

**LA NUEVA REGULACIÓN DEL DECOMISO EN EL CÓDIGO PENAL TRAS
LA LEY ORGÁNICA 1/2015. LA OFICINA DE RECUPERACIÓN Y GESTIÓN
DE ACTIVOS.**

María Jesús Muñoz Company

*Abogado Fiscal Sustituta adscrita a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de la Región de
Murcia.*

Criminóloga.

Socia FICP.

Mail:maramu43@gmail.com

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO Y NATURALEZA. 3. CLASES: 3.1. Decomiso directo. 3.2. Decomiso por sustitución. 3.3. Decomiso Ampliado. 3.4. Decomiso sin condena. 3.5. Decomiso de bienes de tercero. 4. LA OFICINA DE RECUPERACIÓN Y GESTIÓN DE ACTIVOS. 5. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El decomiso de los frutos del delito es uno de los objetivos principales de la intervención penal. Se trata de una figura pensada para incautar los efectos y las ganancias derivadas de la conducta delictiva, sobre todo en los delitos de narcotráfico y relativos al crimen organizado. Con la nueva regulación que pasamos a analizar, el legislador busca darle a la investigación patrimonial y al decomiso el protagonismo que merecen en la lucha contra la vertiente económica de esta delincuencia, consiguiendo con ello “estrangular” estas estructuras en el ámbito financiero. Y con este fin, se crea la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, con una importante función de asesoramiento de los órganos encargados de la investigación criminal, para asegurar que los embargos y decomisos acordados sean tan efectivos como eficaces.

PALABRAS CLAVE: Decomiso. Efectividad. Delincuencia organizada. Legislación internacional. Clases de decomiso. Localización y recuperación de efectos.

I.INTRODUCCIÓN.

La figura del decomiso surge como un elemento importante en la lucha contra el crimen organizado y el narcotráfico, pero hasta la reforma del Código Penal del año 2010, ha sido una cuestión penal de segundo orden¹. En la tradición penal española, el porcentaje de criminalidad a la que era posible incautar instrumentos o bienes que tuvieran algún valor, era muy bajo. Además, la idea de decomisar los efectos e instrumentos de los delitos pareció siempre una obviedad, que no necesitaba de especiales explicaciones, y que tampoco era el espacio jurídico en el que pudiera desarrollarse una política criminal específica². Como consecuencia del incremento de las conductas de blanqueo de capitales, delitos contra la salud pública y la delincuencia organizada transnacional, la figura del comiso (así llamada, hasta la reciente reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2015), cobra una mayor importancia, siendo su finalidad la incautación de efectos, instrumentos y ganancias de los delitos, y dotar de mayor efectividad, operatividad y eficacia a las investigaciones que tienen por objeto la identificación e incautación de los productos y las ganancias que tengan un origen criminal³.

Se puede decir que el decomiso de los bienes utilizados en la actividad criminal u obtenidos como consecuencia del delito, es una respuesta del Estado frente a la infracción penal, cuyo reforzamiento se insta con vehemencia en el ámbito internacional y supranacional europeo como arma imprescindible de lucha, sobre todo, contra la delincuencia organizada, con finalidad preventivo general (disuasión) y preventivo especial (privación de medios para la comisión de futuros delitos)⁴.

En el ámbito internacional se ha regulado esta materia ya desde antiguo:

¹ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. “*Novedades del decomiso introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y por la Ley 41/2015.*” Enero 2016. www.elderecho.com Pág. 1

²QUINTERO OLIVARES, G. “*El procedimiento especial y autónomo para el comiso.*” *COMENTARIO A LA REFORMA PENAL DE 2015.* Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2015. Pág. 297

³ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. “*Novedades del decomiso introducidas...*” Ob. Cit. Pág. 1

⁴ MARCHENA GOMEZ, M. y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. “*La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015.*” Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas. Madrid, 2015. Pág. 439

- Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, aprobada en Palermo el 13 de diciembre de 2000.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada en Mérida el 9 de diciembre de 2003⁵.

En el ámbito de la Unión Europea destaca la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, que modifica y amplía las disposiciones de la Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y las de la Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁶.

