

# EL DECOMISO TRAS LA REFORMA DEL CODIGO PENAL OPERADA POR L.O. 1/2015

José Manuel SÁNCHEZ SISCART. Magistrado



## INDICE:

- 1.¿Qué soluciones aporta la nueva regulación del decomiso en nuestro Código Penal?*
- 2.¿Qué problemática plantean, en su aplicación, los diferentes tipos de decomiso que puede acordar el juez o tribunal español? (decomiso directo, decomiso por sustitución o valor equivalente, decomiso sin condena penal, decomiso de bienes de terceros, integración del decomiso en ejecución de sentencia).*
- 3.El decomiso ampliado: ¿cuándo se puede aplicar y cuáles son las diferencias más relevantes entre el art. 127 bis y 127 quinquies?.*
- 4.¿Es posible el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso ampliado basadas en el art. 127 bis y 127 quinquies en otros países de la Unión Europea?*
- 5.¿Qué destino debe darse a los bienes decomisados?*

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, anuncia la introducción de una “ambiciosa revisión” con el objeto de facilitar instrumentos legales más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito, tomando en consideración 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, de obligada trasposición al ordenamiento interno, si bien yendo mucho más allá, como veremos, de las exigencias mínimas que ésta introducía.

Adolece la regulación introducida, no obstante, de diversas deficiencias técnicas, de variada índole, y lagunas, que no resultan fáciles de solventar, y que trataremos de ir desgranando analizando cada uno de las modalidades de decomiso.

### **1. Decomiso directo**

Aparece regulado en los dos primeros párrafos del art. 127 CP:

- 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 de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*
- 1. 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 de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.*

La principal diferencia entre ambos párrafos radica en el carácter imperativo del decomiso cuando se trate de un delito doloso, o facultativo cuando nos encontremos ante un delito imprudente, exigiéndose adicionalmente en el caso de delitos imprudentes que la ley prevea la imposición de la pena privativa de libertad superior a un año por el delito cometido, de particular interés en aquellas modalidades de blanqueo de capitales cometidas por imprudencia, para el decomiso de los honorarios o comisiones que se hayan podido generar.



También resulta imaginable, por ejemplo, el decomiso en supuesto de homicidios o lesiones imprudentes, de los vehículos empleados como medio o instrumento, cuando se constate una relación criminógena y constituya una fuente de peligro, pues incluso el artículo 385 bis, en el Capítulo IV del Título XVII, dedicado a los “Delitos contra la seguridad vial”, se recoge expresamente que “El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128”.

## **2. Decomiso por sustitución o valor equivalente**

Se recoge en el párrafo 3º del art. 127:

*3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso 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 decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.*

En primer lugar, debemos destacar su carácter imperativo, a diferencia de otras regulaciones, como el Código Alemán, que atienden a las circunstancias que han imposibilitado el comiso del bien original. Además, la interpretación de la cláusula “por cualquier circunstancia” puede dar lugar a una aplicación desmesurada, resultando aconsejable reconducirla a aquellos supuestos en los que la frustración del decomiso sobre los bienes señalados sea imputable al sujeto.

La referencia al valor que tenían “en el momento de su adquisición” no resulta apropiada, pues en muchas ocasiones no podrá demostrarse una adquisición propiamente dicha.

Por último, también puede resultar inadecuada la referencia al valor de adquisición respecto a los supuestos de bienes que constituyan medios o instrumentos del delito, pues puede tratarse de bienes adquiridos hace muchos años, por ejemplo, un barco, camión, vehículo, que solamente se hayan destinado a la actividad ilícita de forma reciente, por lo que en estos supuestos parece lógico que la fijación del valor vaya referida al momento de comisión del delito, pero no lógicamente a la depreciación previa de un bien anterior a su uso delictivo.

## **3. Decomiso autónomo o sin condena**

Esta modalidad ya fue introducida por la LO 15/2003. Se contempla en el artículo 127 ter que establece la posibilidad de decretar el decomiso, de forma facultativa, cuando, sin mediar condena penal, la situación patrimonial ilícita queda acreditada en un proceso contradictorio, siempre que se produzcan determinadas situaciones, y conste una acusación o imputación de un sujeto contra el que existan indicios racionales de criminalidad.

Las circunstancias que contempla el precepto y que deben considerarse tasadas son:

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

No se incluyen, paradójicamente, los supuestos de sobreseimiento por falta de autor conocido, en los que se han incautado bienes de procedencia delictiva, como, por ejemplo, un barco a la deriva cargado de droga.



