todo queda en una nebulosa donde el derecho de defensa se esfuma a favor de una confiscación basada en presunciones. Los reproches de anticonstitucionalidad son evidentes”.

¹¹⁹ Informe del Consejo Fiscal, p. 116; PUENTE ABA, en *Estudio crítico*, p. 919.

¹²⁰ Así, en el § 2 de este art. 43 ter se permite decomisar ganancias provenientes de “hechos idénticos”, entendiéndose por hechos idénticos, según se prevé en el § 3 de este art. 43 ter, tanto aquellos que estando previstos en el párrafo 1 puedan ser calificados de la misma forma que los hechos que son objeto de condena (a), como aquellos otros que puedan ser encuadrados en una calificación conexa, al estar previstos en la misma rúbrica prevista en el párrafo 1 a) que el delito objeto de condena (b).

¹²¹ En este sentido se han pronunciado VAN DE REYT/VAN KALMTHOUT, «Niederlande», en *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, 1997, p. 326.

origen. Nos encontramos ante la consagración legal de la inversión de la carga de la prueba en el ámbito del comiso ampliado, inversión que, como veíamos anteriormente, el TEDH ha afirmado que no excede de los límites razonables.

(ii) Art. 127 bis 2 PrCP

A los efectos de lo previsto en el número 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1º. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2º. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3º. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

A la vista de las críticas formuladas al último párrafo del art. 127 bis in fine de los Anteproyectos¹²², en el Proyecto se decide suprimir éste y redactar la cláusula relativa a los indicios en un apartado aparte y en otros términos.

En primer lugar, se aclara que lo dispuesto en este apartado 2 del art. 127 bis PrPC únicamente es “A los efectos de lo previsto en el número 1 de este artículo”, atendiendo a una petición realizada por el Consejo Fiscal¹²³. En segundo lugar, como consecuencia del cambio de redacción sufrido por el apartado 1 de este art. 127 bis PrCP, se suprime la calificación como “indicio suficiente” del origen ilícito de los bienes, el hecho de que su valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente, dándose por cerrado el debate sobre si basta con la constatación del mismo para acordar el comiso ampliado¹²⁴. No obstante, aun cuando la desproporción del valor debería ser uno más de los “indicios objetivos fundados” (en los términos utilizados en el Proyecto) y no el único

¹²² “Entre otros, podrá constituir un indicio suficiente del origen ilícito de los bienes o efectos el hecho de que su valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por las personas con relación a las cuales el comiso se acuerda”.

¹²³ Informe Consejo Fiscal, p. 117. En relación con la redacción prevista en el AP 2012, el Consejo Fiscal aconsejó relacionar lo dispuesto en este párrafo con el contexto del artículo con la inclusión de una expresión similar “A los efectos expresados en este apartado”, con el fin de evitar que la interpretación de este párrafo pudiese llevar a la posibilidad de decretar el comiso ante cualquier enriquecimiento injustificado que resultase desproporcionado lo cual podría suponer, en opinión del Consejo Fiscal, una “auténtica inversión de la carga de la prueba y, por tanto, la posible vulneración del principio de presunción de inocencia”.

¹²⁴ Informe Consejo Fiscal, p.117. PUENTE ABA, en *Estudio crítico*, p. 919, en relación con la formulación propuesta en el art. 127 bis 1 in fine AP 2012, interpretó que la presencia de este indicio no era suficiente para acordar el comiso ampliado, “puesto que se exige a los tribunales que para decretar el comiso ampliado no ha de bastar únicamente con constatar una desproporción entre actividades legales del sujeto y patrimonio poseído, sino que se exige la presencia de varios indicios que permitan concluir la procedencia delictiva de los bienes, uno de los cuales puede ser precisamente el desequilibrio en la situación patrimonial del afectado”.

en virtud del cual cabe acordar este tipo de comiso -la redacción en plural del primer párrafo del art. 127 bis 1 PrCP permite respaldar esta interpretación-, no faltará quien considere que con la sola concurrencia de este indicio, el Juez o Tribunal puede acordar el comiso ampliado sobre los bienes y efectos que se “resuelvan” que provienen de actividades delictivas distintas a las previstas en el catálogo del art. 127 bis 1 PrCP¹²⁵.

En el Proyecto se opta por incluir un catálogo abierto de los indicios que se valorarán, especialmente, entre otros, por los Jueces y Tribunales para resolver sobre el comiso, a diferencia de los Anteproyectos en los cuales tan solo se hacía referencia, a modo de ejemplo, al valor desproporcionado del patrimonio respecto de los ingresos lícitos, como un “indicio suficiente del origen ilícito de los bienes o efectos”¹²⁶.

Como podemos constatar, en el Proyecto se sigue utilizando el mismo criterio que introdujo el legislador a través de la LO 5/2010: desproporción cuantitativa. No obstante, se constatan algunas diferencias en la redacción de este indicio. Así mientras que en el art. 127 1. 2º CP, la presunción de procedencia de actividades delictivas en él contenida se formula en los siguientes términos: “A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”; en el Proyecto se redacta en términos que difieren de aquéllos: “La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada”. Estos términos también difieren, en parte, de los que se utilizaron en los Anteproyectos: “Entre otros podrá constituir un indicio suficiente del origen ilícito de los bienes o efectos el hecho de que su valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por las personas con relación a las cuales el comiso se acuerda”¹²⁷.

Cabe destacar que en el Proyecto se refiere a la “persona condenada”, mientras que en los Anteproyectos se hablaba “de personas con relación a las cuales el comiso se acuerda”. No obstante, el cambio más relevante se produce en relación con la redacción de los valores a comparar: en la actual regulación la comparación se lleva a cabo entre el patrimonio de las personas condenadas por algunos de los delitos en él contemplados, y los ingresos legales

¹²⁵ En la DM 2005/212/JAI, se exigía la “constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada”.

¹²⁶ Art. 127 bis 1 in fine AAPP: “Entre otros podrá constituir un indicio suficiente del origen ilícito de los bienes o efectos el hecho de que su valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por las personas con relación a las cuales el comiso se acuerda”.

¹²⁷ El CGPJ en su Informe, p. 144, afirma que se introduce una “presunción iuris tantum”; en tanto que el Consejo Fiscal, Informe CF, p. 117, señala que su configuración “es similar al de una presunción “iuris tantum” que admitiendo prueba en contrario, será en todo caso objeto de valoración judicial”. No obstante, PUENTE ABA, en *Estudio crítico*, p. 919, señala que la regla general deja de ser una presunción. Obsérvese que en esta ocasión, para dejar bien claro que se trata de una presunción iuris tantum, se afirma que la desproporción del valor “podrá constituir un indicio suficiente”, frente a la expresión que se utiliza en el Código Penal “se entenderá que proviene” y que puede ser interpretada como una presunción iuris et de iure.

obtenidos legalmente; en el Proyecto, esta comparación se efectúa entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada, lo cual nos permite interpretar que este término de la comparación abarca menos bienes que los comprendidos por el vocablo “patrimonio” utilizado actualmente en el art. 127.1.2º CP, más aún si se tiene en cuenta que el Gobierno se ha vuelto a olvidar de las ganancias al redactar este indicio, y ello a pesar de que en la Exposición de Motivos el Gobierno, al referirse al nuevo catálogo de indicios habla de la “desproporción del patrimonio del sujeto responsable de alguno de los delitos contenidos en el catálogo”¹²⁸. Por otra parte, se sustituye en el Proyecto el calificativo “legal”, utilizada tanto en el CP como en los AAPP, por “lícito”, atendiendo así a las críticas que se formularon en su día respecto de la regulación actual del comiso ampliado¹²⁹.

La presunción contenida en el actual art. 127.1.2º CP permite que se pueda decomisar, en principio, todo el patrimonio del sujeto siempre que no tenga ingresos legales y no se pruebe el carácter lícito de los mismos¹³⁰. Decimos “en principio”, porque hay que tener en cuenta no solo los límites derivados del art. 128 CP, siempre que se trate de efectos e instrumentos, y del propio principio constitucional de proporcionalidad, que, en cuanto principio constitucional, afecta también a las ganancias¹³¹. De lo contrario, podríamos estar permitiendo una medida de “confiscación general del patrimonio”, como advierte el CESE¹³². De aprobarse la reforma contemplada en el Proyecto, el comiso ampliado vendrá limitado también por lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del art. 127 bis.

Además de la desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y sus ingresos de origen lícito, se añaden en el Proyecto dos indicios más: la ocultación intencionada de su patrimonio mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o mediante el recurso a paraísos fiscales; o su transferencia mediante operaciones que dificulten su localización o seguimiento, y que carezcan de justificación económica. Estos indicios son propios de la comisión de un delito de blanqueo de capitales, y nos recuerdan, en parte, a los supuestos contemplados en el art. 3.3 DM 2005/212/JAI: “Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica”.

¹²⁸ Exposición de Motivos, apartado X, BOCG, 04.10.2013, pág. 9.

¹²⁹ El término “legal” es el utilizado en la DM 2005/212/DM: “...valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada...”.