En nuestro derecho, la reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, modificó el artículo 127 dando una amplitud al decomiso hasta entonces desconocida. Ya en 2007, se introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 367 septies por el que se contemplaba la posible existencia de oficinas de recuperación de activos, aunque se restringía la modificación legal a los frutos de las actividades de la criminalidad organizada⁷. La citada Directiva 2014/42/UE establece en su Considerando Primero que *“la motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros. Por consiguiente, es necesario dotar a las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto de delito. Sin embargo, la prevención y la lucha eficaces contra la delincuencia organizada deben alcanzarse neutralizando el producto del delito, y ampliarse, en ciertos casos, a cualquier bien que proceda de actividades de carácter delictivo”*⁸. La misma Directiva establece la obligación de los Estados miembros de

⁵ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. “Novedades del decomiso introducidas...” Ob. Cit. Pág. 1

⁶ LIGHTOWLER-STALHBERG, P. “La configuración del decomiso tras la reforma de Código Penal de 2015.” www.derechoyperspectiva.es Enero, 2016. Pág. 1

⁷ QUINTERO OLIVARES, G. “El procedimiento especial y autónomo para el comiso.” Ob. Cit. Pág. 298

⁸ LIGHTOWLER-STALHBERG, P. “La configuración del decomiso tras la reforma de Código...” Ob. Cit. Pág. 2

permitir el decomiso de bienes procedentes de una actividad delictiva anterior con base en ciertos indicios (art. 5); de posibilitar el decomiso de instrumentos o productos del delito en poder de terceros (art. 6); de disponer “*las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos*” del delito en los supuestos en los que no pueda efectuarse el enjuiciamiento de la responsabilidad penal en unas determinadas condiciones (art. 4). Para la transposición de esta Directiva, se han modificado los artículos 127 y siguientes del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y se ha introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, en el Libro IV de dicho texto legal, un Título III ter con la denominación “*De la intervención de terceros afectados por el decomiso y del procedimiento de decomiso autónomo*”, dividido en dos Capítulos dedicados a regular por separado cada una de las materias. En ambos textos legales, el legislador ha efectuado una trasposición de la normativa europea más amplia que la requerida por el Derecho de la Unión Europea, al establecer un ámbito de aplicación de la normativa más extenso, en relación a cualquier delito, armonizado o no⁹. La ampliación del comiso no se inspira en una relación entre el delito juzgado y los bienes que posee el acusado, sino en una apreciación basada en indicios objetivos, de que los bienes que están en poder del responsable de un delito, han de proceder de otras actividades delictivas y para una mejor práctica de esta apreciación, se incorporan criterios que pueden ser tenidos en cuenta¹⁰. La influencia de la normativa europea es obvia, porque el legislador adopta la terminología en ella expresada, al sustituir el término “comiso”, como tradicionalmente se había conocido a esta figura, por el de “decomiso”¹¹.

Por último, y en cuanto a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, la ya citada Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su Disposición Final Primera, añadió el artículo 367 septies a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que ya se contempló la creación de una Oficina de Recuperación de Activos. Sin embargo, dicha Oficina finalmente no se creó y ha sido, cinco años después, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del

⁹ MARCHENA GOMEZ, M. y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. “*La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*”. Ob. Cit. Págs. 439 a 441.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G. “*El procedimiento especial y autónomo para el comiso.*” Ob. Cit. Pág. 299

¹¹ LIGHTOWLER-STALHBERG, P. “*La configuración del decomiso tras la reforma de Código...*”. Ob. Cit. Pág. 2

Código Penal, la que manteniendo la previsión del artículo 367 septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, crea dicha Oficina, dándole una nueva denominación, al añadir la “gestión” de activos, en la medida en que a su inicial función de localización y recuperación de bienes, añade la de administración y gestión de los mismos. Esta Oficina se regula en el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, y la estudiaremos en el último epígrafe del presente trabajo.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA.

