

*FACULTAD DE CIENCIAS SOCIEALES Y
JURÍDICAS DE ELCHE*



GRADO EN DERECHO

**EL COMISO DE BIENES Y GANACIAS DEL DELITO
EN LA LEGISLACIÓN PENAL**

AUTOR: CANDELA ROVIRA, SANTIAGO MANUEL

TUTOR: SIMONS VALLEJO, RAPHAËL

CONVOCATORIA: JUNIO DE 2015.



Elche, junio de 2015





Se debe, pues, considerar tirano a todo gobernador, o como quiera que se titule, que no tiene la ley como regla sino su voluntad propia y cuyos mandamientos y actos no están dirigidos hacia la preservación de las propiedades de su pueblo sino a la satisfacción de su propia ambición, de sus venganzas personales, de su codicia o de alguna otra pasión semejante.

John Locke

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
ABREVIATURAS.....	15
CAPÍTULO 1. APROXIMACIÓN SOCIOLOGICA MEDIANTE EL ANÁLISIS DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y LOS SINTOMAS DE LA POSTMODERNIDAD.	
1. Contextualización.....	17
2. De la sociedad de clases y capas a la sociedad del riesgo.....	18
3. Las bases de la sociedad del Riesgo.....	21
3.1 <i>La inteligibilidad de los riesgos.....</i>	<i>21</i>
3.2 <i>El reparto de riesgos.....</i>	<i>22</i>
3.3 <i>Los riesgos de la modernización “The Big Business”.....</i>	<i>23</i>
3.4 <i>La toma de consciencia.....</i>	<i>24</i>
3.5 <i>De lo apolítico a lo político.....</i>	<i>24</i>
4. La libertad vs Seguridad.....	25
5. La sociedad del riesgo en conexión con el Derecho Penal actual y la figura del comiso.....	27
CAPÍTULO 2. EL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA. RECORRIDO HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN.	
1. El Comiso en la legislación penal española.....	31
1.1 <i>Concepto de general de Comiso.....</i>	<i>31</i>
1.2 <i>El Comiso Directo.....</i>	<i>32</i>
1.3 <i>Comiso por sustitución o valor equivalente.....</i>	<i>32</i>
1.4 <i>Comiso ampliado.....</i>	<i>32</i>
1.5 <i>Comiso sin sentencia.....</i>	<i>32</i>
1.6 <i>Comiso de bienes de terceros.....</i>	<i>33</i>
2. Recorrido histórico de la institución.....	33
2.1. <i>Código Penal de 1822.....</i>	<i>33</i>
2.2. <i>Código Penal de 1848.....</i>	<i>34</i>
2.3. <i>Código Penal de 1870.....</i>	<i>35</i>
2.4. <i>Código Penal de 1928.....</i>	<i>36</i>
2.5. <i>Código Penal de 1932.....</i>	<i>37</i>

2.6. <i>Código Penal de 1944</i>	37
2.7. <i>Reforma del Código Penal de 1983</i>	38
2.8. <i>Reforma del Código Penal de 1988</i>	38

CAPÍTULO 3. AXIOMA DEL INSTITUTO DEL COMISO. DE LA PENA ACCESORIA A LA CONSECUENCIA ACCESORIA. CONCEPTO DE NATURALEZA JURÍDICA.

1. Consideraciones previas	39
2. Axioma del Instituto de Comiso	39
2.1. <i>Fundamentación teleológica de efectos e instrumentos</i>	40
2.2. <i>Fundamentación teleológica de ganancias provenientes del delito</i>	42
3. De la pena accesoria a la consecuencia accesoria	44
4. Opiniones doctrinales mayoritarias en cuanto a la naturaleza jurídica	46
5. Conclusiones en torno a la naturaleza jurídica del Comiso	48
5.1 <i>El comiso como medida de derecho público</i>	49
5.2 <i>El comiso como medida punitiva o sancionadora</i>	49
5.3 <i>El comiso como medida de Derecho Administrativo o como medida de Derecho Penal</i>	51

CAPÍTULO 4. NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE EL COMISO, ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA EUROPEA.

1. Exposición del Marco Normativo	53
2. Tratados de las Naciones Unidas	54
2.1. <i>Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Viena, 1988</i>	54
2.2. <i>Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Palermo año 2000</i>	56
2.3. <i>Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Mérida, 2003</i>	56
3. Normativa del Consejo de Europa	57
3.1 <i>Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990)</i>	57

3.2 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la confiscación del terrorismo, Varsovia, 2005.....	58
4. Normativa de la Unión Europea.....	59
4.1 El Bien Jurídico Protegido Comunitario y consideraciones generales entorno al Derecho de la Unión Europea.....	59
4.2 Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.....	63
4.3 Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.....	64
4.4 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.....	65
4.5 Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE.....	71
5. Reflexión sociológica de las relaciones entre España y la Unión Europea.....	74

CAPÍTULO 5. LA NUEVA REGULACIÓN DEL COMISO, REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO.

1. Consideraciones previas.....	77
2. Determinación de conceptos jurídicos.....	78
2.1 Concepto de Efectos.....	78
2.2 Concepto de Instrumentos.....	81
2.3 Concepto de Ganancias.....	82
3. El Comiso basado en condena o Comiso directo.....	85

3.1 El Tipo del comiso basado en condena.....	85
3.2 Repercusión de la Directiva 2014/42/UE sobre el comiso directo.....	85
3.3 Conclusiones de la regulación en el derecho interno sobre el comiso directo.....	86
4. El Comiso ampliado.....	88
4.1 El Tipo del comiso ampliado.....	88
4.2 Repercusión de la Directiva 2014/42/UE sobre el comiso ampliado.....	89
4.3 Conclusiones de la regulación en el derecho interno.....	90
4.3.1 Artículo 127.1 bis PrCP.....	90
a. La relación con los delitos imprudentes	
b. Sobre el principio acusatorio	
c. Delitos sobre los que puede recaer el decomiso ampliado.	
d. Sobre el principio de presunción de inocencia y culpabilidad	
4.3.2 Artículo 127 Bis 2 PrCP.....	94
a. Artículo 127 bis 2, apartado 1º PrCP	
b. Artículo 127 bis 2, apartado 2º y 3º PrCP	
4.3.3 Artículo 127 bis 3.....	95
4.3.4 Artículo 127 bis 4 PrCP.....	96
4.3.5 Artículo 127 bis 5 PrCP.....	96
5. El comiso no basado en condena.....	97
5.1 El Tipo del comiso no basado en condena.....	97
5.2 Repercusión de la Directiva 2014/42/UE sobre el comiso no basado en condena.....	98
5.3 Conclusiones en la regulación de derecho interno.....	99

a) Cuando el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica (art. 127 ter a))	
b) Situación de rebeldía (art.127 ter b))	
6. Comiso de terceros.....	100
6.1 El Tipo del comiso de terceros.....	100
6.2 La repercusión de la Directiva 2014/42/UE sobre el comiso de terceros.....	101
6.3 Conclusiones en la regulación de derecho interno sobre el comiso de terceros.....	102

CAPÍTULO 6. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN CONTRASTE CON LA FIGURA JURÍDICA DEL COMISO.

1. Consideraciones previas.....	103
2. Principio de legalidad.....	103
2.1.El Principio de legalidad en el tipo actual de comiso.....	104
2.2.Principio de legalidad en la futura reforma LO 1/2015 de 30 de marzo.....	105
3. El principio de Proporcionalidad.....	106
4. El Principio de Culpabilidad.....	112
5. Principio de Presunción de Inocencia.....	115
6. Principio Acusatorio.....	118
CONCLUSIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	131
TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA.....	138



INTRODUCCIÓN

La implantación del sistema de Grado en la Universidad Española, ha traído consigo la novedad de culminar la carrera mediante un trabajo de final de grado. Esta novedad, puede ser vista desde muchas perspectivas; podemos considerarlo un simple trámite a superar, en el cual el alumno realiza una labor cumplida, pero sin más pretensión que aprobar. O bien, integrar la labor de investigación como una competencia necesaria para la práctica profesional, y de ese modo, obtener el máximo beneficio intelectual, buscando satisfacer las curiosidades que trae consigo la profundidad de las ciencias jurídicas.

La segunda opción es la que nos ha inspirado para acometer el arduo camino de confección del presente trabajo. Hemos pensado plantear este escalón necesario para alcanzar el título, como una oportunidad para poder plasmar los conocimientos adquiridos durante este viaje de conocimiento.

Somos conscientes de la extensión que sin pretenderlo ha logrado el documento que tenemos delante, pero hemos convenido ahondar en profundidad en el tema y ser radicales en su exposición y estudio. Espero que al lector le sea útil los conocimientos que aquí se transmiten y que la lectura no le resulte tediosa.

La elección del tema supone siempre una cuestión delicada para quien se propone investigar sobre algún área del derecho. En esta ocasión, se expusieron varias posibilidades entre nosotros y el tutor del trabajo, que aunque no estaba muy claro el objetivo si coincidimos en la necesidad de afrontar un tema de actualidad. Además, debía de ser algo poco explotado, que atrajera al posible lector y que invitara a conocer los pormenores del asunto. No había un esquema fijo, pues podría ser desde una monografía hasta un estudio panorámico. De este intercambio de opiniones se barajaron varios temas como los derechos del reo en instituciones penitenciarias o el blanqueo de capitales, haciendo un recorrido por la parte general.

Sin embargo, fue el Comiso la elección final. Era esta Institución la que cumplía con la nota de actualidad, puesto que el 1 de julio de 2015 entrará en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo, donde sufre una intensa modificación que es pertinente afrontar. Además, la utilidad práctica que se desprende para el ejercicio de la profesión

es de gran valor, ya que es muy normal que se decrete el decomiso de bienes junto con la condena por un delito, lo que implica la necesidad de conocer bien como funciona. A colación con lo anterior, pese a su transcendencia práctica, no está incluida en los planes de estudio de grado esta figura jurídica. Otro asunto es, la incidencia que representa frente a los postulados del Derecho Penal y su colisión con los principios que inspiran el proceso, sobre todo con la nueva reforma. Por estos motivos, se pensó que la originalidad del tema, unida a la falta de material entorno a la nueva reforma, podría dar lugar a una obra monográfica muy interesante.

La hipótesis de partida, al enfrentarnos a la figura del Comiso en nuestro ordenamiento jurídico, comienza con el reto de determinar cuáles son las razones por las que nuestras sensibilidades están cambiando. Por qué necesitamos transformar nuestro derecho, conectándolo con las nuevas inquietudes sociales que se suceden a nuestro alrededor. Qué circunstancias sociales desembocan en las pretensiones de cambio y cómo reacciona la comunidad ante esta transición social.

Para ello, es imprescindible conocer la utilidad que supone para la prevención del delito esta figura jurídica, tanto a lo largo de la historia, como para su posible aplicación en el futuro. Para ello habrá que acudir al estudio de su naturaleza jurídica, y a partir de entonces examinar cómo puede solucionar la problemática actual entorno a la política criminal de nuestro tiempo.

Es necesario estudiar la incidencia que puede ocasionar la transformación de nuestro Derecho Penal, conforme a los postulados liberales que han inspirado nuestro ordenamiento desde hace siglos. Asimismo, es imprescindible valorar su compatibilidad con estos principios que el poder constituyente ha considerado como el núcleo de lo justo, y por tanto, no es posible su inobservancia.

Esos cambios que se están aconteciendo, se desarrollan en un contexto internacional del que España forma parte activa. Las nuevas fórmulas de Organizaciones Internacionales, como organizaciones de integración, que es el caso de la Unión Europea, supone una injerencia notable en el derecho interno. Se ha de descubrir hasta que punto incide sobre nuestro trabajo.

Por último, pero no por ello menos importante, cabe recabar las transformaciones que el legislador español pretende realizar en próximas fechas sobre

los tipos penales donde se recoge el comiso, para conocer en qué medida se va a ver afectada la Institución y poner en valor todo lo analizado con anterioridad.

Para dar respuesta a esta hipótesis, el trabajo ha sido estructurado desde los conceptos más abstractos, hasta concluir por los elementos más concretos del tema propuesto. De modo que, el primer capítulo intenta poner al lector en situación. Parte de los cambios que socialmente se están gestando, dejando atrás la etapa del modernismo conocida como la industrialización, y comenzando una nueva denominada postmodernismo de la sociedad del riesgo. El estudio del nuevo paradigma de la sociedad del riesgo desembocará a considerar transformaciones en nuestro Derecho Penal, que como consecuencia también afectará al decomiso.

En el segundo capítulo, se vio imprescindible definir los tipos de comiso en aras de que el lector no tuviera que acudir a otras obras para comprender los datos que aquí se transmiten. A continuación, se hace un recorrido histórico por nuestro Códigos Penales desde 1.822, para explicar las consecuencias que suponen la calificación jurídica de la Institución, según se trate de pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria.

Esta última idea es la que nos lleva a plantearnos la naturaleza jurídica actual, y en consecuencia, las finalidades a las que sirve el comiso en nuestro sistema, asunto que afrontamos en el capítulo tercero.

El capítulo cuarto requiere una atención especial, trata la Institución haciendo un recorrido por los principios constitucionales y analizando su posible colisión. En consecuencia se percibe si son acordes con nuestra norma suprema.

Como se avanzaba al comenzar esta introducción, el escenario internacional donde se sitúa España, hace que prestemos una especial atención a las normas que desde el exterior inciden en el comiso. Además, estas Organizaciones Internacionales dejan entrever un especial interés que les suscita esta figura. Para ello, el capítulo quinto analizará instrumentos normativos internacionales desde las Naciones Unidas hasta la Unión Europea.

Para completar el estudio falta el análisis de los tipos que se regularán a partir de 1 de julio de 2.015, teniendo en cuenta todo lo descubierto con anterioridad en el resto de capítulos. El capítulo sexto irá dedicado a la crítica de la transposición de la

Directiva 2014/42/UE, y como el legislador español ha afrontado esta inclusión del comiso en nuestro sistema.

En cuanto a la metodología empleada para la elaboración de esta monografía se ha atendido muy en especial a artículos publicados en revistas especializadas en Derecho Penal. Asimismo, a diferentes opiniones doctrinales, las cuales he querido poner en contradicción, explicando las diferentes posturas de autores que han afrontado el tema de las consecuencias accesorias. Por supuesto, hemos incluido nuestras percepciones sobre la materia cuando lo hemos considerado pertinente.

Por otra parte, se ha atendido a la jurisprudencia de Tribunales como el Constitucional español, sobre todo en lo referente a la colisión de derechos fundamentales; también se ha confrontado sentencias del Tribunal Supremo; del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La utilización de este recurso da una imagen de lo que en realidad se valora en la práctica, en lo concerniente a hacer valer los derechos que nos son debidos.

Las diferentes normas que intervienen en el proceso es la fuente nuclear de nuestro trabajo. Deviene imprescindible el estudio del articulado, así como, la lectura de las Exposiciones de Motivos que anticipa las intenciones que iluminan al legislador para acometer modificaciones legislativas.

Para concluir esta introducción, nos gustaría transmitir la dedicación que se ha puesto en la elaboración de esta investigación, con el fin de lograr un documento de calidad que nos haga sentir orgullosos de los conocimientos que nuestra Universidad nos ha dotado. Esperamos que la lectura sea satisfactoria, y que extraiga de ella los útiles necesarios para comprender mejor el Comiso de nuestro Derecho.

Santiago Manuel Candela Rovira,
Elche, 22 de junio de 2.015

ABREVIATURAS

AP	Anteproyecto
BJP	Bien Jurídico Protegido
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CDR	Comité de las Regiones
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CESE	Comité Económico Social Europeo
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
CP	Código Penal
DM	Decisión Marco
DP	Derecho Penal
DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUE	Derecho de la Unión Europea
EEMM	Estados Miembros
EM	Exposición de Motivos
FGE	Fiscalía General del Estado
G	General
GM	Guerra Mundial
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
NU	Naciones Unidas
OI	Organización Internacional
ONU	Organización de Naciones Unidas

PrCP	Proyecto del Código Penal
StGB	Código Penal Alemán
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea



CAPÍTULO 1. APROXIMACIÓN SOCIOLOGICA MEDIANTE EL ANÁLISIS DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y LOS SINTOMAS DE LA POSTMODERNIDAD.

1. Contextualización.

En los comienzos de este trabajo se pretende centrar de forma clara cuáles son los cambios que en nuestra sociedad se están produciendo, pues es inevitable para la comprensión del lector identificar los fines axiológicos que motivan la incursión del legislador sobre la normativa actual. Aunque no es objeto de este trabajo agotar con una profunda reflexión estas características, es necesario afrontarlas aun de forma somera.

Las transformaciones legislativas que se están aconteciendo son la respuesta que el derecho ofrece a las nuevas sensibilidades sociales que merecen protección penal. Por ello, el esfuerzo que ha de realizar el legislador para por un lado, reprimir conductas que afectan dichas sensibilidades como método de control social¹ y, por otro, preservar inalterados los principios rectores del derecho penal, deviene una tarea ardua. Los nuevos problemas que se esbozan requieren de una modificación o reinterpretación de los principios de índole liberal que rigen en nuestro sistema desde el siglo XIX, pues ha de dejar atrás las premisas del bien jurídico personalista, inherente a la titularidad del individuo, para pasar a bienes que trascienden de la persona. Si no se realiza la citada reformulación, los nuevos retos planteados al sistema penal se expondrían como una incoherencia normativa impropia de sistemas democráticos y de derecho. Pero este asunto será tratado con más detalle.

Para explicar la procedencia de la aproximación sociológica, se ha de afrontar el derecho como una realidad social que se desarrolla y acontece en las relaciones entre las personas de un mismo universo lógico, cuyo fin último es la coexistencia pacífica y en dignidad de los individuos que en él habitan. Por este motivo contiene en su haber los postulados que han de imperar en el orden de la sociedad y estos se identifican con la moral de los integrantes de la misma. Pero esas connotaciones morales solo pueden establecerse como mínimos morales y nunca máximos, pues la pluralidad de la sociedad que nos asiste, en conexión con la dignidad de todos los individuos que la integran, solo puede el derecho alcanzar mínimos morales para regular la convivencia. Esta premisa es

¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona, Ed. Reppertor, 7º Edición, 2004, p. 49.

condición necesaria y no contingente, ya que si el derecho se aleja de las convicciones morales mínimas de la sociedad, decae en su obligatoriedad². Es más, de aplicarse máximos morales dejaría fuera de la esfera a las minorías sociales en un gesto de gran expresión utilitarista, lo que va en contra de los postulados de dignidad inspirados en la doctrina Kantiana de no disponer del individuo como mero medio, sino que siempre sea un fin en sí mismo.

Si bien, el párrafo anterior guía algunas ideas que la filosofía política y del derecho viene afirmando en los últimos decenios, se percibe, sin embargo, una tendencia a impulsar máximos morales en vez de asegurar mínimos y esto se verifica por el mismo sistema democrático. No se nos escapa a nadie que el legislador está sujeto a las urnas y que su acción va dirigida a satisfacer al ciudadano para que este, en respuesta a su satisfacción, le confíe su voto nuevamente para otra legislatura. Pues es propio de la masa en una sociedad sumida en el miedo, reclamar acción penal a golpe de alarma social. El legislador, consciente de esto responde con severidad a la demanda social para garantía de su continuidad, pero esta acción tiene un precio y es la pérdida de derechos civiles.

Dicho todo esto, es conveniente conocer cómo están cambiando nuestras sensibilidades y cómo se van dejando atrás antiguos postulados ligados al modernismo, para alcanzar nuevas formas de afrontar los problemas que se presentan en la actualidad. Será de referencia para guiarnos en la aproximación el sociólogo Ulrich Beck, cuya doctrina plasmada en su libro “*La sociedad del riesgo*”, recoge con especial claridad las tendencias en el comportamiento humano de las sociedades occidentales.

2. De la sociedad de clases y capas a la sociedad del riesgo³.

Creada la conocida como sociedad de clases, en la etapa de la modernidad que se conoce como la industrialización, donde autores tan ilustres como Marx o Weber escribieron con tanta vehemencia intentos de hallar soluciones al problema del reparto de la riqueza. No resulta fácil encontrar una solución a este problema en un mundo donde la riqueza no es creada de forma igual por los miembros que la componen, pero cuyo reparto se ha de realizar de forma redistributiva y a su vez justa, deviene de difícil

² ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia. Derecho y corrección*. (José Antonio Seoane, Eduardo Soderó y Pablo Rodríguez trads.) Editorial Comares, Granada. 2005, pp. 45-54.

³ Para la redacción del presente epígrafe, he consultado la obra de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Ed. Paidós, Barcelona, 2002, p. 142.

solución. Sin embargo, estas tensiones creadas por las diferentes concepciones del reparto de la riqueza llevan consigo la creación del modelo del Estado social, democrático y de derecho que permite la interacción de la ideología liberal, aunque en cierto modo constreñida por la necesidad de la creación de una red de protección mínima que sustente a los agentes más desfavorecidos del sistema, dotándolos de dignidad propia del ser humano y evitando abismos sociales que, como consecuencia, generarán inestabilidad en el sistema.

Aun hoy en día se sufre en ciertos países en vías de desarrollo el paradigma de la desigualdad social, pues éste no está sometido al tiempo, sino a la etapa de la modernidad en la que el país o la sociedad en sí se hallan incursos. Puesto que se afrontan los problemas del reparto y el conflicto del reparto de la riqueza producida, mientras que el pensamiento y la actuación del ser humano está supeditado a la dictadura de la escasez⁴, de la que no podrá huirse hasta que el progreso tecnológico descubra nuevas formas de riqueza ocultas que de calidad al tejido industrial de dichos países. Estas promesas de liberación, unida a los postulados del progreso infinito, alimentan a la sociedad de clases y capas y la mantiene en funcionamiento.

Pero este proceso de modernización inspirado por el progreso infinito y de los recursos inagotables de hace reflexivo, esta posición es característica de la nueva etapa fundada en el miedo. La rotundidad de la concepción de que los recursos son una fuente inagotable, comienza a entrar en crisis al ser patente que no se regeneran a la velocidad que el mercado requiere. Es en los años '60 del siglo pasado cuando en la Alemania Federal comienza a percibirse los cambios de sensibilidades, en España llegará con un retraso de 20 años fruto del aislamiento histórico producido, entre otros factores, por la dictadura del G. Francisco Franco.

En definitiva los Estados del bienestar muy desarrollados y ricos ya no centran sus inquietudes en la lucha por lograr “el pan nuestro de cada día” pues, al contrario de aquellos países del tercer mundo, no existe un problema de abastecimiento de artículos de primera necesidad. En ocasiones incluso se suceden problemas de obesidad ligados a las consecuencias de la nueva pobreza. Es en la sociedad del riesgo que el cambio de énfasis en la problemática que subyace en la conciencia colectiva, son aquellos efectos secundarios nacidos del desarrollo voraz e ilimitado, cuyo objeto es satisfacer las

⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Óp. cit., p. 26.

necesidades del abastecimiento que se demandan sin tener en cuenta la regeneración del medio. Es en este dilema donde aquellos riesgos que no se valoraban de forma colectiva comienzan a tener relevancia social, al ser estos percibidos como recursos finitos. Estos riesgos latentes ya no son obviados y requieren respuesta para hallar soluciones que los atenúen, haciéndolos soportables sin frenar el progreso de la civilización.

Todas estas razones nos llevan a una nueva conciencia para la preservación del entorno natural, lo que desarrolla el concepto de ecología. Pero para darnos cuenta de que el entorno puede destruirse ha tenido que avanzar nuestra ciencia, de modo que está demostrado a través del método científico que las emisiones de CO² que durante decenios hemos estado vertiendo a la atmosfera, está ocasionando cambios en nuestro mundo, es decir, está aumentando el riesgo. Así, las lluvias ácidas acaban con los bosques escandinavos cuando los efectos de los vertidos que ocasionaron su destrucción fueron hechos a miles de kilómetros y por tanto la población que sufre las consecuencias no puede prever los riesgos que entrañan los residuos.

Estos riesgos pertenecen a todos los individuos por igual, pues hemos pasado de sociedades de reparto de riquezas a la sociedad de reparto de riesgos. Pero cuando se reparten riquezas existen intereses sinalagmáticos, es decir, una parte de la sociedad tiene la riquezas y otra soporta la carencia. Mientras que en la sociedad del riesgo, éstos son repartidos sin importar la clase a la que pertenezcan. Como explica el Dr. Beck⁵, los riesgos siempre han existido, por ejemplo cabe nombrar a Cristóbal Colón que asumió el riesgo “personal” de lanzarse al Atlántico en busca de nuevas rutas comerciales. Hemos querido destacar la palabra *personal* poniéndola entre comillas de la anterior afirmación, puesto que los riesgos a los que nos enfrentamos son globales, afectan a todo individuo más allá de las fronteras y divisiones administrativas ficticias. Estos son el peligro a una fisión nuclear, o las consecuencias derivadas del almacenamiento de residuos atómicos o como gestionar la desaparición paulatina de los recursos marítimo.

Estos riesgos globales tienen especial significado para la institución del decomiso cuando hablamos de terrorismo, pues el riesgo de verse sometido a una situación en la que se puede sufrir heridas graves, incluso la muerte, es intangible pero puedes ser tú la próxima víctima de los radicales. Asimismo ocurre con el narcotráfico, cuyas consecuencias sociales derivadas de las adicciones no distingue de clases, al

⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Óp. cit.*, p. 85.

poder caer en su red cualquier persona. Cítese aquí al Dr. Alcalaz Ramos⁶ profesor de derecho Constitucional de la Universidad de Alicante “las actuales guerras por petróleo serán ridículas comparadas con aquellas en las que esté en juego el control del agua o el trigo”.

En periodos anteriores, como en el siglo XIX, los riesgos que afectaban a los seres humanos eran perceptibles por los sentidos, como la falta de salubridad en las ciudades altamente industrializadas como Londres, París o Nueva York. El olor a heces y orín, las ratas e insectos fruto del defectuoso saneamiento se alzaban como amenazas en el hábitat de las personas. Ahora estos riesgos son invisibles, el ser humano no es capaz de identificarlos a través de sus sentidos, pero el avance de la industria química y su incidencia en la agroalimentaria, sumada a la publicación de estudios y proliferación de enfermedades como el cáncer nos pone en alerta ante una amenaza que está latente en nuestros alimentos y nuestro entorno. Este prototipo de pensamiento se traslada a las actividades delictivas, pues aunque seamos capaces de captar indicios de actividad delictiva de forma colateral, son los medios de comunicación los que realmente nos iluminan con una realidad que, de otra forma, no conoceríamos tan próxima.

3. Las bases de la sociedad del Riesgo

Las tesis que dan forma a la sociedad del riesgo, que a su vez describen a la comunidad occidental y dan respuesta a la inquietud política son las siguientes:

3.1 La inteligibilidad de los riesgos.

Como se ha advertido en páginas anteriores los riesgos que se producen en las sociedades altamente desarrolladas no son perceptibles por los sentidos, como pueden ser la radioactividad o las sustancias tóxicas vertidas al medio ambiente, pero su daño es sistemático y, en muchos casos, irreversible. Para determinar los efectos que inciden sobre nuestro modo de vida hay que hacer un esfuerzo de conexión causal de las acciones dañinas y los resultados nocivos para nuestra salud, pues la imputación del resultado no se percibe de forma directa y próxima a la acción. Por lo que solo puede identificarse mediante un saber (científico o anticientífico) y estos saberes se alejan del conocimiento común por lo que pueden ser ampliados, o reducidos, dramatizados o

⁶ ALCALAZ RAMOS, Manuel; Prof. Titular Derecho Constitucional de la UA. Jornada: “El Derecho ante la crisis económica y los nuevos movimientos sociales” dentro del curso de invierno 2015 UMH, *Justicia y Sociedad*.

minorados... por lo que están abiertos a procesos sociales de definición. Ello hace que nos encontremos ante posiciones sociopolíticas clave, que pueden ser manipuladas al antojo de grupos políticos o grupos de poder social.

Alejándonos del mero ámbito ecológico, que tiene una capacidad asertiva con el lector muy explícito, ahondemos en asuntos de índole meramente social en la que la tendencia aquí expuesta se manifiesta con total identidad de razón con los argumentos ya expuestos. Por ejemplo, la economía es un riesgo que percibimos a través de los medios de comunicación, que son los mismos que nos alertan de sus consecuencias y los problemas derivados de la globalización económica o la interconexión de los mercados bien sea de forma global o los que nos hallamos inmersos en una política económica supranacional. Pues bien, como ya sabemos la interpretación de los datos económicos o las tendencias de los mercados pueden estar sometidas a la interpretación de los partidos políticos, según ostenten una posición de gobierno u oposición. La utilización de eufemismos al abordar asuntos de esta índole solo es una argucia de manipulación para revertir reacciones políticas, es decir disminuir riesgos.

3.2 El reparto de riesgos

Las sociedades de clases y capas entran en conflicto como ya hemos anticipado a la hora de repartir las riquezas generadas de forma desigual por los integrantes de esta. El reparto de la riqueza es solo en una dirección desde quien posee el capital hacia el que no lo posee. No obstante, en las sociedades del riesgo el reparto de riesgos se genera de forma sustancialmente distinta. Ya que en esta comunidad ocurre un efecto boomerang (no solo en términos de salud) sobre las clases acomodadas que en la industrial, al ser las poseedoras del capital, podían resolver los contratiempos que genera el progreso, este efecto se traduce en la legitimación que tiene el individuo para crear estos riesgos, como su incidencia sobre la propiedad y las ganancias, pues el reconocimiento de los riesgos van unidos al constreñimiento popular por minimizar estos. Con lo que se origina en aquellos que tienen el capital y en pro del desarrollo “infinito”, que crean de riesgos, la posibilidad de que se vea restringido su derecho legítimo a la libertad de empresa o de propiedad por expropiaciones ecológicas o normativas que tiendan a proteger nuevos⁷ bienes jurídicos protegidos que con anterioridad no existía la necesidad de protección reclamada ahora. Si bien, estos bienes

⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Óp. cit., p. 89.

pueden incluso protegerse mediante la expropiación de bienes y ganancias con el fin de que el aumento del riesgo no resulte beneficioso para el que lo genera⁸.

Estas tendencias se muestran claramente en contra de los antiguos postulados liberales de ganancia y propiedad, que se ven modificados por su interacción con los riesgos que preocupan en la actualidad.

Otro aspecto destacable de la tesis del reparto de riesgos es su carácter supranacional, pues traspasa los límites de las virtuales fronteras del Estado nacional, creando desigualdades en bloque, dejando a un lado las viejas divisiones entre países altamente industrializados y en vías de desarrollo. Pues al fin y al cabo, la minimización de los riesgos está sometida y condicionada a la adhesión de los países de ambos bloques a convenios internacionales para la protección de la salud, los recursos naturales, la lucha contra el terrorismo, el tráfico de drogas, la lucha contra el blanqueo de capitales... De esta afirmación se observa la gran importancia de la colaboración entre Estados para erradicar la delincuencia transnacional y la poca efectividad que los esquemas clásicos del derecho penal personalista tienen sobre este tipo de delitos.

3.3 Los riesgos de la modernización “The Big Business”⁹

Con la aparición de los riesgos de la modernización no se consume ni mucho menos el sistema capitalista, sino que se crea una línea de negocio inagotable, pues los riesgos no se acaban, al contrario que otras necesidades que llegan a calmarse. Los riesgos son infinitos y la demanda del consumidor es la sensación de seguridad, que es un producto altamente lucrativo, sobre todo cuando son los grupos que tienen acceso al conocimiento los que (como se ha citado en la primera tesis) pueden manipular y maximizar las sensaciones de riesgo. Por lo que el potencial de este postulado tiene una inclinación tanto política como económica, que da lugar al gran negocio (The Big Bussiness).

Claro ejemplo de lo anteriormente explicado resulta el caso de la gripe aviar del año 2006. Si recordamos los medios de comunicación crearon una alarma global alentando a las masas a vacunarse contra la enfermedad que, como después se constató,

⁸ V. gr. Con anterioridad las empresas con la justificación de ser motor de progreso económico podían tener comportamientos como el vertido de productos contaminantes a ríos o la implantación de industria en lugares de especial valor ecológico. En la actualidad se limita la libertad de empresa para garantizar bienes de la sociedad aun a costa del progreso.

⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Óp. Cit. p. 237.

causaba efectos menos dañinos que la gripe común. Si bien, se utilizaron los datos de los fallecidos a consecuencia de ésta como síntoma de epidemia, teniendo en cuenta que la gran mayoría de la población desconocía las cifras de fallecidos que provoca la gripe común para poder comparar los efectos de una y otra.

En conclusión, la propia sociedad del riesgo genera riqueza derivada de los propios miedos que esta crea y, en consecuencia, se dispone de un gran potencial político.

3.4 La toma de consciencia

En palabras del propio Dr. Beck¹⁰ “*en la sociedad de clases y capas, el ser determina la conciencia, en las situaciones de peligro la conciencia determina al ser*”. Con esto se ha de tener en cuenta que la toma de conocimiento de las situaciones que experimenta el sujeto y sus reacciones frente a estas no responden al mismo esquema.

En la sociedad de clases, el individuo sufre el problema que trae el reparto de riqueza en primera persona (como puede ser la falta de alimento). Lo que le lleva a actuar porque está sufriendo la necesidad (hambruna) y tiene que hacer algo.

Sin embargo, en la sociedad del riesgo el sujeto no sufre el problema, es conocedor de la existencia de este porque se lo han comunicado. Esta información es la que le lleva a actuar, por tanto, no actúa ante la necesidad, sino que lo hace ante el riesgo, es decir, por miedo.

La conclusión que se puede asumir por esta tesis es que esa comunicación constituye un instrumento muy poderoso que hace actuar al individuo sin la necesidad de verse afectado por el mal. Por lo que puede traducirse como método idóneo para doblegar la voluntad por medio del miedo.