¹³⁰ QUINTERO OLIVARES, «La reforma del comiso», en *La reforma penal*, p. 108, considera que se debe introducir un criterio limitador “para no llegar al absurdo de pretender extender el comiso a la absoluta totalidad de los bienes que una persona tiene”. En opinión de GARCÍA ARÁN, en *Comentarios al Código*, p. 967, la desproporción cuantitativa no es aplicable cuando no se tienen ingresos legales.

¹³¹ No obstante, en la Circular 5/2010, p. 28, la FGE recuerda a los Sres. Fiscales que solo los efectos e instrumentos están afectados por lo dispuesto en el art. 128 CP, por lo que “Las ganancias procedentes de la infracción criminal deberán ser decomisadas cualquiera que sea su cuantía”.

¹³² Dictamen del CESE, DOUE C 191 de 29.06. 2012, p. 102.

(iii) Art. 127 bis 3 PrCP

“En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior”.

En consonancia con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 3 PD, se prevé el decomiso por valor equivalente sobre otros bienes, a través de la remisión a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 127 PrCP donde se contempla la regulación general de esta modalidad de comiso.

(iv) Art. 127 bis 4 PrCP

“Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juez o Tribunal valorará el alcance del comiso anterior acordado al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento”.

Con el fin de evitar posibles tachas de inconstitucionalidad por vulneración de los principios *ne bis in idem* y proporcionalidad, se permite al Juez o Tribunal valorar el alcance del comiso acordado con anterioridad, al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento en el supuesto en el que el sujeto sea condenado posteriormente por “hechos delictivos similares” cometidos con anterioridad. Esta facultad se puede poner en relación con el decomiso parcial previsto en el art. 3 PD. Como poníamos de manifiesto anteriormente, también se debería haber procedido a la supresión de la expresión “hechos delictivos similares” en este apartado¹³³, una vez que se ha suprimido del apartado 1 y del apartado 5 del art. 127 PrCP.

(v) Art. 127 bis 5 PrCP

“5. El comiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.”

En este apartado se contemplan las mismas excepciones que en la Propuesta de Directiva, si bien en el texto del Proyecto se concretan los “otros casos en los que se aplique el principio *ne bis in idem*” a los que se refiere la Propuesta de Directiva, excluyéndose el comiso ampliado cuando haya habido una resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada¹³⁴ (art. 127 bis 5 in fine PrCP).

La previsión de la prescripción como excepción al comiso ampliado obligará al Juez o Tribunal a identificar las actividades delictivas no bastando a tales efectos, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, “que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico”. Hasta ahora, el Tribunal Supremo ha considerado que “la

¹³³ En el Informe CF, p. 116, se afirmaba “En relación con los apartados 3 y 4, este Consejo Fiscal vuelve al objetar lo ya indicado anteriormente en relación con la expresión “*delitos similares*”, no es apropiada en la definición de los tipos penales, donde se requiere la máxima concreción la describir los elementos que configuran las conductas”.

¹³⁴ En opinión de MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* n° 8003, 17.01.2013, p. 1274, la redacción de este apartado mejoraría si esta última referencia se “atuviera, sencillamente, a la firmeza de una sentencia absolutoria o un sobreseimiento libre”.

demostración del origen criminal –presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico” (STS 5.12.2012).

La excepción relativa a la absolución se puede poner en relación con lo señalado por el TEDH en el Caso Geerings vs. Países Bajos (STEDH 1.03.2007), en el que se declaró contrario al principio de presunción de inocencia, el decomiso ampliado acordado por los Tribunales de los Países Bajos en un supuesto en el que el sujeto había sido absuelto en el correspondiente proceso penal:

“Si no se aprecia más allá de una duda razonable que la persona afectada haya cometido efectivamente el delito, y si no se puede establecer como un hecho que cualquier ventaja, ilegal o de otra manera, se obtuvo en realidad, dicha medida sólo puede basarse en una presunción de culpa. Esto no puede considerarse compatible con el artículo 6 § 2 (comparar, mutatis mutandis, Salabiaku contra Francia, sentencia de 7 de octubre de 1988, serie A núm. 141-A, págs 15-16, § 28) (apartado 47)...

En la Sentencia Rushiti Asan (antes citada, § 31), el Tribunal destacó que el artículo 6 § 2 incorpora una norma general según la cual, tras una absolución definitiva, ya no es admisible expresar sospechas con respecto a un inocente” (apartado 49).

El Tribunal Supremo español, en una Sentencia de 26.06.2012, ante la alegación de uno de los recurrentes, relativa a que el comiso de un vehículo y del metálico ocupado en el domicilio se intervinieron en otro procedimiento que había finalizado con sentencia absolutoria, se ha pronunciado en los siguientes términos: “A efectos de comiso carece de importancia el procedimiento en el que se incautan unos bienes. Lo relevante es constatar que se trata de ganancias procedentes de delitos contra la salud pública. En nada incide aquí la sentencia absolutoria dictada en otro procedimiento en el que también estaban aprehendidos tales bienes. No se entiende qué se quiere decir apuntando a un presunto fraude de ley”.

5.3. Decomiso/comiso no basado en condena

a. Artículo 5 PD

“Decomiso no basado en condena. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso de productos e instrumentos sin que medie resolución penal condenatoria, tras un proceso que podría haber dado lugar a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio, cuando: a) el fallecimiento o enfermedad crónica del sospechoso o acusado impida su procesamiento; o b) la enfermedad, incomparecencia en el proceso o fuga de los sospechosos o acusados impida su procesamiento efectivo dentro de un plazo razonable y suponga un riesgo grave de prescripción”.

Ya en el año 2008, en la Comunicación “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso””, la Comisión manifestó la necesidad de un nuevo instrumento jurídico que previese casos en los que se aplicara el decomiso sin una condena penal previa¹³⁵. Ese nuevo instrumento jurídico no es otro que la Propuesta de

¹³⁵ Bruselas, 20.11.2008. COM (2008) 766 final, pág. 6.

Directiva de la que nos estamos ocupando en este trabajo. Como gran novedad, en ésta se introduce el decomiso no basado en condena, respondiendo así a las demandas internacionales de previsión del mismo, con el fin de luchar eficazmente contra la delincuencia organizada y, en particular, contra la corrupción¹³⁶. En concreto, responde a lo dispuesto en el art. 54.1.c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, por ahora, único instrumento que contiene una previsión específica del decomiso no basado en condena penal¹³⁷. La inclusión del decomiso sin condena en la Propuesta de Directiva, reflejaría, como reconoce la propia Comisión, no solo lo dispuesto en el art. 54.1.c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sino también las recomendaciones formuladas por organizaciones multilaterales, como el GAFI¹³⁸ o el Grupo Lyon-Roma del G8¹³⁹.

La previsión en la Propuesta de Directiva del decomiso sin condena penal, ha sido valorada, por diversos motivos, de forma negativa por el CDR. El más importante, desde nuestro punto de vista, es el relativo a la falta de la base jurídica expresa contemplada por la Comisión (art. 82.2 TFUE y art 83.1 TFUE), ya que en opinión del CDR el decomiso sin condena penal no entraría en el ámbito de aplicación de ninguno de los dos preceptos. En el artículo 82. 2 TFUE, no entraría porque éste tan solo se refiere a las sanciones en el ámbito penal y el decomiso no basado en condena es, según el CDR, un decomiso que se basa en un procedimiento civil. En nuestra opinión, este argumento no sería válido en la medida en que como se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, se permite a los Estados miembros decidir si el decomiso debe ser ordenado por los tribunales penales y/o civiles/administrativos, como ocurre en la actualidad¹⁴⁰. Según el CDR, tampoco entraría en el ámbito de aplicación del art. 83.1 TFUE, puesto que en él se precisa que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y que tengan un dimensión fronteriza”¹⁴¹. Pero lo cierto es

¹³⁶ GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, 2009, p. xvi, se afirma que el decomiso de activos no basado en condena “es una herramienta de la mayor importancia para recuperar los productos y los instrumentos de la corrupción”.

¹³⁷ Art. 54.1.c): “Considerar tomar las medidas necesarias para permitir el decomiso de dicha propiedad sin condena penal en casos en los que el delincuente no pueda ser procesado por razón de muerte, huida o ausencia, o en otros casos apropiados”.

¹³⁸ Como se pone manifiesto por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en el *Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito*, 2013, p. 85, aun cuando el GAFI “no es un organismo facultado para imponer estándares ni mejores prácticas, tiene una influencia importante. En consecuencia, existe una gran presión para que se imponga la alternativa del decomiso sin condena”.

¹³⁹ Propuesta, p. 13. En el Informe final del proyecto italiano sobre “Decomiso: aspectos jurídicos y cooperación internacional”, elaborado en el subgrupo de asuntos penales del Grupo Lyon-Roma del G8, se hace hincapié en que, aun cuando en principio, se debe aplicar el comiso basado en condena, hay supuestos en los que no es posible el procesamiento penal porque el acusado ha fallecido, huido, por falta de pruebas suficientes necesarias para incoar el enjuiciamiento penal o bien por otros motivos técnicos.

¹⁴⁰ También el GAFI, en el “Documento guía de GAFI, Mejores prácticas. Confiscación (Recomendaciones 3 y 38)”, 19 de febrero de 2010, p. 7, sostiene que la confiscación no basada en condena se puede implementar en el contexto de la ley y el procedimiento penal, o por medio de un sistema o ley por separado y por fuera de los procedimientos penales (apartado 15).