El decomiso ha sido definido como: “la confiscación definitiva por parte del Estado de los bienes, medios o instrumentos utilizados para preparar o ejecutar el delito así como de los efectos y las ganancias derivadas del mismo¹²”. Es una pena o medida cautelar ordenada por un tribunal como consecuencia de una infracción penal que consiste en la privación permanente de un bien relacionado con el delito, ya sea el arma, efectos, instrumentos, medios de transporte empleados para su comisión o las ganancias obtenidas en el mismo, para adjudicarlos al Estado¹³. La anteriormente citada Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos de 1988, lo define en su artículo 1 como “*la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente*”.

La doctrina ha distinguido tradicionalmente entre un concepto amplio de comiso y uno estricto¹⁴. El primero, referente a cualquier expropiación de un bien acordada por una autoridad competente como consecuencia jurídica de un acto prohibido por la Ley; y, el segundo, como la privación definitiva acordada por un Tribunal penal respecto de un bien por razón de ser objeto, instrumento o producto de un delito.

La imposición del decomiso se encuentra sujeta a ciertas garantías, y debe regirse fundamentalmente por el principio acusatorio y la contradicción en el proceso. Además, es necesario que en la sentencia en la que se decreta el decomiso, se pruebe, salvo las excepciones que veremos, la conexión entre el bien a decomisar y el concreto delito¹⁵.

Por lo que respecta a su naturaleza, hemos de decir que actualmente el decomiso es caracterizado como una consecuencia accesoria de la pena, lo que parece configurarle

¹² RODRIGUEZ HORCAJO, D. “*Consecuencias accesorias.*” *MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL*. Francis Lefebvre. Madrid, 2015. Pág. 649

¹³ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. “*Novedades del decomiso introducidas...*” Ob. Cit. Pág. 1

¹⁴ CAMPOS NAVAS, D. “*El comiso y el blanqueo de capitales.*” Cuadernos digitales de formación. Núm. 8. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. Pág. 3

¹⁵ RODRIGUEZ HORCAJO, D. “*Consecuencias accesorias.*” Ob. Cit. Pág. 654

como una institución que se enmarca en una tercera especie de sanción penal nacida entre las penas y las medidas de seguridad¹⁶. Sin embargo, no siempre se entendió así y tradicionalmente, los Códigos Penales anteriores al de 1995 (con la excepción del de 1928 que lo consideró como una medida de seguridad) consideraron al decomiso como una pena accesoria. La doctrina cuestionó que se pudiera considerar al decomiso como una pena al carecer de finalidad retributiva, por más que no puede obviarse que la ocupación de las ganancias procedentes del delito supone un quebranto patrimonial muy relevante que en sus consecuencias se asemeja a una pena. Se cuestionó igualmente su naturaleza de medida de seguridad por carecer de finalidad reeducativa. Como adelantábamos, nuestro actual Código Penal (incluyéndolo dentro del Título VI del Libro I del mismo) lo considera una consecuencia accesoria y parece que esta conceptualización deriva de la legislación alemana, que distingue entre penas, medidas de seguridad y comiso¹⁷.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ponente en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014 señala que *“el CP 1995 considera el comiso como una “consecuencia accesoria” al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP suizo o CP alemán) de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de “consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias.... Es cosa distinta a la responsabilidad civil “ex delicto”, ésta constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.”*

3. CLASES.

Se pueden distinguir tres amplias modalidades de decomiso:

- el decomiso de los bienes o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito;

¹⁶ RODRIGUEZ HORCAJO, D. *“Consecuencias accesorias.”* Ob. Cit. Pág. 649

¹⁷ PORRES ORTIZ DE URBINA, E. *“Novedades del decomiso introducidas...”* Ob. Cit. Pág. 1

- el decomiso de los efectos provenientes del delito;
- el decomiso de las ganancias provenientes del delito¹⁸.

Sin embargo, vamos a analizar las distintas clases de decomiso que, a raíz de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, podemos distinguir dentro de la regulación del mismo en los artículos 127 y siguientes de citado Título VI del Libro I del Código Penal. Tras la reforma, el artículo 127 mantiene tres apartados dedicados el primero de ellos al decomiso como consecuencia accesoria, el segundo al decomiso en delitos imprudentes (que permanece sin cambios) y el tercero al decomiso por sustitución¹⁹.