3.5 De lo apolítico a lo político

El origen del cambio en nuestro derecho penal, que se inspiraba tradicionalmente en los principios liberales, se muestra en esta teoría donde se amplía el ámbito de injerencia del Derecho Penal a bienes que en el pasado no se consideraron dignos de protección. Cuestiones de ámbito privado se convierten en asunto público y,

¹⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Óp. Cit. p. 80.

además, de gran relevancia. Como puede ser, la importancia pública que se demuestra con la naturaleza y su afectación. O bien, asuntos de trascendencia empresarial, cuestiones que antes se situaban en el ámbito del derecho de la libre empresa, ahora tiene consecuencias como delito público. La injerencia en los mercados, la planificación de la producción, etc. Todos estas áreas no se preveían en nuestro sistema de corte liberal donde priman los bienes jurídicos personalistas. De forma que, desde el 2010, a través de la reforma LO 5/2010 de 22 de junio por la que se reforma la LO 10/1995 de 10 de noviembre, se modifica la clásica acepción de “societas delinquere non potest” a una nueva fórmula jurídica por la que permite a las personas jurídicas tener responsabilidad penal.

Por otra parte, los riesgos son infinitos y continuamente se generan nuevas problemáticas delictivas. Esto se debe a que la comunidad del riesgo tiene a la catástrofe a que todo se lleve al grado de apocalipsis. La respuesta del legislador debe ser inmediata, pues es lo que reclama su electorado y esta se resuelve mediante el constante apaciguamiento de estas crisis continuas convirtiendo la catástrofe en normalidad. Pero las soluciones que propina esta forma de actuar, abocan al ordenamiento jurídico a una defectuosa técnica legislativa que solo consigue realizar parches populistas a las normas. Todo esto sin tratar el tema de la proporcionalidad de las penas, principio del derecho y arrasado por esa necesidad de dar sensación de seguridad a costa de agravar las penas que, sin embargo y como sabemos desde Beccaria¹¹, tienen una efectividad es escasa.

4. La libertad vs Seguridad

“Cualquier sociedad que renuncie a un poco de libertad para ganar un poco de seguridad, no merece ninguna de las dos cosas” Benjamín Franklin

De este modo comenzamos este epígrafe capital en todo el trabajo, rememorando la célebre frase de Benjamín Franklin donde queda recogida la esencia de la libertad que debe ser preservada pese a que el hostigamiento y la violencia intenten sobreponerse a este principio que ha inspirado nuestra forma de vida.

¹¹ BECCARIA, Caesare. *De los delitos y las penas*. Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, 1993, pp. 68-71.

De este debate Ulrich Beck afronta el asunto diferenciando el elemento axiológico que se constata en la sociedad de clases y capas que es la igualdad¹², y este concepto es el pretendido por que en el seno de la sociedad subyace una profunda desigualdad de riquezas y estatus que ha de ser superado. Así lo manifiesta este autor, este concepto esta forjado por caracteres positivos porque se pretende alcanzar algo positivo. La unión social que se desarrolla se basa en el logro de fines buenos y no de evitar lo peor. Ocurre de forma muy distinta en las sociedades del riesgo pues el axioma de esta es la seguridad; se persigue la seguridad para protegerse del miedo que crean los riesgos que se perciben en ella. Pero en esta comunidad la solidaridad que se consigue tiene efectos negativos al tener un carácter defensivo y desconfiado. En este sentido, el tipo de sociedad del riesgo marca una época social en el que la solidaridad surge por miedo y se convierte en una fuerza política. Para Beck no acaba de estar claro cómo opera la fuerza adhesiva del miedo.

En esta batalla entre la libertad y la seguridad donde claramente esta última va ganando terreno ampliamente requiere una reflexión aunque sea liviana en este trabajo. En este sentido he de adherirme en gran parte a la opinión de D. Raphaël Simons Vallejo¹³, aunque me ha de permitir que no siga fielmente su doctrina.

Es evidente que en una sociedad altamente mediatizada las noticias de gran impacto o alarma social se expanden a un ritmo especialmente veloz, como respuesta a estas se crea una opinión pública que suele ir orientada a hacer culpable al sistema en general y en particular al orden penal. Para ello, el legislador impone modificaciones encaminadas a endurecer las penas y sobre todo a restringir derechos y libertades civiles para poder “garantizar la seguridad” de los ciudadanos. No obstante, no puede garantizarse aun con la imposición de penas graves o mediante la restricción de derechos civiles la seguridad, ya que lo único que se crea es una “sensación” de seguridad que calma los miedos de las masas. Pero esta sensación solo habita en la consciencia de los individuos puesto que el riesgo que se corre ante un atentado terrorista por ejemplo es idéntico, eso si los derechos individuales del sujeto se han visto mermados y esto sí es real.

¹² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Óp. Cit. p. 55.
En sus diversas formulaciones tales como igualdad de oportunidades...

¹³ SIMONS VALLEJO, Raphaël. Prof. Derecho Penal UMH. Asignatura: *Derecho Penal de la empresa*.

Es entendido por la comunidad que cuanto más intromisión pública constriñendo derechos y subiendo las penas descenderá el crimen y podrá la autoridad anticiparse a la comisión de delitos, pero en realidad se incurre de nuevo en la falacia naturalista, puesto que las acciones encaminadas a la garantía de la seguridad viven en el mundo del *deber ser*. Distinto es lo que ocurre con el mundo que *es*, en el que solo se extrapola la imaginaria sensación de seguridad.

Dicho lo cual el valor de la libertad que en nuestra Carta Magna se proclama en el art. 1.1 en el que se establece como valores superiores de todo nuestro ordenamiento no puede ser amedrentado por una ficticia sensación de seguridad que nos prive de su disfrute.

5. La sociedad del riesgo en conexión con el Derecho Penal actual y la figura del comiso.

Una vez expuestas todas estas tendencias sociales que se suceden en la actualidad, cabe poner en conexión estas teorías con la dirección político-criminal hacia la que se dirige el derecho español.

Como ya se ha comentado, los riesgos que suceden en esta comunidad devienen inteligibles, tanto es así que manteniendo unos niveles de criminalidad estables, crece la “sensación de inseguridad” en nuestra sociedad. Pero esa sensación de inseguridad es un arma de control político que ha sido utilizado para contentar a la masa, en una expresión utilitarista del sistema penal, que aparte de querer mitigar los anhelos de seguridad ciudadana, declara abiertamente la guerra a los enemigos del sistema. Esta guerra es potenciada por el poder político a través del mensaje de peligro abstracto y no perceptible por los sentidos, (teoría de la intangibilidad de los riesgos) y, además, su presencia se hace más notable con el efecto multiplicador de los medios de comunicación, que al haber enviado este mensaje a la sociedad sugiere una retroalimentación que eleva más si cabe, por lo que demanda más seguridad. Esta demanda se satisfará por el gobierno de forma simbólica, aumentando las penas y el umbral de punibilidad, extendiendo lo prohibido a conductas que no lo eran (Teoría de lo apolítico a lo político).

El Estado ha olvidado su deber constitucional de resocializar al delincuente y ha optado por potenciar la inocuación teniendo en cuenta esa parte retributiva de la pena

que desde hace ya tiempo había quedado en un segundo plano. Lo que conduce a que las conductas ya no son importantes, pues en el afán insaciable de seguridad pretende el adelantamiento de las barreras de punición a límites inconstitucionales. Lo peligroso ya no son las conductas, sino el potencial que tiene cada individuo de acometer infracciones (Teoría de la toma de consciencia). No es preciso sentir en primera persona el daño, lo que hay que hacer es evitar que se desarrollen estas conductas, aun sin manifestarse en hechos; además el peligro recae sobre todo el conjunto de la sociedad sin distinguir de clases (Teoría del reparto de riesgos). Para ello, el foco se pone en el sujeto, que será un enemigo a combatir sin límite, pues no es posible su integración en la sociedad, sino que su pretensión última es destruirla y, por ello, debe ser inocuizado. El medio justifica el fin, y las garantías que anteriormente le amparaban desaparecen para lograr una sociedad en paz. Prima la eficacia de la prevención a costa de las garantías del ciudadano, pues al verse como enemigo social se legitima al Estado para actuar sin cortapisas. Esto es el llamado Derecho Penal del enemigo, cuyo máximo exponente es el autor alemán Günther Jakobs.

Esto lleva consigo, que el Estado ha pasado a ser un ente peligroso para los ciudadanos, que intentaba oprimirlos y cuyo control expansivo se combatía en pro de la libertad, a ser un aliado en la lucha contra los enemigos del sistema, cuyos derechos se están dispuestos a renunciar para que el Estado imponga la seguridad en la sociedad civil. El ciudadano tiende a pensar que no es posible un Estado arbitrario, y por ello no corre peligro. Cuando aquí hablamos de ciudadanos no distinguimos entre clases, pues son todas las que se ven afectadas por el aumento de riesgos (Teoría del reparto de riesgos).

La realidad es que la delincuencia se mantiene estable aunque suban las penas y se castiguen conductas que no habían sido hasta el momento objeto de represión penal, además de tener la tasa de criminalidad de las más bajas de Europa. Debemos tener en cuenta que los riesgos que en la actualidad se intentan combatir no son nuevos, sino que han existido siempre, es por ello que la realidad que se nos plantea es la forma de afrontarlos. Esta fórmula se sostiene en los postulados del neoliberalismo, puesto que no solo intenta “corregir el ‘exceso de democracia’ que suponía el funcionamiento del Estado providencia y modelo de ciudadanía social, sino también, y como consecuencia, el ‘exceso de seguridad’ – como estabilidad de las condiciones materiales de vida- que tal política implicaba para el sujeto, y que suponía, al construirse en mayor o menor

medida sobre espacios desmercantilizados, un obstáculo para el desarrollo del mercado como instancia central de la regulación social”¹⁴(The Big Bussines). La recesión del Estado del bienestar supone la necesidad del individuo logre satisfacer sus necesidades de protección y seguridad, lo que le lleva a invertir sus recursos acudiendo al sector privado para conseguirlo.

La mercantilización que se sostiene con la teoría de eficacia sin límites de respeto de garantías individuales, impera la premisa de mayor eficacia a menor coste. Pero el objetivo del poder político no se centra en la eficacia en la supresión de la delincuencia, sino en la eficacia de lograr apaciguar el sentimiento de inseguridad de la comunidad. Por este motivo, y siguiendo la explicación de Del Rosal Blasco¹⁵, el legislador no opta por el sistema denominado *risk reduction*, consistente en llevar a cabo programas rehabilitadores, intentando modificar la conducta de los delincuentes como labor preventiva; sistema acorde con los valores de rehabilitación y resocialización de las penas. En cambio, ha optado por el sistema del *risk control*, consiste en establecer de forma externa medidas para incidir en el comportamiento del delincuente, es decir, aumentando las penas. La opción del legislador se basa en un tema de índole económica, pues elevar penas es sustancialmente más barato que llevar a cabo programas de reinserción social. En este sentido, hay quien defiende que la inseguridad que se sufre en la actualidad no solo tiene que ver con la delincuencia en sí, sino que afecta las circunstancias de la precariedad laboral, los contratos a tiempo parcial, la falta de protección por desempleo, supresión de periodos vacacionales... De ahí, que hay quien afirma que un método más efectivo para la lucha contra la criminalidad se basa en la erradicación de la marginalidad y la pobreza.

Centrando el tema en la Institución del Comiso, cuyo objeto es el presente trabajo, se ha de advertir que el legislador hasta tiempos recientes no había concedido una relevancia significativa a esta figura jurídica. Sin embargo, en los tiempos recientes ha realizado un esfuerzo de optimización de la Institución, sobre todo en la última reforma del Código que entrará en vigor el día 1 de julio de este año.

¹⁴ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*. Madrid, Iustel, 2007. p, 381.

¹⁵ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad?”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*.2009, Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>. P, 8:30.

Esta modificación va conectada, como no podía ser de otra forma, con la nueva orientación que está sufriendo la política criminal en nuestro país. De ella se desprende, como se constatará durante el trabajo, que ya no es una medida cuyo objeto es la prevención, tanto general como especial, sino que es concebida como mera retribución de la infracción cometida. Este paradigma se alinea con el cambio de concepto que sufre nuestro sistema, obviando la finalidad de evitar la conducta, para hacer énfasis en castigar al reo.

Asimismo se percibe una transformación respecto a las garantías del procesado, que quedan en un segundo plano no esencial, a favor de la eficacia de la medida sobre los criminales/enemigos, sobre todo aquellos que delinquen en tipos especialmente reprochados por el legislador como terrorismo, tráfico de drogas, corrupción... Pues estos ya no pertenecen a la sociedad y no se les puede recuperar, sino que son enemigos que hay que inocuizar y, por ello se les priva de sus bienes aunque sus garantías los proteja.

Pero quizás, donde el legislador pretende hacer más énfasis es en la prevención general positiva. El objetivo primordial, es hacer ver a la sociedad que el sistema funciona, que el criminal no obtiene beneficio del ilícito porque se verá privado de él. Por ello, esta medida ansía satisfacer la demanda social de anular el sustento criminal.

Todas estas características que se integran en conexión con el decomiso, se irán descubriendo mediante el análisis pormenorizado, que se hará sobre la figura en los siguientes capítulos del trabajo que aquí exponemos.

CAPÍTULO 2. EL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA. RECORRIDO HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN.

1. El Comiso en la legislación penal española.

Es el momento de dar un concepto sobre el Comiso y todas las variantes que del mismo existen en la regulación penal española. Consideramos que esto es necesario, para la una buena comprensión y claridad expositiva del trabajo, de modo que podamos citarlos, sin que el lector esté desorientado.

1.1 Concepto de general de Comiso.

La doctrina española lo define como la pérdida de los efectos, objetos y ganancias relacionados con la infracción delictiva. En este sentido lo explica Cerezo Domínguez¹⁶: “*consiste en la pérdida de los efectos provenientes del delito o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como de las ganancias obtenidas, cualquiera que sea las transformaciones que hubiere podido experimentar*” o también Gastón Inchausti¹⁷, que dice “*El decomiso de bienes –a menudo denominado también comiso o confiscación- consiste en la privación definitiva de un bien o derecho, padecida por su titular, derivada de un hecho antijurídico*”. Por lo que se produce una pérdida del dominio como efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo, así como un correlativo de cambio de titularidad de los efectos, instrumentos y ganancias de la infracción que tiene lugar *ipso iure*. También hay quien matiza que esta pérdida de dominio conlleva un traslado inmediato de titularidad a favor del Estado.

Estas construcciones doctrinales son necesarias porque ni en el art. 127 del CP ni en ningún otro precepto de nuestra regulación se ofrece una definición legal del decomiso. Además, resulta de gran dificultad establecer una conceptualización de comiso en derecho comparado, pues cada país le da un sentido y, por consecuencia, una naturaleza jurídica diversa, dependiendo de las finalidades a las que esté llamado a cumplir la figura jurídica en cada ordenamiento.

¹⁶ CERESO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada, Ed. Comares, 2004, p. 5.

¹⁷ GASTÓN INCHAUSTI, Fernando. “mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes”. En: *Cuadernos Digitales de Formación. Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Vol. 6, 2010, p. 1

Puestos a analizar las diferentes variantes que presenta el comiso en la legislación española, encontramos las siguientes categorías:

1.2 El Comiso Directo

El comiso directo recae sobre los bienes que pertenecen a la persona penalmente responsable, por ser culpable de un delito doloso o imprudente (en este último caso, cuando la pena privativa de libertad sea superior a un año). No obstante, no podrán recaer sobre cualquiera de sus bienes, solamente se verán afectados aquellos efectos, instrumentos y ganancias que tienen una vinculación directa con el delito cometido. En caso de instrumentos y efectos se entiende por vinculación, aquellos con los que se ha preparado o ejecutado el delito. Para las ganancias, se atenderá al origen de estas, pues deberán provenir del delito.

1.3 Comiso por sustitución o valor equivalente.

No siempre la ejecución del comiso se puede llevar a cabo sobre los bienes directamente relacionados con el delito cometido, en ocasiones, la imposibilidad fáctica de su confiscación, ha llevado al legislador a autorizar que se aprehendan bienes distintos por un valor equivalente a los implicados en el ilícito.

1.4 Comiso ampliado.

En determinadas ocasiones vinculadas con una tipología de delitos y de los sujetos que lo cometen, el legislador ha decidido, ante la imposibilidad de discernir entre los bienes de origen lícito y los que son de la actividad delictiva, ampliar el decomiso a aquellos bienes respecto de los cuales su titular es incapaz de demostrar su licitud. Esta solución se adopta para que el sujeto que comete la infracción penal no se enriquezca injustamente.

1.5 Comiso sin sentencia.

La ausencia, enfermedad, fallecimiento o la extinción de responsabilidad criminal del sospechoso impide que sea sometido a un proceso judicial ordinario. Para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto ante el conocimiento del origen ilícito de los bienes, se prevé un proceso para alcanzar la restauración de la situación patrimonial irregular. Para ello, se evita el pronunciamiento de sentencia que

necesariamente requiere de la presencia del imputado para garantizar su derecho de defensa y otros derechos procesales como el de contradicción.

1.6 Comiso de bienes de terceros.

El delincuente profesionalizado es consciente de la persecución que sufrirán sus bienes en caso de ser condenado. Para eludir la acción de decomiso, puede transmitir sus bienes a terceros ajenos a la actividad criminal. Por ello, se crea este tipo de comiso, permitiendo la actuación sobre estos terceros poseedores de mala fe, de bienes vinculados al crimen.

2. Recorrido histórico de la institución

La transcendencia que tiene esta naturaleza jurídica adaptable a las sensibilidades de cada sociedad, procederemos a realizar un recorrido histórico por la legislación penal española, a fin de comprender los cambios que se han ido aconteciendo a lo largo del tiempo.

Desarrollo histórico del comiso desde el Código Penal de 1822 a la próxima reforma de LO 1/2015 de 1 de julio.

2.1 Código Penal de 1822¹⁸

Considerado como el primer Código Penal de corte liberal basado en los postulados de la ilustración, en concreto en autores como Bentham o Beccaria, cuya entrada en vigor, no obstante a su dureza, constituyó un avance en el terreno de la ciencia jurídica impresionante¹⁹. Asimismo, en lo concerniente al decomiso fue incluido entre las penas pecuniarias. Su art. 90 dispone:

“Las armas, instrumentos ó utensilios con que se haya cometido el delito, y los efectos en que éste consista, ó que formen el cuerpo de él, se recogerán por el juez para destruirlos o inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el

¹⁸ Código Penal de 1822. Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822. Madrid, Imprenta Nacional, 1822, p. 18

¹⁹ PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*. Madrid, Imprenta y fundación Manuel Tello, 6ª Edición corregida y aumentada. Tomo I, 1888, p.53.

“La ciencia del derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones...”. Considera que a pesar de su dureza. “...mejoraba inmensamente la situación penal de la nación”.

importe que se pueda sacar de ellos, a no ser que pertenezcan á un tercero, á quien se hubiera robado ó sustraído sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirán íntegra y puntualmente”

De la lectura del precepto se extrae que únicamente podrá ser aplicado a los delitos y nunca a faltas, además las situaciones en que los terceros se les hubieran robado o sustraído el instrumento se les será devuelto. Incide también en el destino de los bienes confiscados los cuales serán destruidos, inutilizados o enajenados, en cuyo caso las rentas producidas será dispuestas como multa. En el asunto de ganancias no se impone comiso ante estas, la única referencia que hace la norma es en cuanto al delito de soborno del cual no podrá recuperarse el soborno ni el regalo al sobornador y en consecuencia sería destinado a multa²⁰.

2.2 Código Penal de 1848²¹

En este texto legal aparece regulado el comiso en su art. 24 bajo la rúbrica “De la clasificación de las penas” aparece contemplado como pena accesoria²², esto es, que siempre requiere la imposición de la principal para que sea condenado a comiso. Sobre esta sanción la norma dispone:

“Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de efectos que del provengan y de los instrumentos con que se ejecute. Los unos y los otros serán decomisados, á no ser que pertenezcan á un tercero no responsable del delito”.

En principio no debería abarcar las faltas pues solo hace referencia al delito, sin embargo, en las disposiciones comunes de las faltas²³ si establece la posibilidad de ser

²⁰ “Artículo 89... Lo dado en soborno ó regalo no se restituirá nunca al sobornador, sino que se aplicará también su importe como multa. Si lo prometido en soborno no consistiere en cantidad u otra dádiva determinada, sino en ofrecimiento de alguna colocación ó en otras esperanzas de mejor fortuna, graduarán los jueces de hecho prudencialmente la utilidad ó rendimiento que en tres años produciría los prometido...” Código Penal de 1822., p. 18

²¹ INIESTA PASTOR, Emilia. *El Código Penal Español de 1848*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001, p. 561. Según Juan Antonio Hidalgo García, el 30 de junio de 1850 se publicó otra edición del Código de 1848, que intercala y refunde las modificaciones que por decreto le habían sido introducidas desde que empezó a regir el 19 de marzo de 1848

²² “Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito” Código Penal de 1848.

²³ Los art. 490 y 491 (502 y 503 después de la reforma)

“Artículo 502. Caerán siempre en comiso:

1º. Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño ó inferir una injuria, si las hubiere mostrado.

2º. Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados ó pervertidos siendo nocivos.

3º. Los efectos falsificados, adulterados ó averiados que se expendieren como legítimos o buenos.

4º. Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad o calidad.

5º. Las medidas ó pesos falsos.

aplicadas ante la comisión de estas, lo que supone una novedad sobre el precepto del Código anterior. Además, el tercero no responde siendo contemplado desde la responsabilidad penal y no si ha sido robado o sustraído el bien, lo que implica el conocimiento de la actividad criminal²⁴. Tampoco indicó el destino de los bienes suprimiendo la multa que estaba contenida en la regulación anterior. Otra novedad es que ya se contiene la confiscación de ganancias en esta nueva regulación que la anterior no constaba, aunque con matices pues la nueva regulación se atribuye en exclusiva al delito de cohecho²⁵.

2.3 Código Penal de 1870

El Código de 1870 pretende adaptar el texto de 1850 a las exigencias de la Constitución de 1869, surgida de la revolución liberal de 1868. Aunque se tramitó con carácter de urgencia y entró en vigor de forma provisional, mientras las Cortes elaboraban un texto definitivo, tuvo en realidad una larga vigencia.

El Código de 1870 nace como versión provisional a la luz de que el anterior texto a nadie le convenció a además las circunstancias políticas lo hacían insostenible. Así el 30 de mayo de 1870, el Ministro de Justicia y Gracia (Montero Ríos) lee en las Cortes por sorpresa un Proyecto que es discutido y aprobado en dos sesiones (15 y 17 de junio de 1870) publicándose el siguiente 30 de agosto. Su técnica es similar al texto de 1850 en la que además conserva su estructura. Dicho documento fue desproporcionadamente criticado, y aunque su carácter era meramente provisional estuvo en vigor 58 años²⁶.

En lo esencial constituye las mismas premisas que el Código anterior, cambiando que en este texto si dispone el destino de los bienes incautados. Decretando que aquellos que fueran de lícito comercio serían vendidos aplicándose su producto a

6º. Los enseres que sirvan para juego ó rifa.

7º. Los efectos que se empleen para adivinaciones ú otros engaños semejantes.

Artículo 503. El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresados en el artículo anterior, lo decretarán los tribunales á su prudente arbitrio, según los casos y las circunstancias...”

²⁴ VICENTE Y CARAVANTES, José. *Código Penal Reformado; comentado novísimamente*. Madrid. Librerías de Don Ángel Calleja, Editor, 1851, pp. 174-175.

“Este párrafo tiene por objetivo evitar que se menoscabe la propiedad del particular bajo el pretexto de un delito; de suerte, que si la escopeta o espada con que se cometió el crimen, pertenecían a una persona que no tuvo parte ninguna en él, no caerán en comiso estas armas, sino que serán devueltas a su dueño”.

²⁵ Artículo 317 (antiguo 308),

²⁶ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Navarra. Ed. Aranzadi S.A., Tomo I, 5º Edición, 2008, pp. 88-89.

satisfacer las responsabilidades del penado y si no lo fueran se inutilizarían. También se incorporó la incautación de dinero, efectos, instrumentos y útiles destinados al juego o rifa.

2.4 Código Penal de 1928

El Código de 1928 fue promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera, y su redacción fue encomendada a Cuello Calón, Galo Ponte y Quintiliano Saldaña. Apartándose de la línea clásica y liberal, incorpora el principio de defensa social, lo que se traduce en la introducción del "dualismo", que sitúa junto a las penas, las medidas de seguridad. El nuevo código fue criticado desde sus inicios por el rigor en el castigo al reo y la frecuencia con que se imponía la pena de muerte, llegándose inclusive a relacionar el Código Penal de 1928 con la ideología fascista.

El Colegio de Abogados de Madrid solicitó en 1930 que se derogara y volviera a ponerse en vigencia el Código Penal de 1870. Introdujo por primera vez las medidas de seguridad, que restringen la libertad del delincuente en función de su peligrosidad social. Este Código fue el único que contempló el comiso como una medida de seguridad, si bien más tarde la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970²⁷ volvió a recoger esta posición.

Este Código sí dio un cambio significativo a la institución jurídica, pues de pasar a ser una pena accesoria y por tanto estar vinculada a una principal, se calificó entre las medidas de seguridad, con la consecuencia de transformación de su naturaleza jurídica. De forma que podían acordarse como consecuencia de delitos o faltas, o como complemento de la pena²⁸.

En este Código se reguló el destino de los bienes en términos similares a los actuales en su art. 136:

“los objetos decomisados se venderán, si son de lícito comercio, aplicando el producto a cubrir las responsabilidades civiles del reo, o se inutilizarán si fueren ilícitos, salvo que los reclame un Museo oficial, y no hubiere inconveniente legal para entregárselos”

²⁷ Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre la Peligrosidad y Rehabilitación Social, Título I, Capítulo II, art. 5 apartado 16: “Son medidas de seguridad y rehabilitación social: Incautación a favor del Estado, del dinero, efectos e instrumentos que procedan”. Esta norma sucesora de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, tomó como punto de partida para aplicar las medidas de seguridad un presupuesto no penal, como es la peligrosidad social, que es mucho más amplio que la peligrosidad criminal.

²⁸ Art. 90.9º Código Penal de 1928

También consta en este artículo referencia a los bienes de ilícito comercio que pueden ser decomisados incluso sin que sea condenado por delito o falta. “incluso en los casos que no se declare delito o falta, o cuando no pertenezcan al acusado”, este puede ser un antecedente del art. 127.4 actual o 127 ter de la LO 1/2015 de 30 de marzo, pues no requiere culpabilidad para que sea decretado el comiso, mas es cierto que en el tipo contemporáneo no discierne entre licito he ilícito simplemente se le atribuye la procedencia de actividad criminal no su legalidad a razón del objeto en sí.

En este mismo precepto del Código de 1928 se hace un alarde de proporcionalidad para una determinada realidad de hecho. Esta ocurre cuando se cometen delitos por medio de imprenta; “solo se considerarán como instrumentos o efectos del delito los ejemplares del escrito o estampa publicado, y el molde que no pueda ser inmediatamente descompuesto para aplicar sus piezas a otros fines lícitos”. Lo que lleva a no requisar la maquinaria de impresión pues quedaría desproporcionada como medio a fin.

2.5 Código Penal de 1932

Esta norma volvió a reconducir el comiso a la pena accesoria, así se prevé en el tipo: “Toda pena que se impusiere por un delito, llevará consigo la pérdida de los efectos de que él proviniesen y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado...” En todos estos Códigos no se prevé la aprehensión de ganancias salvo en lo que tiene que ver con el delito de cohecho.

2.6 Código Penal de 1944

La Guerra Civil dio lugar a una legislación penal especial, autoritaria y acorde a las nuevas condiciones, y la reforma del Código de 1932 se retrasó hasta 1944, promulgándose un nuevo Código acorde con el Derecho Penal autoritario en auge en Europa, restableciéndose la pena de muerte, con penas más severas y mayor protección al Estado, a la familia y a los intereses sociales. Sin embargo, se mantiene el principio de legalidad y prohibición de la analogía.

En lo que atañe al comiso no resultan cambios²⁹ significativos respecto a los anteriores Códigos, no alterándose en las sucesivas reformas que durante la dictadura

²⁹ Art. 48 CP 1944 “Toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con los que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán

tuvieron lugar, como la de Decreto 3/1967 de 8 de abril, Ley 44/1971 de 15 de noviembre o Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre.

2.7 Reforma del Código Penal de 1983³⁰

Mediante esta reforma que tiene por objeto adecuar la legislación penal al Estado social y democrático de derecho que nace de la CE de 1.978 constituye un cambio amplio en el concepto de comiso pues incorpora el principio de proporcionalidad al precepto que se contiene en el art. 27 de este texto mediante la incorporación del art. 48³¹. Ahora bien, no explica la EM de la LO 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal nada en absoluto de cuál fue la intención legislativa al incorporar nombrado artículo. Es muy probable que el legislador influenciado por la doctrina que consideraba necesario adecuar la medida al juicio de reproche que se le debe hacer al responsable de la acción, pudiendo así ser adecuados a los principios de culpabilidad y proporcionalidad que dimanaban de la CE.

2.8 Reforma del Código Penal de 1988³²

Se incorporó al Código el art. 344 bis, por el que tipificaba el comiso en los delitos de tráfico de drogas pero no solo hace referencia a los instrumentos y efectos, sino que también incorpora la confiscación de las ganancias.

decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisen se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, y si no lo fueren, se les dará el destino que dispongan los Reglamentos o, en su defecto, se inutilizarán". También aplicable a las faltas art. 602.

³⁰ LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. BOE N° 152,27 de junio de 1983

³¹ Art. 48.II CP 1973: "Cuando los referidos objetos o instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el juez o Tribunal decretar el comiso o decretarlo parcialmente"

³² LO 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas

CAPÍTULO 3. AXIOMA DEL INSTITUTO DEL COMISO. DE LA PENA ACCESORIA A LA CONSECUENCIA ACCESORIA. CONCEPTO DE NATURALEZA JURÍDICA.

1. Consideraciones previas.

Este capítulo pretende afrontar diversas cuestiones en torno a la naturaleza jurídica del Decomiso, si bien para ello, y ante la dificultad que entraña abordar esta tarea, que la doctrina no es capaz de acotar, debemos atender en primer lugar a las finalidades que tiene esta medida en nuestro derecho desde una perspectiva penológica. Este acercamiento fundamentará qué aspectos de prevención se asignan al comiso y se imponen en la norma. A continuación, deberemos descifrar por qué el legislador a partir de 1995 ha entendido que debe dejar atrás la conceptualización histórica que ha venido realizándose en torno a su consideración como pena, para optar por una clasificación “ex novo”. Por último, nos introduciremos en la naturaleza jurídica que atañe al Comiso, teniendo en cuenta las opiniones doctrinales más relevantes.

2. Axioma del Instituto de Comiso

No podemos abordar este epígrafe sin realizar una observación capital entorno a la configuración legal de la Institución. Como establece el art. 127 CP (tanto en su redacción actual, como en la vigente a partir de 1 de julio de 2015, “*Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta*”).

Como se aprecia, el objeto sobre el que recae el decomiso puede clasificarse en dos grandes grupos: por un lado *efectos* e *instrumentos* (donde se contendrán además bienes y medios) y, por otra parte, las *ganancias*. Es preciso hacer esta distinción, en cuanto que la inclusión de los dos grupos no atiende a las mismas razones teleológicas, y, por ello, es preceptivo que sean analizadas por separado.

2.1 Fundamentación teleológica de efectos e instrumentos

En este apartado la doctrina³³ resulta pacífica al afirmar que el fundamento teleológico del comiso de efectos e instrumentos del delito se sitúa en el peligro asociado al bien. Este peligro ha de ser relacionado con la colectividad, pues atiende al riesgo de que el bien pueda ser empleado en la comisión posteriores infracciones.

Si bien en este punto no existen discrepancias, sin embargo, si existen matices que impiden a la doctrina alcanzar unanimidad; este es el caso de Muñoz Conde³⁴, que atribuye al comiso de efectos la cualidad de evitar el enriquecimiento injusto propio de las ganancias. En nuestra opinión, sin embargo, esta afirmación no puede ser aceptada pues confunde las ganancias y los efectos, entendiendo que son conceptos similares, pero se equivoca pues son términos diferentes con finalidades distintas.

Por otra parte hay autores que se alejan de la teoría de la peligrosidad objetiva del bien, pero no quiere decir que apunten a una teoría de la peligrosidad subjetiva para declarar el decomiso. Mapelli Caffarena³⁵ explica que el fundamento del comiso es el peligro de que estos sean usados de manera peligrosa. Esta formulación atiende a una prevención especial inocuidadora, pues con ella se pretende conseguir que no vuelva a ocurrir la acción delictiva. Por lo que incluyen en cierto grado un elemento tendencial, pero no referido a la peligrosidad del sujeto en sí, sino a la probabilidad existente de que esos objetos vuelvan a ser peligrosos para el bien jurídico protegido. Por lo que la manifestación de la peligrosidad del bien se constatará por tratarse de bienes que son

³³ MANZANRES SAMANIEGO, José Luis. “Las penas patrimoniales en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal”. En: *Documentación Jurídica*. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal. Madrid, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Volumen 1, Enero/Diciembre, 37/40, 1983. p.246. Según él, el fundamento del comiso de los efectos está en la noción de peligro, que solamente tiene sentido en el caso de los efectos y en el de los instrumenta sceleris.

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. “Una propuesta de regulación del comiso”. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Navarra, Ed. Aranzadi, N° 14, Año 2005, p. 74.

Este autor, frente a la confiscación de la ganancia el comiso de seguridad debe estar referidos a los instrumentos y efectos del delito, que son peligrosos para la colectividad, que solo excepcionalmente pueden si acaso circular o ser objeto de posesión o detentación; o que pueden ser usados para cometer otros hechos antijurídicos en el futuro.

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 7° Edición revisada y puesta al día, 2007, p. 607.

³⁵ MAPELLI CAFFARENA, Borja “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal” En: *Revista Penal*, Barcelona, Editorial Praxis S.A. en colaboración con la Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla la Mancha, Año 1, N° 1, 1998, p. 50.

“...el fundamento del comiso está en la peligrosidad del uso peligroso que un cierto sujeto hace de ellos y cuando la titularidad y cuando la propiedad de los mismos es de una tercera persona, el fundamento del comiso está en que el propietario no ofrece garantías suficientes de que el condenado acceda al uso peligroso de dichos bienes...”

efectivamente peligrosos, o porque lo son en razón a su inadecuada titularidad. En efecto, no hay que poner el énfasis en la peligrosidad criminal del autor, pues de ese modo nos estaríamos acercando a la medida de seguridad, cuyos fines son una inocuización o resocialización que poca trascendencia puede tener para cumplir estos fines de decomisar algunos bienes.