¹⁴¹ Dictamen, DOUE 18.12.2012, C 391/137, apartado 35.

que en este precepto no se habla de sanciones penales sino tan solo de sanciones, y tampoco está tan clara la naturaleza civil del decomiso sin condena penal que parece presuponer el CDR¹⁴².

No acaban aquí los reparos del CDR respecto de la inclusión del decomiso penal sin condena en la Propuesta de Directiva, sino que también lo cuestiona desde el punto de vista del respeto del principio de subsidiariedad: “en virtud del principio de subsidiariedad, la propuesta a examen debe así dejar a los Estados la elección de introducir o no el decomiso no basado en condena, desde el momento en que estén en disposición de demostrar que su ordenamiento jurídico es plenamente eficaz y que no se opondría al principio de reconocimiento”¹⁴³.

El CDR se inclina por soluciones penales sobre la base de normas penales que ya han demostrado su eficacia -como pudiera ser el delito de tenencia de activos no justificados previsto en el art. 321-6 del Código Penal francés¹⁴⁴-, pues de este modo se conseguiría la inversión de la carga de la prueba¹⁴⁵ que, en definitiva, es lo que parece ser que se pretende con la introducción del decomiso sin condena penal¹⁴⁶.

¹⁴² Tanto es así que en la publicación de la Oficina de Drogas y Delitos de las Naciones Unidas, *Digesto di casi di criminalità organizzata. Raccolta commentata di casi e lezioni apprese*, 2012, p. 101, se afirma que el decomiso no basado en una condena no tiene por qué ser necesariamente de naturaleza civil, pudiendo tener lugar en determinadas circunstancias en el ámbito del procedimiento penal, poniendo como ejemplo la regulación prevista en este artículo 5 de la Propuesta de la Directiva.

¹⁴³ Dictamen, DOUE 18.12.2012, C 391/137, apartado 38.

¹⁴⁴ En la Comunicación “Garantizar...”, COM (2008) 766 final, p. 8, la Comisión ya afirmó que este tipo penal estaba resultando “muy eficaz”. En opinión de BLANCO CORDERO, «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 *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, 2010, p. 369, a diferencia del modelo latinoamericano, este delito no implica una inversión total de la carga de la prueba puesto que la acusación prueba una serie de elementos que permiten concluir en atención de las circunstancias del caso concreto, que esos bienes son de origen delictivo. En España, tras la reforma del CP a través de la LO 5/2010, también contamos con un delito de posesión de bienes injustificados en el art. 301.1 CP, delito que ha sido muy criticado por la doctrina. Vid. estas críticas en AGUADO CORREA, *RECPC*, 2013, 05:14y ss. El Tribunal Supremo ha afirmado: “...el delito de blanqueo de capitales no es un delito de sospecha. Como cualquier otra condena penal exige acreditar todos y cada uno de los elementos del delito. No existe en nuestro derecho un delito de enriquecimiento ilícito que suponga una inversión de la carga de la prueba o que obligue para salvar esa cuestión a fijar la atención en aspectos de transparencia o apariencia como objetos de la tutela penal que se busca a través de ese tipo de infracciones” (STS 26.06.2012).

¹⁴⁵ En opinión de UNODC, *Manual de cooperación internacional*, 2013, p. 86, n.m. 289, la renuencia a este tipo de comiso quizás puede ser atribuida a la “filosofía jurídica y a las expectativas tradicionales del derecho penal respecto de la culpabilidad y la inocencia y a consideraciones constitucionales sobre el estándar de prueba, que varían de una jurisdicción a otra”. Para los casos en los que no se pueda acordar el comiso sin condena, se propone como solución la “aplicación del derecho interno con generosidad a fin de controlar el desplazamiento de activos de las organizaciones delictivas...”. En el apartado 4 del art. 3 del Convenio de Varsovia, se prevé la inversión de la carga de la prueba respecto de ciertos delitos graves en los siguientes términos: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para exigir, en el caso de uno o varios delitos graves definidos por su derecho interno, que el autor demuestre el origen de sus bienes sospechosos de ser producto o de otros bienes que puedan ser objeto de comiso, en la medida en que tal exigencia sea compatible con los principios de su derecho interno”.

¹⁴⁶ Dictamen, DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 137, apartado 37. También recuerda que el decomiso sin condena penal se basa en la recomendación nº 3 del GAFI (nº4 en la versión de 2012), en la que se “anima a

La Comisión recuerda en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, que aun cuando el TEDH “ha evitado pronunciarse sobre la cuestión de la compatibilidad de los regímenes de decomiso no basado en condena y decomiso ampliado con la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado varias sentencias que respaldan su aplicación en determinados casos”¹⁴⁷.

Son numerosos los supuestos en los que se considera conveniente acordar el decomiso no basado en condena penal¹⁴⁸, si bien en la Propuesta de Directiva se han limitado a tres los casos en los que se puede acordar este decomiso¹⁴⁹ - fallecimiento¹⁵⁰, enfermedad crónica¹⁵¹ y huida-, habiéndose justificado esta limitación por la necesidad de satisfacer el requisito de proporcionalidad¹⁵².

A pesar de las “bondades” que se predicen del decomiso sin condena penal como mecanismo de lucha eficaz contra la delincuencia organizada, y en particular contra la corrupción¹⁵³, lo cierto es que esa eficacia puede repercutir negativamente en algunas garantías y derechos fundamentales¹⁵⁴. De ahí la importancia del máximo respeto de éstos en el procedimiento aun cuando en el apartado 5 del apartado del art. 8 (Garantías) PD

los países a adoptar medidas de decomiso “sin necesidad de condena penal previa”, así como “medidas que obliguen al presunto autor de la infracción a suministrar la prueba del origen lícito de los bienes que puedan ser objeto de decomiso”, por lo que pareciera que lo que se pretende es la inversión de la carga de la prueba, que es el “interés fundamental del decomiso no basado en condena”. Es al último párrafo de dicha Recomendación al que se refiere el CDR, cuyo tenor literal es el siguiente: “Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal (decomiso sin condena) o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes sujetos para que demuestre el origen lícito de los bienes sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de su legislación nacional”.

¹⁴⁷ Estos casos, relativos a las legislaciones de Italia, del Reino Unido y de Holanda, se pueden consultar en BLANCO CORDERO, en *Criminalidad organizada*, 2008, pp.73.

¹⁴⁸ En el Documento Guía de GAFI “Mejores prácticas. Decomiso”, 2010, pp. 7 y 8, se recogen los casos en los que la confiscación no basada en una condena debería estar disponible. GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, *Recuperación de activos*, p. 11, se refieren a los casos señalados por el GAFI y a otros supuestos más.

¹⁴⁹ En “Productos de la delincuencia”, COM (2008) 766 final, pp. 6 y 7, se proponía el decomiso sin condena penal en varios supuestos contemplados en los apartados i) a iii), habiéndose decantado finalmente en la Propuesta de Directiva la Comisión, por contemplar el decomiso ampliado en los casos previstos en el apartado ii).

¹⁵⁰ Según señalan GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, en *Recuperación de activos*, p. 30, en algunas legislaciones se condiciona el decomiso sin condena al momento en que ha tenido lugar el fallecimiento, pudiéndose acordar siempre que la muerte ocurra después de que: a) la investigación haya comenzado; b) se hayan proferido los cargos; c) se haya anunciado una condena.

¹⁵¹ La inclusión de la enfermedad ha sido criticada por el CESE en el apartado 4.5.2 del Dictamen. Tanto es así que ha solicitado que se suprima la citada referencia de la Propuesta por temor a que la inclusión de este concepto de “enfermedad crónica del sospechoso o acusado” de pie a numerosas maniobras”, habida cuenta que el derecho de la Unión permite que cualquier persona perseguida sea representada por un letrado.

¹⁵² Exposición de Motivos, p. 13. Cabe destacar que aun cuando a nivel internacional se señala la conveniencia de prever el decomiso sin condena en los casos en los que el sujeto no pueda ser condenado penalmente por alguna inmunidad, en la Propuesta de Directiva no se incluye.

¹⁵³ GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, *Recuperación de activos*, passim.

¹⁵⁴ Como reconoce el propio CESE en su Dictamen, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131 apartado 4.5.1.

únicamente se hace referencia al derecho de defensa¹⁵⁵. Así lo ha puesto de manifiesto la Agencia Europea de Derechos Fundamentales en el documento “Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of Crime”, en relación con los artículos 5 y 6 PD, señalando que presentan puntos criticables respecto a los derechos procesales¹⁵⁶.

b. Artículo 127 ter PrCP

“El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

El comiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el párrafo anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.”

Como presupuesto para poder acordar el comiso sin condena penal, en el Proyecto se exige la acreditación de la situación patrimonial ilícita en un proceso contradictorio, exigencia que es “herencia” del actual art. 127.4 CP, precepto en el que, a diferencia del art. 127 ter PrCP, únicamente se exige en los supuestos de extinción de la responsabilidad criminal¹⁵⁷.