3.1. Decomiso directo.

El artículo 127 prevé el decomiso o pérdida de los efectos que provengan del delito y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado aquel, así como de las ganancias provenientes del mismo, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar. Se suprime la referencia a las faltas (suprimidas por la misma Ley Orgánica 1/2015) y se mantiene la regulación del decomiso en el supuesto de la comisión de un delito imprudente en el segundo párrafo del mismo precepto legal. En estos casos, si la pena privativa de libertad es superior a un año, el decomiso queda a decisión del Juez o Tribunal²⁰.

3.2. Decomiso por sustitución.

Lo regula el apartado 3º del art. 127 y se prevé para aquellos casos en los que, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes que hemos detallado más arriba al hablar del decomiso directo, o exista un desfase entre el valor de estos en el momento de realizarse el decomiso en comparación con el que tenían en el momento de su adquisición. En estos supuestos, se acuerda el decomiso de otros bienes por una cantidad que se corresponda al valor económico de los mismos y al de las ganancias que se hubieren obtenido. La nueva regulación suprime el requisito de que los bienes objeto de decomiso por sustitución pertenezcan a los criminalmente

¹⁸ RODRIGUEZ HORCAJO, D. "Consecuencias accesorias." Ob. Cit. Pág. 649

¹⁹ HAVA GARCÍA, E. "La nueva regulación del decomiso." *COMENTARIO A LA REFORMA PENAL DE 2015*. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2015. Págs. 214 y 215

²⁰ LIGHTOWLER-STALHBERG, P. "La configuración del decomiso tras la reforma de Código...". Ob. Cit. Pág. 2

responsables del hecho, y amplía la posibilidad de aplicar este decomiso sustitutivo a las ganancias indirectas²¹.

El artículo 127 septies lo recoge de forma reiterativa, distinguiendo igualmente los dos supuestos que se recogen en el 127. 3º: tanto la imposibilidad de llevar a efecto la ejecución del decomiso, en todo o en parte, por la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias o, por cualquier otra circunstancia; o, cuando el valor de los bienes, efectos o ganancias sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

3.3. Decomiso Ampliado.

El antecedente de este decomiso lo encontramos en el artículo 5 de la Directiva 2014/42/UE, aunque ya había sido introducido en el Código Penal por la reforma operada en éste por la Ley Orgánica 5/2010, en el art. 127. 1º, si bien limitado a las actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o de un delito de terrorismo²². Ahora, después de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, se recoge en el artículo 127 bis. En la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica se dice que el decomiso ampliado se caracteriza los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas de los hechos por los que se le condena y no han sido objeto de prueba plena. No se recoge como una sanción penal, sino como una institución por la que se pone fin a la situación patrimonial ilícita a la que ha dado lugar la actividad delictiva del sujeto. Se afirma, que su fundamento tiene una naturaleza más civil y patrimonial.

Este decomiso alcanza de forma obligatoria a los bienes, efectos y ganancias que procedan, con base en criterios objetivos fundados, de determinados delitos, siempre que no se pueda acreditar su origen lícito. Lo especial de esta institución es que obliga a los aplicadores del Derecho a que extiendan el decomiso también sobre bienes y ganancias cuya relación con la actividad delictiva del concreto sujeto enjuiciado no queda demostrada de manera cierta²³. En cualquier caso, para aplicar este comiso ampliado, será necesario que el titular de los bienes sea una persona condenada por alguno de los siguientes delitos:

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 dieciséis años.