Como se puede deducir, este autor sí atribuye fines previstos para la pena a esta consecuencia accesoria, pero no todos están en esta línea. Así, Gracia Martín³⁶ cuestiona que residan en esta figura las finalidades preventivas que se asocian a las penas o las medidas de seguridad. El comiso no se dirige ni a inocuizar ni a resocializar, y además no tiene como presupuesto la culpabilidad propia de la pena, ni la peligrosidad inherente a la medida de seguridad, sino *“la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos”* privándole de carácter penal.

Para Choclán Montalvo³⁷ puede el decomiso perseguir fines preventivos generales negativos. El sujeto puede utilizar bienes lícitos y a su vez que no sean peligrosos per se, pero al utilizarlos para fines contrarios al derecho, puede verse privado de ellos. Esta confiscación supone advertir a la sociedad, que un mal uso de bienes no peligrosos puede significar su pérdida.

Como conclusión al respecto de las posturas planteadas, nos acogemos a que el comiso de efectos e instrumentos radica en **la peligrosidad del bien**, pero esta ha de ser contemplada desde dos vertientes.

- La primera; **la objetiva**, se entiende que el bien es peligroso intrínsecamente, con independencia de quien posea la titularidad o quien tenga acceso a él. Dadas estas circunstancias se deberá imponer sin tomar en cuenta otras premisas, como por ejemplo la existencia de condena (explosivos, armas prohibidas...).
- La segunda; **la subjetiva**, supone el examen de la relación entre el sujeto y el bien, de la cual ha de extraerse su peligrosidad, pero hay que tener

³⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia, Tirant lo Blach, 1996, p. 447.

³⁷ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de ganancias*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 41-42.

cuidado de llevarnos a lo absurdo de decomisar bienes de fácil remplazo o insignificantes como unas tijeras. Si realizamos el decomiso de estos bienes estamos alejándonos de la postura que entraña la finalidad propia de esta medida, es proteger a la sociedad de bienes que suponen peligro para esta y no un intento inadecuado de neutralización de la peligrosidad del sujeto, que no resulta exitoso.

Todo esto trae como consecuencia, y es que no debe de ser aplicado el decomiso por valor equivalente que consta tanto en el art. 127.1.II CP actual y en el futuro 127.3 y 127 quinquies de la reforma de 1 de julio de 2015. Porque si la finalidad es separar a la sociedad de efectos e instrumentos peligrosos para esta, qué sentido tiene privar de éstos bienes que han sustituido a los que fueron considerados peligrosos, a no ser que la transformación producida por los bienes originales se haya traducido en elementos igualmente peligrosos. De no ser así, decae el axioma del decomiso de efectos e instrumentos por valor equivalente y por ende no debería acordarse³⁸.

2.2 Fundamentación teleológica de ganancias provenientes del delito

Como también ocurre con los efectos e instrumentos, para las ganancias existe una postura doctrinal³⁹ unánime en cuanto al núcleo del fundamento se refiere. Se considera como fundamento del decomiso de ganancias la no tolerancia de una situación patrimonial ilícita. Por ende, la medida está destinada a impedir el lucro injusto.

Una vez acordado las hipótesis de partida en la que se adhieren todos los autores se ha de identificar las discrepancias que surgen entre las distintas posturas. Es el caso

³⁸ VARGAS GONZÁLEZ, Patricia, *El comiso en el patrimonio criminal*. Salamanca, Tesis doctoral, 2012 p. 134.

³⁹ PUENTE ABA, Luz María, “La regulación del comiso en el proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal”. En: *Actualidad Penal, Madrid, La ley*, Nº 39, Tomo 2003-3 (correspondiente a los números 31 a 47-48) 2003, p. 985.

“...el comiso de ganancias provenientes del delito no responde a la peligrosidad objetiva de tales beneficios, sino a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación ilícitas de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de un delito”.

CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. Cit, p. 35.

“Lo característico del comiso de la ganancia es su objeto, que, como provecho económico, no ofrecerá normalmente peligrosidad intrínseca alguna, no apreciándose si quiera una peligrosidad objetiva. De ahí que la naturaleza del comiso de la ganancia sea la de una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial o, si se prefiere, la de una medida tendente a impedir un lucro ilícito”.

BLANCO CORDERO, “El comiso de ganancias: ¿Brutas o netas?” En: *Diario la Ley*, Editorial La Ley, Nº 7569, Sección Doctrina, martes 15 de febrero de 2011, Año XXXIII, p.2.

“... el comiso de ganancias responde a la idea de neutralizar un enriquecimiento o una situación patrimonial ilícitos. El Estado no consiente en que puedan obtener ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, por lo que ordena la pérdida de estas. Requisito para su imposición es... constatar que se ha producido la obtención ilícita de un enriquecimiento”.

de autores como García Arán y Ramón Ribas, quienes entienden que las ganancias si constituyen un elemento peligroso, por lo que consideran que esta peligrosidad es fundamento del decomiso de ganancias. De ello se extrae que la medida tiene un carácter preventivo especial inocuizador y, a su vez, reeducador. Inocuizador, porque las ganancias no siempre son usadas para el consumo, pues como ocurre con asiduidad es que éstas son reinvertidas en la infraestructura criminal. La vertiente reeducadora especial consiste en que el infractor conoce que de ser descubierto, se le privará de los beneficios aunque sean éstos bienes de lícito comercio, lo que genera el desaliento de iniciarse en la actividad criminal. Esta misma premisa puede contenerse en una prevención general negativa⁴⁰.

Asimismo, Manzanares Samaniego⁴¹ considera que el decomiso de las ganancias no responde a la naturaleza peligrosa del objeto; en este sentido, la medida no busca neutralizar el peligro que sí estaría presente con los efectos e instrumentos. Para éste autor, el fundamento busca evitar el enriquecimiento injusto, y por esta razón se justifica el decomiso por valor equivalente. Esto se traduce en la existencia de una línea argumental que entiende que el comiso no cumple funciones preventivas y que, por tanto, la figura queda inmersa en una posición cercana a la responsabilidad civil: "...se evita un enriquecimiento injusto proveniente del delito. Nos encontramos ante una figura jurídica muy próxima a la responsabilidad civil, no tanto porque su gravedad se determina por un elemento ajeno al hecho delictivo como son las ganancias, sino porque su aplicación no responde a los fines ni preventivos ni retributivos del sistema penal. Nadie discute el carácter punitivo de la medida proporcional y, no obstante, en su determinación los tribunales deberán tener en cuenta el beneficio reportado por el delito...". Por lo que se entiende que es ajena al Derecho Penal la pretensión de evitar un enriquecimiento injusto. Este autor no llega a encuadrar esta figura como civil, cosa

⁴⁰ RAMÓN RIBAS, Eduardo. "La transformación jurídica del comiso: de la pena a la consecuencia accesoria". En: *Estudios Penales Criminológicos*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, N° XXIV, 2002-2003, p. 544.

"... pues se lanza un importante mensaje con el que se pretende incidir en la principal de las motivaciones de la delincuencia organizada y empresarial: la titularidad de los bienes por parte de terceros no responsables del delito no será obstáculo para decretar el comiso de las ganancias originadas por el delito o falta (fundamento del comiso, además, en el enriquecimiento injusto que se hubiera producido, su función radicaría, también, en lógico acuerdo con este nuevo fundamento, en impedir dicho enriquecimiento ilícito)".

⁴¹ MANZANARES SAMARIEGO, José Luis. Código Penal (Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio) Comentarios y jurisprudencia, Granada, Editorial Comares, Tomo I, Parte General, 2010, p. 246-247.

que si que hace Gracia Martín⁴², quien explica, añadiendo a lo que ya se ha dicho, que la acción por la que se pretende restablecer la situación de enriquecimiento injusto pertenece al ámbito civil, que para aplicarlo debe bastar con probar que el delito produjo beneficios y que estos son para su destinatario un enriquecimiento injusto.

Pero esta postura de difícil encaje, choca con el precepto 110 CP actual. El carácter dispositivo de la jurisdicción civil, en la que siempre se requiere la acción del particular para iniciar el proceso, es contraria al decomiso obligatorio que lleva a cabo la autoridad judicial. Sí es cierto que el Ministerio Fiscal, en el caso de la responsabilidad civil, puede pedir de oficio su imposición aun cuando no reclama nada el perjudicado. Por tanto, el carácter dispositivo no constituye en este caso un argumento concluyente.

Pues bien, otro hecho de cuestionable configuración, se trata del destino reparatorio que posee la responsabilidad civil, ya que el perjudicado es el destinatario de la indemnización que tiene por objeto sufragar el daño producido. Las ganancias incautadas no se destinan a la reparación del daño, pues este no es su objeto.

3. De la pena accesoria a la consecuencia accesoria

Gran trascendencia en la aplicación de la figura del comiso tuvo la transformación que el CP 1995 operó al convertir en consecuencia accesoria lo que hasta entonces se había considerado una pena, cambiando así su naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la medida.

En un principio, cuando era calificada de pena se regía por las premisas que el Derecho impone a la aplicación de estas, como era el hecho de que solo podía aplicarse cuando el autor o partícipe era condenado por otra pena principal, es decir, por una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Además debía imponerse de forma proporcional al bien jurídico afectado. También trascendía la máxima de “*Societas delinquere non potest*”, por lo que si albergaba una persona jurídica aquellos bienes objeto de decomiso, no podía practicarse éste por no poder atribuirle responsabilidad penal. De lo cual, como comenta Ramón Ribas el legislador ha querido mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio hacer más flexible, ágil y eficaz un instrumento que

⁴² GRACIA MARTÍN, Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op cit, p. 452.

hasta entonces era excesivamente rígido como consecuencia de su configuración como pena accesoria.

Frente a esta situación, al conceptualarla como consecuencia accesoria, la nueva regulación de 1995 prescinde de los principios clásicos que se le aplicaban en cuanto las penas, como el de proporcionalidad y culpabilidad, pudiendo así aplicarse esta medida a terceros no culpables del delito, a sociedades y otros casos que, aunque no se aplicara la pena principal exigida por el principio de accesoriidad, se había demostrado su situación patrimonial ilícita (puede decirse que solo era preciso que la conducta fuera típica y antijurídica).

Sin embargo, esta decisión legal ha supuesto una enorme polémica en torno a la naturaleza jurídica del decomiso que aún no ha podido encontrar solución doctrinal.

Para encontrar una solución válida a este asunto puede sernos de utilidad atender a la ubicación sistemática de la norma, que se dispone en el Título VI del Libro I de Parte General, bajo la rúbrica “De las consecuencias accesorias”, lo cual ya nos indica que el legislador ha optado por diferenciar esta figura de las demás, como las penas o medidas de seguridad. Asimismo, y pese al esfuerzo que ha realizado la doctrina por intentar aunar la conceptualización de naturaleza jurídica de todos los tipos de comiso que se recogen bajo este título, sobre todo antes de la reforma de LO 5/2010, no lo ha logrado, puesto que cada comiso responde a finalidades distintas.

Por todo esto, se ha llegado a la conclusión que se trata de una medida *sui generis*⁴³, en la medida en la que no encuentra cabida en otras consecuencias jurídicas del delito más clásicas. En consecuencia, ha de descartarse que pertenezca al ámbito de las penas, porque destierra el principio de proporcionalidad y de culpabilidad. Tendría difícil explicación que una pena pudiera decomisar bienes del inimputable o de terceros ajenos a la infracción. Esto mismo defiende Mir Puig⁴⁴ que estima que este instituto ni se prevé como una amenaza dirigida a disuadir de cometer el delito, ni como un castigo merecido por este. A parte, no responde a ninguna de las finalidades de la pena, ni a la prevención mediante a la motivación ni a la retribución.

⁴³ MANZANRES SAMANIEGO, “Las penas patrimoniales en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal”. En: *Documentación Jurídica*. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, op cit, p.244.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Op. Cit, p.767.

Cabe añadir que no se le otorga la calidad de medida de seguridad, toda vez que no busca abordar la peligrosidad del sujeto. De modo que no se obtienen los fines de mejora y reeducación pretendidos por las medidas de seguridad. Otra objeción que esgrimen en su asociación es que, mientras la medida de seguridad tiene carácter personal, en medida que recae sobre el sujeto, el decomiso tiene carácter real, pues recae sobre los bienes.

Acudiendo a la jurisprudencia para que arroje luz a este dilema ⁴⁵, encontramos que reconoce una difícil conciliación con la pena y su fundamento, por estar excluido del catálogo de éstas, porque no responde a los fines preventivos que de ellas se desprenden y porque no atienden a los principios de culpabilidad y proporcionalidad, aunque el art. 128 CP haya incorporado estos principios en determinados casos ⁴⁶. Dada esta argumentación, el Tribunal Supremo considera el comiso una tercera clase de sanción penal, distinta de las penas y las medidas de seguridad ⁴⁷.

Para cerrar este epígrafe aludiremos a la concepción como consecuencia accesoria, que no es correcta pues la accesoriedad deviene limitada a algunos puntos de la regulación del comiso y no a todos, con lo que la rúbrica no alcanza a describir todos aquellos tipos a los que acoge.

4. Opiniones doctrinales mayoritarias en cuanto a la naturaleza jurídica

La orientación teleológica de la institución marcará el camino para la determinación de la naturaleza jurídica, no obstante, como ya se ha dicho con anterioridad la doctrina no se muestra pacífica en torno al concepto. Para ello estudiaremos las posiciones más relevantes en cuanto a la cuestión.

Algunos autores como Ramón Ribas ⁴⁸ consideran que ambas modalidades de comiso, es decir, tanto la de efectos e instrumentos como la de ganancias tienen **carácter penal**. Para realizar esta afirmación se basa en el hecho de que es una medida recogida en la legislación penal, decretada por jueces de esta jurisdicción, (aunque reconoce que puede el órgano judicial adoptar otras medidas distintas a las penales,

⁴⁵ SSTS Nº 397/2008 de 1 de julio, Nº 314/2007 de 25 de abril.

⁴⁶ No obstante, la aplicación de este precepto es facultativa para el OJ, lo que no ocurre con las penas de las que resulta preceptiva su aplicación.

⁴⁷ STS Nº 16/2009 de 27 de enero.

⁴⁸ RAMÓN RIBAS, Eduardo. "Libro I, Título VI (art. 127)". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.) *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra Editorial Aranzadi S.A. 4ª Edición, 2005, pp. 662-663.

como puede ser la responsabilidad civil) pero, sobre todo, porque la previsión o comisión del delito o falta constituyen el presupuesto de la imposición del comiso. Si bien, para el comiso de ganancias puede observar una composición dual, pues aunque es de carácter penal, tiene rasgos civiles.

Para Ramón Ribas destaca su importante función político criminal para perseguir el crimen organizado de ámbito económico. Por tanto, no puede negar la indispensable orientación preventiva⁴⁹.

Otra parte del doctrinal⁵⁰ atribuye diferentes naturalezas según se trate de instrumentos y efectos, que será **penal**, y ganancias, que será **civil**. Asimismo, considera que para la primera clase deberá constatar que se haya cometido al menos una conducta típica y antijurídica, puesto que se funda en la peligrosidad y cumple funciones preventivas. Pero no ocurre igual con las ganancias, que desprende naturaleza civil, semejante a la responsabilidad civil *ex delicto*. Esta afirmación se basa en la orientación teleológica, pues busca impedir el enriquecimiento injusto y entienden estos autores que se trata de un elemento de corte civil.

Gracia Martín⁵¹ como ya se anticipaba en páginas precedentes, considera que aunque el comiso se sustancie en vía penal, al estar fuera del ámbito de influencia de los principios de culpabilidad y la peligrosidad del autor, entiende que su naturaleza jurídica se aleja de lo penal. Será necesario atender a cada uno de los tipos para determinar su naturaleza. Para el decomiso de instrumentos, según este autor, se vislumbra un carácter policial y por extensión administrativo, al fundamentarse en la peligrosidad objetiva del bien y su finalidad de resguardar el ordenamiento jurídico frente a peligros. Por lo que concierne a las ganancias, es de naturaleza civil, porque se fundamenta en la situación patrimonial ilícita y el juicio de no tolerancia de la misma, cuyo objeto es la restitución de la misma.

⁴⁹ RAMÓN RIBAS, “La transformación jurídica del comiso: de la pena a la consecuencia accesoria”. En: *EPC*, op cit, p. 539. Parafraseando un texto de las Naciones Unidas, que la necesidad de combatir el crimen organizado ha hecho que se considere el comiso como “un arma estratégica, desincentivo económico total de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias y medio de identificar y de eliminar las ventajas financieras, y el consiguiente poder de la conducta antisocial”

⁵⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “El comiso”. En: *Diario de la Ley*, Madrid, Editorial La Ley, N° 5595, Sección Doctrina, 5 de marzo de 2002, Año XIII, p.4. El autor señala que al igual que sucede con la responsabilidad civil, el comiso de ganancias no debe ser excluido del ámbito de estudio del Derecho Penal, ni se deben olvidar los “obvios efectos preventivos que pueden producir”.

⁵¹ GRACIA MARTÍN; et ál., Las consecuencias jurídicas del delito, op cit, p. 37.

Manzanares Samaniego⁵², que es quizás uno de los autores que más ha escrito sobre esta materia en España, considera que el comiso tiene una naturaleza sui generis. Su imposición debe limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa, si bien esta puede ser absoluta, por lo que se entenderá como una medida de carácter policial adoptada por los tribunales penales. De no existir peligro sobre la cosa, este debe erradicar sobre la no tolerancia de una situación ilícita.

Finalmente, la jurisprudencia trata al comiso como una sanción⁵³. Para la confiscación de efectos e instrumentos, como una medida de Derecho sancionador⁵⁴ y del decomiso de ganancias como una consecuencia punitiva⁵⁵, consistente en “la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito”

5. Conclusiones en torno a la naturaleza jurídica del Comiso.

El comiso está previsto en la legislación penal, y se asocia a una conducta al menos típica y antijurídica. Del mismo modo, son los órganos de la jurisdicción penal los encargados de decretar su imposición mediante sentencia. Sin embargo, estas no son razones suficientes para determinar su naturaleza penal, pues resulta idéntico a otras figuras como la responsabilidad civil, cuyo origen no es penal, pero que no obstante se sustancia por su jurisdicción.

Existen autores que al percibir restricciones de derecho desplazan el comiso al ámbito sancionador, pero sabemos que existen limitaciones de derechos que no responden a este cometido, como por ejemplo el desalojo administrativo por expropiación previa de un fundo. El concepto de sanción es definido como “... mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”. Por lo que se ha de descartar como argumento válido la simple restricción de derechos.

⁵² MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “La pena de comiso”. En: Revista de Estudios Penitenciarios, Madrid Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Escuela de Estudios Penitenciarios, Año XXXIII, Nº 216-219, enero-diciembre de 1977, pp. 39-40.

⁵³ STS Nº 1528/2002 de 20 de septiembre. “Ciertamente el comiso, aunque no está incluido en el catálogo de las penas contenidas en el artículo 33 del Código Penal, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertenencia y legalidad. Siendo muchas las resoluciones judiciales que desestiman el comiso de efectos por no estar relacionados con el delito, o no guardar la debida proporcionalidad con la infracción enjuiciada”.

⁵⁴ STS Nº 56/1997 de 20 de enero.

⁵⁵ STS Nº 16/2009 de 27 de enero

A continuación, se analizan los caracteres principales que, a nuestro juicio, contiene la figura del comiso. Para ello, debemos contrastarlos con aquellas posturas defendidas por la doctrina explicada en anteriores párrafos.

*5.1 El comiso como medida de derecho público*⁵⁶

Es indudable que el comiso es ejercido por el poder Estatal, donde desarrolla su faceta coactiva sobre aquel autor o participe de una infracción penal o incluso sobre un tercero. Por lo que los particulares pierden la posesión y titularidad del bien a favor de la adquisición forzosa por el Estado, el cual está revestido de la fuerza de imperium. Por este motivo se aleja de aquellas argumentaciones que designaron al comiso en relación con las ganancias de derecho civil, pues contraviene los postulados básicos del derecho privado que contienen en primer lugar una posición de igualdad entre los agentes y en segundo término, un carácter dispositivo intrínseco del cual percibe con claridad que la institución del decomiso no posee.

Como ya conocemos la fuerza de imperium está constreñida por los principios de legalidad y proporcionalidad entre otros, para evitar el abuso de poder que posee el Estado.

*5.2 El comiso como medida punitiva o sancionadora*⁵⁷.

⁵⁶LATORRE, Ángel. Introducción al Derecho. Barcelona, Ed. Ariel, 6ª Edición, 1990, p 156.

“En términos generales puede decirse que el derecho público se caracteriza porque en él existe un ejercicio de poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y al actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares. El Derecho privado es aquel que regula las relaciones entre particulares, es decir, aquellas en que ninguna de las partes actúa revestida de poder estatal... Las relaciones de Derecho público con particulares se caracterizan por que en ellas existe una situación de desigualdad entre las partes...”

⁵⁷SILVA FORNÉ, Diego. “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador”. En DIEZ RIPOLLES, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María, et ál, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Técnos S.A. 2003, p. 176.

“El efecto aflictivo de la medida también es común, con matizaciones de acuerdo con el tipo de sanción impuesto. Sin embargo, no puede confundirse con el ocasionamiento de un gravamen –tan amplio como la imposición de cualquier tipo de perjuicio o pérdida de un beneficio- con la aplicación de una sanción. La amplitud dada por GARCÍA DE ENTERRÍA a la noción de sanción administrativa seguramente obedece al propósito de establecer estrictos límites a la actividad estatal, con un loable propósito garantista; pero ello no puede llevar a crear conceptos tan laxos (téngase presente que un mero incumplimiento contractual puede llegar a calificarse de -ilegal-) que pueda dar cabida a una gran variedad de actos administrativos con efectos desfavorables para alguien. Por tal motivo, es imprescindible la concurrencia de la finalidad represora a la que alude SUAY RINCÓN. Esta finalidad –también un elemento común a las sanciones penales- nos permitirá diferenciar las medidas administrativas punitivas de aquellas dotadas de oro carácter. Desde luego que nos referimos a la finalidad de la sanción en lo inmediato; es indudable que en la medida punitiva siempre debe perseguir la tutela de bienes jurídicos, pues sería inamisible una sanción que se agotara en la represión pura y simple.

La sanción siempre supone la imposición de un mal (privación o limitación de un derecho) a una persona como consecuencia de una conducta ilegal previa. Por tanto, sea de índole administrativa o penal tiene una misma identidad de razón basada en la conducta previa ilícita que afecta a un bien jurídico que el legislador pretende tutelar.

Para llamar a una medida sancionadora debe darse la finalidad de represión, pero esto no significa que no pueda lograr otros fines, puesto que debe lograrlos para cumplir con lo prescrito constitucionalmente en el art. 25.1 y 2 CE, que imponen deberes como la legalidad en el régimen sancionador o que las medidas de privación de libertad han de estar encaminadas a la resocialización del reo, por tanto tendrán un objetivo de prevención especial positiva.

Ahora bien, como ya se declaró con anterioridad, el fin de la confiscación de efectos e instrumentos era proteger a la sociedad del peligro que ciertos objetos. Este peligro se percibía por la clase de objetos que son *per se*, o bien, en relación a alguien que puede utilizar bienes no peligrosos para llevar a cabo un hecho delictivo. Pero esta percepción hay que realizarla desde una perspectiva de *lege ferenda*, es decir, lo que debería ser, pero que *de facto* en la ley no se establece. Llegando a la conclusión que esta figura no debe tener efecto punitivo.

La situación del comiso sobre las ganancias sufre una situación similar, pues su fundamento es la no tolerancia de un enriquecimiento injusto procedente de una infracción; por ello, éste no se articula como un castigo a un responsable del crimen, pues puede imponerse incluso a quien carece de responsabilidad criminal.

La situación en *lege data* es muy diferente. Tratándose de comiso de instrumentos y efectos, ni el art 127 actual ni el de la próxima reforma, contempla la peligrosidad del bien y prevé el comiso por valor equivalente en cualquier caso. Por eso, es fácil determinar su carácter sancionador, pues la pretensión legislativa es castigar al autor o partícipe titular del bien o tercero que permitió el uso de estos elementos para la comisión delictiva. Desplazando la entidad real que poseía la medida a una posición subjetiva.

En consecuencia, la delimitación del plano sancionatorio lleva a que solo puedan incluirse en ese ámbito a las medidas aflictivas que se desenvuelven en el marco judicial –penal o administrativo dotadas de carácter punitivo o represivo, es decir, que ofician como castigo al infractor, quedando fuera todos los institutos que posean otro carácter en forma predominante”.

Para las ganancias, algunos autores⁵⁸ conciben que el legislador al incorporar el comiso por valor equivalente haya transformado el instituto en sanción. Pero hay que tener en cuenta que no puede ser aplicado de forma automática, ya que se trata de una medida de carácter económico y lo que se pretende es restablecer la situación patrimonial injusta. Lo que da como resultado una indiferente cuestión en cuanto a que bienes van a ser utilizados para restaurar la situación económica justa.

Pero siempre no se dará con justicia esta circunstancia, pues la norma actual y próxima declara el comiso por valor equivalente ante cualquier circunstancia como una destrucción o pérdida no imputable al titular, lo que se entiende como un acto sancionador que ya no busca la restauración de la situación patrimonial justa, sino la retribución del decomisado. Además, se dirigen al carácter sancionador de *lege data*, aquellas inversiones de la carga de la prueba con la incursión de presunciones, estas proscritas por la legislación penal de las cuales ahondaremos en el capítulo siguiente. Es la reforma venidera de 1 de julio la que acrecienta y desarrolla estas presunciones marcando así una impronta sancionadora exacerbada.

5.3 El comiso como medida de Derecho Administrativo o como medida de Derecho Penal.

Ya conocemos la existencia de carácter sancionador de la medida, lo que queda por discernir es a qué derecho pertenece, cuestión que no afecta a las garantías y derechos que coinciden en estos dos bloques del ordenamiento jurídico.

Para la determinación de esta interrogante juega un papel fundamental la decisión político-legislativa, en la que en este caso el legislador español enmarcó el comiso como derecho penal al poner su sustanciación en el proceso penal y por órganos de esta jurisdicción⁵⁹.

No todos se decantan por esta afirmación como García de Enterría y Tomás Ramón Fernández⁶⁰ creen que el comiso de efectos e instrumentos es una medida de

⁵⁸ Vid. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio “Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007. p.119.

⁵⁹ VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso en el patrimonio criminal*, Op cit, p. 192.

⁶⁰ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Cívitas Ediciones, SL, Tomo II, Reimpresión de la 10ª Edición, 2001, p.120. “La tercera gran especie de potestad, luego de la que se expresa en las limitaciones de derechos, por la que la administración puede incidir gravosamente sobre las situaciones jurídicas de los particulares, es la que

índole administrativa que carece de contenido sancionador. Estos ubican el comiso y el decomiso administrativo en las potestades ablatorias reales. Si bien, atendemos al fundamento y finalidad esta composición puede ser acertada, en lege data esta conclusión no cabe. Pues como ya hemos dicho con anterioridad se percibe un carácter sancionador y sobre todo se descarta una aproximación a una postura de corte policial pues requiere al menos antijuridicidad en la conducta.

Para las ganancias ningún autor le otorga contenido administrativo, lo cual deja solo la opción de ser clasificado como penal. Pero esta es una medida conductiva⁶¹, es decir, destinada a revertir la situación patrimonial ilícita.

En definitiva, los comisos de efectos, instrumentos y ganancias son medidas de Derecho Público, concretamente Penal. Desde el “Deber ser”, la primera es una medida de naturaleza preventiva y la segunda conductiva que no poseen carácter sancionatorio; no obstante, y como surgen del poder de imperio del Estado, su imposición siempre debe estar cubierta por las garantías que se vinculan a cualquier otra consecuencia jurídica que se resuelve en el ámbito de Derecho Público. Ahora en el mundo de lo que “es” son verdaderas sanciones que se desarrollan en el ámbito penal y, por tanto, se les debe aplicar los principios que se le asocian a esta⁶².

A modo de conclusión, podemos concebir el comiso como; una consecuencia penal, de derecho público y con carácter sancionador.

llamaremos, stricto sensu, potestades ablatorias... Aquí no se limitan los derechos afectados, sino que más bien se destruyen, se extinguen como tales derechos, total o parcialmente”.

⁶¹ BROTTKE, Wilfred, “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1997, p. 44. Término acuñado por Wilfried Brottke, para referirse a las medidas que designan la obligación de devolver la cosa obtenida ilícitamente.

⁶² VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso en el patrimonio criminal*, Op Cit, p 194.

CAPÍTULO 4. NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE EL COMISO, ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA EUROPEA.

1. Exposición del Marco Normativo

La incidencia de la normativa internacional respecto al derecho interno español ha de ser evaluada, sobre todo en lo concerniente a esta materia, que como explicábamos en el capítulo primero de este estudio, en los que la delincuencia transnacional genera riesgos que la sociedad reclama a los poderes públicos su neutralización. Por este motivo, además de la dificultad que entraña la intervención de un Estado de forma aislada frente a este tipo de crimen, que obtiene y posee grandes recursos, la comunidad internacional ha preparado una serie de disposiciones con el fin de aunar fuerzas entre todos los sujetos internacionales.

De otra parte, nuestra Constitución en su art. 10.2 establece como criterio de interpretación para los derechos y libertades en ella recogidos, aquellos tratados y acuerdos internacionales de los que formara parte. Asimismo, el art 96 CE determina la inclusión como parte de nuestro derecho aquellos acuerdos y tratados internacionales ratificados por España.

Trataremos instrumentos que proponen las Naciones Unidas, que han sido ratificados por España como la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de Palermo en el año 2000, entre otras. Asimismo, el Consejo de Europa ha dispuesto Convenios sobre materias relacionadas con el decomiso, como el blanqueo de capitales o delitos de terrorismo, donde se hace eco de esta institución como método eficiente contra su lucha.

Ahora bien, por la incidencia que tiene el Derecho Comunitario sobre nuestra legislación desde 1986⁶³, merece una especial dedicación el estudio de las decisiones marco que han ido construyendo parte de nuestro ordenamiento interno, al que haremos especial énfasis al Derecho Penal, y de las cuales son la motivación del legislador para reformar de forma significativa la institución del comiso.

⁶³«BOE» núm. 1, de 1 de enero de 1986. Ref. BOE-A-1986-1. Instrumento de Ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

2. Tratados de la Naciones Unidas

La normativa de las Naciones Unidas trata de forma general y pragmática el comiso de efectos, instrumentos y ganancias, pues ha de confluír con un número de legislaciones elevado y cada cual otorga una naturaleza jurídica a éste. Lo importante de estos convenios es marcar las directrices mínimas comunes para perseguir esta delincuencia, así como establecer acciones legislativas recomendables para su efectividad. También hace mucho hincapié en la persecución transfronteriza de los bienes a decomisar, pues es usual la frustración de la actuación por la descoordinación tanto de autoridades como de legislaciones entorno a la materia.

2.1. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Viena, 1988⁶⁴.

La necesidad de combatir el narcotráfico a nivel supranacional, por el incremento de consumidores exacerbado durante los años '80, hace nacer esta regulación cuyo objeto se centra en la colaboración entre sujetos internacionales.

De este tratado aunque existen numerosos extremos dignos de estudio, se hará un examen sucinto de la norma.

De modo que en su artículo 1 apartado f) define el decomiso como “... *privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o autoridad competente*”⁶⁵. Aunque no se establece de forma expresa, la privación de titularidad del bien, se entiende a favor del Estado por medio de tribunal o autoridad competente. Si bien, el sujeto con potestad para decomisar puede ser “*autoridad competente*” distinta que el órgano judicial, contiene aquí una manifestación de la generalidad que han de surgir de estas regulaciones por la intención de adecuarse a multitud de normativas distintas. No obstante, en ningún momento se declara si es una pena, medida de seguridad o sanción, cosa que sí ocurrirá con otros convenios⁶⁶.

⁶⁴ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 270, 10 de noviembre de 1990, pp. 33062 a 33074.

⁶⁵ Esta definición se mostrará idéntica en las Convenciones de NU contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo 2000 (art. 2, apartado g)) y en la Convención de la NU contra la Corrupción de Mérida 2003 (art. 2, apartado g)).

⁶⁶ En las convenciones de NU tanto de Viena 1988, 2000 y Mérida 2003 no se determina una clasificación sobre la tipología a la que responde la institución jurídica, pues en su afán de generalidad ha de dejar abierta la naturaleza jurídica a fin de su mayor ratificación por los países miembros de la OI.

El concepto de producto se determina en el art. 1 apartado p) de esta convención dispone: “...*los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3*”, por lo que serán objeto aquellas ganancias derivadas en segundo grado de otras que hayan sido obtenidas directamente del ilícito⁶⁷.

Dejando atrás las definiciones, analizamos a continuación el art. 5 de la Convención de Viena que porta como rúbrica “*El Decomiso*”. Así el apartado 1.a) establece la necesidad de que los adheridos al convenio establezcan métodos para la confiscación de los productos del ilícito conforme su definición anteriormente explicada, pero además, da la opción a decomisar bienes cuyo valor equivalga a ese producto⁶⁸. Lo que abre la posibilidad al decomiso por sustitución o valor equivalente. Asunto que se reitera con posterioridad, pues en el apartado 6.a. del mismo artículo dispone que aunque se hayan transformado o convertido el producto ilícito procederá decomiso⁶⁹, o bien se haya mezclado con otros de lícito comercio.

Donde se suscita una especial controversia es en el art. 5.7 de la Convención, pues de este se dirime una proposición a los Estados Parte a considerar invertir la carga de la prueba con respecto al origen lícito de los bienes sujetos a comiso⁷⁰, eso sí, la norma permite no aplicar esta disposición si contraviene el derecho interno. Sin embargo, el legislador español optó por su inclusión a través del art. 127.1.II CP actual, destinado a combatir el crimen organizado, conociendo su incompatibilidad con el principio de presunción de inocencia. Pero con la nueva regulación⁷¹ ha ido más allá, expandiendo la inversión de la carga de la prueba a cualquier individuo, puesto que estaba constreñido a las organizaciones criminales, eso sí, cuando haya cometido delitos determinados.

⁶⁷ En el mismo sentido que la anterior definición, vuelve a recoger en posteriores convenciones como Mérida 2003 y Palermo 2000 el concepto de “producto”.

⁶⁸ Art. 5.1. Convención de Viena de 1988. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto.