La previsión de este presupuesto en relación con todos los casos en él contemplados, no responde a una exigencia de la Propuesta de Directiva ya que en ésta se condiciona la posibilidad de acordar el decomiso no basado en condena al hecho de que “tras un proceso que podría haber dado lugar a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio...”. Por lo tanto, lo relevante es que hubiese podido ser condenado por los delitos y no, como parece deducirse del texto del Proyecto, la situación patrimonial ilícita¹⁵⁸. En el ámbito del decomiso sin condena penal aun cuando se requiere una prueba de que “la propiedad está manchada”, normalmente “tiene que establecerse la conducta criminal en un estándar de prueba de balance de probabilidades,

¹⁵⁵ “En el procedimiento contemplado en el artículo 5, la persona cuyos bienes se vean afectados por la resolución de decomiso estará representada durante todo el proceso por un abogado para ejercer su derecho de defensa por lo que respecta a la determinación de la infracción penal y de los productos e instrumentos”.

¹⁵⁶ FRA Opinión-03/2012. Viena, 4.12.2012, p.10, apartado 13.

¹⁵⁷ GARCÍA ARÁN, en *Comentarios al Código*, p. 964, ha señalado que esta limitación a los casos de extinción, constituye “un nuevo desacierto de redacción” puesto que en otros muchos casos debe ser demostrada y no solo en los de extinción, pareciendo querer “destacar su importancia en este supuesto, antes que negarlo para el caso de la exención de responsabilidad mencionada inmediatamente antes”.

¹⁵⁸ En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1274, sin referirse a la Propuesta de Directiva, en relación con el AP 2012, afirmó que lo importante no es acreditar el “disfrute de una situación patrimonial ilícita” sino su posible o probable responsabilidad criminal en la comisión de un delito determinado.

lo que suaviza la carga sobre el gobierno”¹⁵⁹. Sería deseable que en la tramitación parlamentaria la redacción este párrafo se mejorase pudiéndose utilizar como referente la prevista en el art. 5 PD: “El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los artículos anteriores sin que medie sentencia de condena, cuando tras un proceso contradictorio que podría haber dado lugar a una sentencia penal condenatoria si el acusado o imputado hubiera podido comparecer en juicio y se trate de alguno de los supuestos siguientes:...”.

El comiso sin condena penal conserva en el Proyecto su carácter facultativo, lo cual responde a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad¹⁶⁰, aun cuando este principio resulta vulnerado al no limitarlo a determinados supuestos sino prever la posibilidad de acordarlo, entre otros casos, cuando concurra cualquier causa de exención o extinción de la responsabilidad criminal. Y es que si bien en los Anteproyectos se limitaba este comiso, en consonancia con lo dispuesto en el art. 5 PD, a los casos de muerte, enfermedad crónica o rebeldía, siempre que existiese peligro de prescripción de los delitos; en el Proyecto, lamentablemente¹⁶¹ se vuelve a prever el comiso sin condena penal en los supuestos contemplados en el vigente art. 127.4 CP (exención y extinción de la responsabilidad criminal), obviando las críticas vertidas sobre este artículo¹⁶² incluso por el TS (STS 22.11.2006)¹⁶³.

A continuación nos referiremos únicamente a los supuestos que se contemplan en las letras a) y b) art. 127 ter PrCP, pues son los que representan una novedad respecto de la regulación actual:

¹⁵⁹ GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, *Recuperación de activos*, pp. 10 y 11.

¹⁶⁰ GREENBERG/SAMUEL/GRANT/GRAY, *Recuperación de activos*, pp. 50 y 51. Las recomendaciones de los expertos señalan que las legislaciones deben hacer que el comiso sea obligatorio, si bien solo se deberían “incautar activos de un valor más que mínimo (*de minimus*)”.

¹⁶¹ También valora positivamente la regulación del comiso sin condena en el AP 2012, el Consejo Fiscal en su Informe, p. 118. Por el contrario, MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1275, afirma que lo más curioso es que los autores de “este lamentable artículo” (refiriéndose al art. 127 ter AP 2012), se han olvidado precisamente del apartado 4 del vigente art. 127 CP. No alcanzamos a comprender por qué lamenta este autor este “olvido” de los redactores del Anteproyecto, cuando él mismo pareciera que reclama el carácter accesorio del comiso respecto de una pena. Lo cierto es, que el art. 127.4 CP tampoco demanda la constatación de la existencia de un delito en la correspondiente sentencia y que incluso posibilita la aplicación del comiso sin condena en muchos más casos que los previstos en el art. 127 ter del Anteproyecto puesto que en éste se limita el comiso sin condena a tres supuestos, en consonancia con lo previsto en los instrumentos internacionales (vid. supra).

¹⁶² AGUADO CORREA, *RECPC* 05:04, p. 7. Comparte nuestra crítica, GARCÍA ARÁN, en *Comentarios al Código*, p. 964. Con el fin de llevar a cabo una reducción del ámbito de aplicación del comiso sin condena penal previsto en el art. 127.4 CP, la doctrina ha interpretado lo que hay que entender por “exenta de responsabilidad criminal”, exigiéndose al menos la concurrencia de un hecho típico y antijurídico para acordar este tipo de comiso. En este sentido, se han pronunciado entre otros, AGUADO CORREA, *RECPC*, 04:7; RODRÍGUEZ PUERTA, «Comentario al artículo 127 CP», en *Comentarios al Código Penal. Tomo I Parte General (Artículos 1 a 137)*, 5ª ed., 2008, p. 844; GARCÍA ARÁN, en *Comentarios al Código*, p. 964. Sobre los problemas que la referencia a la extinción de la responsabilidad criminal han generado, véase AGUADO CORREA, «Comentario al art. 127 CP», en *Comentarios al Código*, p. 507, donde se pone de manifiesto que incluso algunos autores han negado la posibilidad de acordar el comiso en caso de muerte del reo.

¹⁶³ Increíblemente, el CGPJ en su Informe, p. 145, infiere de esta Sentencia la necesidad de que haya sentencia condenatoria por el delito: “Siendo el comiso una consecuencia accesorio del delito, parecería necesario que hubiera una sentencia condenatoria por el delito. Como dice la STS 1146/2006, de 22-11...”.

a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos. El círculo de sujetos pasivos sobre los cuales puede recaer el comiso sin condena penal ha sufrido cambios en el Proyecto, con el fin de salvar las críticas formuladas sobre el término “sospechoso” utilizado tanto en los Anteproyectos¹⁶⁴ como en la Propuesta de Directiva. Para superar estas críticas, en la letra a) del art. 127 ter PrCP se sustituye la referencia al “sospechoso o acusado” por la de “sujeto”, aclarándose al final de este artículo que este comiso sin condena “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 párrafo anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal”. Por lo tanto, el comiso sin condena penal se puede acordar sobre acusados e imputados y no sobre sospechosos y acusados como se preveía en los Anteproyectos y en la Propuesta de Directiva.

La utilización de la expresión “prescribir los hechos” también ha sido objeto de crítica, puesto que no prescriben los hechos sino los delitos¹⁶⁵ (art. 130.1.6º CP). Desde nuestro punto de vista, también cabe criticar el uso del término “hechos” como equivalente a “delitos”, pues en el caso de que se trate de varios delitos puede generar dudas sobre si el peligro de prescripción debe afectar a todos los delitos o basta con que afecte a uno de ellos para poder proceder al decomiso sin condena penal.

A estas observaciones se suma la formulada por el Consejo de Estado, en el sentido de que “Con independencia de que la prescripción se refiere a las responsabilidades y no a los hechos, la enfermedad crónica debiera enunciarse como el evento que pueda desencadenar, alternativamente, la imposibilidad de enjuiciamiento o la posibilidad de prescripción de las responsabilidades”¹⁶⁶. En realidad, el Consejo de Estado propone una redacción parecida a la prevista en la Propuesta de Directiva, en la que recordemos que la enfermedad crónica aparecía como uno de los factores causantes de la “imposibilidad del enjuiciamiento o impida su procesamiento efectivo dentro de un período razonable y suponga un riesgo grave de prescripción”.

¹⁶⁴La mayoría de los vocales del CGPJ, Informe CGPJ, p. 146, se manifestaron en contra de la posibilidad de que el comiso pudiese acordarse “sin que ni siquiera exista una acusación, como lo indica el empleo del término “sospechoso”, al tratarse de una “consecuencia sometida al principio acusatorio, de manera que debería precisarse la expresa petición de las partes acusadoras con la debida concreción y determinación de las razones de su procedencia”. El Consejo de Estado, en su Dictamen, Consideración duodécima, letra c), comparte esta apreciación crítica avanzada por el Consejo General del Poder Judicial. También se muestra crítico ZÁRATE CONDE, «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de reforma del Código Penal», *Diario La Ley* nº 8019, Sección Tribuna, 8 de febrero de 2013, (versión digital), p. 6. Por el contrario, en opinión de MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1274, hubiese bastado la mención al “sospechoso”. A este autor, le hace “gracia” la “pintoresca equiparación del sospechoso con el acusado, saltándose de paso al inculpado y al procesado, quizás porque todo imputado o procesado ya es sospechoso, como lo es con más razón todavía un acusado”.