²¹ HAVA GARCÍA, E. "La nueva regulación del decomiso." Ob. Cit. Pág. 215

²² HAVA GARCÍA, E. "La nueva regulación del decomiso." Ob. Cit. Pág. 215

²³ RODRIGUEZ HORCAJO, D. "Consecuencias accesorias." Ob. Cit. Pág. 652

- c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.
- d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.
- e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.
- f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
- g) Delitos de corrupción en los negocios.
- h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.
- i) Delitos de blanqueo de capitales.
- j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.
- k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.
- l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
- m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.
- n) Delitos de falsificación de moneda.
- o) Delitos de cohecho.
- p) Delitos de malversación.
- q) Delitos de terrorismo.
- r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Al margen de que el contenido de este catálogo resulta excesivo atendiendo a lo establecido en la Directiva europea que ha resultado la fuente de inspiración de esta modificación legislativa, que contempla un número más reducido de delitos, la omisión de algunas infracciones penales, resulta cuanto menos, llamativa. Por ejemplo: el nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos. A esta lista, deberá añadirse a los delitos regulados en los artículos 359 362 quinquies de Código Penal, que declara aplicables a estos delitos lo dispuesto en los artículos 127 a 128 del mismo texto legal. Así, todos los delitos contra la salud pública, a excepción de los alimentarios, podrán ser objeto de decomiso ampliado²⁴.

El decomiso ampliado requiere que existan indicios de que los bienes tienen procedencia delictiva, algunos de los cuales se valorarán de forma especial:

- 1.º**La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada (Audiencia Nacional 02/07/14).
- 2.º**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

²⁴ HAVA GARCÍA, E. “La nueva regulación del decomiso.” Ob. Cit. Pág. 217

jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º 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.

En todo caso, se debe entender que estos indicios son, como mucho, una presunción “*iuris tantum*” que solo hace invertir la carga de la prueba (Fiscalía General del Estado Circular 4/2010; 2/2011)²⁵. A los efectos de respetar el principio *non bis in idem*, de cosa juzgada y de proporcionalidad, este decomiso no procede cuando las actividades de las que presuntamente provienen los bienes a decomisar ya hubieran prescrito o hubiera sido objeto de un proceso penal resuelto con sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada, y su cuantía debe ser tenida en cuenta para la imposición de futuros decomisos en sentencias posteriores que recaigan sobre hechos delictivos similares a los que hacen nacer el decomiso ampliado pero anteriores a los mismos.

Los nuevos artículos 127 quinquies y sexties recogen otro régimen de decomiso ampliado, en cuya virtud podrá acordarse también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva cuando concurren cumulativamente los siguientes requisitos, que son enumerados en el número 1 del artículo 127 quinquies: “a) que el sujeto sea haya sido condenado por alguno de los delitos enumerados en el artículo 127 bis 1; b) que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada; c) que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.” Son muchas las semejanzas que guarda este precepto con el encabezado del artículo 127 bis 1, y la lista de indicios relevantes que se recoge en el 127 quinquies para determinar el origen delictivo de los bienes coincide completamente con la incluida en el art. 127 bis 2, a excepción de lo dispuesto en el último párrafo de nº 3 del apartado primero del primer precepto que dice que con respecto a los indicios “*solo será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros*”²⁶.

²⁵ RODRIGUEZ HORCAJO, D. “*Consecuencias accesorias.*” Ob. Cit. Pág. 653

²⁶ HAVA GARCÍA, E. “*La nueva regulación del decomiso.*” Ob. Cit. Págs. 218 y 219

En el apartado 2 del artículo 127 quinquies se define cuándo se considera que estamos ante una actividad delictiva continuada²⁷; y en el artículo 127 sexies se establecen una serie de presunciones al objeto de establecer cuando se entiende que el delito objeto de decomiso ampliado se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada²⁸.

3.4. Decomiso sin condena.

Se recoge en el artículo 127 ter del Código Penal. Con anterioridad a la reforma, se recogía en el artículo 127. 4 del mismo texto legal, y ahora se justifica²⁹ por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, en base a lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que mantiene que el decomiso sin condena no tiene naturaleza propiamente penal, por no tener como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que *“es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal”* pues *“dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción.”* (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein)

²⁷ **2.** “A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que: **a)** El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto. **b)** O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.”

²⁸ **Artículo 127 sexies:** “A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones: **1.º** Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos. **2.º** Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva. **3.º** Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas. El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.”