⁶⁹ Art. 5.6.a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, estos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

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

⁷⁰ Art.5. 7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

⁷¹ Art. 127 bis de LO 1/2015 de 1 de julio de 2015.

Para concluir, el art. 5.8⁷² de la Convención contiene una salvaguarda de los derechos de terceros de buena fe, asunto respetado por la actual regulación y vulnerado flagrantemente por la próxima, donde desaparece la preservación del derecho.

2.2. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Palermo año 2000⁷³.

En resumen, esta Convención se adapta a lo que ya estableció la Convención de Viena de 1988, coincidiendo prácticamente en todos los extremos que nos interesan para el estudio del Decomiso. Si bien, tiene como objeto la delincuencia organizada, que va más allá de la mera persecución del narcotráfico. Para nuestro proyecto resulta interesante el destino que debe darse a los elementos patrimoniales incautados, pues como se observa se destinarán al fin que el ordenamiento interno establezca, salvo que estos sean reclamados por otro Estado Parte, pues en estos casos es de máximo interés para el orden internacional que sean devueltos a su legítimo propietario (art. 14⁷⁴).

2.3. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Mérida, 2003⁷⁵

A diferencia de los anteriores Tratados, éste tiene como fin perseguir los delitos derivados de la corrupción, que en esencia tienen un componente económico. La dificultad de perseguir aquellos bienes extraídos de las arcas públicas, cuyo destino es diverso, ha llevado a elaborar normas para su contención.

Centrando el tema en el comiso, se ha de advertir las coincidencias tratadas en las dos Convenciones anteriores que vuelven a repetirse en este texto. En cuanto a la novedad que aporta, se centra en establecer una acción civil que los Estados Parte

⁷² Art. 5.8. Convención de Viena de 1988. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

⁷³ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 233, 29 de septiembre de 2003, pp. 35280 a 35297.

⁷⁴ Art. 14. 2. Convención de Palermo de 2000. Al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte con arreglo al artículo 13 de la presente Convención, los Estados Parte, en la medida en que lo permita su derecho interno y de ser requeridos a hacerlo, darán consideración prioritaria a la devolución del producto del delito o de los bienes decomisados al Estado Parte requirente a fin de que éste pueda indemnizar a las víctimas del delito o devolver ese producto del delito o esos bienes a sus propietarios legítimos.

⁷⁵ Instrumento de ratificación publicado en el BOE N° 171, de 19 de julio de 2006, pp. 27132 a 27153.

incluirán en su derecho interno a fin de que los perjudicados puedan reclamar sus bienes (art. 53)⁷⁶.

Otra medida que presenta novedad es el establecimiento del Decomiso Autónomo o decomiso sin condena⁷⁷, es decir, que no requiere sentencia para ser impuesto. Es verdad que la norma tasa los casos donde se puede aplicar dicha figura como es el fallecimiento del imputado, la fuga o ausencia, así como en otros casos apropiados, dice la norma dejando esta última cláusula genérica.

Por último y arriesgo de ser reiterativo en su art. 57.2, la Convención de Mérida vuelve a reiterar la necesidad de tener en cuenta los poseedores de buena fe ante el decomiso aunque se vea afectado el Estado requirente⁷⁸.

3. Normativa del Consejo de Europa

Como reflexión inicial, hay que advertir, que los convenios del Consejo de Europa no son directamente aplicables a los EEMM, necesitando para su asunción la ratificación expresa en cada caso.

3.1 Convenio N° 141 del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990)⁷⁹

Este Tratado recoge gran parte de las premisas expuestas por las Convenciones de las NU, pero con contenidos más concretos al ser su ámbito de aplicación más regional, por lo que existe más homogeneidad legislativa⁸⁰.

⁷⁶ Art. 53. Convención NU de Mérida 2003. Medidas para la recuperación directa de bienes
Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención;

⁷⁷ Art. 54.1.c) Convención de Mérida. Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

⁷⁸ Art. 57.2. Convención de Mérida 2003. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes procedan a la restitución de los bienes decomisados, al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte, de conformidad con la presente Convención, teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe.

⁷⁹ Instrumento de ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990. Publicado en el BOE N°252, 21 de octubre de 1998, pp. 34713 a 34726.

Del análisis del texto observamos de gran importancia comentar el art. 1, por el que se da definición a los productos y la confiscación. De los productos determina que será todo provecho económico derivado de un delito. Conforme esto, se entiende que el Tratado asimila los productos a las ganancias, pero lo que es más importante solo será a estos efectos aquellas que “*deriven*” del delito, es decir, que han de haberse producido de forma directa y no secundaria a la infracción. En cuanto a la confiscación, la norma de forma ambigua, como se viene haciendo en otros Tratados no se decanta ni por medida o por sanción, dejando abierto al legislador nacional la determinación de la naturaleza jurídica de la figura comisoria⁸¹.

El art 2⁸² en su apartado 1, da libertad al Estado que ratifique, para poder establecer en su legislación los métodos convenientes para llevar a cabo el comiso por valor equivalente. Asimismo, su apartado dos dispone la posibilidad de que el Estado Parte indique sobre qué delitos adoptar las medidas confiscatorias, pudiendo así formular reservas, que se traduce en una ruptura fáctica ante una posible armonización penal en el contexto Europeo, de igual modo se aproxima el art. 6.

3.2 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la confiscación del terrorismo, Varsovia, 2005⁸³.

En líneas generales sustituye el Convenio de Estrasburgo de 1990, pues hace suyo el contenido y lo completa aplicando a sus disposiciones lo relacionado con la financiación del terrorismo. Sin embargo, se perciben modificaciones necesarias para superar fallos cometidos por el texto anterior, como la definición de producto que ahora

⁸⁰ GASCÓN INCHUASTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, Editorial Colex, 2007, p. 38.

⁸¹ Art 1. Convenio N° 141 del Consejo de Europa. Términos utilizados. A los efectos del presente Convenio:

a) Por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición del párrafo b) del presente Artículo; d) por «confiscación» se entenderá una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien;

⁸² Art 2. Convenio N° 141 del Consejo de Europa. Medidas de confiscación.

1. Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos.

2. Cada parte podrá, en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa manifestar que el párrafo 1 del presente Artículo sólo será de aplicación a los delitos o categorías de delitos especificados en dicha declaración.

⁸³ Instrumento de ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Publicado en el BOE N° 155, 26 de junio de 2010, pp. 56174 a 56215.

también se expanden a las ganancias indirectas o de segundo grado, es decir, aquellas que se generan a consecuencia del producto del ilícito⁸⁴.

En este sentido, se muestran un cierto grado de armonización de la norma entre legislaciones de los Estados Parte, aunque si bien siguen dándole al legislador interno amplitud para determinar donde se aplicará o no el comiso. Si es cierto, que este nuevo texto marca mínimos que todo Estado Parte deberá asumir⁸⁵.

Para concluir, el art. 3.4⁸⁶ del Convenio de Varsovia de 2005, ante los delitos graves, insta a que los EP legislen haciendo que el imputado demuestre la licitud de sus bienes. Salvo claro está, que los ordenamientos internos no lo permitan.

4. Normativa de la Unión Europea.

4.1 El Bien Jurídico Protegido Comunitario y consideraciones generales entorno al Derecho de la Unión Europea.

El concepto de Bien Jurídico en la sociedad del riesgo ha sufrido alteraciones derivadas del efecto expansivo del Derecho Penal. Si bien, en la sociedad moderna el bien jurídico es un elemento conceptual limitador del ius puniendi del Estado, por tratarse de bienes personalistas ligado a los postulados liberales, en la sociedad post-modernista, donde su factor esencial es el miedo social común, ha desarrollado una

⁸⁴ Art. 1. Convenio de Varsovia 2005 relativo al blanqueo y financiación del terrorismo. A los efectos del presente Convenio: a) por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito

⁸⁵ Art. 9.4. Convenio de Varsovia 2005. Siempre que el apartado 1 del presente artículo se aplique a las categorías de delitos principales previstos en el anexo del Convenio, en el momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, cada Estado miembro o la Comunidad Europea podrá dirigir al Secretario General del Consejo de Europa una declaración en la que se establezca que el apartado 1 del presente artículo será de aplicación:

a) únicamente en la medida en que el delito principal sea punible con una pena de privación de libertad o medida de seguridad con una duración máxima de más de un año o, para las Partes cuyo ordenamiento jurídico prevea un umbral mínimo para los delitos, en la medida en que el delito sea punible con una pena de privación de libertad o una medida de seguridad con una duración mínima de más de seis meses; y/o
b) únicamente a una relación de delitos principales especificados; y/o
c) a una categoría de delitos graves según el derecho interno de esa Parte.

⁸⁶ Art. 3.4. Convenio de Varsovia 2005. 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.

dimensión comunitaria del Bien Jurídico Protegido. Así lo explica Mir Puig⁸⁷ en 3 puntos fundamentales:

- Se adhiere el legislador comunitario a utilizar el BJP en términos de necesidad, pero entendida en términos de necesidad de tutela adecuada (es decir, no atiende a la última ratio propia del DP, “*poena extrema ratio*”, sino como propulsor de criminalización, “*poena prima ratio*”. Es por este motivo, por el que el legislador comunitario obliga a la imposición de regulación penal a través de “*sanciones adecuadas*” de prisión a los EEMM en sectores muy diversos. En el mismo sentido, se aprecia que pudiendo elegir entre varias opciones penales, para-penales o civiles siempre se inclina por la vía criminal. Por estas acciones es fácil apreciar que se ha utilizado el concepto de bien jurídico en su dimensión expansiva y no limitadora de la criminalización.
- La exigencia de tutela de los intereses comunitarios. Pues la OI de integración que supone la UE requiere en la medida que se configura como un ente supranacional, crea la necesidad de protección de BJP derivados del Espacio de libertad, seguridad y justicia. Por este motivo, desplaza a la “*teoría del bien jurídico constitucional*” hacia la nueva “*teoría del bien jurídico comunitario*”. Sabemos que la primera es la formulación clásica, cuyo respaldo es la Constitución, pues en ella se basan los criterios de bienes legítimos de protección por el Derecho Penal y determinan los límites de su incursión. Ahora bien, la nueva tesis comunitaria⁸⁸ al no estar sometida a constitución alguna, no posee la limitación con la que cuentan los sistemas internos que han de legislar conforme a ésta. Por ello es idónea la situación del legislador comunitario para la expansión del bien jurídico que no tiene impedimento para trasladar la protección penal a los de creación artificial.
- Las decisiones del legislador europeo solo pueden ser conflictivas conforme los derechos internos de los EEMM. Para tomar medidas en el ámbito penal

⁸⁷ MIR PUIG. *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*. Op cit, pp. 155-162.

⁸⁸ MIR PUIG. *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*. Op cit, p. 158. “Pero este ‘nuevo’ paradigma, al no gozar de respaldo de una Carta Constitucional ni de un sistema de Constitución rígida, no encuentra impedimentos vinculantes en su propio camino de expansión. La necesidad de tutela expresada en los ámbitos más diversos de la Unión Europea no tiene límites de correspondencia con tabla de valores, tampoco finales, y por lo tanto no está llamada a dialogar con ningún contrapeso ni formalizado ni rígido que limite su desarrollo. Por dicha razón la sistemática del bien jurídico comunitario deviene, por definición, el terreno de cultivo privilegiado de los bienes artificiales”.

prescinde de los métodos clásicos de Reglamentos y Directivas, acudiendo a los acuerdos. El carácter supranacional de los acuerdos adoptados por unanimidad, supone un puente de las Constituciones Nacionales y una neutralización de los controles realizados por los Tribunales Constitucionales Nacionales, que con regularidad intercedían en la valoración del ámbito limitativo del BJP.

En definitiva la tesis del bien jurídico comunitario la cual se separa del tradicional sistema constitucional de bienes jurídicos, no solo conduce a una creación artificial alejándose de los bienes personalistas sino que además introduce sobre éstos elementos coactivos para su protección, al margen de cualquier control valorativo del constituyente o legislador nacional. Por tanto, un “*déficit de democraticidad*” en palabras del propio Mir Puig. Esto se explica atendiendo a la realidad sobre la producción del derecho europeo a la que estamos asistiendo.

Es el Consejo⁸⁹ quien puede según el art. 83.1.III TFUE⁹⁰ adoptar una decisión marco en materia penal, con la aprobación del Parlamento Europeo. Si bien, esta decisión ha sido configurada en el seno del Derecho Derivado Europeo con lo cual ha de ser asumido por los ordenamientos internos “*formando parte*”⁹¹ de estos pero como Derecho de la Unión Europea. Por tanto, serán vinculantes pero sin haber pasado el filtro que nuestra CE establece en el Capítulo Tercero del Título III, pues en origen aceptamos la norma sobre un Tratado anterior sin conocerse los posteriores extremos legislativos vinculantes. No podremos modificar el contenido del derecho de forma autónoma pues no se asimila al derecho interno.

⁸⁹ El Consejo; es un órgano de la UE que participa como colegislador junto al Parlamento Europeo. Está compuesto por un representante de cada Estado Miembro de rango ministerial, es decir, que es un componente del poder ejecutivo de los gobiernos nacionales.

⁹⁰ Art. 83. TFUE. 1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

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

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

⁹¹ Nótese que se apunta formar parte y no se transformará en Derecho interno. El art. 96.1 CE establece que será incorporado al ordenamiento como DUE, por lo que su modificación se estará a lo establecido en normativa europea y nunca nacional.

El TC español no se ha tropezado con la inconstitucionalidad de una norma de derecho derivado europeo que sea de aplicación en el ordenamiento interno, solo se ha enfrentado con disposiciones contrarias a la CE en tratados constitutivos como el de Maastricht. Aunque conocemos que la tendencia europea en relación con los derechos fundamentales resulta bastante uniforme, y pensar en una colisión entre la CE y normas de DUE derivado se plantea en una dimensión meramente teórica, cabe pensar ante la expansión del Derecho Penal y los nuevos bienes jurídicos comunitarios que pueda surgir colisión. De ocurrir esto nuestra opinión se orienta hacia la defendida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán que considera que el principio democrático que se establece en el (art. 38 Ley Fundamental de Bonn) impide que se transfieran a la comunidad Europea poderes del Parlamento alemán hasta el punto de que se hurtase la influencia decisiva del pueblo alemán en la toma de decisiones políticas: *“el principio democrático limita la expansión de las tareas y competencias que incumben a las Comunidades Europeas. Determinadas tareas y competencias sustanciales deben seguir siendo ejercidas por el Bundestag alemán”*⁹².

Después de esta conceptualización en torno a los bienes jurídicos comunitarios, debemos citar los textos normativos que han dado la posibilidad a la Unión Europea de consagrar el espacio de libertad, seguridad y justicia, a su vez mejorar la cooperación entre los EEMM en asuntos policiales, judiciales y en materia penal, como es el Tratado de Ámsterdam⁹³. Por otra parte, la Cumbre de Tampere de 1999 configuro el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales.

De gran relevancia se inspira el Tratado de Lisboa de 2007⁹⁴ pues con la entrada en vigor de éste, tras la fallida Constitución Europea, se suprimió el sistema de pilares que venía dándose en el modelo normativo europeo, sentando las bases para el desarrollo de un Derecho Penal Europeo. Se ha considerado ésta área del derecho como controvertida a la integración en la UE, no obstante, las necesidades que suscita el espacio común de seguridad, libertad y justicia, a la hora de eliminar los llamados

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (Bundesverfassungsgericht) sobre la ratificación del Tratado de Lisboa, de 30 de junio de 2009.

⁹³ Instrumento de Ratificación por parte de España del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997.

⁹⁴ Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. BOE núm. 184, de 31 de julio de 2008, páginas 32919 a 32925

paraísos penales⁹⁵ ha empujado a los EEMM a convenir medidas comunes para mermar la delincuencia transnacional. Pero la desconfianza latente en la integración legislativa penal ha obligado a la inclusión de un “*freno de emergencia*” para posibilitar los EEMM discrepantes a detener el proceso⁹⁶.

A continuación los instrumentos que vamos a analizar son Decisiones Marco⁹⁷ del Consejo de la Unión Europea, estos son obligatorios para los miembros, ahora bien, su eficacia está supeditada a transposición o incorporación al ordenamiento interno de cada país miembro.

4.2 Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito⁹⁸.

La acción común pretendió acabar con las reservas de los arts. 2 y 6 del Convenio de Estrasburgo de 1990, comentadas anteriormente. Se buscaba que no hubiese limitaciones a la confiscación, cuando se tratase de delitos que tenían asociada una pena de privación de libertad superior a un año. También se pretendía tipificar el blanqueo de capitales vinculado a los delitos graves, entendiendo este como cualquier delito que tuviera una pena máxima superior a un año o como mínimo 6 meses de prisión. Además prevé la incorporación del decomiso por valor equivalente⁹⁹.

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Ed. Cívitas, 2001, p. 88.

⁹⁶ PARLAMENTO EUROPEO, Informe de sesión de 24 de abril de 2012, (A7-0144/2012). “Informe sobre un enfoque de la UE acerca de Derecho Penal (2010/2310(INI))”. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente: Cornelis de Jong. Exposición de motivos, p. 9/13. “Pese a que oficialmente el Tratado contiene la base para nuevas disposiciones de Derecho penal de la UE, el Derecho penal no ha pasado a ser una cuestión menos delicada. Así pues, el Tratado prevé un procedimiento de ‘freno de emergencia’ si un Estado miembro cree que la legislación propuesta afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal; se trata de un procedimiento excepcional del Tratado.”

⁹⁷ DUBÁN SICILIA, Luis. “Reconocimiento muto de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario de la Ley 4 /2010, de 10 de marzo para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)”. En: MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio (Dir.). *Noticias de la Unión Europea*. No indica ciudad, Wolters Kluwer España S.A., Nº 316, Año XXVII, mayo 2011, p. 31.

“...esta modalidad legislativa es la que se suele utilizar para aproximar las normativas de los Estados miembros. Propuesta a iniciativa de la Comisión o de un Estado Miembro, debe ser adoptada por unanimidad. Vincula a los Estados Miembros en cuanto a los resultados que deben alcanzarse y deja a las instancias nacionales la decisión sobre la forma y los instrumentos necesarios para alcanzarlos”.

⁹⁸ DOUE Nº L 333, 09 de diciembre de 1998, pp. 1-3.

⁹⁹ La Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, lo establece en su art. 1

La cooperación internacional fue uno de los temas medulares de esta Acción, pues se invitó a los Estados a tomar acciones legislativas para que ante la petición de otro Estado, fuese posible identificar y seguir el presunto producto del delito. Asimismo, La creación de una guía a nivel judicial europeo, en la cual fuese posible consultar información sobre asistencia entorno al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de instrumentos o productos del delito. También favoreció el contacto directo entre investigadores, jueces y fiscales europeos, simplificando la solicitud de investigación.

4.3 Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito¹⁰⁰.

Esta Decisión parte de la certeza de que el blanqueo de capitales es un fenómeno criminológico vinculado a la delincuencia organizada. En esencia, tiene como misión reforzar la Acción Común anterior. Para ello impone a los Estados la implantación de medidas que permitan la confiscación de los productos del delito, o en su defecto, bienes cuyo valor corresponda al de los productos, es decir, comiso por valor equivalente (pero no en los instrumentos), pudiendo excluirlo a voluntad del Estado miembro siempre que este producto no supere los 4.000€.

Esta Decisión está en disposición de acabar con las reservas que permitía el art. 2 del Convenio de Varsovia de 1990, al ser una medida vinculante a todos los EEMM, si bien, fue afectada por la Sentencia TJCE C-176/03 del 13 de septiembre de 2005, relativa al reparto de competencias en materia penal entre la Comisión Europea y el Consejo en la cual se estimó que la citada decisión se había adoptado sobre una base jurídica errónea¹⁰¹.

En cuanto a los conceptos bienes, productos y decomiso, este instrumento también se remitió a lo expuesto en el artículo 1 del Convenio de 1990. Al mantener la tónica de asociar el provecho económico derivado de la infracción con el término

¹⁰⁰ Publicada en DOCE N° L 182, 5 de julio de 2001, pp. 1-2.

¹⁰¹ En resumen la STJCE C-176/03 de 13 de septiembre de 2005 establecía la incapacidad competencial del Consejo al adoptar medidas de orden penal pues en aquel momento no se habían transferido la potestad a la CE.

producto, solo quedan comprendidas las ganancias directas del hecho, no así las indirectas y los efectos de la infracción.

*4.4 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*¹⁰².

El Consejo de la Unión Europea, considerando que el objetivo principal que persigue la delincuencia organizada transnacional es obtener beneficios económicos, diseñó una estrategia de prevención que se centra en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito. Los puntos esenciales son los siguientes:

Atribuyó un significado similar a la palabra decomiso, pero no idéntico al contenido en los Tratados estudiados, para el resto de definiciones se mantiene. “*El decomiso es toda pena o medida dictada por un tribunal a razón de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tengan como consecuencia la privación definitiva de un bien*”. En definitiva se trata de la misma definición contenida en los textos de la ONU y del Consejo de Europa, no obstante, la peculiaridad reside en que obliga a que su adopción sea judicial y no administrativa.

Según esta Decisión, el comiso se debe prever en cualquier infracción penal con pena privativa de libertad superior a un año (art. 2.1)¹⁰³. Los Estados también deben contemplar el comiso por valor equivalente para las ganancias pues no refleja esta modalidad para los instrumentos. Pero la novedad es el comiso ampliado, se trata de una figura que nace en el ordenamiento alemán¹⁰⁴ y que es asumida por la UE para acabar con la delincuencia organizada y el terrorismo.

¹⁰² DOUE N° L 68, 15 de marzo de 2005, pp. 49-51.

¹⁰³ Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005.

“Art. 2. 1. Decomiso. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de los instrumentos y productos de infracciones penales que lleven aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año, o bienes de cuyo valor corresponda a tales productos”.

GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op cit, p. 45. Gascón Inchausti afirma que esta DM obliga a los legisladores internos a prever el comiso respecto a ciertos delitos, incluidos los imprudentes. La realidad es que para el legislador comunitario no es reseñable la calificación de culposo o doloso, debiendo en todo caso decomisar a razón de la penalidad.

¹⁰⁴ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba”. En: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio; ORTELLS RAMOS, Manuel Pascual (Dirs.). *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*. Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Vol. I, 2006, p. 592.

Consiste en someter a decomiso total o parcial de bienes a las personas (tanto físicas como jurídicas) condenadas por una infracción penal en el seno de un proceso, que reúna ciertos requisitos: que sea una infracción cometida en el marco de una organización delictiva¹⁰⁵ según lo dispuesto en la Acción Común 98/733/JAI o que se trate de una infracción prevista en DM 2002/475/JAI del Consejo sobre lucha contra el terrorismo. Además, debe responder a dos elementos; tener capacidad de generar un beneficio económico¹⁰⁶ y estar sancionada por alguna DM¹⁰⁷ con determinadas penas de prisión. Si son infracciones distintas al blanqueo de capitales la pena debe ser de al menos entre 5 y 10 años en su grado máximo. Si son relacionadas con el blanqueo, la pena de prisión deberá ser al menos de 4 años en su grado máximo (art. 3.1, 2005/212/JAI).

El mismo artículo 3 en su apartado 2¹⁰⁸, determina las hipótesis en la que se puede adoptar dicho comiso ampliado. La primera hipótesis contenida en el art. 3.2.a) resulta de un juicio de certeza, es decir, cuando el órgano jurisdiccional basándose en hechos concretos, esté convencido de que los bienes proceden de actividades delictivas relacionadas con el sentenciado por el tiempo anterior a la condena y que son de la misma clase que motivó la sentencia. Esta previsión resuelve los problemas que surgen al juzgar actividades criminales que se prolongan en el tiempo, lo que genera dudas

¹⁰⁵ Se entiende por una organización delictiva según el art. 1 Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998: “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aun más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

¹⁰⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op cit, p. 73. La imposición del requisito de generación de beneficio económico responde para este autor a la exclusividad en la aplicación a las ganancias ilícitas y no a los instrumentos o efectos del delito.

¹⁰⁷ V. gr. Delitos de falsificación de moneda; blanqueo de capitales; trata de seres humanos; la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares; la explotación sexual de menores de edad; la pornografía infantil y el tráfico de drogas.

¹⁰⁸ Art 3.2 DM 2005/212/JAI del Consejo. “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 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.

acerca de si los bienes del imputado están relacionados con el marco fáctico que contempla la acusación o con hechos anteriores, siempre del mismo género. La duda no impedirá el decomiso de los bienes, pues ha quedado demostrado que el condenado se dedica a la actividad criminal y que los bienes se originan en ella, siendo intrascendente que sea previa a la que es reprochada con condena.

La segunda hipótesis es parecida a la primera, pues en cuanto a efecto decisor se refiere se mantendrá idéntica valoración en cuanto a su interposición. No obstante, las actividades delictivas previas son solamente similares a aquellas que motivaron la condena. Este segundo supuesto es más problemático, ya que la actividad criminal no es de la misma clase que la enjuiciada, sino similar a ésta y realizada durante un tiempo anterior. La DM lo que busca es aprovechar el proceso penal para decomisar los bienes originados en delitos diferentes a los que se están juzgando, pero que son claramente conexos en razón a su similitud y proximidad cronológica. Al estar inmersos en la delincuencia organizada o actividades terroristas es común la pluralidad delictiva para el logro de sus fines.

Esta segunda opción entiende que una sentencia que disponga de decomiso debe basarse en la certeza de que los bienes proceden de una actividad criminal distinta a la sometida a proceso. Lo que supone según Gascón Inchausti¹⁰⁹, dos posibles opciones. En primer lugar, admitir que el procesado fue condenado en el pasado por actividades similares y no se dispuso del decomiso de sus bienes, por lo que podríamos estar ante un “*nen bis in idem*”, donde se corrige mediante la nueva sentencia el fallo cometido por el juzgador anterior al no decretar el decomiso de los elementos patrimoniales. Puede ésta suponer un quebranto a la cosa juzgada. La segunda opción, consiste en no exigir una condena previa por actividades similares, lo que da lugar a que el tribunal que está juzgando se pronunciaría de forma incidental sobre la cuestión delictiva anterior sin ahondar en el fondo del asunto. Ocasionaría una sanción de forma indirecta a conductas que no han sido objeto de persecución, siendo esto nada razonable.

En nuestra opinión de haberse juzgado con anterioridad los hechos, debió imponerse la medida confiscatoria conforme a lo determinado en el juicio, puesto que

¹⁰⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *El decomiso transfronterizo de bienes*, op cit, p. 74-75.

“...puesto que, en rigor, o bien podría abrirse el correspondiente proceso penal que tuviera por objeto las actividades delictivas similares (y que podría decretarse el comiso), o bien ya no procede hacerlo, por las razones sustantivas o procesales, en cuyo caso la legitimidad del decomiso quedaría en entredicho”.

dirimir su procedencia en un juicio de hechos similares dará como resultado un vulneración de cosa juzgada y afectación al principio *ne bis in idem*. Por otra parte de no haber sido juzgada deberá realizarse las correspondientes pesquisas y realizar la apertura de juicio para determinar mediante la práctica de la prueba, la procedencia ilícita de los bienes.

Debemos tener en consideración que tanto la primera como la segunda hipótesis el juzgador requiere para su apreciación un grado de certeza acerca de los bienes a decomisar. Algunos autores¹¹⁰ han interpretado que la DM, al usar la palabra convicción, requiere aplicar la doctrina de la íntima convicción o convicción subjetiva. Cabe aclarar que el Estado no indica el sistema de valoración que se ha de llevar a cabo, sino el grado de convencimiento que ha de alcanzar, que será el de certeza. La disposición también apunta al carácter razonable que tiene que tener las conclusiones alcanzadas por el órgano judicial, lo que es claramente incompatible con un sistema alejado de todo tipo de controles. Por último, la DM no habla de convicción íntima o subjetiva sino que se limita a usar la palabra convencimiento y este término por sí solo no excluye la valoración de la prueba conforme a la sana crítica.

Como tercera y última hipótesis, el decomiso deberá proceder cuando haya constancia de la desproporción que existe entre los ingresos legales del condenado y el valor de sus propiedades. Además de que un órgano jurisdiccional, basándose en hechos concretos llegue a la conclusión de que los bienes proceden de una actividad ilícita (en concreto, de la misma actividad sometida a juicio).

Por tanto no basta con la mera desproporción patrimonial sino que debe estar acreditada la actividad ilícita del procesado. Por ello no puede decirse que esta norma imponga una inversión de la carga de la prueba pues requiere de la acusación demostrar la existencia de actividad ilícita¹¹¹ en opinión de Gómez Bermúdez. Pero a nuestro

¹¹⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, José. “Decomiso y embargo de bienes”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán; CRESPO BARQUERO, Pedro (Coords.). *Boletín de información. La armonización en el Derecho Penal español: una evolución legislativa*. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica. Suplemento al Nº 2015, de 15 de junio de 2006. Año LX, p. 17. “... la propia DM, por sorprendente que parezca, emplea en sus dos primeras alternativas, la denostada expresión de la ‘íntima convicción’ o de la ‘convicción subjetiva’.”

¹¹¹ GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier. “De lege ferenda”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial*. (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006, p. 280. “El supuesto más extremo, si el patrimonio de la persona condenada es desproporcionado con respecto a sus ingresos legales, el órgano jurisdiccional podrá acordar su decomiso si llega a la convicción de que dicho patrimonio procede de una actividad delictiva del condenado ”

modo de ver, si supone la imposición de presunción legal incluyendo el indicio expansivo de criminalidad de los bienes que no se puedan demostrar documentalmente su origen lícito, por ello aunque no llega a invertir la carga si rebaja el acervo probatorio afectando el principio de presunción de inocencia.

Resulta de debate doctrinal si la transposición del art. 3.2 de la DM 2005/212/JAI debe ser íntegramente incorporado o bien son tres medidas facultativas o alternativas que los EEMM pueden incorporar a elección¹¹². Pese a opiniones como la de González Cussac hay que considerar que estos son mínimos a transponer y no opciones a elegir. Para llegar a esta conclusión atendemos a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 3 donde expone que el comiso deberá proceder “*como mínimo en las circunstancias mencionadas*” en el apartado 2, por tanto comprende todas. Por otra parte en los supuestos a, b y c del art, 3.2 son diversos y en consecuencia carecería de sentido que el legislador pudiese optar solamente por uno de ellos y dejar por fuera los otros, haciendo del comiso ampliado una herramienta ineficaz para alcanzar los objetivos político criminales para los que fue diseñada. Además si la pretensión es armonizar legislaciones, ofrecer opciones iría contra el espíritu de la propia norma europea.

Esta polémica se instruye por la aparición en el art. 3.2 de la expresión “*o bien*”, que es precisamente la que siembra la confusión, pero ello decae en la lectura conjunta del precepto y su interpretación axiológica.

Pero la práctica ha demostrado que pese a la voluntad del legislador europeo por incluir armónicamente los tres supuestos en los ordenamientos internos de la Unión, ha dado como resultado la adopción facultativa de estas figuras. Así, en la Directiva 2014/42/UE en su Considerando (19)¹¹³, declara que de facto se ha adoptado

¹¹² González Cussac habla de tres formulas alternativas. GONZÁLEZ CUSSAC, José. “Decomiso y embargo de bienes”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán; CRESPO BARQUERO, Pedro (Coords.) *Boletín de información. La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Suplemento al N° 2015 de 15 de junio de 2006, Año LX, p. 18.

¹¹³Directiva 2014/42/UE, Considerando (19) “Los grupos delictivos realizan una amplia gama de actividades delictivas. Con objeto de hacer frente de forma eficaz a las actividades de la delincuencia organizada, pueden darse situaciones en las que convenga que, tras la resolución penal condenatoria, se proceda al decomiso, no solo de los bienes asociados con un determinado delito, sino también de los bienes adicionales que el órgano jurisdiccional determine que son producto de otros delitos. Esta medida se denomina «decomiso ampliado». La Decisión Marco 2005/212/JAI disponía tres conjuntos distintos de requisitos mínimos que los Estados miembros podían elegir a efectos de aplicar el decomiso ampliado. De resultados de ello, durante el proceso de transposición de la citada Decisión Marco, los Estados miembros

alternativamente, pero el carente sentido de esta acción ha llevado a rectificarlo en esta norma haciendo preceptiva la incorporación de todas las hipótesis al ordenamiento interno.

Es vital hacer referencia a la inversión de la carga de la prueba, pese a que expresamente no la contempla, como si lo hacen las Convenciones de la NU de Viena, Palermo y Mérida, en relación con los bienes que posea un condenado por infracciones cometidas al amparo de la delincuencia organizada. Ahora, innegable es que el comiso de bienes originados en hechos que aunque pueden ser de la misma clase, no son los que están siendo objeto de discusión en el juicio, supone un relajamiento del rigor probatorio que ha rodeado la imposición de esta medida, pues deja de ser una consecuencia jurídica que solo procede una vez que se demuestren los hechos acusados, así como el vínculo entre esos hechos y los bienes, para convertirse en una medida que cabe en relación con los bienes procedentes de hechos que no han sido imputados y menos aun motivados en sentencia. Aunque ciertamente, también puede cuestionarse el valor que la DM concede a la desproporción entre el valor del patrimonio del condenado y sus ingresos lícitos, pues aunque no lo diga expresamente, impone al condenado el deber de demostrar que no hay tal desbalance, debo subrayar que no basta que esa desproporción para imponer el comiso. Según el artículo a examen, como se ha comentado con anterioridad, también es necesario que el órgano jurisdiccional esté convencido de que los bienes proceden de la actividad delictiva del condenado.

Donde sí será opcional la adopción de medidas son las contenidas en el art. 3.3¹¹⁴ de la DM 2005/212/JAI, donde se pide de forma concreta a los EEMM la posibilidad de incorporar en los casos ya mencionados (relación con crimen organizado y el terrorismo) a sus ordenamientos el comiso ampliado extensible a terceros, sean personas físicas o jurídicas. Es decir la posibilidad de decretar el decomiso total o

han elegido opciones diferentes que han dado lugar a conceptos divergentes del decomiso ampliado en los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta divergencia constituye un obstáculo para la cooperación transfronteriza en casos de decomiso. Por consiguiente, es necesario armonizar en mayor medida las disposiciones sobre el decomiso ampliado, fijando un único estándar mínimo”.