¹⁶⁵ MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1274. En el mismo sentido. Consejo de Estado, Expediente 358/2013, Consideración duodécima, letra c).

¹⁶⁶ Dictamen CE, Consideración duodécima, letra c).

b) Se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable. Los redactores del Proyecto han decidido sustituir el requisito de que “exista el peligro que puedan prescribir los hechos” exigido en los Anteproyectos¹⁶⁷, por el otro de los requisitos a los que se hace referencia en la Propuesta de Directiva, a saber, que “ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable”. En nuestra opinión, se deberían exigir ambos para poder acordar el comiso sin condena penal, ya que a través de la exigencia del riesgo grave de prescripción se limitarían los casos en los que cabe acordar esta modalidad de comiso. Por otra parte, cabe destacar que en el Proyecto se sigue utilizando el término “rebeldía” cuyo uso en relación con los acusados ha sido considerada inapropiado¹⁶⁸, crítica que se puede superar si se utiliza la misma terminología de la Propuesta de Directiva. La letra b) del art. 127 ter PrCP se podría redactar en parecidos términos a los utilizados en el art. 5 PD: “incomparecencia o fuga del sujeto que impida su procesamiento efectivo dentro de un plazo razonable y suponga riesgo grave de prescripción”.

5.4. Decomiso/comiso de terceros

a. Artículo 6 PD

“Decomiso de terceros. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso de: a) los productos transferidos a terceros por una persona condenada o en su nombre, o por los sospechosos o acusados que se hallen en las circunstancias del artículo 5, o b) de otros bienes de la persona condenada transferidos a terceros con objeto de evitar el decomiso de bienes cuyo valor corresponda a los productos. Se podrá proceder al decomiso de los productos o bienes contemplados en el apartado 1 cuando a) una evaluación, basada en hechos concretos relativos a la persona condenada, sospechosa o acusada, indique que es poco probable que el decomiso de bienes de la persona condenada, o del sospechoso o acusado que se halle en las circunstancias contempladas en el artículo 5, vaya a prosperar, y b) los productos o bienes se hubieran transferido de forma gratuita o a cambio de un importe inferior a su valor de mercado, si el tercero: i) tratándose de productos, conocía su origen ilícito o, de no conocerlo, una persona razonable en su misma situación habría sospechado que su origen era ilícito, basándose en hechos y circunstancias concretas; ii) tratándose de otros bienes, tenía conocimiento de que se habían transferido con objeto de evitar el decomiso de bienes cuyo valor correspondía con el de los productos o, de no tener dicho conocimiento, una persona razonable en su misma situación habría sospechado que se habían transferido para evitar el citado decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas”.

La Comisión justifica esta nueva disposición en atención a la frecuencia con la que los delincuentes, en cuanto son investigados, transfieren sus activos a terceros con su conocimiento, con el fin de evitar su decomiso. Dada la diversidad de las leyes nacionales que existen en la actualidad, esta armonización mínima del decomiso de terceros facilitaría el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo preventivo y decomiso de los activos transferidos a un tercero¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Art. 127 ter AAPP: “b) Que el sospechoso o acusado se encuentre en rebeldía y exista el peligro de que puedan prescribir los hechos imputados o por los que se le acusa.”

¹⁶⁸ MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1274 Recuerda este autor que la rebeldía propiamente dicha en el art. 834 LECr se circunscribe al procesado.

¹⁶⁹ Propuesta, p. 14.

La protección del tercero adquirente de buena fe y el necesario respeto del principio de proporcionalidad, han llevado a la Comisión a restringir los supuestos en los que cabe acordar el decomiso de bienes de terceros, de manera que se podrá proceder al decomiso de terceros cuando el tercero adquirente haya pagado un importe inferior al valor del mercado y una persona razonable en su situación debiera haber sospechado que los activos eran productos del delito, tras una evaluación que indique que no es probable decomisar con éxito los activos directamente a la persona que los transfirió¹⁷⁰. Con el fin de evitar decisiones arbitrarias, la comprobación del carácter razonable de la persona se debe basar en hechos y circunstancias concretas¹⁷¹. De manera que el comiso de terceros, “con objeto de proteger los intereses de los terceros de buena fe...solo será posible cuando el tercero supiera o debiera haber sabido que el bien constituía un producto de actividades delictivas o que se le había transferido con objeto de evitar su decomiso y se le había entregado de forma gratuita o transferido a cambio de un importe inferior a su valor de mercado”¹⁷².

En cuanto a la valoración de este artículo, el CDR¹⁷³ “celebra la posibilidad de proceder al decomiso de bienes de terceros; puesto que los delincuentes no tienen nunca derechos o bienes a su nombre, recuerda que el tercero cuya función consiste en disimular o reciclar los bienes es a menudo una persona jurídica”. Al hilo de este recordatorio, el CDR “aboga firmemente por una adición al principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas y por la introducción del concepto de “beneficiario” efectivo”¹⁷⁴.

En esta línea, sugiere introducir en la Propuesta un concepto que permita considerar si el tercero se comporta como el verdadero propietario y/o el único beneficiario económico¹⁷⁵. Esta prueba podría aportarse a través de una serie de constataciones como pudieran ser actos de gestión, de hecho o de Derecho, de una persona jurídica con fines personales, financiación del bien, puesta a disposición del bien sin contrapartida financiera, entre otras. Un concepto, según el CDR, “bien conocido en Luxemburgo” y que permitiría determinar el beneficiario real de una sociedad, complementando así el principio de responsabilidad de las personas jurídicas¹⁷⁶. Estas sugerencias del CDR recuerdan a las previsiones contempladas en el apartado 3 del artículo 3 (potestad de decomiso ampliada) DM 2005/212/JAI relativas a terceros¹⁷⁷, y al concepto de “poder de disposición” que utilizan

¹⁷⁰ Propuesta, p. 11.

¹⁷¹ Propuesta, p. 14.

¹⁷² Propuesta p. 19, apartado 13. La Comisión sostiene en la Exposición de Motivos, p. 14, que también pueden ser decomisados a terceros los objetos que deben restituirse a su legítimo propietario, si bien no se hace referencia expresa a este supuesto en el precepto. Posteriormente, en el texto de los considerandos que preceden el articulado de la Propuesta de Directiva, p. 19, apartado 13, se vuelve a hacer referencia a este supuesto, en los siguientes términos: “Conviene prever la posibilidad de proceder al decomiso de terceros, con determinadas condiciones, una vez establecido, basándose en hechos concretos que es poco probable que el decomiso de la persona condenada, sospechosa o acusada vaya a prosperar o cuando se trate de objetos únicos que deben restituirse a su propietario legítimo”

¹⁷³ El CESE no ha hecho ninguna valoración de este artículo.

¹⁷⁴ Dictamen, DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 37, apartado 32.

¹⁷⁵ Dictamen, DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 37, apartado 33.

¹⁷⁶ Dictamen, DOUE C 391 de 18.12.2012, p. 37, apartado 33.

¹⁷⁷ “Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona

algunos legisladores penales europeos. Así, el legislador penal suizo en el art. 72 schStGB¹⁷⁸, precepto dedicado al comiso de los valores patrimoniales de una organización criminal, se refiere al “poder de disposición”, poder que no es exclusivamente jurídico sino que se entiende como “dominio económico-fáctico”¹⁷⁹. También en el §20b (Erweiterter Verfall) öStGB, se utiliza la expresión “poder de disposición” de una organización criminal o terrorista, entendiéndose éste como un poder de disposición fáctico y no jurídico¹⁸⁰.

En atención a la injerencia que el decomiso de terceros implica sobre los derechos de éstos, en el art. 8.6 (Garantías) PD se prevén una serie de garantías mínimas, estableciéndose que “se deberá informar a dicha persona o a su abogado del proceso que pueda dar lugar una resolución de decomiso de esos bienes y se les permitirá participar en dicho proceso en la medida necesaria para proteger los derechos de esa persona de forma eficaz. La persona tendrá como mínimo, derecho a ser oída, a plantear preguntas y a presentar pruebas antes de que recaiga resolución firme sobre el decomiso”.

b. Artículo 127 quáter PrCP

“Los Jueces y Tribunales podrán acordar también el comiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

- a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.
- b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.”

En el Proyecto se regula el comiso de terceros en un artículo independiente, suprimiéndose la referencia al “tercero de buena fe que los haya adquirido legalmente”, incluida en el actual art. 127.1 CP¹⁸¹. A través de esta reforma se pretende, según se desprende de lo

jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica”.

¹⁷⁸ Tras la reforma de la parte general del Código Penal del año 2002, el actual art. 72 schStGB se corresponde con el anterior art. 59.3 schStGB. La organización debe tener posibilidad de disponer de los valores patrimoniales en cualquier momento y utilizarlos según sus necesidades. Véase AGUADO CORREA, *El comiso*, pp. 126 y ss.

¹⁷⁹ Sobre las dificultades que genera la aplicación de este criterio BAUMANN, «Art. 72», *Basler Kommentar, Strafrecht I. Art. 1-110 StGB. Jugendstrafgesetz*, 2007, Nm. 4.

¹⁸⁰ FUCHS/TIPOLD, en *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Noviembre de 2012, § 20 b Nm. 6.