²⁹ LIGHTOWLER-STALHBERG, P. “La configuración del decomiso tras la reforma de Código...”. Ob. Cit. Pág. 3

Se podrá acordar el decomiso, aunque no medie sentencia condenatoria, cuando el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento u exista riesgo de que puedan prescribir los hechos, se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados en un plazo razonable, o no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse extinguido esta. Solo se podrá dirigir el decomiso frente a quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado (debe entenderse “investigado”) con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones expuestas anteriormente han impedido la continuación del procedimiento penal.

3.5. Decomiso de bienes de tercero.

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, en nuestro ordenamiento penal eran objeto de decomiso todos los bienes, medios, instrumentos, efectos o ganancias procedentes directa o indirectamente de la comisión de un delito o falta, con una única limitación, derivada del necesario respeto a la seguridad jurídica: que dichos bienes no pertenecieran a un tercero de buena fe no responsable del delito que los hubiera adquirido legalmente. El legislador de 2015 ha decidido reducir el ámbito tradicionalmente otorgado al “tercero de buena fe” introduciendo una serie de presunciones destinadas a dificultar la prueba de esa buena fe³⁰. Así, el artículo 127 quater, transponiendo lo dispuesto por el artículo 6 de la Directiva 2014/42/UE, dispone a su vez que: *“1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos: a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.*

2. 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

³⁰ HAVA GARCÍA, E. “La nueva regulación del decomiso.” Ob. Cit. Pág. 221

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.”

Siguiendo a MARCHENA³¹, el *tercero afectado por decomiso* es la persona distinta del investigado o encausado que, por ostentar derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita, adquiridos por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de los que puede verse privado en los casos previstos por el Derecho sustantivo, se verá afectada por los efectos materiales de la cosa juzgada de la sentencia, por lo que puede intervenir en el proceso como consecuencia de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión (artículo 24.1 Constitución Española).

Lo cierto es, que se amplía el ámbito del decomiso de bienes de terceros respecto al exigido por el artículo 6 de la citada Directiva, que no incluye los instrumentos del delito y vincula el decomiso producto del delito o su valor a las transmisiones efectuadas con finalidad elusiva del decomiso. Las ganancias en poder de tercero se decomisan en caso de conocimiento o deber de conocimiento del origen ilícito de los bienes, sin necesidad de que la transmisión patrimonial tuviera una finalidad elusiva de la medida. No es necesario el dolo, bastando la culpa³², y todo ello debiendo tener en cuenta las presunciones recogidas en el artículo que estamos analizando. Tras la entrada en vigor de este precepto, los terceros de buena fe quedan en una posición más que delicada: en la adquisición de cualesquiera tipo de bienes (los que pueden proceder de actividades delictivas, pero también los que pueden ser decomisados en su lugar, conforme a las reglas del decomiso por sustitución) deberán adoptar en todo momento una actitud especialmente suspicaz, asumiendo además la carga de la prueba de dicha actitud cuando se trate de donaciones o transacciones comerciales ventajosas (bastando a este respecto que la adquisición sea por un valor inferior al del mercado)³³. No pueden considerarse como poseedores terceros de buena fe a los “testaferros”, pues tras ellos lo que se encuentra no es más que un mandatario que realiza transformaciones de bienes ilegalmente conseguidos aportados por el responsable del delito (STS 18/10/14). Tampoco a las “sociedades pantalla” (STS 29/07/02), ni al titular del bien que ni

³¹ MARCHENA GOMEZ, M. y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”.Ob. Cit. Pág. 444

³² MARCHENA GOMEZ, M. y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”.Ob. Cit. Págs. 445 y 446

³³ HAVA GARCÍA, E. “La nueva regulación del decomiso.” Ob. Cit. Pág. 222

participó en su compra ni es el tomador del seguro que recae sobre el mismo (STS 24/06/14)³⁴.