¹¹⁴Art. 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”.

parcial sobre aquellos bienes pertenecientes a personas allegadas al condenado o que se encuentren en el haber de una persona jurídica igualmente allegada al culpable.

Por su parte, el art. 3.4¹¹⁵ plantea la posibilidad a los EEMM de acudir a procedimientos distintos del penal para privar al autor de la infracción de sus bienes, lo que implica prescindir de las garantías propias del proceso penal.

La DM no impide a los EEMM aplicar sus principios fundamentales en materia de garantías, sobre todo en lo relacionado con la presunción de inocencia y los derechos de la propiedad, exponiéndolo expresamente en el Considerando 11¹¹⁶ y con posterioridad en el art. 5¹¹⁷, no pudiendo ser de excusa para la inaplicación del instrumento supranacional. Muy al contrario, obliga al legislador a incorporar los 3 supuestos de comiso ampliado de manera cuidadosa, para que no haya roces con las garantías fundamentales en el proceso penal.

4.5 Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE¹¹⁸.

Este instrumento legislativo resulta el más importante de los últimos tiempos, al contener en su redacción una revolución de la institución del comiso. Sí bien, la EM de la LO 1 /2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el CP, ya hace referencia a esta Directiva¹¹⁹, en la que funda la regulación que muy pronto entrará en vigor, anticipándose el legislador nacional a las consecuencias que conlleva el incumplimiento de plazos de transposición, cumpliéndose esta fecha de 4 de octubre de 2015.

¹¹⁵ Art. 3.4. DM 2005/212/JAI. “Los Estados miembros podrán recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate”.

¹¹⁶ Considerando (11): “La presente Decisión marco no impide a ningún Estado miembro aplicar sus principios fundamentales en materia de garantías procesales, en particular la presunción de inocencia, los derechos de propiedad, libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en otros medios de comunicación.”

¹¹⁷ Art. 5. DM 2005/212/JAI. “Garantías La presente Decisión no tendrá el efecto de modificar la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales, incluida en particular la presunción de inocencia, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”.

¹¹⁸ DOUE N° L 129, 29 de abril de 2014, pp. 39-50.

¹¹⁹ LO 1/2015 de 30 de marzo. EM apartado X. “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”.

De modo que se realizará un examen más profundo de esta norma al contar con incidencia en nuestra regulación de manera inminente y además no haber sido objeto de estudio de forma extensiva.

Como ya se conoce de DM analizadas con anterioridad, la motivación principal de la delincuencia organizada es la obtención de beneficios económicos, por ello se inspira como arma muy efectiva el decomiso de instrumentos, efectos y ganancias del delito. No obstante, la cantidad del producto del delito recuperado en la Unión parece insuficiente en comparación con las estimaciones realizadas¹²⁰, aun reconociendo la escasez de estudios sobre la materia. Según los informes de la Comisión sobre la aplicación de las DM 2003/577/JAI, 2005/212/JAI y 2006/783/JAI donde se determinan los regímenes vigentes en materia de decomiso y reconocimiento de resoluciones judiciales, no son plenamente eficaces. De modo que será la Directiva 2014/42/UE la que modificando el marco normativo actual logrará una eficaz lucha contra los delitos cometidos por banda organizada, marcando “*normas mínimas*” sobre el embargo de bienes con vistas a su decomiso y sobre el decomiso en sí mismo¹²¹.

Para comenzar cabe repasar las definiciones que ahondando más en su esclarecimiento e impidiendo lagunas de punibilidad, establece al vocablo “*producto*” la siguiente; “*«producto»: toda ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de infracciones penales; puede consistir en cualquier tipo de bien e incluye cualquier reinversión o transformación posterior del producto directo así como cualquier beneficio cuantificable*”. De modo que se tienen en cuenta los beneficios indirectos así como aquellos que hayan sido mezclados (Art. 2).

El ámbito de aplicación de las medidas será los siguientes delitos como clarifica el art. 3: corrupción en la que estén implicados funcionarios públicos, falsificación de moneda, fraude y falsificación de medios de pago distintos al efectivo, blanqueo de capitales, delitos de terrorismo, corrupción en el sector privado, tráfico de drogas, delincuencia organizada, trata de seres humanos, abusos sexuales, explotación de menores, pornografía infantil y ataques contra sistemas de información.

¹²⁰ Directiva 2014/42/UE, Considerando (4): “Aunque las estadísticas existentes son escasas, las cantidades producto del delito recuperadas en la Unión parecen insuficientes en comparación con las estimaciones de ese producto. Existen estudios que indican que, a pesar de estar regulados en el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, los procedimientos de decomiso siguen estando infrutilizados”.

¹²¹ Directiva 2014/42/UE. Art 1.1 y Considerando (22).

Por tanto, deberá acordarse en virtud de sentencia firme, dictada por órgano judicial, contra los delitos expresamente indicados en la Directiva citados en el párrafo anterior, el decomiso los bienes, productos e instrumentos del delito o bien, bienes por valor equivalente (art. 4). No obstante, no será obstáculo esta directiva para la previsión de aplicación de esta institución a otras figuras delictivas recogidas en el ordenamiento interno (Considerando (14)).

Una de las novedades que nos trae la norma europea contenida en el art. 3.2, trata de la posibilidad de incautar bienes a personas que no pueden comparecer en juicio, ya sea por encontrarse enfermos o fugados. No será obstáculo para decretar el decomiso de bienes fruto de actividades delictivas, aun no pudiendo recaer sobre estos, sentencia firme emitida por un órgano jurisdiccional (Considerando (15)).

Para el decomiso ampliado regulado en el art. 5 se pretende una relajación del acervo probatorio proponiendo presunciones legales a fin de que el órgano jurisdiccional podrá decretar el comiso sin necesidad de probar la procedencia ilícita de los bienes. El Considerando (21)¹²² utiliza expresiones como “*pueda presumir razonablemente que es sustancialmente probable que el bien en cuestión se haya obtenido merced a actividades delictivas que merced a otras actividades*”. Este relajamiento supone a todas luces una vulneración del principio de inocencia y una inversión impropia de la carga probatoria, pues se confirma en el Considerando (33) donde se establece el derecho a ser oído de los afectados, por lo que se ha de entender como presunciones iuris tantum.

El siguiente artículo objeto de análisis en el 6, que lleva como rúbrica “*Decomiso de bienes de terceros*”, es decir, cuando el acusado/procesado haya transmitido productos directos o indirectos a terceros. Por el cual se impone a los EEMM a decomisar “*al menos*” cuando esos terceros tuvieran o hubieran podido tener

¹²² Directiva 2014/42/UE. Considerando (21). “El decomiso ampliado debe ser posible en caso de que un órgano jurisdiccional haya resuelto que el bien en cuestión procede de actividades delictivas. Esto no significa que deba probarse que el bien en cuestión procede de actividades delictivas. Los Estados miembros pueden estipular que sea suficiente, por ejemplo, con que el órgano jurisdiccional considere, habida cuenta de las distintas probabilidades, o pueda presumir razonablemente, que es sustancialmente más probable que el bien en cuestión se haya obtenido merced a actividades delictivas que merced a otras actividades. En este contexto, el órgano jurisdiccional tiene que examinar las circunstancias específicas del caso, incluidos los hechos y pruebas disponibles en los que pueda basarse la decisión de decomiso ampliado. El hecho de que los bienes de la persona no guarden proporción con sus ingresos lícitos puede ser uno de los elementos que induzcan al órgano jurisdiccional a resolver que el bien procede de una actividad delictiva. Los Estados miembros también pueden establecer un determinado plazo durante el cual pueda considerarse que el bien procede de una actividad delictiva”.

conocimiento del objeto de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso. Vuelve aquí la norma a imponer la apreciación de presunciones *iuris tantum*, de forma que si fue a título gratuito o por un importe significativamente inferior al valor de mercado se deberá apreciar el decomiso. Ahora bien, es elemental la disposición que en el mismo art. 6 en su apartado 2 se hace, protegiendo a los terceros de buena fe (Considerando (24)).

El correspondiente art. 8, instruye las garantías que ha de regir en la aplicación del instituto. Este precepto está inspirado en el Considerando (38) donde explica que dicha Directiva ha de aplicarse de acuerdo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (La Carta) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), conforme a la jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹²³.

En sus apartados, el art. 8 proclama la garantía de la tutela judicial efectiva y un juicio justo. Afirma la necesidad de estar razonadas y de la comunicación al afectado, garantizando así la posibilidad de recurrir y reclamar la titularidad del bien, incluso la posibilidad de repetir por vía civil reclamando una indemnización ante el acusado que le transmitió un producto viciado. Por lo que respecta a la motivación de la imposición de decomiso, el Considerando (39)¹²⁴ impone su necesidad, salvo en aquellos procedimientos penales simplificados para casos de escasa importancia en los que la persona afectada haya renunciado a su derecho a recibir una motivación.

5. Reflexión sociológica de las relaciones entre España y la Unión Europea

Se ha abordado este tema desde una perspectiva íntegramente jurídica, pero en nuestra opinión no puede conocerse la realidad entre la Unión Europea y España si no se perciben estas relaciones desde una perspectiva histórica.

¹²³ Directiva 2014/42/UE. Considerando (38). “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el CEDH»), según los interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva debe aplicarse de conformidad con esos derechos y principios”.

¹²⁴ Directiva 2014/42/UE. Considerando (39). “Deberían establecerse salvaguardias específicas para garantizar que, como regla general, las resoluciones de decomiso estén motivadas s, excepto en procedimientos penales simplificados para casos de escasa importancia en los que la persona afectada haya renunciado a su derecho a recibir una motivación”.

España, después de una guerra civil donde se materializó dos bloques ideológicos que posteriormente volverían a entrar en conflicto a escala global mediante la 2ª GM, quedó aislada de Europa. Esto se debe entre muchas otras razones que no se van a entrar a analizar, a que el bloque ideológico vencedor en nuestro país difiere al que obtuvo la victoria en el resto de Europa.

La segunda gran guerra supuso una gran devastación de magnitudes nunca conocidas en el continente, tanto social, económica como política. El anhelo de los europeos era una convivencia en paz y de desarrollo para todos los pueblos del viejo continente, de esta voluntad surgió la Declaración Schumann que fue la simiente para la firma del Tratado de París que creó la Comunidad Europea del Carbón y Acero de 1951.

Por aquellos tiempos vivíamos bajo la dictadura del G. Francisco Franco, que al estar inmersos en un régimen privado de democracia se nos vetaba la entrada en Europa. La voluntad de la sociedad española de formar parte del proyecto europeo tuvo que contenerse hasta el año 1985, pues pese a que los dirigentes del régimen intentaron fallidamente ser aceptados por el club europeo mediante la solicitud hecha en 1962, no fue hasta la llegada de la democracia cuando tuvo lugar su incorporación.

Esta ansia por pertenecer al proyecto europeo y de ser parte de la cultura continental, se generó por las negativas a ser aceptado y la obligación de esperar el cambio político para ser admitido. Una vez cumplidos los objetivos de décadas, se convierte la sociedad española en una defensora incondicional de todo lo que llega de las instituciones de la Unión. Tanto es así, que en 20 de febrero de 2005 se voto por los ciudadanos españoles la Constitución Europea y la acepto con un amplio porcentaje. La diferencia constatable resulto ser que Francia el 29 de mayo de 2005 y Países Bajos el 1 de junio del mismo año dijeron NO a la Constitución Europea.

De esta exposición es reseñable la predisposición de España a asumir como beneficiosas las medidas que se adoptan en el ámbito comunitario, descendiendo el nivel de crítica sobre estas disposiciones.

Comparto esta postura con De Domingo Pérez¹²⁵, donde explica en su libro “Justicia transnacional, memoria histórica y crisis nacional” los proyectos nacionales de los españoles después de la dictadura



¹²⁵DE DOMINGO PÉREZ, Tomás. *Justicia transnacional, memoria histórica y crisis nacional*. Thomson Reuters, Primera Edición, Pamplona, 2012, p. 112.

CAPÍTULO 5. LA NUEVA REGULACIÓN DEL COMISO, REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO.

1. Consideraciones previas.

Llegados a este punto del proyecto, se ha de estudiar los tipos contenidos en la normativa sobre la institución del Comiso. Tal y como se viene anunciando a lo largo de estas páginas, la Institución del comiso ha sufrido reformas, siendo esta la tercera vez que se opta por la modificación del comiso¹²⁶. Pero es en esta última, donde se realiza un profundo cambio a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo. A pesar de ello, el prelegislador en un primer momento, calificó estos cambios como una mera *“revisión técnica de la regulación del comiso”*¹²⁷, restándole importancia. Más tarde, sin embargo, 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 el gestión económica del mismo”*¹²⁸ reconociendo así el calado de la reforma.

Siguiendo la EM de la LO 1/2015, percibimos la influencia del DUE tiene sobre la norma, ya que el texto indica expresamente que sigue los postulados recogidos en la DM 2005/212/JAI actualmente en vigor. No obstante, hemos de destacar que esto no es del todo correcto, pues la anterior modificación adaptó nuestra legislación a esta DM. En realidad, la adaptación responde a la necesidad de transponer la Directiva 2014/42/UE, con un exceso de anticipación, dado el *“celo europeísta del prelegislador español”*¹²⁹.

Como se apunta en la EM las novedades que se adhieren a nuestro sistema son: el comiso sin sentencia, el comiso ampliado y el comiso de bienes de terceros. Pero además los tipos ya recogidos se ven afectados como el caso del comiso directo y el comiso por sustitución. También es importante explicar el respaldo procesal, mediante

¹²⁶ LO 15/2003, de 25 de noviembre y LO 5/2010, de 22 de junio.

¹²⁷ EM, apartado I, BOCG, 4.10.2013, p. 2

¹²⁸ EM, apartado X, BOCG, 4.10.2013, p. 8.

¹²⁹ GARCÍA ARÁN, “Comentarios del nuevo artículo 127 CP”, en Comentarios al Código Penal. Parte General, op cit, p. 967.

la modificación de la LECrim, se crea la oficina de gestión de activos y un procedimiento autónomo de comiso¹³⁰.

En la nueva regulación del Código Penal, la institución del comiso comprende desde el art 127 al 129, si bien es cierto que el art. 127 ha sufrido una considerable modificación, alcanzando hasta seis nuevas disposiciones dentro de este. Por otra parte, no hay que olvidar que existían algunos preceptos que hacen referencia a esta figura situándola en la parte especial, inmersa entre los tipos delictivos, estos son por ejemplo, los arts. 431¹³¹, 385 bis¹³² y 374¹³³. La reforma pone fin al doble régimen de comiso que existía hasta ahora según se tratase de delitos contra la salud pública o de otros de diferente naturaleza.

Se someterá a examen el art. 127, pues consideramos que el art. 128 se ha explicado en el capítulo 4 con amplitud y además no ha sufrido modificación con la última reforma. Por otro lado, el art. 129 que trata de las personas jurídicas, supondría abordar con demasiada amplitud la figura y nos extralimitaríamos en la extensión del trabajo haciéndola inadecuada.

2. Determinación de conceptos jurídicos

Es preciso identificar las definiciones sobre aquellos conceptos que ha de recaer el decomiso. Estos son; los efectos de delito, los instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado y las ganancias.

2.1. Concepto de Efectos.

Comenzaremos con la explicación del concepto de los efectos del delito. En relación con estos, la doctrina parte de un punto en común del que no existen discrepancias. Se consideran efectos del delito o falta, los bienes producidos,

¹³⁰ Se crea un nuevo “Título VIII” en el libro IV con la rúbrica “Del procedimiento del comiso”, integrado por dos capítulos. En el Capítulo I, “De la intervención en el proceso penal de terceros que puedan resultar afectados por el comiso”, en el Capítulo II, “Del procedimiento autónomo de comiso”

¹³¹ Art. 431 CP. “En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso”.

¹³² Art. 485 bis CP. “El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este capítulo se considerará instrumento del delito a efectos de los artículos 127 y 128.”

¹³³ Art. 374. 1. CP. “En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, equipos, materiales y sustancias a las que se refiere el artículo 371 así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y las siguientes normas especiales...”

transformados o manipulados desde la propia conducta constitutiva de infracción, como por ejemplo el dinero falsificado.

A partir de este consenso inicial las posturas se bifurcan en dos; bien la interpretación extensiva del precepto o bien su interpretación restrictiva.

Los autores que se alinean hacia una interpretación extensiva del concepto de “*efecto*” suponen incluidos en él, el objeto de la infracción como, por ejemplo, las armas en el delito de tenencia ilícita. Pues en sí no provienen estos elementos del delito sino que son en sí el objeto de la infracción, por lo que surge del tenor literal una interpretación cuestionable. Además, es incluida en esta postura, aquellos elementos patrimoniales como los objetos legales obtenidos del dinero falso, al considerar que son transformados en la propia conducta delictiva.

Esto es sostenido, entre otros, por Zaragoza Aguado¹³⁴ quien cree que el concepto de abarca tanto el objeto de la infracción como los bienes y objetos obtenidos por el sujeto a partir del hecho delictivo. Por tanto, según este concepto puede englobar tanto el objeto como las ganancias que están recogidas de forma autónoma en el precepto.

Se une a la postura de entender efectos por objeto del delito los autores Prats Canut y Morán Mora¹³⁵, así como la Fiscalía General del Estado que en su Circular N° 2/2005, de 31 de marzo¹³⁶, determina la necesidad por criterios de política criminal, de extender el significado hasta alcanzar estos elementos que podrían quedar fuera del ámbito de aplicación de la medida. Puede dar a entender que por limitarse a ‘provenir’ o ‘transformarse’ estos puedan quedar elementos como las armas, o el botín de un robo fuera de la norma.

¹³⁴ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “Artículo 301”, Comentarios del Código Penal, 2º Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 415-416.

¹³⁵ PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina, “Título VI. De las consecuencias accesorias”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, 3º edición, Aranzadi SA, 2004, p. 844.

¹³⁶ FGE Circular N° 2/2005, de 30 de marzo, sobre la reforma del Código Penal en relación con los Delitos del Tráfico Ilegal de Drogas. www.fiscal.es

“Por efectos se entiende, en una interpretación restrictiva, los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (por ejemplo, los documentos falsos). Sin embargo, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución determina que se consideren como efectos todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean objeto del mismo de la acción típica (dinero, armas drogas, etc.)”

En otro sentido se postulan autores como González Cussac¹³⁷ o García Arán¹³⁸, que emiten un concepto de efectos más restringido. De esta definición se extrae que solo será efecto del delito o falta aquellos objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva, como por ejemplo los alimentos adulterados o la moneda falsificada. Mediante esta se excluirán del contenido los elementos que constituyan objeto del delito, como por ejemplo, los objetos robados o las armas. Estos entienden que aquellos elementos en forma de botín que estén en manos del infractor no será aplicable el decomiso del art 127, sino que será de aplicación los preceptos concernientes a la responsabilidad civil contenidos en los arts. 109 a 111 del CP. En especial este último, pues impone la obligación de devolver siempre que sea posible el bien sustraído. Los elementos constitutivos de objeto del ilícito, no será cubierto por el vocablo “*efectos*”, sino que se considerarán en otra categoría analizada con posterioridad que es los bienes, medios e instrumentos.

Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo opta por una consideración amplia de efecto, evitando así, cualquier obtención de ventajas por el procesado. La STS 398/1999 de 11 de marzo y otras¹³⁹ define los efectos como “*todos los bienes o cosas que se encuentran, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción*”. De esta se extrae la gran amplitud considerada por el tribunal, acogiendo en su contenido las ganancias sin tener en cuenta las transformaciones que haya podido tener.

En nuestra opinión de la concepción de efectos hay que hacer una construcción restrictiva pues, alineándonos con los autores como González Cussac o García Arán. Para el caso de elementos pertenecientes a la víctima, debemos enmarcar el comiso en lo que se refiere a ganancias sin necesidad de recurrir al art. 111 CP, si bien este marca el destino del bien e implícitamente la necesidad de decomisar. Pero es el art. 127.1.I el que somete a confiscación estos elementos. Por otra parte, hay que aclarar que ocurre con los elementos que constituyen el objeto del delito en sí mismo. Para ellos cabe su calificación como bienes, medios, o instrumentos con los que se haya preparado o

¹³⁷ GONZÁLEZ CUSSAC. “Decomiso y embargo de bienes”. En: ARROYO ZAPATERO. *BIMJ*, Op cit, p. 14. Para este autor, los efectos son “los objetos creados, transformados o manipulados desde la propia conducta delictiva (v. gr. Los documentos falsificados), pero no las cosas que constituyen el objeto de la infracción misma”.

¹³⁸ GARCÍA ARÁN. “Art. 127-129”. En: CORDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, Comentarios del Código Penal Parte General. (Incorpora la reforma producida por la LO 5/2010, de 22 de junio), Op cit, p. 956.

¹³⁹ SSTs N° 77/2007 de 7 de febrero, 397/2008 de 1 de julio y 16/2009 de 27 de enero.

ejecutado la infracción. Es por este motivo por lo que solo podrá entenderse como efecto aquellos elementos que ‘proviengan’ de la conducta ilícita.

2.2. Concepto de Instrumentos

A continuación definiremos el concepto de instrumentos, pero antes de comenzar hay que advertir que el legislador realizó dos modificaciones en cuanto a este precepto. Incluyó el decomiso para aquellos bienes con los que se ‘preparó’ la infracción y incorporó los términos bienes y medios junto a de instrumentos en el art. 127 CP.

Debemos partir de la idea de que los instrumentos son objetos materiales e inmateriales de los que se sirve el autor para preparar o ejecutar la infracción. Hecha esta primera definición, debemos contemplar lo que la doctrina interpreta por este concepto. Para Suarez-Mira Rodríguez¹⁴⁰ son “los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal”, dejando fuera de su cobertura aquellos que constituyan el objeto del delito en sí mismo. En esta postura se acoge Gracia Martín¹⁴¹ que explica que será los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan sido útiles para su ejecución.

Pero estas definiciones contienen un gran error al omitir aquellos bienes utilizados para la preparación de la infracción, pues después de la reforma operada por el legislador español en 2003¹⁴² no se ha contenido en el doctrinal.

En lo que se refiere a la incorporación en el precepto de los términos “*bienes y medios*”, algunos autores creían necesario la incorporación de estos conceptos¹⁴³. De otra parte, otros mostraron su disconformidad¹⁴⁴, por entender que el concepto “*instrumento*” es bastante amplio y abarcará el contenido de estos nuevos conceptos.

¹⁴⁰ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op cit, p, 468.

¹⁴¹ GRACIA MARTÍN; ét al., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, op cit, p. 450.

¹⁴² Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el la Ley Orgánica 10 /1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁴³ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Op cit, p, 467. “Aunque ellos señalan que el comiso de efecto e instrumentos debe extenderse a los bienes y medios, no dan razones de su posición”

¹⁴⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “4. Novedades introducidas por la reforma de 2003”. En: PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. “Título VI. De las consecuencias accesorias” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord) *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra, Aranzadi SA, 3º Edición, 2004, p 89. “... la inclusión de esta nueva fórmula no añade nada nuevo al objeto del comiso que ya quedaba perfectamente delimitado con el empleo del omnicompreensivo término ‘instrumentos’ ”

En aras de dar luz a estos comentarios, debemos fijarnos en la regulación del art. 127. 2 CP, donde se prescribe para los delitos culposos una regulación idéntica en cuanto a los conceptos se refiere. Con anterioridad, no estaban comprendidas consecuencias de decomiso para los delitos imprudentes, por lo que el concepto instrumentos se entendía como *instrumenta celeris*, es decir, existía la necesidad de probar el elemento tendencial de medio a fin para aplicar el decomiso por instrumentos. Pero con la incorporación de la modalidad imprudente, el elemento tendencial decae al no ser posible identificar en el ámbito culposo el conocimiento pleno del acto del sujeto. Lo que significa que ha de entenderse el término “*instrumento*” como objetos necesarios utilizados para la consecución del ilícito, pero eso sí, desprovistos del “*animus*” para otorgarle la calificación de instrumento¹⁴⁵.

Se ha de criticar la contención en la regulación del decomiso en delitos imprudentes, de los instrumentos con los que se ha preparado, pues si son culposos queda fuera de su ámbito de aplicación aquellas circunstancias previas al hecho punible. De estas se ha de decir, que no puede contemplarse un elemento subjetivo, pues es inherente a las modalidades imprudentes el defecto en el conocimiento de la acción. Por eso solo serán reprochables penalmente los elementos empleados en la ejecución.

Para concluir este apartado, es preciso destacar que el término instrumento se predica de aquellos bienes con los que se preparó o cometió la infracción dolosa, o aquellos con los que se cometió la infracción imprudente. Quizás fuera necesario suprimir de *lege data* el concepto “*preparado*”, al no caber en la figura imprudente. A nivel supranacional advertimos que los términos medios y bienes no aparecen siendo estos contenidos dentro de los instrumentos, es posible que sea necesario corregir la norma eliminando estos conceptos a fin de cohesionar las normativas nacional y europea.

2.3. Concepto de Ganancias

Podemos definir las ganancias como “*la utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra acción*”. A su vez “*utilidad*” es el “*provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo*”. Asimismo, el provecho es sinónimo de beneficio, esto es importante pues algunos tipos penales utilizan esta palabra en vez de ganancia. Existe

¹⁴⁵ VARGAS GONZÁLEZ, Patricia, *El decomiso en el patrimonio criminal*. Op cit, p. 106
“Tras la reforma de 10/2010, de 22 de junio, que introdujo el decomiso en relación con los delitos imprudentes zanja la polémica definiendo instrumento como: son simplemente los bienes empleados en la preparación o ejecución de la infracción sin que sea necesario que exista una relación de medio a fin, entendida como sinónimo de intencionalidad”.

otra acepción que nos será útil más adelante pero que, ahora y a efectos didácticos, no se expondrá.

Sobre la base conceptual del párrafo anterior, algunos autores como Cerezo Domínguez¹⁴⁶ creen que por ganancia se entiende tanto la recompensa por la realización de la conducta típica (V. gr. Dinero recibido del cohecho) como el beneficio logrado directamente del acto criminal (V. gr. producto de una estafa). En relación con esta consideración, cabe aludir al tenor literal del precepto, al igual que ocurría en los anteriores elementos; el verbo “provenir” constriñe las ganancias que se obtienen del ilícito. Teniendo en cuenta la sumisión al principio de legalidad habría que dejar fuera del ámbito de ganancias el ejemplo expuesto. En este sentido, el derecho comparado alemán resuelve este defecto estableciendo que deben ser confiscadas las obtenidas por cometer el hecho y no las que provengan de la infracción, como hace el legislador español.

Otros autores solventan el defecto haciendo una interpretación distinta de ganancias como es el caso de Vizueta Fernández¹⁴⁷ que la define como: “...*ganancia que tendrá su fundamento, que se encuentre su principal razón de ser en el delito, y por tanto también aquellas que se presente como contraprestación a la infracción penal*”. De esta conceptualización se observa una extensión impropia del tenor literal que afectará al principio de legalidad. Hubiera sido recomendable, aprovechando la modificación producida para solventar el defecto.

Por tanto, entendemos como ganancia un incremento de patrimonio, pero habrá que determinarse aquellos casos en los que al no cumplir con obligaciones jurídicas, genera ventajas económicas, pero en sí no aumentan el patrimonio, sino que evitan que se reduzca (v. gr. Impago de impuestos que dan lugar al delito fiscal)¹⁴⁸. Estas hipótesis

¹⁴⁶CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. “Capítulo 33. Comiso” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Memento Experto. Reforma penal de 2010. Ley Orgánica 5/2010. Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre, SA, 2010, p. 694.

¹⁴⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. “El comiso de la ganancias provenientes del delito y de otros bienes equivalentes a éstas”. En: *Revista Penal*, Nº 19, 2007, p. 165.

¹⁴⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos”. Santiago de Compostela, Servizo de publicacións e intercambio científico da Universidade Santiago de Compostela, Vol. XXVII, 2007, pp. 71-73.

no podrían incluirse dentro del ámbito de las ganancias, con la conceptualización que hemos esgrimido¹⁴⁹.

Asimismo, cabe explicar que, atendiendo al caso concreto, puede considerarse ganancia también los elementos patrimoniales que constituyan el objeto del delito, como puede ser lo obtenido de un hurto, pues aunque es el objeto de la infracción constituye al mismo tiempo una ganancia proveniente del ilícito.

Dentro de estas ganancias que prevé el art. 127, se hallan las transformaciones y las ventajas que la actividad delictiva haya podido producir, incluyendo los elementos de contenido económico que hayan ocupado el lugar de las ganancias originales. Situación distinta son las de aquellos beneficios provenientes del delito, que con posterioridad fueron invertidos, y que de ellos se obtuvo una nueva ganancia. En teoría no pueden verse incluidas estas ganancias en el ámbito de aplicación del art. 127; no obstante, hay quien considera lo suficientemente amplia la frase “cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar...”, como para entender incluidos estos beneficios.

La jurisprudencia, siguiendo la línea ya establecida, se ha decantado por un concepto amplio de ganancias. Además de cualquier provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito¹⁵⁰. En el pleno de la Sala Segunda del 5 de octubre de 1998, se decidió extender el comiso de ganancias relacionadas con el narcotráfico a las que proceden de operaciones anteriores a la que está siendo sometida a juicio, siempre y cuando “se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio”.

Es hora de tratar otra definición de ganancias vista desde una perspectiva contable, donde se define el concepto con relación a las pérdidas: *“cuenta en la que se anotan los tenedores de libros el aumento o disminución que va sufriendo el haber del comerciante en las operaciones mercantiles. En el debe anotan las pérdidas y en el haber, las ganancias del comerciante”*. Si nos centramos en esta definición para incardinarla en el art. 127, deberíamos concluir que solo podrían decomisarse las

¹⁴⁹ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*, op cit, p. 53. Este autor considera que la ganancia no equivale a evitar por medio de la infracción una pérdida patrimonial debida, sino que requiere una transformación del patrimonio incrementando su activo.

¹⁵⁰ Así se define en la STS N° 11/2011 de 1 de febrero.

ganancias netas¹⁵¹. Sobre este asunto existen discrepancias como es el caso de Mapelli Caffrena, cuya opinión se orienta a considerar por efecto de una política criminal efectiva, el decomiso de ganancias brutas del delito¹⁵².

3. El Comiso basado en condena o Comiso directo

3.1 El Tipo del comiso basado en condena

El art. 127 dispone de la siguiente manera:

“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, así como 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.”

3.2 Repercusión de la Directiva 2014/42/UE sobre el comiso directo

La Directiva europea 2014/42/UE recoge en su art. 4¹⁵³ la necesidad de imponer al condenado por delito el decomiso de los instrumentos, productos del delito, o bienes cuyo valor sea equivalente. Este precepto europeo no supone un cambio sustancial a la regulación que ya resultaba en nuestro Código Penal, de hecho no la altera. No obstante,

¹⁵¹ MANZANARES SAMARIEGO, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”. En: *EPC*, op cit, p. 527. “No ha duda de que el precio del cohecho entra en el concepto de ganancia , como entra el beneficio del tráfico ilegal de drogas, aunque quizá procederá descontar los gastos hechos para conseguirlo, pues según subraya la jurisprudencia alemana, solo se pretende privar al reo del provecho patrimonial ilícito”.

¹⁵² MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op cit, 5º Edición, 2011, p. 416. Este autor sin embargo, reconoce que por razones de política criminal, como las complejas operaciones económicas que se deben realizar para determinar las ganancias netas, así como la versatilidad de las organizaciones criminales para incrementar los pasivos hace que se imponga el concepto de ganancias brutas en el derecho comparado.

¹⁵³ Directiva 2014/42/UE, Art 4.1. “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, ya sea total o parcial, de los instrumentos y del producto del delito, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos instrumentos o producto, previa resolución penal firme condenatoria que podrá ser también resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado”.

es importante su comentario, pues el legislador europeo cuando dispone que los “...EEMM adoptaran las medidas necesarias para proceder al comiso total o parcial...”, está dando margen al legislador interno para incluir el principio de proporcionalidad. Este principio queda recogido por el art. 128 CP como se expuso en el Capítulo 4.

Ahora bien, por lo que respecta al comiso por valor equivalente, se ha ampliado el ámbito de aplicación de este. La normativa internacional¹⁵⁴ venía estableciendo que solo podía recogerse el comiso por valor equivalente para las ganancias¹⁵⁵, pero la Directiva 2014/42/UE contempla la posibilidad de que los instrumentos del delito puedan ser objeto de decomiso por valor equivalente. Asunto que contraviene su axioma, como se expuso con anterioridad. Esta opción que no se incluía en la Propuesta de Directiva precedente, es originada por el dictamen¹⁵⁶ del CESE, al estimar que “no hay razón para restringir esta medida a los productos de la delincuencia”. Se debe recordar que no resulta de incidencia alguna esta expansión, ya que en España ya se contemplaba esta posibilidad antes de la reforma de la LO 1/2015.

3.3 Conclusiones de la regulación en el derecho interno sobre el comiso directo

Volviendo al texto transpuesto, en el apartado 1 del art. 127 PrCP, queda regulado el comiso directo como consecuencia accesoria del delito cometido. El cambio se percibe con la desaparición de las palabras “o faltas” que venían reconociéndose en el texto anterior. Esto es debido a que el nuevo Código suprime el Libro III al completo, correspondiente a “Faltas y sus penas”¹⁵⁷. En consecuencia, al no poderse imponer éstas, carece de sentido su permanencia en el artículo que regula el decomiso. De modo que podrá recaer sobre cualquier delito doloso o imprudente, siempre que, en el caso de este último, la pena privativa de libertad sea superior a 1 año, lo cual no supone cambio alguno respecto a la regulación anterior.

¹⁵⁴ Art. 2.1 del Convenio de Estrasburgo de 1990, art. 3 DM 2001/500/JAI, art. 12.1 Convención de Palermo de 2000, entre otros.

¹⁵⁵ Hecho del que hacemos referencia en el Capítulo 3, epígrafe 2.1

¹⁵⁶ Dictamen CESE, DOUE C 299 de 4.10.2012, p. 131.