¹⁸¹ MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1275, duda que sea un acierto la supresión de “la breve redacción actual”, a pesar de que en su día este autor se mostró muy crítico con la misma, «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *Actualidad Penal*, 1997, p. 532, al requerir una

afirmado en la Exposición de Motivos, introducir algunas “mejoras técnicas orientadas a incrementar la eficacia y seguridad jurídica en la aplicación de esta regulación”. De lo que no cabe duda tras la lectura del art. 127 quáter PrCP, es que para el Gobierno los fines justifican los medios aun cuando con éstos se vulneren derechos fundamentales y principios constitucionales, y que la eficacia está por encima de las garantías. Este incremento de la seguridad jurídica al que se alude en la Exposición de Motivos, tan solo se puede deber a la introducción de la regulación del procedimiento de comiso en la LECr a través de la cual se regula la participación del tercero en el proceso penal y la condición en la cual debe comparecer con el fin garantizar la defensa de sus derechos en el procedimiento en el que se resuelve con relación al mismo¹⁸², en consonancia con lo dispuesto en el art. 8.6 PD.

Antes de referirnos a los requisitos exigidos en el Proyecto para acordar este comiso sobre terceros, queremos destacar varios aspectos de la regulación propuesta en el art. 127 quáter PrPC. Por una parte, el carácter facultativo con el que se prevé este comiso (“Los Jueces y Tribunales podrán acordar...”), frente al carácter imperativo con el que se regula en el art. 127.1 CP (“Los unos y los otros serán decomisados a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe que los haya adquirido legalmente”), lo cual responde a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad. Por otra parte, la amplitud con la que se ha configurado el mismo tras la pérdida del carácter subsidiario con el que se regula en la Propuesta de Directiva (art. 6 PD) y en los Anteproyectos (art. 127 quáter. a) AAPP), carácter principal que puede implicar la vulneración del derecho a la propiedad del tercero y del principio de proporcionalidad.

En el artículo 6 PD se exige como uno de los requisitos obligatorios para poder proceder al comiso de los productos o bienes transferidos a terceros, “una evaluación, basada en hechos concretos relativos a la persona condenada, sospechosa o acusada, indique que es poco probable que el decomiso de la persona condenada, o del sospechoso o acusado que se halle en las circunstancias contempladas en el artículo 5 P, vaya a prosperar”. En los Anteproyectos, se exigía como requisito indispensable para poder proceder a este comiso sobre terceros, que “el decomiso de los bienes o efectos, o de su valor equivalente, por cualquier circunstancia, no pueda llevarse a cabo sobre el patrimonio de las personas a que se refieren los artículos 127 ó 127 ter, y...”. No entendemos por qué en el Proyecto no se sigue previendo con carácter subsidiario respecto del comiso del patrimonio de los sujetos condenados (art. 127 a 127 bis PrCP) o sobre los cuales recae el comiso sin condena penal

regulación más cuidadosa dada la regulación conjunta del comiso de efectos e instrumentos y el comiso de ganancias.

¹⁸² La regulación legal de la intervención del tercero en el proceso penal y la regulación expresa de los derechos del tercero afectado por el embargo preventivo o el comiso, había sido reclamada tanto por el CGPJ, Informe CGPJ, p. 143, como por el Consejo de Estado en su Dictamen, Consideración duodécima, letra d). Se regula en el Capítulo I del nuevo Título VIII del Libro IV, bajo la rúbrica “De la intervención en el proceso penal de los terceros que pueden resultar afectados por el comiso” (arts. 846 bis.a) a 846 bis.d) LECr). Para suplir esta laguna legal, el TS ha propuesto la aplicación analógica de “las normas previstas en los artículos 615 y siguientes LECr para los supuestos de «responsabilidad civil de terceras personas», formando «pieza separada», interpretadas aquéllas de conformidad con los preceptos y principios constitucionales (art. 5.1 LOPJ)”, STS 20.01.1997 (Ponente: Puerta Luis).

(art. 127 ter PrCP), con el fin de respetar derechos fundamentales y principios constitucionales.

Junto a la subsidiariedad, el otro requisito que se exige en la Propuesta de Directiva es que los productos o bienes se hubiesen transferido de forma gratuita o a cambio de un importe inferior a su valor del mercado si el tercero: i) tratándose de productos conocía su origen ilícito o, de no conocerlo, una persona razonable en su misma situación habría sospechado que su origen era ilícito, basándose en hechos y circunstancias concretas; ii) tratándose de otros bienes, tenía conocimiento de que se habían transferido con objeto de evitar el decomiso de bienes cuyo valor correspondía con el de los productos o, de no haber tenido conocimiento, una persona razonable en su misma situación habría sospechado (art. 6 b) PD). En el Proyecto, este requisito se traduce, inexplicablemente, en una presunción iuris tantum: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad delictiva o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado”. La nueva regulación prevista en este art. 127 quáter PrCP permitiría acordar el decomiso de bienes de terceros¹⁸³ cuando se den las “circunstancias de mala fe”¹⁸⁴ expresadas en la disposición, que además se presumen salvo prueba en contrario, siempre que la adquisición haya tenido lugar a título lucrativo¹⁸⁵, sin necesidad de previa declaración de nulidad de acuerdo con los arts. 6.3 y 1.305 y concordantes del CC.

El comiso de terceros puede recaer tanto sobre los bienes, efectos y ganancias¹⁸⁶ a que se refieren los artículos 127 a 127 ter PrCP, como sobre un valor equivalente a los mismos (art. 127.3 PrCP). Este comiso por valor equivalente constituye una novedad al no estar previsto en los Anteproyectos ni en la Propuesta de Directiva. Nos encontramos, una vez más, ante una previsión que busca “incrementar la eficacia” aun a costa de vulnerar el derecho a la propiedad y el principio de proporcionalidad.

¹⁸³ No entendemos por qué el CGPJ en su Informe, p. 143, afirma que se produce una ampliación del sujeto pasivo del decomiso puesto “que hasta ahora solo puede ser acordado respecto del responsable de la infracción”, dado que en la actualidad afecta a terceros de buena fe que no los hayan adquirido legalmente, los cuales a pesar de no ser responsables penales pueden ser sujetos pasivos del comiso.

¹⁸⁴ Informe CF, p. 120. El Consejo Fiscal valoró positivamente la modificación de la protección del tercero en la medida en que reduce considerablemente el “campo de actuación de los denominados “testaferros” o “personas interpuestas”. También el Consejo de Estado en relación con el AP 2013, Consideración Duodécima, letra d), avanzó su parecer favorable en cuanto que “se trata, en último término, de profundizar en previsiones que se dirigen a salvaguardar el comiso en cuanto consecuencia accesoria de los delitos, evitando las maniobras que traten de eludirlo”. MANZANARES SAMANIEGO, *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013, p. 1275, se ha manifestado en total desacuerdo con la forma de redactar “la tradicional referencia a la buena fe del tercero”, la cual “se sustituye -a la inversa- por una trabajosa redacción...”.

¹⁸⁵ El Consejo Fiscal, Informe, p. 120, nos recuerda -véase en este sentido CFGE 4/2010, p. 24- que la protección de terceros de buena fe tiene su límite en la participación lucrativa regulada en el art. 122 CP y en el principio plasmado en algunas normas de derecho privado (art. 638 CC, art. 85 Código de Comercio o el art. 34 de la Ley Hipotecaria, entre otros), en virtud del cual no se protege la propiedad de las adquisiciones a título gratuito o lucrativo frente a la acción reivindicatoria y, por tanto, no se genera ope legis la adquisición del derecho a la propiedad.

¹⁸⁶ En los Anteproyectos no se incluía la referencia a las ganancias lo cual constituía un grave error.

En el Proyecto se distinguen dos casos en los que cabe acordar este comiso dependiendo del objeto sobre el cual recae, según se trate de efectos y ganancias o de “otros bienes”¹⁸⁷. En el caso de efectos y ganancias, se puede proceder al comiso cuando el tercero lo hubiese adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente hubiese tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. En el caso de “otros bienes”, siempre que lo hubiesen adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

En el art. 127 quáter in fine PrCP se presume dicho conocimiento, o que ha tenido motivos para sospechar del origen ilícito o que han sido transferidos para evitar su decomiso, cuando le hayan sido transferidos a “título lucrativo”, en el sentido en el que mayoritariamente ha sido interpretado por la doctrina en relación con el art. 122 CP, de manera que con esta expresión se abarca no solo las adquisiciones gratuitas o sin contraprestación, sino también aquellas en las que existe una contraprestación que no se corresponde con el valor del mercado, habiéndose obtenido unos beneficios superiores a los normales¹⁸⁸.

En el seno de la doctrina penal había división en torno a qué grado de conocimiento debía tener el tercero sobre el origen de los bienes y del propio delito, habiéndose defendido tanto una postura restringida, que exigía el conocimiento directo del origen delictivo y del delito concreto del que provenían¹⁸⁹; como una postura amplia, que admite un conocimiento general, bastando con que el sujeto sospeche de su origen ilícito o si cree que proviene de algún delito aunque no sepa de cual¹⁹⁰. Los redactores del Proyecto se han inclinado por esta última opción, al considerar suficiente para acordar el comiso que el sujeto “ha tenido motivos para sospechar”.