4. LA OFICINA DE RECUPERACIÓN Y GESTIÓN DE ACTIVOS.

La Decisión 2007/845/JAI, de Consejo de 6 de diciembre de 2007 sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, previó en su artículo 1.1 la creación o designación por cada Estado miembro de la Unión Europea de un organismo nacional de recuperación de activos a fin de alentar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas. En una primera etapa, España designó como puntos de contacto el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) y la Fiscalía Antidroga; pero, la Ley Orgánica 5/2010 introdujo el artículo 367 septies en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En dicho precepto se prevé la posible encomienda de las funciones de localización, conservación, administración y realizaciones de instrumentos, efectos o ganancias procedentes de delitos cometidos en el marco de organizaciones criminales a una Oficina de Recuperación de Activos, con la consideración de Policía Judicial y cuya organización y funcionamiento se regularía reglamentariamente. La Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 1/2015 ha modificado este precepto, incluyendo una modificación del nombre de la Oficina que pasa a denominarse Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. Finalmente, la Disposición Adicional Quinta incorporada a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por el artículo único Quince de la ya citada Ley 41/2015, define con un carácter más amplio las funciones de la citada Oficina, al no circunscribirlas a los instrumentos, efectos o productos procedentes de delitos cometidos en el ámbito de organizaciones criminales y extenderlas a bienes incautados provisionalmente o decomisados en relación con cualquier actividad criminal³⁵.

La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos se regula por el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, que la regula como una herramienta al servicio de los juzgados y tribunales en el marco de los procesos penales, y como un instrumento auxiliar de las fiscalías en el ejercicio de sus funciones relacionadas con las investigaciones patrimoniales que, cuando menos, abarcan las diligencias de investigación, la ejecución de comisiones rogatorias internacionales y la investigación

³⁴ RODRIGUEZ HORCAJO, D. “*Consecuencias accesorias.*” Ob. Cit. Pág. 656

³⁵ MARCHENA GOMEZ, M. y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. “*La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*”. Ob. Cit. Págs. 515 y 516

patrimonial en el procedimiento de decomiso autónomo en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. La nueva regulación del decomiso y la puesta en marcha de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos buscan facilitar una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia económica, haciendo realidad el principio de que el delito que genera ilícitas ganancias nunca pueda compensar a su autor. El citado Real Decreto se estructura en cinco capítulos. El capítulo I recoge las disposiciones generales, con referencia al objeto y naturaleza, fines y funciones. El capítulo II está dedicado a la estructura del órgano, y en él se detallan su rango y dependencia orgánica y se regulan el Director General, las subdirecciones generales, el personal de la oficina y la Comisión de Adjudicación de bienes producto del delito. Esta última tiene encomendada la relevante labor de realizar el reparto de los recursos económicos obtenidos por la Oficina con base en los criterios que adopte el Consejo de Ministros anualmente. El capítulo III regula las reglas básicas del procedimiento que seguirá cada expediente desde su incoación hasta su finalización. Se incluye también una previsión específica de funcionamiento en el ámbito internacional, con una habilitación expresa a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos para el intercambio de información necesaria para llevar a buen término sus funciones, sin perjuicio de las competencias que en el mismo sentido sigan ostentado otros organismos, como el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado o el Ministerio Público, en el ámbito de sus funciones. El capítulo IV se refiere al régimen económico de la Oficina y distribución del producto obtenido. En él se regula un modelo de gestión económica asociado a la cuenta de consignaciones y depósitos judiciales. Se prevén también, en desarrollo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los beneficiarios de los recursos de la Oficina. Finalmente, el capítulo V se dedica a los mecanismos de dación de cuentas, que garantizan la plena transparencia en la gestión de los bienes administrados. Finalmente, contiene también dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y siete disposiciones finales.

La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos actuará cuando se lo encomiende el juez o tribunal competente, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia Oficina. Procederá, igualmente, a la localización de activos a instancia del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus competencias en el ámbito de las diligencias de investigación, de la cooperación jurídica internacional, del procedimiento de decomiso autónomo o en cualesquiera otras actuaciones en los términos previstos en las leyes

penales o procesales. Aplicará el producto de la gestión y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias del delito a los fines previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con los siguientes objetivos prioritarios:

a) El apoyo a programas de atención a víctimas del delito, tanto de las Administraciones Públicas, como de organizaciones no gubernamentales o entidades privadas sin ánimo de lucro, con especial atención a las víctimas de terrorismo, a las de violencia de género, trata de seres humanos, delitos violentos y contra la libertad sexual, así como a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y a las víctimas menores de edad.

b) El impulso y dotación de medios de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas.

c) El apoyo a programas sociales orientados a la prevención del delito y el tratamiento del delincuente.

d) La intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos.

e) La cooperación internacional en la lucha contra las formas graves de criminalidad.

f) La satisfacción de los propios gastos de funcionamiento y gestión de la oficina.