¹⁵⁷ LO 1/2015, de 30 de marzo. Disposición Derogatoria Única. 1

Un cambio más profundo se dirime de la redacción del apartado 3 del art. 127 PrCP, donde se explica el comiso por valor equivalente; podemos sistematizarlo a través de estos tres apartados¹⁵⁸:

- En primer lugar, se advierte que no requiere que los bienes sobre los que recae la medida pertenezcan al sujeto criminalmente responsable.
- En segundo término, las ganancias indirectas quedan contenidas en el objeto de confiscación por valor equivalente, puesto que se permite decomisar “*otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos*”. Esta previsión surge del cambio de concepto de producto recogido en el art. 2.1) de la Directiva 2014/42/UE.
- Por último, aunque no constituye novedad, la última cláusula se dedica a aclarar que el valor a tener en cuenta para calcular el valor económico de los mismos es el “del momento de adquisición”. Esto conlleva a la aplicación del decomiso por valor equivalente por la diferencia de la disminución de valor. No obstante debemos destacar que este precepto incurre en el error de contemplar solamente la incorporación de elementos patrimoniales por adquisición y, por tanto, dejar fuera del ámbito de aplicación de la medida otras formas imaginables. Para solucionarlo, entiendo que procede un cambio en la norma que sustituya “adquisición” por “valor de lo obtenido”, tal como se procede en el derecho alemán a través del art 73 a *Verfall des Wertersatzes* StGB.

En consonancia con lo explicado por Aguado Correa, debemos posicionarnos rechazando estas nuevas modificaciones por la vulneración de Derechos fundamentales, así como la imposición preceptiva de la aplicación del comiso por valor equivalente que debería dejar margen al juzgador para que atendiera a las circunstancias concretas del caso. De hecho, esta obligación la abordaremos con posterioridad en el Capítulo 6, lo que deja nulo margen para una corrección de justicia en los supuestos, como mas tarde explicáremos, en los que la pérdida de un bien ha podido deberse a acontecimientos no imputables al condenado. Por otra parte, el comiso por valor equivalente se puede acordar para cualquier tipo de delito, desnaturalizando así la Institución y recuperando

¹⁵⁸ AGUADO CORREA, Teresa. “Comiso: crónica de una reforma anunciada”. En: *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2014, p. 15-16.

características propias de las penas¹⁵⁹, que solo debería estar previsto para la delincuencia grave, o bien, la organizada.

4. El Comiso ampliado.

4.1 El Tipo del comiso ampliado

La disposición relativa al comiso ampliado consta en el art. 127 bis:

“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:

- 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.

¹⁵⁹ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Art. 127-129”. En: CORDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Comentarios del Código Penal Parte General. (Incorpora la reforma producida por la LO 5/2010, de 22 de junio), op cit, p. 957. Considera que su adscripción a toda clase de delitos, y su no circunscripción a la delincuencia grave y/u organizada, “desnaturaliza la institución del comiso en su concepción del CP de 1995, recuperando características propias de las penas”.

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.”

4.2 Repercusión de la Directiva 2014/42/UE sobre el comiso ampliado

Antes de entrar en la regulación propiamente dicha, nos parece oportuno destacar que la EM de la Propuesta de esta Directiva establecía una definición de decomiso ampliado: *“capacidad de decomisar activos que superan los ingresos directos de un delito. Una condena penal puede entrañar el decomiso no solo de los activos asociados con el delito en concreto, sino de los activos adicionales que, según el órgano jurisdiccional, sean producto de otros delitos similares”*. En esta conceptualización se basará el art 5 de la Directiva, estableciendo las normas de transposición sobre el decomiso ampliado.

El artículo 5.1¹⁶⁰ dirime los parámetros mínimos que se han de aplicar con el fin de armonizar el régimen que condujo consigo la modificación operada por DM 2005/212/JAI, la cual trajo a confusión por entender que los mínimos expuestos eran opciones de carácter facultativo para los EEMM, lo que redundó en una transposición fragmentaria del derecho contenido en esta DM.

¹⁶⁰ Art. 5.1. Directiva 2014/42/UE. “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 que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas”.

No obstante, la supresión de alternativa y su correlativa instauración de mínimos comunes ha sido aplaudida por el CESE¹⁶¹ y por el CDR¹⁶² por sus respectivos Dictámenes. La regulación contenida en el art. 5.1 ha sido duramente criticada por ambos comités. El CESE expone, que apartar la desproporción entre los ingresos legales y los bienes en su haber de la posición principal, relegando este a los hechos concretos en que el tribunal ha de basar su decisión es un error. De su parte, el CDR siguiendo el dictamen del CESE, sugiere que los hechos concretos en los que se base el Tribunal para adoptar su decisión sean ilustrados, por ejemplo, mediante la desproporción entre el valor de los bienes y los ingresos legales. En palabras del CDR “tendría la ventaja de subrayar que corresponde a la persona en cuestión aportar la prueba de que los bienes o derechos que son el producto directo de la infracción, pero cuyo comiso pretende, provienen de otras fuentes lícitas de ingresos”¹⁶³. No obstante, la Comisión cuenta con este criterio para valorar los hechos concretos aunque no de manera principal, pero este no deviene obligatorio para los EEMM pero si puede ser un criterio a tener en cuenta.

Por su parte, el art. 5.2 de la directiva sustenta el ámbito de aplicación de la medida. En la regulación anterior, debido a la incidencia de la DM /JAI solo podía ser aplicado el decomiso ampliado a los delitos cometidos por organización criminal. Ahora, se produce una ampliación considerable incorporando todos los delitos contenidos en el art. 83.1 TFUE¹⁶⁴.

4.3 Conclusiones de la regulación en el derecho interno.

4.3.1 Artículo 127.1 bis PrCP.

a) La relación con los delitos imprudentes

Como consideraciones previas, Aguado Correa¹⁶⁵ explica que la situación del precepto donde se contiene el comiso ampliado (art. 127 bis PrCP), justo después de la regulación del decomiso directo de bienes por delitos dolosos o imprudentes, da lugar a que el propio comiso ampliado sea aplicado también sobre las infracciones culposas. El

¹⁶¹ Dictamen CESE, DOUE C299 de 4.10.2012, p. 131, apartado 4.4.1.

¹⁶² Dictamen CDR, DOUE C391 de 18.12.2012, p. 137, apartado 31.

¹⁶³ Dictamen CDR, DOUE C391 de 18.12.2012, p. 137, apartado 31

¹⁶⁴ Estos delitos son: corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los EEMM; falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; fraude y falsificación de los medios de pago distintos al efectivo; tráfico ilícito de drogas; ataques contra el sistema de información; delincuencia organizada; trata de seres humanos; y, finalmente, abusos sexuales y explotación sexual de menores y pornografía infantil.

¹⁶⁵ AGUADO CORREA, Teresa. “Comiso: crónica de una reforma anunciada”. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, op cit, p. 15-16.

legislador en la anterior regulación contenía este tipo de comiso de forma previa a la disposición sobre delitos imprudentes (art. 127.2 y 3 CP). De modo que, ha de entenderse que podrá aplicarse el comiso ampliado tanto en los delitos dolosos como imprudentes. Se ha de tener en cuenta que esta opción puede originar una desproporción aplicar este tipo de comiso sobre delitos como el blanqueo de capitales en su modalidad imprudente.

b) Sobre el principio acusatorio

Cuando el precepto dispone que “El juez o Tribunal ordenará...” está utilizando una figura imperativa. Como ya comentaremos en el Capítulo 6¹⁶⁶, el principio acusatorio puede verse comprometido por la obligación del órgano jurisdiccional de decretar en todo caso el comiso, aunque no haya sido solicitado por la acusación. Como forma de concretar lo defendido en anteriores páginas, recordamos la necesidad de verse sometido a contradicción la adopción de la medida, que ha de ser traída al proceso por la acusación y nunca ser impuesta de oficio por el órgano jurisdiccional.

Esta posición es corroborada por el TS que en acuerdo del Pleno de 5 de octubre de 1998, se exige el respeto al principio acusatorio a la hora de acordar el comiso del art. 374 CP. Incluso en relación al mismo acuerdo la Fiscalía General del Estado afirma su adhesión al respeto del principio acusatorio mediante circular¹⁶⁷. Incluso el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto mediante STC 219/2006, donde explica la necesidad de respetar las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por las consecuencias accesorias a la pena como el comiso.

Para aplicar el comiso ampliado el precepto requiere que recaiga condena sobre la persona que se verá sometida a confiscación. No obstante, esta afirmación no es del todo correcta pues más adelante en el art 127. Ter permitirá la aplicación del decomiso ampliado a terceros. Pero para que sea de aplicación el artículo tratado requiere esta condición y además que lo haya sido por uno de los delitos contenidos en el mismo.

c) Delitos sobre los que puede recaer el decomiso ampliado.

En conexión con el listado de delitos que se establecen en el art. 127.1 PrCP, cumplen con las previsiones contenidas en las normas europeas tanto la Directiva

¹⁶⁶ Capítulo 6. Epígrafe 6 de este trabajo.

¹⁶⁷ CFGE 2/2005 “Sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas”, p. 25.

2014/42/UE como la DM 2005/212/JAI, cumpliendo así su deber de transposición que sobre el legislador interno recae. Ahora bien, es cierto que los contenidos de estas normas eran calificados como mínimos, pudiendo así los EEMM ampliar el listado de delitos a someter el comiso ampliado. El legislador español, siguiendo la sugerencia del Consejo Fiscal, amplió el catálogo en el AP de 2013 del CP en los siguientes: delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico que hubiera sido apreciada circunstancia de profesionalidad, delitos contra la propiedad industrial, delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, delito de cohecho, delito de malversación y los delitos cometidos en el seno de grupo criminal¹⁶⁸. Más tarde, sustituirá para el texto definitivo, el delito de corrupción entre particulares y el de corrupción en las transacciones internacionales. Esta permuta se realizará por los contenidos en la nueva sección bajo la rúbrica “Delitos de corrupción en los negocios”, donde se incluyen los tipos referentes a el pago de sobornos, corrupción en el sector privado y corrupción de un agente público extranjero. Además se incorporará los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Esta expansión inaceptable, genera un aumento en el arco punible desmesurado, poco acorde con el principio de intervención mínima. De hecho el ordenamiento jurídico esta protegiéndose de nuevos enemigos, que ataca sin aplicarles las garantías que los procesados poseen.

La necesidad de este aumento no se percibe como necesaria para garantizar la protección de los bienes jurídicos que protegen estos tipos penales. Este no es el propósito de la norma, sino más bien consiste en enviar un mensaje a la sociedad, advirtiéndole que no se saldrá con la suya quien vulnere la ley.

Asimismo, ha de entenderse este proceso de creación de normas como incorrecto. Legislar de modo selectivo va en contra del principio de generalidad de la ley, porque está creando una separación en la sociedad, considerando ciertos sujetos como enemigos del sistema que no tienen posibilidad de reinserción.

d) Sobre el principio de presunción de inocencia y culpabilidad

En primer lugar, cuando el tipo establece “...cuando resuelva a partir de indicios objetivos fundados...” está conteniendo en su haber los postulados de la prueba

¹⁶⁸ La mayoría de estos delitos los venía recogiendo el art. 127 bis de la AP de 2012, conservándose en el AP de 2013.

indiciaria respaldada por el TC en sentencias como 119/2006 y 220/2006, también el TEDH en el caso Grayson y Barnham contra Reino Unido, en la sentencia de 23 de septiembre de 2008. En esta sentencia apoya la adopción de la inversión de la carga de la prueba una vez que el acusado ha sido condenado, y por ello le correspondería demostrar a éste que su patrimonio parte de ganancias lícitas para evitar el decomiso de sus bienes.

Asimismo, es necesario recordar las garantías recogidas en el art. 8.8¹⁶⁹ de la Directiva 2014/42/UE donde se concede al encausado la posibilidad de proceder a la defensa de sus bienes, aportando pruebas que remuevan la presunción legal que recae en contra de su patrimonio. No obstante ello, si tras verter las alegaciones, el tribunal tuviera dudas sobre la licitud del bien deberá entonces aplicar el principio de *in dubio pro reo* y no decretar el comiso.

De otra parte, el comiso ampliado no afecta al principio de presunción de inocencia, ni al principio de culpabilidad del sujeto. Como ya se explicó en el Capítulo 4, cuando la medida está basada en condena, esta es impuesta a razón de los principios que inspiran la pena, demostrando su culpabilidad y removiendo la presunción de inocencia mediante la prueba practicada. Por tanto, la imposición de la medida de comiso supone de la pena una relación de accesoriedad, al requerir una previa declaración de culpabilidad del acusado¹⁷⁰.

Recopilando los fundamentos expuestos con anterioridad, se ha de rechazar los argumentos que emite la EM¹⁷¹. De esta se extrae que el fundamento del decomiso no funciona como pena por la responsabilidad del penal del sujeto, por ello, no se somete al principio de presunción de inocencia ni al de culpabilidad. Su fundamento en cambio, es restaurar la situación patrimonial ilícita del individuo. En cambio, ya se ha expuesto el carácter sancionador del comiso, además de estar avalado por el propio TC. Además el fundamento del enriquecimiento injusto sería válido, pero nunca podría defenderse el comiso ampliado para efectos e instrumentos sin considerar como una pena esta figura.

El artículo acaba con la afirmación: "...provenga de una actividad delictiva, y o se demuestre su origen lícito." Por lo que se instaura la presunción legal que produce una

¹⁶⁹Directiva 2014/42/UE, Art. 8.8. En el procedimiento contemplado en el artículo 5, la persona afectada tendrá la posibilidad efectiva de impugnar las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles sobre cuya base se considere que el bien de que se trate procede de una actividad delictiva.

¹⁷⁰SSTC 219/2006, de 3 de julio y 220/2006 de 3 de julio.

¹⁷¹EM, apartado X, BOGC, 4.10.2013, p. 9.

inversión en la carga de la prueba, pero que como hemos comentado en citeriores párrafos, el TEDH ha considerado que no excede de los límites razonables.

4.3.2 *Artículo 127 Bis 2 PrCP*

Se proponen en este apartado una serie de indicios que deberá el órgano judicial valorar con especial atención, siempre a efectos de lo previsto para el apartado recién analizado, como demandó el Consejo Fiscal¹⁷².

El texto prescrito en el art. 127 bis 1, hace referencia a los “indicios objetivos fundados” en plural, lo que lleva a determinar que ha de ser más de un indicio el que se aprecie para poder decretar el comiso de bienes, no bastando uno solo. Asimismo, al determinar el precepto que se apreciaran con especial consideración los enumerados en él, está estableciendo una regulación en *numerus apertus* sobre los indicios, no agotándose en el catálogo expuesto.

a) *Artículo 127 bis 2, apartado 1º PrCP*

Este artículo ha de tratarse como el heredero de la disposición 127.2 CP anterior de la reforma. La diferencia más pronunciada se percibe por el cambio de presunción, pues en el texto anterior determinaba: “...se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas...cuyo valor sea desproporcionado con respecto a sus ingresos”. De hecho se compara con todos los bienes del procesado y los ingresos legales obtenidos por este. En la nueva disposición se expone: “... 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”. Por lo que se ha de entender que en esta comparación se reducen los bienes a relacionar.

Además, se sustituye la palabra “legal” por “lícito”, en referencia a los bienes en posesión del procesado, superando las críticas¹⁷³, en nuestra opinión muy fundadas, que se realizaban sobre el decomiso ampliado. Ya que la obtención de bienes de forma lícita, amplía el ámbito de permisibilidad para la tenencia de elementos patrimoniales,

¹⁷² Informe del 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 injusto que resultase desproporcionado lo cual podría suponer, en opinión de este órgano, una auténtica inversión de la carga de la prueba y, por tanto, la posible vulneración del principio de presunción de inocencia.

¹⁷³ El término legal es utilizado en la DM 2005/212/JAI: “... valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada”

los cuales no puede ser justificado su decomiso por no cumplir ciertos requisitos legales¹⁷⁴.

Se concluye, en principio, que pueden ser decomisadas todos los bienes que no se pueda demostrar su licitud mediante la percepción de ingresos legales. No obstante, como se comentó, hay que tener en cuenta las previsiones del artículo 128 CP, que cuenta en su haber con el principio de proporcionalidad. Suponer exento este precepto del principio de proporcionalidad, puede conllevar a una medida de confiscación general, como advierte el Dictamen del CESE de 29 de junio de 2012¹⁷⁵.

Establecidas estas premisas se ha de entender incluidas las ganancias procedentes del delito, pero como ya adelantábamos suponer estas un fundamento axiológico distinto del resto de elementos. En esta línea se asientan los criterios de la Fiscalía General del Estado, que en su circular de 5/2010¹⁷⁶, recuerda a los Sres. Fiscales que solo los efectos e instrumentos 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”.

b) Artículo 127 bis 2, apartado 2º y 3º PrCP

La presunción contenida en el art. 127 bis 2 apartado 2º, está dirigida a los delitos de blanqueo de capitales. De ella se pretende hacer decomisables los elementos patrimoniales desviados a entes que, ocasione en la investigación límites de decomiso por ser pertenecientes a terceros. También combate la figura del testaferro, para evitar que el delito resulte provechoso. Esta disposición se inspira en el art. 3.3 de la DM 2005/212/JAI, donde insta a los EEMM a adoptar medidas contra este tipo de actos para que no queden sin respuesta.

En la misma línea se postula el apartado 3º, teniendo como presunción aquellas operaciones destinadas a alzar los bienes del procesado y que están realizadas bajo simulación de licitud.

4.3.3 Artículo 127 bis 3¹⁷⁷

¹⁷⁴ V. gr. Trabajadores por cuenta ajena sin dar de alta en la S.S. obtienen ingresos lícitos, pero no legalizados.

¹⁷⁵ Dictamen CESE, DOUE C 191 de 29.06.2012, p. 102.

¹⁷⁶ Circular FGE 5/2010, p. 28,

¹⁷⁷ Art 127 bis 3. “En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior”.

Esta disposición mediante remisión permite acordar comiso por valor equivalente sobre los elementos patrimoniales que fueran objeto de comiso ampliado. Para justificar el amparo de la Directiva 2014/42/UE se ha de hacer una interpretación conjunta; entre el art. 2. 1), donde se explica el significado de “producto”, como “toda ventaja económica, directa o indirectamente...”, por tanto, está incluida los ingresos no justificados del condenado por delito y, el art. 4.1, que autoriza al comiso por sustitución.

4.3.4 Artículo 127 bis 4 PrCP¹⁷⁸

Este artículo puede llegar a producir una vulneración del principio *non bis in idem*, al permitir que el juez contemple la posibilidad de decomisar bienes que ya fueron objeto de juicio. Si bien, Aguado Correa¹⁷⁹, explica que la medida ha de ser valorada por el juez y que esta previsión evitaría que se vulnerara tanto el principio de proporcionalidad como el de *non bis in idem*. No obstante, nuestra postura entiende que incide sobre la cosa juzgada, y además se ven en riesgo otros principios, como el de contradicción y el de defensa, pues se prepara el procesado para los delitos que se están sustanciando y no para aquellos de los cuales ya cumplió con la sociedad.

No es baladí la cuestión que afecta al principio de legalidad: cuando se establece la connotación “hechos delictivos similares”¹⁸⁰, no se conoce que hechos puede o no dar a entender que son similares. De modo, que hemos de considerar esta indeterminación como opuesta al principio de legalidad. El procesado no pudo prever que sus bienes fueran a ser objeto de confiscación, sobre todo aquellos que aparte de estar juzgados, constituyen hechos similares a criterio del juzgador, pero sin su respectivo adecuado amparo legal.

4.3.5 Artículo 127 bis 5 PrCP¹⁸¹

¹⁷⁸ Art. 127 bis 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”.

¹⁷⁹ AGUADO CORREA, Teresa. “Comiso: crónica de una reforma anunciada”. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, op cit, p. 15-16.

¹⁸⁰ Informe de Consejo Fiscal, p. 116.

¹⁸¹ Art. 127 bis 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.”

El TS venía considerando que la demostración del origen criminal de los bienes, que es preceptiva para acordar el comiso, no requiere la identificación de operaciones delictivas concretas, bastando su acreditación de modo genérico¹⁸².

La sentencia¹⁸³ del TEDH en el Caso Geerings vs. Países Bajos, declaró contrario al principio de presunción de inocencia, el supuesto en el que procesado previamente al acusado se le declaró inocente, pero en el proceso posterior por delitos distintos, se encontró al acusado culpable y en aplicación del precepto homólogo a éste, pero de Países Bajos, se procedió al decomiso de los bienes de “hechos delictivos similares”. En esta circunstancia se declaró que no ha lugar la adopción de la medida siendo restituído al sujeto lo decomisado.

Cosa distinta fundamentó el TS español, cuando en la sentencia de 26 de junio de 2012, donde decreta el comiso pese que en el proceso anterior se absuelve. Según el tribunal, a efectos del comiso lo importante es demostrar la procedencia ilícita del bien, estableciendo la falta de incidencia de la declaración de culpabilidad por el delito anterior.

5. El comiso no basado en condena.

5.1 El Tipo del comiso no basado en condena

Le corresponde a este comiso la regulación contenida en el art, 127 ter:

“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.”

¹⁸² STS 277/2013 de 13 de febrero.

¹⁸³ STEDH Caso Geerings vs. Países Bajos de 1 de marzo de 2007.

5.2 Repercusión de la Directiva 2014/42/UE sobre el comiso no basado en condena

La Directiva recoge este modelo de decomiso que no requiere para su imposición estar basado en condena. Es la respuesta de la Comisión, de incluir en el marco comunitario las propuestas que ya recogió la Convención de las Naciones Unidas de Mérida de 2003, en su art 54.1.c.

El CDR ha criticado la incorporación de este sistema de confiscación mediante Directiva, explicando que no se sustenta en una base jurídica adecuada al no estar contenido en los art. 82.2 TFUE. Para ello, se requiere que la base de la norma esté contenida entre las sanciones del orden penal, lo cual, en palabras de la propia EM de la Directiva queda desprovisto al aceptar su adecuación por los EEMM tanto en el orden civil, administrativo o penal. Tampoco estaría amparado en el art. 83.1 TFUE, pues requiere que sean “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 una dimensión trasfronteriza”.

Es más, el principio de subsidiariedad del derecho europeo puede verse en entre dicho al no permitir a los EEMM demostrar la eficacia del ordenamiento interno y permitir el reconocimiento de resoluciones adoptadas en otro país miembro. Al imponer la transposición obligatoria, no da opción a que se genere esta posibilidad.

El art. 4.2¹⁸⁴ de la Directiva, regula el decomiso no basado en condena y establece en él, los casos tasados donde se puede proceder, estos son; enfermedad o fuga del sospechoso. No incorpora expresamente el fallecimiento como si que se contendrá en el CP español. Si bien, como se conoce, esta es una Directiva de mínimos que el Estado receptor puede ampliar para conseguir los fines perseguidos por la norma.

El CESE¹⁸⁵ reconoce la posibilidad de afectar a los derechos fundamentales, en especial al derecho de defensa. También ha mostrado su desaprobación la Agencia

¹⁸⁴ Directiva 2014/42/UE art. 4.2. “En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio”.

¹⁸⁵ Dictamen CESE, DOUE C299 de 4 de octubre de 2012, p. 131 apartado 4.5.1.

Europea de Derechos Fundamentales, donde hace mención a la vulneración de los principios procesales¹⁸⁶.

5.3 Conclusiones en la regulación de derecho interno.

La primera exigencia que se demanda en el precepto para poder llevar a cabo el comiso sin condena, es someter el caso a proceso contradictorio donde quede acreditada la situación patrimonial ilícita. Lo que indica que el margen de maniobra del legislador español aumenta respecto a los requerimientos de la Unión Europea. En la directiva se exige “decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio”.

Es decir, el legislador español no está respetando en nuestra opinión los postulados esgrimidos en la Directiva, pues establecer un proceso contradictorio de forma genérica, no responde a la necesidad de que este se sustancie por la vía penal, y además, sea de la misma clase como el que se hubiera llevado a cabo de poder estar presente el procesado. Si bien, cambiamos de jurisdicción el proceso, los principios que lo inspiran a su vez cambiarán, o bien, si modificamos elementos sustanciales del proceso penal ordinario, más allá del refuerzo de garantías en la falta de asistencia del procesado, estaremos incumpliendo las premisas del legislador europeo.

Por otra parte, desaparece la previsión en la directiva, en cuanto a la razón por la cual se ha de adoptar esta medida, prevista en su proyecto inicial. Esta razón es el peligro de la prescripción de los delitos al no hallarse el acusado. Lo que conlleva que no es necesario que haya esta circunstancia para llevarlo a cabo, sin embargo, una adopción apresurada de la incoación del proceso de decomiso sin condena, puede generar indefensión ante el procesado que aun hallándose temporalmente ausente, tiene la pretensión de hacer valer su derecho en juicio. No obstante, aunque no se establezca expresamente es su fundamento y habrá que atender al mismo a la hora de decidir la apertura del proceso autónomo de comiso.

Recordamos que es un proceso facultativo para el órgano jurisdiccional, en la medida que el precepto determina mediante el vocablo “podrá” su facultad dispositiva.

¹⁸⁶ “Opinion of the European Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of Crime”. FRA Opinión-03/2012. Viena a 4 de diciembre de 2012, p. 10, apartado 13.

Solo supone modificación el punto a) y b) del art. 127 ter, en relación con la regulación anterior, lo cual solo haremos referencia a estos en nuestro análisis.

a) Cuando el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica (art. 127 ter a))

La concurrencia de varios requisitos es imprescindible para la adopción del proceso. Estos son;

- Haber fallecido, lo que no deja lugar a dudas que será imposible la presencia del procesado y por tanto, podrá acordarse aunque no corra peligro de prescripción el delito.
- Sufrir una enfermedad crónica que impida el procesamiento del individuo, y además, es necesario el peligro de prescripción del delito.

A estos supuestos, se les ha de exigir un requisito común, que sin él no podrá llevarse a cabo. Este es la necesidad que sobre quien recaiga el proceso sea contra un acusado formal o como mínimo que esté imputado por la existencia de indicios racionales de criminalidad.

b) Situación de rebeldía (art.127 ter b))

Lo más significativo de este apartado, es la sustitución en la Directiva del requisito de la existencia de peligro de prescripción por “puedan ser enjuiciados en un plazo razonable”. Sin embargo, deberían coincidir los dos requisitos, que es lo que parece más razonable. Por lo tanto, nos unimos a las consideraciones de Aguado Correa¹⁸⁷.

6. Comiso de terceros.

6.1 El Tipo del comiso de terceros

Se contiene este tipo en el art. 127 quater de la nueva regulación:

“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.

¹⁸⁷ AGUADO CORREA, Teresa. “Comiso: crónica de una reforma anunciada”. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho, op cit, p. 44.

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.”

6.2 *La repercusión de la Directiva 2014/42/UE sobre el comiso de terceros*

La Comisión observa que con mucha frecuencia los delincuentes transmiten bienes a terceros a fin de evitar el decomiso de estos. La instauración de unos mínimos a cumplir por todos los integrantes de UE podrá dar lugar a un mejor reconocimiento de las decisiones judiciales mutuas. Por tanto, un tercero podrá verse privado de sus bienes cuando “supiera o debería haber saber que el bien constituía un producto de las actividades delictivas o que se le había transferido con objeto de evitar el decomiso y se le había entregado de forma gratuita o transferido a cambio de un importe inferior a su valor en el mercado”¹⁸⁸. Si bien, se ha de constatar que el tercero no lo sea de buena fe, pues esto impide que se vea privado de los bienes adquiridos.

El CDR se alinea avalando esta previsión considerando necesaria la adopción para evitar los alzamientos de capital de origen delictivo, en especial aquellos que se suceden entorno a personas jurídicas utilizadas como escape de dichos bienes. Por ello, es precisa la consideración de beneficiario efectivo en la regulación de responsabilidad de personas jurídicas a fin de identificar al propietario de hecho de los bienes.

La Directiva emite en su art. 8¹⁸⁹ correspondientes a las garantías las protecciones con las que debe de contar los encausados a la hora de ser sometidos al proceso de confiscación cuando sean terceros ajenos al proceso penal.

Asimismo, los terceros privados de sus bienes deben poseer mecanismos para poder reclamar una indemnización a aquellos que les transmitieron bienes de origen irregular¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Directiva 2014/42/UE, Considerando N° 24.

¹⁸⁹ Directiva 2014/42/UE Art. 8. 9. Los terceros tendrán derecho a reclamar la titularidad de un bien u otros derechos de propiedad, incluso en los casos a los que hace referencia el artículo 6.

¹⁹⁰ Directiva 2014/42/UE 10. En caso de que, a raíz de una infracción penal, las víctimas tengan derechos de reclamación respecto de una persona sometida a una medida de decomiso establecida en virtud de la presente Directiva, los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que la medida de decomiso no impida a las víctimas reclamar una indemnización.

6.3 Conclusiones en la regulación de derecho interno sobre el comiso de terceros.

En la normativa que entra en vigor el próximo 1 de julio, se elimina la excepción del decomiso a terceros de buena fe. Esto trae consigo una vulneración flagrante de los derechos fundamentales, pero el legislador ha optado por la visión del derecho de hacer primar la eficacia incluso sobre los derechos que al individuo le son debidos.

Así declara el gobierno, mediante la EM de la reforma 1/2015, que se verá incrementada la seguridad jurídica en el proceso llevado a cabo contra terceros poseedores de bienes de origen delictivo. Esta declaración solo puede ser entendida con la modificación, que a consecuencia de la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico del comiso a terceros, se ha de operar en la LECrim¹⁹¹ a fin de que sea posible su enjuiciamiento.

Por otra parte, se cuestiona que el legislador haya optado de manera subsidiaria por la implantación del decomiso por valor equivalente, cuando no sea posible la incautación de los bienes y efectos directos del ilícito. Puesto que vuelve a optar por la eficacia sacrificando derechos fundamentales. Pero si ha sido un acierto incorporar las ganancias en el artículo para evitar el enriquecimiento injusto del tercero.

Para determinar el grado de certeza que ha de tener el tercero la Directiva exige el conocimiento directo de la procedencia ilícita del bien, o una diligencia expresa al comprador que lo hiciera por precio inferior al del mercado. Pero en realidad debería ser exigible para proceder al decomiso un conocimiento directo en todo caso. Para terminar, el tipo ofrece una presunción iuris tantum sobre la adquisición de bienes procedentes de personas condenadas, tal como la adquisición a título gratuito, o bien la diferencia de precio respecto al mercado.

¹⁹¹ Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim. para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, 2012. En él se prevé el Capítulo I del Título VIII del Libro IV, bajo la rúbrica “De la intervención en el proceso penal de terceros que pueden resultar afectados por el comiso”.

CAPÍTULO 6. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN CONTRASTE CON LA FIGURA JURÍDICA DEL COMISO.

1. Consideraciones previas.

En nuestro Código Penal actual el comiso se explica como una consecuencia accesoria, sin embargo, no es muy difícil observar que de lege lata, y como acabamos de ver, se le asigna un carácter sancionador con lo cual resulta necesario que esté sometido a las garantías que tanto nuestra Constitución de 1978 como CEDH impone en materia de sanciones. Es preceptivo evaluar el decomiso desde los postulados del Estado social y democrático de derecho de forma que no se desvíe su regulación de lo que el poder constituyente ha establecido como el núcleo de lo justo.

En este sentido, en el presente capítulo pretendemos examinar mediante los principios básicos contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, tanto de derecho penal clásico como aquellos que inspiran el proceso criminal la institución del comiso. Debemos hacer mención aquí tanto a la regulación actual como a la inminente reforma que adecuará esta figura a la normativa europea mediante LO 1/2015 de 30 de marzo.

2. Principio de legalidad.

El carácter sancionador que subyace en la consecuencia accesoria impone la necesidad que esté sometido al principio de legalidad penal. Al restringir derechos como es el de propiedad (sobre los instrumentos, efectos y ganancias) debe aplicarse este principio en su vertiente técnica, es decir, mediante la necesidad de establecer la norma con reserva de ley orgánica¹⁹². Además de la ley previa, escrita y estricta que es fuente de garantía para el ciudadano ante la actividad legislativa del Estado como se pronuncian autores como Carbonell Mateu¹⁹³ o Mir Puig¹⁹⁴.

¹⁹² Art. 25.1 CE. “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito..., según la legislación vigente en ese momento”. Este artículo debe ser coherente con el 81.1 CE. “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...” de los cuales se extrae la necesidad de reserva de ley orgánica sobre las disposiciones penales.

¹⁹³ CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: conceptos y principios constitucionales*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición, 1999, pp. 110-111.

Asimismo, este principio no solo se centra en aspectos de derecho penal sustantivo, sino que va más allá llegando a preceptos procesales. Al ser una medida que restringe derecho aunque su calificativo formal no sea pena sino consecuencia accesoria, debe ser impuesta mediante sentencia. Pues es en este sentido lo determina el art. 1 LECrim. Así, me uno a autores como Choclan Montalvo¹⁹⁵ que afirma que la manifestación procesal está contenida en el principio de legalidad. La conceptualización de pena intrínseca a esta norma ha de interpretarse con amplitud, por lo que debe comprender cualquier medida restrictiva de derechos cuya imposición requiera de la aplicación de garantías procesales. Esta exposición viene avalada por jurisprudencia¹⁹⁶

2.1.El Principio de legalidad en el tipo actual de comiso.

Por otra parte exige dicho principio un esfuerzo de taxatividad por parte del legislador, que deberá hacer comprensible tanto las circunstancias que pueden desencadenar la confiscación como los elementos patrimoniales objeto de aprehensión; prohibiendo de una parte la analogía “*en malam parte*” y, por otra, que el ciudadano haya podido prever la consecuencia accesoria a la pena. De modo que, objeto de estudio será el análisis de los conceptos jurídicos indeterminados como “*efectos, instrumentos y ganancias*”, de gran relevancia que se entiende por estos y en que se concreta. Además se ha de advertir si el justiciable pudo conocer que se le aplicaría la norma.

Mayor problema suscita la redacción del art. 127.4 CP¹⁹⁷, donde el carácter sancionador del comiso puede ejercerse incluso sin delito. El examen de la naturaleza jurídica del comiso determina su carácter sancionador en lege lata y por ello ha de regir las garantías que supone el proceso. Así se muestra el art. 25.1 CE donde se requiere la

“Hoy... el principio de legalidad, tanto en su dimensión política como en la técnica, alcanza una categoría indiscutible de garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado,..., son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución... Las expresiones más importantes del principio de legalidad son la reserva de ley (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*), el principio de irretroactividad (*lex praevia*), así como el principio *non bis in idem*...”

¹⁹⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Op. Cit. p. 115.