En realidad, a través de este precepto lo que se permite es acordar el comiso sobre los bienes de sujetos que son responsables de un delito de blanqueo de capitales, doloso o imprudente, sin necesidad de iniciar un proceso penal con el fin de declarar la

¹⁸⁷ Con la inclusión de esta referencia a “otros bienes”, se disipa la duda que surgía tras la lectura de los Anteproyectos sobre si era posible decomisar otros bienes transferidos con el fin de evitar el decomiso por valor equivalente, a los que se refiere la Propuesta de Directiva.

¹⁸⁸ Véase, entre otros, QUINTERO OLIVARES, «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *RECPC*, 2010, p. r2:19; MAGALDI PATERNOSTRO, «Comentario al artículo 122 CP», en *Comentarios al Código Penal*, p. 939; ALASTUEY DOBÓN, «Comentario al artículo 122», en *Comentarios al Código Penal*, p. 488.

¹⁸⁹ MAPELLI CAFFARENA, «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *Revista Penal* núm. 1, 1997, p. 52.

¹⁹⁰ GARCÍA ARÁN, en *Comentarios al Código*, p. 962. Con la regulación propuesta en el Proyecto, también podrán decomisarse los bienes que pertenezcan a un tercero que “cree (erróneamente) en la licitud del origen de los bienes o ganancias, aunque potencialmente pudiera conocer su ilicitud cerciorándose diligentemente”. En contra de esta posibilidad se ha manifestado la autora anteriormente citada, por su excesiva extensión. El Tribunal Supremo ha entendido que la buena fe puede consistir en la creencia de la inexistencia en el título de adquisición de vicio alguno que lo invalide, existiendo una presunción de buena fe que debe enervarse (STS 15.07.2003). Véase AGUADO CORREA, en *Comentarios al Código*, pp. 505 y 506.

responsabilidad criminal de los mismos, por la vía de considerarlos “terceros” a efectos del decomiso. Y es que en los supuestos en los que el sujeto conozca la procedencia delictiva o sepa que han sido transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante una conducta constitutiva de un delito de blanqueo de capitales tipificada en el art. 301.1 CP. En el caso de que el tercero hubiera tenido motivos para sospechar que procedían de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante un delito de blanqueo de capitales imputable a título de imprudencia (art. 301.3 CP). Por lo que si ya la ampliación del comiso y del blanqueo de capitales a través de la LO 5/2010 tuvo incidencia en la participación a título lucrativo regulada en el art. 122 CP¹⁹¹, la regulación del comiso de terceros contemplada en este art. 127 quáter PrCP, va a agravar los problemas de fijación del ámbito de aplicación de cada una de estas figuras¹⁹² circunscribiéndose, a priori, el ámbito de aplicación del art. 122 CP a las adquisiciones a título lucrativo que hayan tenido lugar con absoluto desconocimiento del origen delictivo¹⁹³.

6. Ejecución efectiva del comiso

a. Artículo 9 PD

“Determinación del alcance del decomiso y ejecución efectiva. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar la determinación del alcance exacto de los bienes decomisados a raíz de una sentencia condenatoria firme por una infracción penal o de resultados del procedimiento contemplado en el artículo 5 que tenga por resultado una resolución de decomiso, y autorizarán la adopción de otras medidas necesarias para la ejecución efectiva de esa resolución de decomiso”.

En las Conclusiones del Consejo de la UE sobre el decomiso y la recuperación de activos, se hizo hincapié en la necesidad de centrar la atención no solo en la fase de investigación que lleva al rastreo, detección y custodia de los activos, como se venía haciendo, sino también en las fases posteriores de decomiso y recuperación, es decir, las fases judicial, ejecutoria y de enajenación¹⁹⁴. Incluso se solicitó a los Estados que estudiaran “la posibilidad de crear un

¹⁹¹ QUINTERO OLIVARES, *RECPC*, 2010, pp. 1-20. En la Circular 4/2010, pp. 24 y 25, la FGE llevó a cabo una interpretación sistemática de estas disposiciones en relación con el art. 3.3 de la DM 2005/212/JAL, distinguiendo en los casos de bienes en poder de terceros varios supuestos: : a) cuando se trate de un adquirente de buena fe a título lucrativo se puede acordar el comiso si bien hay que llamarlo al proceso en concepto de tercero civilmente responsable; b) si la adquisición por parte del tercero de buena fe ha sido a título oneroso, no se puede proceder al decomiso del citado bien, debiéndose acordar el comiso por valor equivalente sobre otros bienes del acusado; c) cuando se hayan adquirido los bienes con conocimiento de su ilícita procedencia, la investigación criminal debe encaminarse también a esclarecer tal extremo desde la perspectiva de los delitos de receptación, blanqueo o en su caso como, como posibles supuestos de participación criminal en el hecho delictivo de que se trate, sin perjuicio de la posibilidad de participación a título lucrativo de los efectos del delito”.

¹⁹² QUINTERO OLIVARES, *RECPC*, 2010, p. r2:19, señalaba que la posesión dolosa o imprudente de bienes procedentes de delitos se amontona sobre la regulación de la receptación común y de la participación a título lucrativo”, debiéndose añadir a esta lista el comiso regulado en el art. 127 quáter del PrCP.

¹⁹³ QUINTERO OLIVARES, *RECPC*, 2010, p. 20. Este autor, señalaba que se podía encontrar una función propia del art. 122 CP en los casos en los que el poseedor de bienes procedentes de actividad delictiva hubiera sido “exculpado del delito de blanqueo de capitales”.

¹⁹⁴ Conclusiones del Consejo, p. 5.

marco jurídico a efectos del rastreo, la custodia y el decomiso de activos aún después de la pronunciación de una condena definitiva por un delito”¹⁹⁵.

En la Propuesta de Directiva, se justifica la previsión contenida en el art. 9 PD en los siguientes términos:

“Las personas sospechosas de pertenecer a organizaciones de delincuentes han logrado ocultar sus activos, a menudo gracias al asesoramiento de profesionales cualificados. Las investigaciones sobre los activos de cara a su posible decomiso ulterior son, por lo general, largas y deben realizarse respetando los plazos de los correspondientes procedimientos penales.

Cuando se haya dictado una resolución de decomiso y no se haya descubierto ninguna propiedad, o esta sea insuficiente, y la resolución de decomiso no pueda ejecutarse, este artículo obliga a los Estados miembros a permitir la realización de las investigaciones financieras necesarias de los activos de la persona al objeto de ejecutar plenamente dicha resolución. Esta disposición aborda el problema de la prohibición de realizar actividades de decomiso una vez concluido el proceso penal y permite aplicar las resoluciones de decomiso no ejecutadas o ejecutadas parcialmente a los activos anteriormente ocultos que hayan reaparecido entre tanto, incluso cuando haya finalizado el proceso penal”.

Posteriormente en el considerando 15 del texto de la Propuesta de Directiva, se retoma este argumento:

“Es frecuente que los acusados o sospechosos oculten bienes durante toda la duración del proceso penal. De resultas de ello, no se pueden ejecutar las resoluciones de decomiso, de tal modo que los destinatarios de las mismas pueden disfrutar de esos bienes una vez cumplida su pena. Por consiguiente, es necesario posibilitar la determinación del alcance preciso del bien que se debe decomisar incluso después de una condena definitiva por una infracción penal, con el fin de permitir la plena ejecución de las resoluciones de decomiso cuando no se haya descubierto inicialmente ninguna propiedad o esta fuera insuficiente y la resolución de decomiso no se haya ejecutado”.

En opinión del CESE, aun cuando el objetivo del art. 9 del Proyecto en sí es legítimo, éste no puede justificar la adopción tras una condena definitiva de otras medidas que puedan superponerse a esta resolución judicial, en virtud de los principios de juicio imparcial y de determinación de las penas. Y de ahí que únicamente considere, con razón, que sólo son “aceptables” medidas de investigación posteriores en el marco de una continuidad de la ejecución efectiva de la pena impuesta por el órgano jurisdiccional”. Queremos llamar la atención sobre el hecho de que el CESE habla de pena al referirse al decomiso y también que hace referencia al principio de determinación de las penas, aun cuando no necesariamente nos encontramos ante una pena.

b. Artículo 127 quinquies PrCP

“Si la ejecución del comiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el Juez o Tribunal podrá, mediante auto, acordar el comiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del comiso inicialmente acordado. De igual modo se

¹⁹⁵ Conclusiones del Consejo, p. 6, apartado 8.

procederá, cuando se acuerde el comiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.”

El comiso en fase de ejecución contemplado en el art. 127 quinquies PrCP¹⁹⁶ responde, desde nuestro punto de vista, a lo dispuesto en el artículo 9 PD¹⁹⁷.