Por el Ministerio de Justicia se ha desarrollado el Plan de Acción 2016, que tiene por objeto proyectar la actuación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos durante su primer año de funcionamiento. Incide principalmente en los objetivos y actuaciones necesarios para que, a lo largo del año 2016, la Oficina desarrolle plenamente las funciones para las que ha sido creada y se constituya como un pilar más en la lucha activa contra la criminalidad de la que derivan importantes beneficios económicos. Se trata de un instrumento de utilidad para impulsar el pleno funcionamiento operativo de la Oficina, delimitando su ámbito de actuación, sus objetivos y funciones, y estableciendo un cronograma de actuaciones, siendo sus principales destinatarios los juzgados y tribunales y la Fiscalía.

5. CONCLUSIONES.

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 en el Código Penal ha sido trascendental en muchos aspectos (básicamente en todos), pero en esta materia del decomiso quizás aún más, porque el legislador ha querido combatir de forma eficaz la delincuencia (sobre todo, la delincuencia organizada) y ha atacado donde más le duele

al delincuente: en el beneficio que consigue con su acción delictiva. Se ha ampliado de forma exhaustiva la regulación del decomiso, desarrollando lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE, y yendo incluso más allá, como hemos podido ver en el presente trabajo. Pero es que, además, la Ley 41/2015 también ha modificado de forma importante la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciendo el proceso especial de decomiso autónomo y de la intervención de terceros afectados por el decomiso, con remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil y con importantes funciones para el Ministerio Fiscal.

Junto a todo ello y como instrumento para poder conseguirlo, se crea la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos porque era necesario que las autoridades judiciales y el Ministerio Fiscal pudieran contar con un sistema eficaz para localizar y administrar los activos de origen delictivo con el respaldo de la estructura institucional y los recursos financieros, técnicos y humanos necesarios, que les facilite la labor de embargar y decomisar bienes en el marco del procedimiento penal. Y ello para que el patrimonio ilícito obtenido como consecuencia del delito no quede en manos del condenado y revierta en beneficio de la sociedad, especialmente en los casos de corrupción, en los que el Estado ha de velar para que ningún delito quede impune y que el perjuicio causado sea reparado hasta sus últimas consecuencias.

Por todo ello, considero que la reforma (independientemente de los errores que podremos advertir sobre todo en la práctica a la hora de llevar a cabo la ejecución de los diversos tipos de decomiso establecidos), ha sido muy positiva yendo en la línea de establecer las mayores trabas posibles para el desarrollo de la delincuencia organizada, y todo ello, en beneficio siempre de la sociedad y de las víctimas de dicha delincuencia.

BIBLIOGRAFIA:

- CAMPOS NAVAS, D. “*El comiso y el blanqueo de capitales.*” Cuadernos digitales de formación. Núm. 8. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- HAVA GARCÍA, E. “*La nueva regulación del decomiso.*” *COMENTARIO A LA REFORMA PENAL DE 2015.* Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2015.
- LIGHTOWLER-STALHBERG, P. “*La configuración del decomiso tras la reforma de Código Penal de 2015.*” www.derechoyperspectiva.es Enero, 2016.
- MARCHENA GOMEZ, M. y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. “*La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015.*” Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas. Madrid, 2015.
- PORRES ORTIZ DE URBINA, E. “*Novedades del decomiso introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y por la Ley 41/2015.*” Enero 2016. www.elderecho.com
- QUINTERO OLIVARES, G. “*El procedimiento especial y autónomo para el comiso.*” *COMENTARIO A LA REFORMA PENAL DE 2015.* Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2015.
- RODRIGUEZ HORCAJO, D. “*Consecuencias accesorias.*” *MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE PENAL.* Francis Lefebvre. Madrid, 2015.
- www.boe.es
- www.mjusticia.gob.es