“El principio de legalidad no es solo entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo”

¹⁹⁵ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, Op cit, p. 31. y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La investigación del patrimonio de origen criminal*. En: MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Dir.) Estudios de Derecho Judicial, (Ejemplar dedicado a: El juez de instrucción y el juez de garantías: posibles alternativas) Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Nº 42, 2002, p. 121

¹⁹⁶ Vid. V.gr. STS Nº 2473/1992 de 12 de noviembre.

¹⁹⁷ Art. 127.4 CP. “El juez o Tribunal acordará el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación ilícita”.

determinación de un delito para ser penado, pues de no existir este no procederá condena. Lo que se extrae del precepto penal no es la regulación de un delito al que se le aplica una sanción, sino más bien una situación patrimonial irregular que no se adecúa a las premisas clásicas del delito, que tiene que ser una acción típica, antijurídica, culpable y punible. Si bien, esta norma aleja la culpabilidad como requisito para penar, ya sea por estar el sujeto exento de responsabilidad penal o por la extinción de la misma.

Podría darse, que definiéramos el comiso como una medida de seguridad, destinada a prevenir la consecución de delitos futuros atendiendo a la peligrosidad del sujeto¹⁹⁸. Siempre en estos casos ha de acontecer previamente un delito para poder justificar dicha peligrosidad, pues como ya es sabido las medidas de seguridad predelictuales están proscritas¹⁹⁹ en nuestro derecho aunque estas fueran práctica habitual²⁰⁰ en regímenes anteriores a la CE de 1978. Del mismo modo se requiere la constatación de la peligrosidad del individuo, con lo que exige las garantías propias del proceso pues una medida de seguridad puede ser más dañina que una pena, aunque formalmente su definición no acarree un mal sobre su autor.

El título VI del libro I del CP de 1995 rubrica este como “*De las consecuencias accesorias*” y como tal se ha de entender un principio de accesoriedad respecto a las penas o mejor dicho delitos que traen consigo penas establecidos en este Código. Con lo que en nuestra opinión no puede asignarse consecuencia accesoria alguna de no existir responsabilidad penal pues estaríamos justificando que aun sin poder responder al delito podemos imponer sanción sobre el sujeto pasivo.

2.2. Principio de legalidad en la futura reforma LO 1/2015 de 30 de marzo.

Debemos tener en cuenta que este tipo se trata de lege ferenda con lo que no podremos apoyarnos en jurisprudencia para interpretar los conceptos jurídicos indeterminados que en él aparecen. No obstante, mediante las EM de dicha reforma como las que constan en proyectos de normativa europea intentaremos intuir la voluntad del legislador.

¹⁹⁸ Vid. Capítulo 4 de esta investigación.

¹⁹⁹ SSTC de 27 de noviembre de 1985 y 19 de febrero de 1987.

²⁰⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Op. Cit. p. 53.

“Así el derecho español se ha caracterizado durante largo tiempo por prever un amplio elenco de medidas de seguridad predelictuales... primero en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y luego en su continuadora, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970.

Asimismo cabe individualizar aquellos conceptos jurídicos indeterminados que pueden resultar oscuros en cuanto a su posterior determinación al caso concreto. Es el caso del nuevo art. 127 bis²⁰¹, donde aparecen el concepto de “*indicios objetivos fundados*”. Este concepto ha de ponerse en conexión con el delito posteriormente enunciado con la letra h) del mismo precepto. Este delito es el blanqueo de capitales del cual la jurisprudencia no requiere para su condena haber demostrado fehacientemente la comisión del delito anterior para condenar por este, flexibilizando de manera grave la carga de la prueba para enervar la presunción de inocencia. Constituyendo en sí una respuesta subsidiaria para aquellos casos en los que aunque se sospecha que detrás del patrimonio ilícito del sujeto proviene de un delito no pudiéndose demostrar este. Por ello, pensamos que en este caso se da cobertura normativa a fundamentar que cualquier patrimonio irregular con indicios de criminalidad nada exhaustivos, da lugar a blanqueo de capital y esto, a su vez, permite el decomiso de este.

3. El principio de Proporcionalidad

Es conveniente, en primer lugar, realizar un examen de este principio y su respaldo normativo, como ya es sabido no posee una proclamación constitucional expresa. El TC coincide en asignar un valor constitucional a este principio. Dimana de su jurisprudencia el contenido del mismo, siendo alterado por el trascurso del tiempo y adaptado a nuevas sensibilidades. En sus primeras sentencias²⁰² fundó la existencia de este principio por su inclusión en el art. 1.1 CE concretamente como parámetro de justicia y en el art. 10 CE por afectar a la dignidad humana. En posteriores resoluciones²⁰³ aproximándose a los argumentos de Alexy lo define como un criterio de interpretación de la Constitución y no como un derecho independiente. Ahora bien, esta fundamentación generaba la imposibilidad de resarcimiento del derecho por vía de recurso amparo, porque el art. 1.1 y 10 no pueden invocar éste. Fue la STC 65/1986 la

²⁰¹ Art. 127.1 bis LO 1/2015 de 30 de marzo. “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:

... h) Delitos de blanqueo de capitales...”

²⁰² STC 65/1986 y 150/1991.

²⁰³ STC 55/1996: “El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales... El ámbito en el que normalmente y de forma muy peculiar resulta aplicable...es el de los derechos fundamentales”

que abrió la puerta a poder invocar en recurso de amparo el principio de proporcionalidad relacionándolo con el art. 25.1 CE, pero en este caso solo permitió que se cuestionara la imposición de la pena por el juzgador a razón del juicio de culpabilidad dentro del principio de legalidad, con lo que desembocará en un análisis para el caso concreto y no general. Más tarde, se asumirá la teoría de Alexy en la que configura el juicio de proporcionalidad como medio proporcionado para la consecución de un fin, lo que lleva a poner el énfasis en el juicio de necesidad destacado en SSTC 55/1996 y 61/1997. Pero la más importante sin duda es la STC 136/1999, (caso de la mesa de Herri Batasuna) donde el principio de proporcionalidad, en conexión con el de legalidad (Art. 25.1 CE), cuestiona la pena asignada al tipo penal por el legislador y la remueve²⁰⁴.

El examen del juicio de proporcionalidad en esta institución jurídica se hace pivotar sobre el art. 128 del CP²⁰⁵ actual, que no se verá alterado por la próxima reforma. De dicho precepto se advierten dos posibilidades;

- La primera, la desproporción entre el valor de los elementos patrimoniales objeto de decomiso y la gravedad de la infracción penal.
- La segunda, cuando se haya satisfecho la responsabilidad civil que origine el delito. De estas dos situaciones podrá el órgano judicial no decretar o decretar parcialmente el comiso.

La sujeción del principio de proporcionalidad debe aplicarse a la primera situación que establece la norma, en este sentido la dimensión del principio que procede es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que no suponga más coste para los derechos que beneficios a obtener a la sociedad²⁰⁶. En la opinión con la que

²⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 91-98.

²⁰⁵ Art. 128 CP “cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde relación con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”.

²⁰⁶ MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid, Iustel, 2011, pp. 96-97.

En opinión de este autor los tres subprincipios que rigen el principio de proporcionalidad esto es idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto se afirman respecto a un fin para los intereses públicos o particulares que debe perseguir cualquier intervención estatal que limite derechos fundamentales. “La intervención Estatal que persiga tal finalidad beneficiosa limitando derechos fundamentales sólo será constitucional si es proporcionada a dicha finalidad, cosa que requerirá que la limitación de los derechos resulte: 1) Idónea para alcanzar aquella finalidad, esto es, que sea capaz de conseguirla; 2) necesaria para el repetido fin, en el sentido de que éste no se pueda obtener mediante una intervención no lesiva de derechos fundamentales; 3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que no suponga más coste para los derechos que beneficios a obtener ”

comienza el párrafo anterior se alinean varios autores²⁰⁷ a la cual nos sumamos, al considerar que la segunda situación se prevé para la garantía de la reparación del mal causado a la víctima.

Para el ejercicio del principio de proporcionalidad existe una dicotomía de posiciones jurídicas muy importante, pues con anterioridad al CP 1995 al estar configurada como pena accesoria, era plausible una valoración basada en la culpabilidad del autor. Ahora, en nuestra opinión, no significa que decaiga esta posición, pues como ya se ha comentado reside en el comiso un carácter sancionador y por ende con alma de pena, no obstante, la transformación a consecuencia accesoria evidencia la necesidad de estar sujeto a la gravedad de la pena impuesta, por estar a ella conectada. Al ser una medida que interviene en derechos fundamentales, está sometida al principio de proporcionalidad, que busca impedir el sacrificio innecesario de derechos para el fin que se pretende. De esta afirmación se hace especial atención en STC de 20 de julio de 1999, el caso de la mesa nacional de Herri Batasuna²⁰⁸.

Ahora bien, atendiendo al tenor literal del artículo 128 del CP, hace referencia a los elementos de “*naturaleza y gravedad de la infracción*” por lo que apunta a la afección que sufre el bien jurídico protegido y el valor que tiene este para la sociedad²⁰⁹ (gravedad de la pena principal y tipo delictivo consumado). De esta manera, puede el órgano jurisdiccional realizar corrección de justicia partiendo, por un lado, de la gravedad del tipo delictual en relación con la pena y, por otro, desde la naturaleza en sí del bien jurídico protegido en el delito cometido. No todos los autores se pronuncian en el mismo sentido, puesto que el aumento de la discrecionalidad del juzgador, que no la arbitrariedad, supone para algunos autores como Manzanares Samaniego²¹⁰, dejar un amplio campo de decisión alejándose de los postulados de tipicidad que ha de regir en el Derecho Penal.

²⁰⁷ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*. Op. Cit. p. 46. Y VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso en el patrimonio criminal*. Op Cit, p. 288.

²⁰⁸ STC 136/1999 de 20 de julio, Caso de la mesa nacional de Herri Batasuna.

²⁰⁹ MAPELLI CAFFARENA, Botja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, Cívitas S.A. 3ª Edición, 1996, p. 409.

²¹⁰ MANZANARES SAMARIEGO, José Luis. Código Penal (Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio) Comentarios y jurisprudencia, op. Cit, Tomo I, Parte General, p. 936.

En relación con el antiguo art.48 del CP 1973, Manzanares Samaniego, consideró desacertada la referencia a la naturaleza de la infracción, porque permite al órgano jurisdiccional en base a personalísimas apreciaciones seleccionar en que delitos aplicar o no el decomiso. Si el legislador hubiera deseado marginar el comiso de algunas infracciones lo hubiera hecho expresamente.

En este sentido coincido con el citado autor en que ha de acotarse la amplitud interpretativa del precepto penal. De manera que pueda conocer todo ciudadano que bienes se consideran mayor afectados y, por tanto, susceptibles de decomiso al verse inmersos en un proceso judicial. Así como, las consecuencias que sobre el procesado pueden recaer.

La crítica que realiza este autor de la que me hago eco en la nota a pie de página número 19 es muy válida en el actual art. 127 CP pues si el legislador permite el establecimiento del comiso en cualquier infracción, no se comprende que el juez pueda optar por su inaplicación o su aplicación parcial en función de la naturaleza del delito. En nuestra opinión debe el juzgador ante la ambigüedad legislativa del precepto y, en virtud del principio de proporcionalidad, evitar decomisar siempre que la medida sea más onerosa para los derechos en juego que los beneficios que desea obtener; por tanto deberá abstenerse de aplicar la figura accesoria en aquellas ocasiones en las que se dé esta circunstancia, aunque el legislador no lo haya prescrito taxativamente. Además de este principio, la jurisprudencia²¹¹ ha ido incorporando otros, como la participación directa de la persona decomisada en el delito, o la cuantificación del bien no solo por su valor e mercado sino también por su valor de uso o incluso si este bien es de primera necesidad o no.

Con lo expuesto nos sumamos a la opinión²¹² en la que se advierte que el art. 128 CP responde a un límite o si se prefiere a una corrección de justicia en conexión con el art. 127 CP que establece un espectro sancionador excesivamente amplio como para poder adecuarse al caso concreto. Ya que a tenor de éste puede imponerse decomiso a bienes de lícito comercio o bienes que pertenecen a terceros.

Cambiando de asunto, el precepto penal del art 128 hace girar como primera condición para graduar lo decomisado, que estos bienes sean de lícito comercio. En este sentido parece lógico pensar que de no estar incurso en el comercio de los hombres deberán ser retirados. En este sentido se pronuncia García Arán²¹³, pero Saavedra

²¹¹ STS N° 594/1997 de 28 de abril

²¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Et al. *Curso de Derecho Penal Parte General*, Barcelona Ediciones Experiencia SL, 2004 p. 546. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal Parte General*. Op cit, p.469. VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso en el patrimonio criminal*. Op cit p. 289

²¹³ GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Art. 127-129”. En: CORDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Comentarios del Código Penal Parte General*. (Incorpora la reforma producida por la LO 5/2010, de 22 de junio), Madrid, Marcial Pons, 2011. p,970

Ruiz²¹⁴ va más allá y explica que la ilicitud del bien se ha de entender en sentido amplio con lo que aunque el bien sea de lícito comercio pero adolezca de defectos administrativos o civiles. De forma que este filtro es necesario para una primera asunción de que bienes pueden ser decomisados, pero en realidad de entre los bienes lícitos se ha de discernir cuales pueden ser o no confiscados. Aquí es donde hay que atender a la finalidad de la norma, pues deberá ser medida la peligrosidad de la posesión de dichos bienes por parte del sujeto que delinquiró. Por ello los instrumentos y efectos los cuales han de ser valorados como la posibilidad de ser utilizados en probables delitos posteriores²¹⁵.

Al no contenerse la peligrosidad de los instrumentos de forma expresa, puede dar lugar a hechos alejados de la finalidad de la norma, como confiscar elementos patrimoniales que no suponen peligrosidad alguna o bien inaplicar la consecuencia del delito a bienes potencialmente peligrosos.

Otras opciones para racionalizar la proporcionalidad nos la da el derecho comparado, en este caso el derecho alemán, donde su art. 74 b) del CP alemán²¹⁶ da la posibilidad de no confiscar el bien sino cambiar las características propias de este para eliminar su peligrosidad, asegurando así el título de propiedad que no se verá afectado.

Retomamos la segunda situación que se desprende del tipo correspondiente a la satisfacción de las responsabilidades civiles. Como ya se ha dicho, responde a fines victimológicos, alejándose por este otro parámetro de las normas de proporcionalidad de la medida, pues cabe la inaplicación o determinación parcial aun cuando resulte acorde con la intensidad que se requiere.

Podría plantearse ante tal situación que aquellos fines a los que responde la consecuencia jurídica se desvíen para asegurar el resarcimiento de las responsabilidades civiles²¹⁷. Pero no todos los autores se posicionan a la misma idea²¹⁸ pues se configuran

²¹⁴ SAAVEDRA RUIZ, Juan. "Título VI. De las consecuencias accesorias". En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.) *Comentarios del nuevo Código Penal*, Barcelona Editorial Bosch, SA, Tomo II, 2007, p. 853.

²¹⁵ MANZANARES SAMARIEGO, "El comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto del Código Penal", En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. Nº 1342, 25 de marzo de 1984, pp. 6-7.

²¹⁶ 74b Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ...

²¹⁷ GARCÍA ARÁN, "Art. 127-129". En: CORDOBA RODA; GARCÍA ARÁN, *Comentarios del Código Penal Parte General*. (Incorpora la reforma producida por la LO 5/2010, de 22 de junio), Op cit. p. 973.

como una situación facultativa que el juez debe valorar, pues se define como “*podrán*” y no como “*deberán*”. Aunque se hayan satisfecho la responsabilidad civil puede decretarse igualmente teniendo en cuenta el fin de la medida que no es reparar el daño de la víctima sino impedir la nueva comisión del injusto. De no ser así podría dejar de aplicarse la medida sobre elementos peligrosos porque se sustanció la correspondiente indemnización.

Respecto a las ganancias del delito, no se hace referencia en el art. 128 CP, y la doctrina se cuestiona si están o no incluidas en este precepto, sometiéndose al principio de proporcionalidad que se está aquí explicando. Parte de los autores entre los que se incluye Saavedra Ruiz²¹⁹ o Manzanares Samaniego²²⁰ constatan que la omisión del legislador no es casual y esta se debe a la ilicitud que poseen estos elementos, al ser origen de actos criminales, por lo que siempre deberán procederse a su confiscación.

No obstante, autores como Aguado Correa²²¹ o Vargas González²²² predicán que siempre y en todo caso la medida ha de someterse al juicio de proporcionalidad ya que, como declara el primero, éste tiene rango constitucional e irradia todo el ordenamiento jurídico. Algo más nos explica la segunda autora, donde hace hincapié en la finalidad de la medida y dirime que las ganancias por si solas pueden no ser en esencia peligrosas para la consecución de nuevos delitos y por ello han de valorar su procedencia. Sobre todo, la medida es de derecho público y con carácter sancionador la cual no puede escapar de las normas constitucionales que implican su sujeción al juicio de proporcionalidad, como forma de limitar la acción del Estado. Apoya sus argumentos con una formulación de derecho comparado en concreto con el art. 73 del CP Alemán²²³ donde se prevé la exclusión del comiso cuando sea una carga o dureza excesiva para el afectado.

Así lo explica GARCÍA ARÁN: ...Cabría renunciar total o parcialmente al comiso desproporcionado, siempre que se hubiera satisfecho la responsabilidad civil, puesto que en caso contrario la venta de los bienes de lícito comercio deben servir para satisfacerla.

²¹⁸ VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso en el patrimonio criminal*, Op cit, p. 292.

²¹⁹ SAAVEDRA RUIZ, *Título VI. De las consecuencias accesorias*. En CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios del Código Penal*, Op cit, p. 853.

²²⁰ MANZANARES SAMARIEGO, *Código Penal* (adaptado a la LO 5/2010 de 22 de junio) *Comentarios y jurisprudencia*, Op Cit, Tomo I Parte General.

²²¹ AGUADO CORREA, *Artículo 127*. En: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios del Código Penal*, op cit, p 510.

²²² VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso en el patrimonio criminal*, Op cit, p. 292

²²³ Art. 73 C (StGB) Código Penal Alemán

El fin de la medida es no obtener del ilícito ganancias indebidas, por esa razón en un primer momento, nos planteamos que no tiene sentido someter al principio de proporcionalidad la previsión del precepto sobre las ganancias. Puesto que deberían ser comisadas todas las ganancias que surgieran del injusto, sin la aplicación de la templanza del principio de proporcionalidad. Choclán Montalvo²²⁴ explica mediante un ejemplo que puede haber situaciones en las que se produzca una desproporción al incautar las ganancias como puede ser el caso de aquel procesado que intentó reparar el daño de las víctimas y así se compense con creces el beneficio injusto obtenido. Por todo ello, asumimos que deben estar sometidas las ganancias del ilícito al control del juicio de proporcionalidad.

En las mismas condiciones debe regir el principio de proporcionalidad en todos aquellos preceptos que están fuera de la rúbrica del Título VI del Libro I del CP como puede ser las ganancias del narcotráfico del art. 431 pues ocurre exactamente lo mismo con las posiciones doctrinales expuestas. De un lado al ser ganancias se consideran fuera del ámbito del principio de proporcionalidad lo cual es erróneo al ser de origen constitucional y por ende, cubrir toda norma jurídica.

4. El Principio de Culpabilidad

Principio capital de nuestro Derecho Penal es el principio de culpabilidad, cuyo encaje constitucional no es expreso y ha sido la jurisprudencia y la doctrina la que ha ido modulando su presencia como norma suprema. Hay quien alinea el principio de culpabilidad como expresión de una de las vertientes del principio de proporcionalidad, aunque hay que decir que puede incluirse parte de este, consideramos que debe atenderse como un principio autónomo.

Es consensuado que no puede imponerse pena sin culpabilidad como bien reza el art. 5 del CP, pero a esta afirmación, que observa una perspectiva en sentido amplio, ha de ser concretada con una serie de subprincipios que se contienen en el mismo y que se concretan en el; principio de responsabilidad personal, principio de responsabilidad del hecho, principio de dolo o culpa y principio de imputación personal o de culpabilidad en sentido estricto. Si bien la ausencia de culpabilidad se ha de considerar como

²²⁴ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de ganancias*, Op cit, p. 47.

imposibilidad de condenar²²⁵, cuando exista, podrá regular la intensidad y el grado de culpabilidad y moderar la pena impuesta²²⁶.

De lo que se extrae del párrafo anterior es que la culpabilidad no está condicionada a la gravedad de la afcción al bien jurídico protegido de la acción típica, la culpabilidad no depende de la prevención, al contrario que la proporcionalidad que pondera el coste/beneficio de la pena, sino que la culpabilidad se erige como límite de una medición utilitarista de la pena. Al estar sometida al axioma de la dignidad humana, constriñe los fines utilitaristas de la prevención. Así pues, nunca podrá imponerse pena a quien no fuere responsable personal del hecho, por haberlo ocasionado sin dolo o imprudencia o por haberlo decidido en condiciones mentales de inimputabilidad o situaciones que impiden el reproche penal, por muy grave que fuera el daño producido y cuya pena pudiera contribuir a evitarse²²⁷.

Lo anteriormente expuesto es perfectamente válido para las penas pero no puede decirse lo mismo sobre las medidas de seguridad, por sus propias características éstas no poseen un juicio de reproche social derivado de la culpabilidad. La realización por el sujeto de una acción típica y antijurídica dará potestad al estado para declarar la peligrosidad del sujeto e impedir mediante esta medida que se vuelva a acontecer el suceso. La naturaleza jurídica que se desprende de las medidas de seguridad son sustancialmente distintas a las de la pena; mientras que estas últimas se impone una consecuencia jurídica a un delito ya cometido, las primeras son previstas para prevenir futuros delitos fruto de la peligrosidad manifestada por el sujeto con anterioridad, de la que no puede generarse reproche social por encontrarse el sujeto exento de responsabilidad penal.

Nos encontramos con quien defiende que el comiso, al ser una consecuencia accesoria, no está sometido al principio de culpabilidad, pero su carácter sancionador debe atribuir a este su incursión bajo los postulados del Derecho Penal y, por ende, valorar su conexión con el axioma de la culpabilidad.

²²⁵ Art 25.1 CE: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa...” De este se extrae que es preciso la comisión de acción u omisión para imponer pena.

²²⁶ Art. 4.3 CP. Se atiende implícitamente.

²²⁷ MIR PUIG, *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Op cit, p. 98-104.

El sometimiento al principio de culpabilidad del comiso trae consigo que solo se podrá confiscar bienes a personas declaradas expresamente culpables por el ilícito como autor o partícipe y solo respecto aquellos bienes que sean de su titularidad, quedando fuera de su órbita el resto de enseres aun cuando contribuyeron a la ejecución o fue fruto de esta.

No se pronuncia así el art. 127 CP actual, pudiendo aprehender bienes sin sentencia y pertenecientes a terceros que no puede culpabilizárseles del injusto. En peor sentido se refiere a la futura reforma del CP, su artículo 127 ter, dado que de la lectura de su tenor literal se constata la posibilidad de imposición de decomiso sobre los bienes de personas sin necesidad de condena penal o cuando se le exige a un tercero sea o no de buena fe, la diligencia de percibir en el tráfico comercial de libre mercado, que los bienes que compra pueden ser de origen ilícito por el precio que tienen (art 127 quater).

Lo que confirma la ausencia de la culpabilidad en *lege data*, es decir, en la norma no se necesita la declaración de ser autor o partícipe, desvinculándose del sometimiento al principio de culpabilidad. Sin embargo, no aminora la necesidad de estar sometido al principio aunque de facto no lo esté. Choclán Montalvo²²⁸ asegura que los efectos e instrumentos no pueden obviar la figura de culpabilidad, por ello se impuso el principio de proporcionalidad en la normativa, concretamente en el art. 128 CP.

Vargas González²²⁹ no comparte esta posición al determinar que la postura correcta no es observar la culpabilidad del sujeto que posee el elemento patrimonial, sino que hay que atender a la peligrosidad de los objetos en sí independientemente del grado de culpabilidad, pues atiende al fundamento de la medida para evitar futuras comisiones de delito, esto en cuanto a efectos e instrumentos. Para las ganancias ha de regir la misma posición de peligrosidad, según defiende esta autora, de modo que la medida ha de suprimir la situación patrimonial ilícita. Por ello no se entiende el interés de la culpabilidad en este caso. Se aproxima esta postura a la medida de seguridad alejándose así del carácter sancionador que la medida posee.

²²⁸CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “el comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”. En ZARAGOZA AGUADO, Javier (Dir.) En: *Estudios de Derecho Judicial* (ejemplar dedicado a la prevención y represión del blanqueo de capitales), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 28, 2000, p. 340.

²²⁹VARGAS GONZÁLEZ, *El comiso en el patrimonio criminal*, p.295.

Es preciso hacerse eco del carácter sancionador que tiene la medida, estableciendo el comiso sustitutorio en caso de no lograr incautar aquellos efectos, instrumentos o ganancias directamente vinculados con el delito, siendo estos sustituidos por cualquier bien de similar valor.

5. Principio de Presunción de Inocencia

El principio a la presunción de inocencia está recogido expresamente en la CE de 1978 en el art. 24.2.I in fine. Se ha cuestionado si es realmente una presunción en sentido técnico jurídico²³⁰. Nos inclinamos hacia la posición de autores como Cobo del Rosal²³¹ que considera esta presunción como *iuris tantum*, en la que recae la carga de la prueba en quien pretende enervarla. Para ello, deberá hacer uso de material probatorio suficiente como poder remover este derecho fundamental, pues de no hacerlo con la suficiente eficacia operará el principio de *in dubio pro reo* como criterio de interpretación de la valoración de la prueba practicada.

Para el caso que aquí nos trae, es necesario que la actividad probatoria no solo se centre en la demostración del delito que da origen al proceso, sino que es preceptivo para declarar el comiso de efectos, instrumentos y ganancias que cada uno de los elementos patrimoniales que se ha dispuesto como perteneciente a la esfera del crimen quede suficientemente probado para garantizar así el derecho fundamental a la presunción de inocencia. De otra parte, no podrá hacerse extensiva la privación de derechos por su carácter sancionador que en él se erige sin haberse probado su origen ilícito o que fueron elementos necesarios para su perpetración en aplicación del criterio de *in dubio pro reo*.

Resulta que, con mucha frecuencia, no puede demostrarse con efectividad que las ganancias de las actividades delictivas son en realidad de este origen. Especialmente sucede en las organizaciones criminales que con frecuencia combinan sus actividades ilícitas con otras legales. Esta preocupación se ha refrendado por la comunidad internacional, recomendando la inversión de la carga de la prueba, eso sí, en perjuicio de las garantías que disciplinan nuestro ordenamiento penal. Así se hace patente en la

²³⁰ La falta de los elementos de las presunciones hace que algunos autores se cuestionen su naturaleza jurídica (hecho base, nexo lógico y hecho presunto) MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona, Ed. Aranzadi, 1999, p. 37, entre otros.

²³¹ COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DIEZ, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Derecho Procesal Español*. Madrid, CESEJ-Ediciones, 2006, p. 77

Convención de Viena de 1988, de Palermo en 2000, Mérida en 2003 y por supuesto DM 2005/212/JAI condicionado siempre a su adecuación con el derecho interno.

El art. 3.2 c) de la Decisión Marco atrás nombrada, se ha creado en España la base jurídica por la que presume que aquellos bienes que no pueda ser probado su origen legal provendrán de actividades ilícitas.

Para ello se estableció una presunción legal, dispuesta en el art. 127.1.II del CP actual, que habilita la confiscación en los delitos perpetrados en el seno de una organización criminal, mediante la presunción de que si no puede probarse su origen lícito se entenderá que nacieron del crimen ejecutado por estos grupos.

Por lo tanto no se requiere una afección expresa de del objeto a la comisión criminal, simplemente la condena del titular y que no pueda probar la licitud del bien.²³²

Estas presunciones aumentan exponencialmente en la nueva reforma del CP, pasando de originarse una presunción única y exclusivamente en el seno de la organización criminal o terrorista, cuya fundamentación radicaba en la imposibilidad fáctica de probar su ilegalidad, a expandirse a todo individuo condenado por la lista de delitos en la que se configura el nuevo comiso. Se impone una presunción legal en el art. 127 bis 2 en el que se valoran especialmente una serie de indicios que motivan una posible inversión de la carga de la prueba.

A continuación se ha de valorar la cabida constitucional que posee tanto la redacción actual como la próxima reforma. Para hallar un dictamen bien fundamentado se ha de tener por sabidas algunas consideraciones generales respecto a las presunciones en el Derecho Penal Español. Puede el legislador o el órgano judicial conocer de forma directa de un hecho a través de la actividad probatoria a la que es sometido, o bien hacerlo de forma indirecta, es decir, siendo probado un hecho que a su vez por medio de las máximas de la experiencia lleve a la conclusión de que necesariamente ocurrió el hecho presunto porque serán la forma normal en la que se suceden los hechos²³³.

²³²QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La reforma del comiso (art.127 CP)”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*. Navarra, Editorial Aranzadi SA, 2010, p.108.

²³³ STS de 24 de mayo de 2004. “La presunción se conforma entorno a tres datos o parámetros: la afirmación base –el hecho demostrado-; la afirmación presumida –el hecho que se trata de deducir-; y el nexo de ambas afirmaciones con arreglo a un lógico criterio humano, estando construido este criterio por las reglas de la sana crítica de las usadas para la valoración de otros medios de prueba”

Descritos los caracteres de la presunción, existen dos clases: las que plantea el legislador mediante la ley y aquellas que deduce el juzgador en el proceso. En cuanto a las legales, pueden ser *iure et de iure*, es decir de pleno derecho o *iuris tantum*, las cuales admitirían prueba en contra. Para las presunciones que realiza el juzgador se les denomina *hominis*²³⁴ y su valoración entraña que el hecho resulta probable a menos que se deduzca su certeza o se trate de varias presunciones deducidas de indicios graves, precisos y contundentes.

Nos centraremos en la explicación de las presunciones legales, pues es objeto de este trabajo el análisis del tipo que regula el comiso. Bien es conocido que nuestro Derecho Penal admite la prueba indiciaria como prueba de cargo, si bien para ello deben darse una serie de circunstancias²³⁵. Si bien, resultaría preceptiva la prueba directa en todos los casos para condenar, por lo que resultaría casi imposible el ejercicio efectivo del *ius puniendi* del Estado.

Realmente lo que nos ocupa es determinar si a partir de esa prueba indiciaria se constituye una presunción que puede dar lugar a una inversión de la carga de la prueba vulneradora del derecho a la presunción de inocencia del imputado. En relación con esta cuestión, se formulan varias líneas doctrinales. La primera constituida por autores como Rosenberg²³⁶ explica que no resulta una inversión de la carga de la prueba en sí las presunciones, pues aunque atenúan la carga probatoria de la acusación, es decir, relajan el acervo probatorio, sigue siendo necesaria la práctica y aportación de prueba para demostrar la certeza del indicio.

Por otra parte, hay quien defiende que la presunción desplaza la carga probatoria hacia la parte que, de no existir esta, no estaría obligada a probar su inocencia²³⁷. Aunque es cierto que aun así debe probarse la certeza del indicio, en ocasiones como la

²³⁴ ROCHA DEGREEF, Hugo. *Presunciones o indicios en el juicio penal*. Buenos aires. Ed. Ediar, 1986, p. 116. “Las llamadas presunciones *hominis* (de hombres o simples) son las que el juez establece por el examen de los indicios según su ciencia y su conciencia, vale decir sin sujeción a ningún criterio legal... son las consecuencias que el juez, según su prudencia o arbitrio, deduce de un hecho conocido para establecer un desconocido por las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho principal que se examina... en general se admite que esa apreciación se hará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.”

²³⁵ STS 2029/2001 de 6 de noviembre entre muchas otras (Requisitos de la prueba indiciaria)

²³⁶ ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba, Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1956, p. 195

²³⁷ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba en la sociedad del riesgo*. Madrid, Marcial Pons, 2004, p110.

que detenta la nueva redacción del art. 127 bis 2²³⁸ queda muy alejado remover el indicio que recae sobre el procesado, de la lógica de experiencia que se exigiría en una valoración judicial.

Por ello se debe rechazar esta nueva disposición que somete a todos los individuos a una inversión de la carga de la prueba desmesurada, atentando frontalmente contra el derecho de presunción de inocencia que nuestra constitución ampara. Podrían ocasionarse grandes déficits de justicia pensando, por ejemplo, el caso del trabajador del calzado que ha estado sometido a lo largo de su vida profesional a la precariedad del trabajo en economía sumergida, y aunque ha podido ganar un salario, no todo estuvo sujeto a las normas de fiscalidad y de la Seguridad Social. Pasados los años obtuvo diversos bienes por su actividad profesional. Sin embargo, por devenires de la vida incurre en un tipo penal de los relacionados con el art. 127 bis 1 y es condenado. Después de la práctica de la prueba se muestra como certeza que no pudo sufragar por medio de su actividad profesional la mayoría de sus bienes, por lo que, en virtud del art 127 bis 2. 1º se verá privado de sus bienes que nada tenían que ver con su actividad delictiva.

Este es uno de los motivos por los que dichas presunciones de carácter genérico pueden llevar a cabo injusticias, máxime si se es consciente de la situación de precariedad y existencia de economía sumergida de origen lícito. Caso distinto es la actual presunción que contiene el art 127.1.II actual pues constriñe la presunción a organizaciones criminales y terroristas que aunque denota rasgos de derecho penal de autor son más nocivas para la paz social.

6. Principio Acusatorio.

El principio acusatorio no está expresamente contenido en la CE, no obstante se considera inmerso en el art. 24.2 CE, donde se declaran una serie de garantías

²³⁸ 127 bis 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.

procesales como son el derecho de defensa, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a un proceso con todas las garantías. Todos estos son parte del principio a la tutela judicial efectiva donde se desarrolla en sí el principio acusatorio. De las virtudes de este principio se instaura la independencia del juzgador y la acusación por esto no se podrá, por ejemplo, condenar por pena superior o delito distinto al solicitado por la acusación.