La redacción de este artículo ha sufrido modificaciones en el Proyecto, en relación con la prevista en los Anteproyectos, con el fin de aclarar algunas de las circunstancias en las que cabe acordar el comiso por valor equivalente en fase de ejecución, aun cuando es en la propia Exposición de Motivos donde encontramos una relación más amplia de los supuestos en los que cabe acordar éste. Y es que mientras que en el texto del art. 127 quinquies PrCP se aclara que podrá acordarse cuando “a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia”; en la Exposición de Motivos se hace referencia a los casos en los que no es posible proceder al comiso de los bienes o efectos procedentes del delito, en todo o en parte, “porque no es posible localizarlos, se encuentran fuera del alcance de los Tribunales, han sido destruidos, se han disminuido su valor con relación al que tenían cuando fueron incorporados al patrimonio del sujeto, o por cualquier otra circunstancia”. En realidad, la aclaración incluida en el texto del art. 127 quinquies PrCP es del todo innecesaria, pues no aporta nada nuevo a la regulación del mismo bastando, a meros efectos ilustrativos, con lo afirmado en la Exposición de Motivos. También se incluye en el texto del art. 127 quinquies del Proyecto, una alusión a la posibilidad de proceder de la misma manera en los casos de pérdida del valor económico en relación con el momento en el que fueron adquiridos, en consonancia con la nueva regulación del comiso por valor equivalente del art. 127.3 PrCP.

En opinión del CGPJ, este precepto chocaría con la “configuración del comiso como una consecuencia accesoria del delito, que como tal ha de ser impuesta en sentencia, dándole este nuevo artículo el tratamiento propio de la responsabilidad civil”, si bien en nuestra opinión esto no es así ya que, en realidad, el comiso se acuerda en sentencia permitiéndose únicamente acordar mediante auto que, por no haberse podido ejecutar total o parcialmente, recaiga sobre bienes distintos sobre los que inicialmente se acordaron.

Una cuestión que no queda clara en relación con la regulación del comiso por valor equivalente en fase de ejecución del art. 127 quinquies PrCP es ¿hasta cuándo se puede dictar ese auto? Debe tenerse presente que en la Sentencia del TEDH, de 1 de febrero de 2005, *Crowthier vs. Reino Unido*, se declaró la violación del art. 6.1 CEDH en el que se consagra el derecho de toda persona a que “su causa sea oída ... dentro de un plazo razonable”, al haber transcurrido cuatro años desde que se dictó la sentencia en la que se acordaba el comiso, sin que en ese lapso de tiempo se hubiese acordado ninguna medida al respecto por parte de las autoridades correspondientes.

¹⁹⁶ El CF, parece afirmar en su Informe, pág. 120, que no estamos ante una novedad sino que esta posibilidad ya estaba prevista en el CP desde su reforma a través de la LO 15/2003, p. 120, opinión que no compartimos.

¹⁹⁷ En las Conclusiones del Consejo sobre el decomiso y la recuperación de activos, pág. 6, se solicitaba a los Estados que “8) Estudien la posibilidad de crear un marco jurídico a efectos del rastreo, la custodia y el decomiso de activos aun después de la pronunciación de una condena definitiva por un delito”.

7. Bibliografía

Teresa AGUADO CORREA (2003), «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal», *RECPC* 05-04, p. 04:1-04:24 (www.criminet.ugr.es/recpc)

- LA MISMA (2011), «Comentario al Artículo 127 CP», en Manuel GÓMEZ TOMILLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 501-510.
- LA MISMA (2013), «Decomiso de los productos de la delincuencia. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”», *RECPC* 15-05, pp. 1-27 (www.criminet.ugr.es/recpc).
- LA MISMA (2013), «Embargo preventivo y comiso en los delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados: presente y ¿futuro? », *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXII (2013), en prensa.

Carmen ALASTUEY DOBÓN (2011), «Comentarios al Artículo 122 CP», en Manuel GÓMEZ TOMILLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 486-488.

Silvina BACIGALUPO SAGESSE (2002), *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Florian BAUMANN (2007), «Comentario al Art. 72 schStGB», en Marcel Alexander NIGGLI/Hans WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar, Strafrecht I. Art. 1-110 StGB. Jugendstrafgesetz*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, pp. 1470-1482.

Isidoro BLANCO CORDERO (2008), «Comiso ampliado y presunción de inocencia», en Luz María PUENTE ABA (Directora), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Ed. Comares, Granada, pp. 69-106.

- EL MISMO (2010), «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 Coral ARANGÜENA FANEGO (Directora), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid.

Albin ESER (2010), «Comentarios previos al § 73 StGB», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 Auf., 2010, C.H. Beck, München.

- EL MISMO (2010), «Comentario al § 74 c StGB», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 Auf., 2010, C.H. Beck, München

Patricia FARALDO CABANA (2012), «Los delitos de contrabando. Comiso», en Patricia FARALDO CABANA (Directora), *Comentarios a la legislación penal especial*, Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 146-170.

Bernardo FEIJOÓ SANCHEZ (1997), «Comentario al art. 431 CP», en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Civitas, Madrid.

Helmut FUCHS/Alexander TIPOLD (2012), «Comentario al § 20 b», en *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª Auf., 49 Lieferung, Noviembre de 2012.

Ignacio GALLEGO SOLER (2011), «Comentario al Artículo 127», en AAVV, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Mercedes GARCÍA ARÁN (2011), «Comentario al artículo 127 CP», en Juan CÓRDOBA RODA/Mercedes GARCÍA ARÁN (Directores), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 949- 970.

Clara GARRIDO (2009), «Procedimientos administrativos en Colombia: buenas prácticas en la delegación a la rama ejecutiva», en Theodore S. GREENBERG/Linda M. SAMUEL/Wingate GRANT/Larissa GRAY, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, pp. 193-196.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2007), *El decomiso transfronterizo de bienes*, Ed. Colex, Madrid.

Luis GRACIA MARTIN (2006), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Theodore S. GREENBERG/Linda M. SAMUEL/Wingate GRANT/Larissa GRAY (2009), *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial y Mayol Ediciones, Washington.

Esther HAVA GARCÍA (2010), «Comiso (art. 127 y Disposición Final Sexta)», en Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (Directores), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 159-162.

María José MAGALDI PATERNOSTRO, «Comentario al Artículo 122 CP», en Juan CÓRDOBA RODA/Mercedes GARCÍA ARÁN (Directores), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 938-940.

José Luis MANZANARES SAMANIEGO (1997), «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *Actualidad Penal* (24).

- EL MISMO (2013), «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV): de la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de las responsabilidad criminal (artículos 109 a 137 CP)», *Diario La Ley* nº 8003, 17.01.2013.

Borja MAPELLI CAFFARENA (1997), «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *Revista Penal*, núm. 1, pp. 43-54.

Cristobal MARTELL PÉREZ ALCALDE/Débora QUINTERO GARCÍA (2010), «De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater)», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 357-367.

Santiago MIR PUIG (2009), *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona.

David PASEWALDT (2011), *Möglichkeiten und Grenzen strafrechtlicher Vermögensabschöpfung im bereich der Markenpiraterie*, Bucerius Law School, Hamburg.

Luz María PUENTE ABA (2003), «La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal», *AP* núm. 39, pp. 981-1008.

- LA MISMA (2013), «Comiso en materia de tráfico de drogas: art. 374 CP», en Javier GARCÍA ÁLVAREZ (Director), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal "Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012", celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (2010), «La reforma del comiso (art. 127 CP)», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, pp. 107-110.

- EL MISMO (2010), «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *RECPC 12-r2*, pp. r2:1-r2:20.

María José RODRÍGUEZ PUERTA (2008), «Comentario al Artículo 127 CP», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios al Código Penal. Tomo I Parte General (Artículos 1 a 137)*, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona.

Eduardo RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE/Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (2012), «El comiso», en Jesús María SILVA SÁNCHEZ (Director), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, La Ley, pp. 205-218.

Caty VIDALES RODRÍGUEZ (2009), «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Ingrid VAN DE REYT/Antón VAN KALMTHOUT (1997), «Niederlande», en Michael KILCHLING/Günther KAISER, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, pp. 313-346.

Walter WINKLER (2009), «Verbrechen und Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz», *NStZ* (8), pp. 433 a 437.

Javier Alberto ZARAGOZA AGUADO (2011), «Artículo 301», *Comentarios al Código Penal*, 2ªed., Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 1152 a 1180.

Antonio ZÁRATE CONDE (2013), «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de reforma del Código Penal», *Diario La Ley* nº 8019, Sección Tribuna, 8 de febrero de 2013, versión digital.

Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STEDH, Sección 4ª, 1.2.2005	JUR\2005\37701		<i>Crowther vs. Reino Unido</i>
STEDH, Sección 3ª, 1.03.2007	JUR\2007\66034		<i>Caso Geerings vs. Países Bajos</i>
STEDH, Sec.4ª, 23.09.2008	TEDH\2008\61		<i>Caso Grayson y Barnham vs. Reino Unido</i>
STC 119, 1ª, 3.07.2006	RTC 2006\119		
STC 220, 1ª, 3.07.2006	RTC 2006\220		
STS, 2ª, 22.11.2006	RJ 2006\8222	Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE	
STS, 2ª, 30.10.2012	RJ\2013\1443	Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA	
STS, 2ª, 5.12.2012	RJ\2013\277	Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE	
STS 2ª, 26.03.2013	JUR\2013\123682	Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA	
AP Pontevedra, Sec. 5ª, 1.09.2011	ARP 2011\ 1286	José Calos MONTERO GAMARRA	