Al ser una consecuencia accesoria sometida al principio acusatorio, como se ha dicho con anterioridad. Por ello, es preciso e imprescindible que las acusaciones lo soliciten expresamente durante el proceso, puesto que en ningún caso podrá acordarse de oficio la imposición del comiso sobre los bienes de lícito comercio. Además dicha solicitud por la acusación no puede ser genérica pues a fin de garantizar el derecho de defensa del procesado deberá concretarse en bienes concretos y motivar su vinculación con las actividades delictivas en la que se haya visto incurso el procesado y los bienes en cuestión. De otro modo no podría la defensa rebatir los argumentos y proceder a practicar prueba sobre las confiscación de bienes. En este sentido hay consenso entre la doctrina²³⁹ y la jurisprudencia²⁴⁰ en que no cabe la determinación del decomiso de oficio por las razones aquí expuestas.

Es un asunto controvertido la necesidad de una petición expresa por la acusación de decomiso de aquellos bienes de ilegales o bien peligrosos. Existe aquí una dicotomía de percepciones. Así la jurisprudencia, por ejemplo, en la STS N° 418/2001 de 12 de marzo, en la cual resultó que MF no solicitó en un caso de tráfico de drogas la incautación del dinero ni los estupefacientes, de modo que el órgano jurisdiccional acordó la procedencia del comiso solo en el caso de las drogas, al considerar que no resulta facultativa esta opción, al ser un elemento ilícito al cual se ha de dar el destino que acuerde el tribunal. Compartiendo esta postura, se postula Zaragoza Aguado²⁴¹, entendiéndose que la ausencia de petición no impide el comiso de géneros prohibidos o de ilícito comercio. En otro sentido, Vargas González se decanta por la opción de que solo

²³⁹MANZANARES SAMARIEGO, José Luis, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”. En: *Actualidad Penal*, Revista semanal técnico-jurídica de Derecho Penal, Madrid, Ley Actualidad SA, N°24, semana del 6 al 15 de junio de 1997, pp. 536-537. GARCÍA ARÁN, Comentarios del Código Penal. Parte General, (incorporada la reforma producida por LO 5/2010, de 22 de junio) op cit p. 970 y otros.

²⁴⁰ SSTs 536/2000 de 27 de marzo, 343/2003 de 7 de marzo, 640/2011 de 21 de junio y muchas otras.

²⁴¹ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMUDEZ, Salvador, *Cuadernos de Derecho Judicial*, (ejemplar dedicado a: las últimas reformas penales II) Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro Documental Judicial, X-2006, pp. 48-49.

será posible cuando la norma prevea un destino para el bien expresamente, como se deduce del art. 374 CP. “*De no ser así y a pesar de la peligrosidad del bien, será necesario respetar el principio acusatorio*”²⁴². Nuestra postura concuerda con el primer autor y el respaldo jurisprudencial, pues la segunda opción incurre en el error de confundir la peligrosidad del objeto con la pertenencia o no al lícito comercio. De modo que por su pertenencia al mercado negro ha de ser removido de la circulación comercial puesto que en sí entraña peligrosidad para los bienes jurídicos afectados, aunque no se haya previsto de forma expresa por la ley un destino adecuado a estos.

La necesidad de contradicción que supone el decreto de comiso supone la exigencia de dar audiencia tanto al autor o participe sobre el que recayese la imposición de confiscación como sobre el tercero que puede ser privado del bien, ya que es necesario garantizar la defensa de éste²⁴³. Respecto a los autores o participes del delito, que son ya parte del proceso, ha de ser sustanciado durante este la procedencia o no del decomiso pues está sometido a juicio contradictorio. Para los terceros que en sí no están presentes en el proceso pues no se figura en la LECrim figura procesal que se ajuste a esta circunstancia, sin embargo se ha ido realizando mediante aplicación analógica del precepto 615 y ss. LECrim por los que se regula la responsabilidad civil de terceros en el proceso penal, respaldando la jurisprudencia²⁴⁴ minoritaria que sí no se le trae al proceso vulnera su derecho fundamental a la defensa. Pero no siempre se ha traído al tercero al proceso y compensando las deficiencias de una técnica procesal defectuosa se ha permitido que en la fase de ejecución pueda el tercero hacer valer mediante audiencia su ajenidad sobre el bien encausado²⁴⁵. Ahora bien, el TC se ha pronunciado en contra cuando conociendo la sustanciación de un proceso desde sus comienzos el tercero ajeno no se postuló como parte el mismo, entendiendo que no se ha vulnerado su derecho de defensa porque no se le privó de poder ejercerlo²⁴⁶. Para nuestra forma de ver el derecho de defensa no es satisfecho con la única posibilidad de recurrir una sentencia que haya decretado el decomiso, pues es en juicio oral donde se ha de hacer valer la prueba de ser poseedor de buena fe. Tal como reza el art.741 LECrim en su párrafo primero ha de dictar sentencia conforme la prueba practicada en juicio oral, de forma que privada de

²⁴² VARGAS GÓNZALEZ, *El comiso en el patrimonio criminal*, p 299.

²⁴³ STC 92/1997 de 8 de mayo y STS 99/2008 de 6 de febrero.

²⁴⁴ STS 1349/2002 de 19 de julio.

²⁴⁵ STSS 1081/1997 de 23 de julio y 475/2004 de 7 de abril.

²⁴⁶ STC 145/1990 de 1 de octubre. Al interesado no se le priva “de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa del real derecho”

esta actividad probatoria y atendiendo al principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo no podrá declararse el comiso en estos casos, pues de no estar en el proceso no puede recaer sobre este ningún tipo de medida de carácter sancionador.

De la afirmación se extrae quien posee la legitimación activa en cuanto a los bienes de un tercero incurso en medida confiscatoria. ¿Puede impugnar la medida el autor o participe distinto del tercero quien o bien ha de ser el propio perjudicado el que se oponga a la confiscación? En nuestra opinión responde a un problema de legitimación y por tanto al no tener interés directo sobre el bien no podrá proceder a impugnar quien no ostenta título de propiedad sobre este. No obstante surgen otros puntos de vista sobre esta materia²⁴⁷.



²⁴⁷ A favor de nuestra postura STS 1349/2002 de 19 de julio y 1074/2004. En contra 475/2004 de 7 de abril.

CONCLUSIONES

1. La primera conclusión que se extrae del presente trabajo tiene relación con los movimientos sociológicos cambiantes en nuestro entorno. De hecho, se percibe la entrada en una nueva etapa de la postmodernidad llamada la sociedad del riesgo, abandonando la etapa de la modernidad conocida como la industrialización. Ello trae consigo una nueva forma de percibir el mundo y focaliza las pretensiones sociales en aspectos diferentes de la etapa anterior. De modo que será la seguridad lo pretendido, como forma de neutralizar los nuevos riesgos que preocupan a los ciudadanos, dejando atrás los anhelos de igualdad que se constataban en el periodo anterior.

Todo esto afecta de manera importante en nuestro derecho, especialmente en el penal que actúa como método de control social. En la medida que nos alejamos de los antiguos postulados, donde el Estado es visto como un ente peligroso que puede llegar a cohibir nuestra libertad, (propio del liberalismo) nos aproximamos a una nueva conceptualización del ente. Este es formulado como un aliado frente a los enemigos del sistema, de los que ya no nos importan los hechos que han cometido, sino que se intenta evitar aquellos, que por sus características sospechamos que van a cometer. En este marco la eficacia en la lucha contra el enemigo del sistema prima sobre las garantías del individuo, que pasan a un segundo plano.

2. El Comiso ha existido desde hace largo tiempo en nuestra legislación penal, sin embargo, durante su vigencia ha sufrido transformaciones en su naturaleza jurídica. Para poder explicar la trascendencia que posee la Institución entorno a su naturaleza, es necesario realizar un recorrido histórico. Como resultado de éste, se percibe una regularidad bastante amplia en el tiempo de considerar el comiso como una pena accesoria ligada a una principal. Por tanto, deberá estar sometido a los principios que se rigen en torno a la pena. No obstante, el cambio notable surge en la transformación de pena en consecuencia accesoria realizada en el Código Penal de 1995, donde se desvincula de la pena y permite conceptualizar el Decomiso abstraído del rigor que se somete a las penas en relación con los principios como el de proporcionalidad, culpabilidad y de responsabilidad personal. Se entiende entonces que estamos ante una tercera modalidad de sanción distinta a la pena y la medida de seguridad.

De forma marginal, nuestro derecho ha optado por la clasificación de la figura como medida de seguridad. Esto ha sido llevado a cabo en periodos de dictadura férrea, alejándose de los postulados de lo justo y bajo una temerosa arbitrariedad en su imposición.

3. El estudio de las finalidades que inspiran la figura del comiso, nos lleva a una dicotomía de posiciones según el elemento a decomisar. Si bien, para los efectos e instrumentos percibimos como axioma de evitar la peligrosidad, pero esta peligrosidad ha de ser vista en dos vertientes:

- Vertiente objetiva; se entiende que el bien es peligroso intrínsecamente, es decir, que por sí solo es peligroso, con independencia de quien ostente la titularidad o posesión del bien.
- Vertiente subjetiva; supone un examen entre el sujeto poseedor o titular y el bien en cuestión. Siempre llevando cuidado de no llegar al absurdo de decomisar bienes de fácil remplazo.

De modo que, el objetivo es privar al sujeto de elementos peligrosos que puede utilizar para dañar a la sociedad. Si es así, no tiene sentido decomisar efectos e instrumentos por valor equivalente, salvo que sean igualmente peligrosos.

Por otra parte, el fin del decomiso de ganancias queda relegado a impedir el enriquecimiento injusto. De este se percibe un fin reeducador, al despojar de las ganancias al infractor se envía un mensaje a la sociedad, advirtiéndole que no será fructífera la comisión de la infracción, y a su vez, inocuidador, al evitar que estos beneficios sean reinvertidos en la sociedad criminal.

4. Lo que atañe a la naturaleza jurídica de la figura del comiso, hemos discernido una serie de aspectos para definir su contenido. Este lo explicamos en tres apartados:

- El comiso es una medida de Derecho público: ya que la pérdida de posesión que sufre el particular es recibida por el Estado, que adoptó la medida mediante la fuerza de imperium que posee frente al infractor.
- El comiso es una medida punitiva o sancionadora: quizás en este sentido pueda suscitarse alguna discrepancia concerniente al decomiso de efectos e instrumentos, pues su finalidad, como avanzábamos, es evitar el peligro que generan estos bienes. No obstante, al adoptar el comiso por valor

equivalente, en lege data debemos reconducir la concepción hacia la sanción. Para las ganancias sucede algo similar, pues al establecer la restitución de la situación injusta, no procede la declaración de sanción. Ahora bien, la norma dispone que su adopción se realizará ante cualquier circunstancia, lo que evita que no se adopte en determinadas ocasiones, que aunque haya cometido la infracción no lleva a enriquecerse. Por lo que hemos de concluir que deviene sancionadora la figura.

- El comiso como medida de derecho penal y no administrativo: como se viene explicando en el capítulo correspondiente, la medida pertenece al ámbito penal por decisión legislativa.

5. El derecho internacional ha jugado un papel muy importante en la configuración de nuestro comiso. La ONU, la UE y el Consejo de Europa, han dictado normas que España ha ratificado o transpuesto, según el caso.

Del análisis de los Convenios ratificados por España provenientes de las Naciones Unidas, se extrae la gran dificultad que conlleva elaborar previsiones normativas para el contexto mundial. La diversidad de ordenamientos jurídicos y sus características especiales, hacen que los instrumentos de NU deban ser generalistas y con carácter abierto. Ahora bien, esto no quiere decir, sin embargo, que carezcan de importancia, pues marca las pautas mundiales y la dirección del derecho en un determinado asunto. En lo relativo al comiso, estos Convenios han marcado tendencias como la recomendación a los Estados Parte para invertir la carga de la prueba. O bien, instaurando el decomiso autónomo. O definiendo los conceptos jurídicos que se recogerán dentro de las normas internas o regionales.

Para el Consejo de Europa se concretan con mayor efectividad las normas que traen sus Tratados, esto se debe a que se desarrollan en un contexto regional más localizado. Sin embargo, siguen adoleciendo de una armonización relativa al disponer en sus Tratados la libertad de formular reservas sobre sus preceptos. Otra característica de vital importancia recae sobre el concepto de ganancias de las cuales solo se afectan en estos Convenios las directas.

6. Las normas de la UE, bien merecen un apartado diferenciado del resto de normas internacionales. Es bien sabido por el lector que la trascendencia de la UE en

nuestro derecho es muy importante, más si cabe, después de permitir como competencia de la Unión legislar en materia penal.

La nueva incorporación del legislador europeo en materia penal, ha traído consigo una nueva concepción de bien jurídico protegido que está modificando los postulados clásicos que rigen en nuestro derecho interno. Estas modificaciones se están percibiendo con las normas que desde Europa llegan a los EEMM. Su nueva perspectiva de bien jurídico, puede conllevar colisiones con normas constitucionales internas, lo que supone un problema trascendental.

Antes que el TJUE objetara sobre el reparto de competencias en materia penal, que afectó de forma significativa a las normas sobre el comiso. Se previno del problema a través de Decisiones Marco, no obstante, no fueron contundentes en muchos aspectos, pero en esencia en lo que concierne a una adecuada transposición. Tras la jurisprudencia que declaraba como instrumento inadecuado las Decisiones Marco, y la aprobación del TFUE, donde permite la injerencia en determinadas áreas del derecho penal de los EEMM surge la Directiva 2014/42/UE.

Esta Directiva es el fundamento por el cual, el legislador español ha decidido modificar la Institución del comiso. La nueva concepción que vierte la norma europea, afecta varios extremos como son las definiciones. El cambio en el significado de producto, por ejemplo, arroja un nuevo alcance a los bienes que pueden ser decomisados.

Surge de la misma norma una ampliación significativa en cuanto al ámbito de aplicación de la medida. Esto va conectado con antiguas modalidades de comiso que se han aplicado a casos concretos como la delincuencia organizada, pero que esta nueva regulación expande el alcance a multitud de delitos realizados por sujetos que no necesariamente han de estar inmersos en una sociedad criminal, este es el caso del decomiso ampliado que ya puede ser adoptado en multitud de casos ajenos a las organizaciones delictivas. Es más, se pone en peligro el principio de presunción de inocencia, alterando la carga de la prueba mediante presunciones legales que facilitan la labor de acusación en detrimento del acusado.

Otros tipos de comiso que ya existían en nuestro ordenamiento se han visto afectado por la nueva norma, como en el caso del decomiso al inimputable, que se ve

expandido su ámbito de aplicación a los fugados, fallecidos o enfermos graves. En este proceso queda en entredicho el principio de responsabilidad penal personal.

Además, encontramos una nueva figura que permite el decomiso a terceros ajenos al proceso penal y que no recae sobre ellos la responsabilidad criminal. Esta fórmula trae consigo varios problemas como el principio de responsabilidad penal personal, o la observancia del principio de culpabilidad.

En general existe un relajamiento del acervo probatorio que trae consigo indefensión del procesado, facilitando la suficiencia de la prueba al imponer presunciones que recaen sobre la culpabilidad.

7. Para concluir el ámbito internacional, en especial lo referente a la UE, cabe decir que España tiene una actitud proeuropeísta, la cual impide una crítica severa sobre las normas que nos impone la OI. Esto es fruto del aislamiento que en el pasado se ha sufrido del resto del continente, que se ha traducido en unas ganas de agradar y estar integrado en sus decisiones.

8. Comenzamos con el análisis del tipo, lo que nos lleva a preguntarnos el significado de aquellos conceptos jurídicos que en él se exponen. Estas definiciones marcarán el alcance de los bienes que pueden ser decomisados.

- Los efectos son aquellos elementos patrimoniales que nacen a consecuencia del delito, como por ejemplo el dinero falsificado. En ocasiones puede el objeto del delito coincidir con los efectos, pero no todo objeto es efecto del delito. Por esta postura nos alejamos del doctrinal mayoritario, en defensa del principio de legalidad, pues hacer una interpretación demasiado extensiva ocasionaría una vulneración del principio. Además, pueden encajarse estos objetos en otras previsiones de la ley.
- Para los instrumentos, medios y bienes se ha de considerar aquellos con los que se ha preparado y ejecutado la infracción. De esta definición, hay quien aleja el objeto del delito de su contenido, no obstante, se ha de contener en ella los objetos por la amplitud que suponen los tres vocablos. Por otra parte, la doctrina mayoritaria observa necesario la demostración del elemento tendencial, es decir, la necesidad de

demostrar que el sujeto requirió de estos elementos y conocía su empleo para la ejecución del ilícito penal. Sin embargo, con la incorporación del decomiso por instrumentos en los delitos imprudentes debe decaer esta postura.

- Las ganancias, se deben considerar solamente aquellas que provengan del delito de forma directa, no obstante, hay quien piensa que la terminación del artículo “cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”, otorga la cobertura de aquellas ganancias que surgen de la inversión de las primeras obtenidas de forma directa por el delito.

9. Una vez son conocidos los conceptos jurídicos que se hallan en el tipo, hay que realizar un análisis de las clases de comiso que se encuentran en la norma. El comiso directo es el primero y consta de las siguientes transformaciones respecto de la normativa anterior:

- En primer lugar, ya no puede ser aplicado a las faltas porque desaparecen con el nuevo Código.
- Tampoco se requiere que los bienes sobre los que recae la medida pertenezcan al sujeto criminalmente responsable.
- Además, las ganancias indirectas quedan contenidas en el objeto de confiscación por valor equivalente, puesto que se permite decomisar “otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos”
- Por último, aunque no constituye novedad, la última cláusula se dedica a aclarar que el valor a tener en cuenta para calcular el valor económico de los mismos es el del momento de adquisición. Lo que conlleva a la aplicación del decomiso por valor equivalente por la diferencia de la disminución de valor, algo extraño si acudimos al concepto axiológico de la medida consistente en evitar el enriquecimiento injusto.

10. En esta conclusión se sustanciará los pormenores del decomiso ampliado, el cual ha sido objeto de una profunda modificación en esta reforma. Se irá desgranando los aspectos más relevantes de esta clase de comiso.

- La relación con los delitos imprudentes: se entiende que la nueva ubicación donde consta este tipo de decomiso, será su aplicación extensible a los delitos imprudentes, a diferencia de la regulación anterior.
- Sobre el principio acusatorio: cabe decir que al instaurar un precepto imperativo puede verse afectado el principio acusatorio, pues no será preceptivo para su adopción la solicitud por las partes.
- Los delitos sobre los que puede recaer el comiso ampliado aumentan considerablemente, extendiendo así el ámbito punitivo de la medida.
- Sobre el principio de presunción de inocencia y culpabilidad, cabe explicar que aunque se relaja el acervo probatorio al existir presunciones legales que facilitan la labor de acusación, el TEDH y el TC español, han corroborado la procedencia de la medida y su adecuación con nuestra norma suprema.
- Al proclamar en plural la exigencia de existencia de indicios objetivos, requerirá la existencia de al menos dos. Si bien, los indicios que se prevén expresamente no son los únicos que pueden darse, se establece así una regulación de *numerus apertus*.
- Al tratar en esta regulación la incidencia sobre los hechos delictivos similares que con anterioridad han sido sustanciados en un procedimiento penal, y establecer la posibilidad de decomisar los bienes de otros procesos en el actual, se da un claro caso de *ne bis in idem*, proscrito en nuestro derecho.

11. El comiso sin condena es una novedad que incorpora la nueva normativa. De este se extraen las siguientes características:

- El legislador interno no está respetando en nuestra opinión los postulados esgrimidos en la Directiva, pues establecer un proceso contradictorio de forma genérica, no responde a la necesidad de que este se sustancie por la vía penal, y además, sea de la misma clase como el que se hubiera llevado a cabo de poder estar presente el procesado.
- El peligro de la prescripción de los delitos al no hallarse el acusado en el axioma de la medida. No obstante, no es necesario que haya esta

circunstancia para llevarlo a cabo, puesto que así se prevé en la norma. Sin embargo, una adopción apresurada de la incoación del proceso de decomiso sin condena, puede generar indefensión ante el procesado que aun hallándose temporalmente ausente, tiene la pretensión de hacer valer su derecho en juicio.

- Asimismo, esta medida es de adopción facultativa, lo que implica que el juez deberá proceder cuando de den los fines para los que están previstos la norma.

Trae la norma la novedad de poder incoar este procedimiento para los fugados, los enfermos crónicos o los fallecidos.

12. El último tipo de comiso que añade la nueva norma es el comiso de terceros. Del cual constan los siguientes extremos:

- Se elimina la excepción del decomiso a terceros de buena fe, haciendo más restrictiva la connotación de esta figura que sí es protegida por la Directiva.
- Se cuestiona que el legislador haya optado de manera subsidiaria por la implantación del decomiso por valor equivalente, cuando no sea posible la incautación de los bienes y efectos directos del ilícito
- Para determinar el grado de certeza que ha de tener el tercero, la Directiva exige el conocimiento directo de la procedencia ilícita del bien, o una diligencia expresa al comprador que lo hiciera por precio inferior al del mercado. Pero en realidad, debería ser exigible para proceder al decomiso un conocimiento directo en todo caso.
- Para terminar, el tipo ofrece una presunción iuris tantum sobre la adquisición de bienes procedentes de personas condenadas, tal como la adquisición a título gratuito, o bien la diferencia de precio respecto al mercado.

13. La trascendencia que trae consigo las nuevas perspectivas sobre el derecho penal inciden en el comiso y a su vez en los principios que lo rigen. Por tanto, hay que tener en cuenta la incidencia que esta figura supone para estas premisas clásicas. Al haber considerado como sancionadora la medida del comiso, está sometida a los principios que recaen sobre las penas.

El principio de proporcionalidad está contemplado en el art. 128, por el que se gradúa la imposición del decomiso. Es preceptivo su sometimiento al principio, pues al

afectar a derechos fundamentales debe actuar como límite en la actuación del Estado. Es cierto que, aunque se aplica, no se impone correctamente, pues siempre será necesaria la aplicación de la medida al disponer del acuerdo total o parcial, y no dar opción a no ser acordado.

El principio de culpabilidad que en entredicho, pues al admitirse el decomiso sobre terceros y el decomiso ampliado, está la norma vulnera este principio siendo a todas luces inconstitucional. Pues una vez reconocido el carácter sancionador del decomiso se impone la necesidad de estar sometido a estos principios, al no cumplir deviene contrario a la norma suprema.

Al igual que el principio de presunción de inocencia, al que se le ha vapuleado de forma que ha quedado sin contenido. Pues al respaldar de forma tan abierta las presunciones que someten el precepto a una inversión de la carga de la prueba no acorde con la constitución. Si bien, ha sido justificada por la jurisprudencia, lo que no indica que se haya estirado tanto el concepto que haya perdido su contenido.

El principio acusatorio impide que el juzgador de oficio decrete el decomiso sin antes haber sido solicitado por la acusación. Asimismo, el principio de contradicción obliga a los tribunales hacer participes a los decomisados cuando estuvieran en una posición de tercería. Por último, hacer alusión a la necesidad de motivar el decomiso para poder llevarse a cabo es esencial, por el mismo carácter sancionador que ostenta la medida.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, Teresa. “Comiso: crónica de una reforma anunciada”. En: *InDret*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2014.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia. Derecho y corrección*. (José Antonio Seoane, Eduardo Soderó y Pablo Rodríguez trads.) Editorial Comares, Granada. 2005.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Ed. Paidós, Barcelona, 2002.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, 1993.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Et al. *Curso de Derecho Penal Parte General*, Barcelona Ediciones Experiencia SL, 2004.

BLANCO CORDERO, Isidoro “El comiso de ganancias: ¿Brutas o netas?” En: Diario la Ley, Editorial La Ley, Nº 7569, Sección Doctrina, martes 15 de febrero de 2011, Año XXXIII.

BLANCO CORDERO, Isidoro. “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos”. Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones e intercambio científico da Universidade Santiago de Compostela, Vol. XXVII, 2007.

BROTCKE, Wilfred, “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1997.

CARBONEL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: conceptos y principios constitucionales*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 3º edición, 1999.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio “Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)”. En: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (Ed.). *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada, Ed. Comares, 2004.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. “Capítulo 33. Comiso” En: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Memento Experto. Reforma penal de 2010. Ley Orgánica 5/2010*. Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre, SA, 2010.

CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de ganancias*, Madrid, Dykinson, 2001.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La investigación del patrimonio de origen criminal*. En: MARCHENA GÓMEZ, Manuel (Dir.) *Estudios de Derecho Judicial*, (Ejemplar dedicado a: El juez de instrucción y el juez de garantías: posibles alternativas) Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Nº 42, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “el comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”. En ZARAGOZA AGUADO, Javier (Dir.) En: *Estudios de Derecho Judicial* (ejemplar dedicado a la prevención y represión del blanqueo de capitales), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Nº 28, 2000.

COBO DEL ROSAL, Manuel; QUINTANAR DIEZ, Manuel; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Derecho Procesal Español*. Madrid, CESEJ-Ediciones, 2006.

DE DOMINGO PÉREZ, Tomás. *Justicia transnacional, memoria histórica y crisis nacional*. Thomson Reuters, Primera Edición, Pamplona, 2012.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad?”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*.2009, Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

DUBÁN SICILIA, Luis. ”Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (comentario de la Ley 4 /2010, de 10 de marzo para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)”. En: MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio (Dir.). *Noticias de la Unión Europea*. No indica ciudad, Wolters Kluwer España S.A., Nº 316, Año XXVII, mayo 2011.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Art. 127-129”. En: CORDOBA RODA, Juan; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Comentarios del Código Penal Parte General*. (Incorpora la reforma producida por la LO 5/2010, de 22 de junio), Madrid, Marcial Pons, 2011.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Cívitas Ediciones, SL, Tomo II, Reimpresión de la 10ª Edición, 2001.

GASTÓN INCHAUSTI, Fernando. “mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes”. En: Cuadernos Digitales de Formación. Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Vol. 6, 2010.

GASCÓN INCHUASTI, Fernando. *El decomiso transfronterizo de bienes*, Madrid, Editorial Colex, 2007.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba”. En: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio; ORTELLS RAMOS, Manuel Pascual (Dir.). *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho Procesal*. Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Vol. I, 2006.

GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier. “De lege ferenda”. En: GÓMEZ BERMÚDEZ, Salvador Francisco Javier (Dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial*. (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales II). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, X-2006.

GONZÁLEZ CUSSAC, José. “Decomiso y embargo de bienes”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán; CRESPO BARQUERO, Pedro (Coords.) *Boletín de información. La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*. Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Suplemento al Nº 2015 de 15 de junio de 2006, Año LX.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia, Tirant lo Blach, 1996.

INIESTA PASTOR, Emilia. *El Código Penal Español de 1848*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. Barcelona, Ed. Ariel, 6ª Edición, 1990.

MANZANARES SAMARIEGO, José Luis. *Código Penal (Adaptado a la LO 5/2010, de 22 de junio) Comentarios y jurisprudencia*, Granada, Editorial Comares, Tomo I, Parte General, 2010.

MANZANARES SAMANIEGO, “Las penas patrimoniales en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal”. En: *Documentación Jurídica*. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal. Madrid, Gabinete de Documentación y Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Volumen 1, Enero/Diciembre, 37/40, 1983.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. “La pena de comiso”. En: *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Escuela de Estudios Penitenciarios, Año XXXIII, Nº 216-219, enero-diciembre de 1977.

MANZANARES SAMARIEGO, “El comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto del Código Penal”, En: *Boletín del Ministerio de Justicia*. Nº 1342, 25 de marzo de 1984.

MANZANARES SAMARIEGO, José Luis, “Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros”. En: *Actualidad Penal*, Revista semanal técnico-jurídica de Derecho Penal, Madrid, Ley Actualidad SA, Nº24, semana del 6 al 15 de junio de 1997.

MAPELLI CAFFARENA, Borja “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal” En: *Revista Penal*, Barcelona, Editorial Praxis S.A. en colaboración con la Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla la Mancha, Año 1, Nº 1, 1998.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, Cívitas S.A. 3ª Edición, 1996.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona, Ed. Reppertor, 7ª Edición, 2004, p. 49.

MIR PUIG, Santiago. Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid, Iustel, 2011.

MONTAÑES PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona, Ed. Aranzadi, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 7º Edición revisada y puesta al día, 2007.

OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. “Una propuesta de regulación del comiso”. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*. Navarra, Ed. Aranzadi, Nº 14, Año 2005.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “El comiso”. En: *Diario de la Ley*, Madrid, Editorial La Ley, Nº 5595, Sección Doctrina, 5 de marzo de 2002, Año XIII.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba en la sociedad del riesgo*. Madrid, Marcial Pons, 2004.

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*. Madrid, Imprenta y fundación Manuel Tello, 6º Edición corregida y aumentada. Tomo I, 1888.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*. Madrid, Iustel, 2007.

PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina, “Título VI. De las consecuencias accesorias”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Comentarios al nuevo Código Penal, Navarra, 3º edición, Aranzadi SA, 2004.

PUENTE ABA, Luz María, “La regulación del comiso en el proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal”. En: *Actualidad Penal*, Madrid, La ley, Nº 39, Tomo 2003-3 (correspondiente a los números 31 a 47-48) 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La reforma del comiso (art.127 CP)”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*. Navarra, Editorial Aranzadi SA, 2010.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. “La transformación jurídica del comiso: de la pena a la consecuencia accesoria”. En: *Estudios Penales Criminológicos*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e intercambio científico da Universidade de Santiago de Compostela, N° XXIV, 2002-2003.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. “Libro I, Título VI (art. 127)”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord.) *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra Editorial Aranzadi S.A. 4ª Edición, 2005.

ROCHA DEGREEF, Hugo. *Presunciones o indicios en el juicio penal*. Buenos aires. Ed. Ediar, 1986.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José. “4. Novedades introducidas por la reforma de 2003”. En: PRATS CANUT, Josep Miquel; MORÁN MORA, Carolina. “Título VI. De las consecuencias accesorias” En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); MORALES PRATS, Fermín (Coord) *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra, Aranzadi SA, 3ª Edición, 2004.

ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba, Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1956.

SAAVEDRA RUIZ, Juan. Título VI. De las consecuencias accesorias. En: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.) *Comentarios del nuevo Código Penal*, Barcelona Editorial Bosch, SA, Tomo II, 2007.

SILVA FORNÉ, Diego. “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador”. En DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María, et ál, *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos S.A. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Ed. Cívitas, 2001.

SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Navarra. Ed. Aranzadi S.A., Tomo I, 5ª Edición, 2008.

VARGAS GONZÁLEZ, Patricia, *El comiso en el patrimonio criminal*. Salamanca, Tesis doctoral, 2012.

VICENTE Y CARAVANTES, José. *Código Penal Reformado; comentado novísimamente*. Madrid. Librerías de Don Ángel Calleja, Editor, 1851.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge. “El comiso de la ganancias provenientes del delito y de otros bienes equivalentes a éstas”. En: *Revista Penal*, N° 19, 2007.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En: GÓMEZ BERMUDEZ, Salvador, Cuadernos de Derecho Judicial, (ejemplar dedicado a: las últimas reformas penales II) Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro Documental Judicial, X-2006.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “Artículo 301”, Comentarios del Código Penal, 2º Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.



TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

<i>TRIBUNAL, SALA Y FECHA</i>	<i>NÚMERO</i>	<i>MAGISTRADO PONENTE</i>	<i>PARTES</i>
STS, sección 1º, de 1 de julio	397/2008	Juan Ramón BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE	
STS, sección 1º, de 25 de abril	314/2007	Clemente AUGER LIÑAN	
STS, sección 1º, de 27 de enero	16/2009	Juan Ramón BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE	
STS, de 20 de septiembre	1528/2002	Enrique ABAD FERNÁNDEZ	
STS, de 20 de enero	56/1997	Luis Román PUERTA LUIS	
STS, de 28 de abril	594/1997	Joaquín DELGADO GARCÍA	
STS, de 24 de mayo	691/2004	Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ	
STS, de 6 de noviembre	2029/2001	José Ramón SORIANO SORIANO	
STS, de 12 de marzo	418/2001	Luis Román PUERTA LUIS	
STS, de 27 de marzo	536/2000	Enrique ABAD FERNÁNDEZ	
STS, de 7 de marzo	343/2003	Julián SÁNCHEZ MELGAR	
STS, de 21 de junio	640/2011	Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA	
STS, de 19 de julio	1349/2002	José Antonio MARAÑÓN CHAVARRI	
STS, de 6 de febrero	99/2008	José Antonio MARTÍN PALLÍN	
STS de 23 de julio	1081/1997	Carlos GRANADOS PÉREZ	
STS, de 7 de abril	475/2004	José APARICIO CALVO-RUBIO	
STS, de 24 de junio	1074/2004	Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LAURCA	
STS, 1º, de 7 de febrero	77/2007	Juan Ramón BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE	
STS, 1º, de 1 de julio	397/2008	Juan Ramón BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE	

STS, de 1 de febrero	11/2011	Juan Ramón BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE	
STS, 1º, de 13 de febrero	227/2013	Antonio DEL MORAL GARCÍA	
STS, 1º, de 26 de junio	535/2012	Cándido CONDE PUMPIDO TOURON	
STC, 1º, de 27 de noviembre	157/1985	Francisco RUBIO LLORENTE	
STC, de 19 de febrero	21/1987	Carlos DE LA VEGA BENAYAS	
STC, de 22 de mayo	65/1986	Ángel LATORRE SEGURA	
STC, de 4 de julio	150/1991	Luis LÓPEZ GUERRA	
STC, de 28 de marzo	55/1996	Carles VIVER PI-SUNYER	
STC, 1º, de 26 de febrero	61/1997	Desconocido	
STC, de 20 de julio	136/1999	Carles VIVER PI-SUNYER	
STC, de 8 de mayo	92/1997	Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA	
STC, de 1 de octubre	145/1990	José GABALDÓN LÓPEZ	
STC, de 3 de julio	219/2006	Francisco Javier DELGADO BARRIO	
STC, 1º, de 3 de julio	220/2006	Francisco Javier DELGADO BARRIO	
TJCE, de 13 de septiembre de 2005	C-176/03	Romain SCHINTGEN	Caso Comisión de las Comunidades Europeas vs. Consejo de la Unión Europea
TEDH, 4º, 23 de septiembre de 2008	TEDH/2008/61		Caso Grayson y Barnham vs. Reino Unido
TEDH, 3º, 1 de marzo de 2007	TEDH/2007/66034		Caso Geerings vs. Países Bajos
Bundestag Alemán, 30 de junio de 2009			Sobre la ratificación del Tratado de Lisboa