En primer lugar, debemos señalar que la redacción del precepto adolece de técnica y coherencia. Por ejemplo, en el caso de rebeldía, se exige cumulativamente que los hechos no puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, lo que a ciencia cierta se desconocerá en la mayoría de los supuestos. Sin embargo, en relación con la enfermedad crónica que impida el enjuiciamiento, ha de concurrir un riesgo de que puedan prescribir los hechos. No parece existir razón aparente para tal diferencia, esto es, que en un caso se atienda al riesgo de prescripción, y en el otro al plazo “razonable” de enjuiciamiento. Pero junto a ello, al incluir los supuestos de extinción de responsabilidad criminal, no parece siquiera que la exigencia relativa al riesgo de prescripción fuese necesaria. Dichos requisitos añadidos relativos al riesgo de que puedan prescribir los hechos o a que puedan ser enjuiciados en un plazo razonable deberían haberse suprimido, de la misma forma que se suprimieron en el texto final de la Directiva 2014/42/UE en relación con el proyecto inicial.

De entre los supuestos de extinción de la responsabilidad criminal previstos en el art. 130 CP, cabe incluir la prescripción del delito como causa de extinción de la responsabilidad criminal (por lo que no se entiende la exigencia cumulativa del riesgo de prescripción en caso de enfermedad crónica), así como el perdón del ofendido en aquellos delitos que así se prevea (art. 130.1.5º CP). Entre los supuestos de exención de responsabilidad criminal cabría citar los supuestos en los que concurra una causa de justificación (artículo 20 CP), desistimiento activo en caso de tentativa (art. 16.2 CP), excusa absoluta (artículo 268 CP), o regularización de cuotas tributarias o de la seguridad social (art. 305 y ss).

Sorprende que, a pesar de la expresa previsión contenida en el art. 127 ter en relación con los supuestos de exención o extinción de la responsabilidad criminal, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que ha introducido el procedimiento de decomiso autónomo (art. 803 ter e y ss.), al que se remite el art. 127 ter, concreta su ámbito de aplicación a los supuestos de fallecimiento, rebeldía, o incapacidad para comparecer en juicio, únicamente, a salvo de aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal se limite a solicitar en la causa principal el decomiso de bienes (sic) reservando expresamente para este procedimiento su determinación. Es decir, no contempla expresamente los supuestos de exención o extinción de la responsabilidad criminal. Además dicho procedimiento de decomiso autónomo queda excluido cuando la acción de decomiso hubiera sido ejercitada con anterioridad, según establece el art. 803 ter e) LECRIM.

Parece aconsejable, pues, que en los supuestos en los que la exención o extinción de la responsabilidad criminal se haya acordado en sentencia, se resolviera también en la misma sobre el decomiso, a semejanza con lo previsto en el art. 118 CP, en la medida en la que pudiera resultar aplicable en el caso o circunstancias concretas (por ejemplo, en relación con los instrumentos del delito, posibles ganancias, etc.). Dado que el decomiso ya ha formado parte del proceso contradictorio que se haya

seguido, podría resolverse en la sentencia absolutoria sobre esta cuestión, sin necesidad de iniciar un procedimiento autónomo contra el mismo sujeto que ya ha sido absuelto, pues además, tal y como establece el art. 803 ter e) LECRIM, queda excluido el procedimiento de decomiso autónomo cuando la acción de decomiso hubiera sido ejercitada con anterioridad. De hecho, la única exigencia que establece el art. 127 ter, para posibilitar el decomiso sin previa condena penal en los supuestos previstos, es que la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio.

En cuanto a la naturaleza del decomiso sin condena, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, afirma concretamente, acogiéndose a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que *“es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal”* pues *“dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción (asunto nº 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein)”*. Queda, de esta forma, al margen del manto protector del principio de presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH), tal y como ha declarado el TEDH (Phillips v. UK nº 41087/98; Van Offeren v. Holanda de 5 de julio de 2005).

Pero si esto es así, la exigencia que establece el art. 127 ter, de que conste una acusación o imputación de un sujeto contra el que existan indicios racionales de criminalidad, no resulta congruente con la predicada naturaleza civil del decomiso sin condena, y así, por ejemplo, no podrá aplicarse esta figura de decomiso sin condena cuando el sujeto fallezca en el curso de la operación policial, al no haberse producido hasta ese momento imputación o acusación formal.

Por último, también debemos destacar que el art. 127 ter contiene una remisión a los dos artículos anteriores (*“el juez o*

*tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores (...)”*), por lo que queda, al parecer, excluido de su ámbito de aplicación el decomiso ampliado previsto en el art. 127 quinquies.

Por otra parte, en los referidos preceptos anteriores al art. 127 ter se regula el decomiso directo, por sustitución, y el decomiso ampliado. Pese a tal remisión expresa e indiferenciada, que incluye sin ambages el decomiso ampliado previsto en el art. 127 bis, no obstante, pueden surgir problemas en su aplicación al tratar de cohonestar dicha remisión con las situaciones contempladas en el art. 127 ter y la regla restrictiva prevista en el art. 127 bis.5 CP.

#### 4. Decomiso de bienes de terceros

El artículo 127 quater regula el decomiso de bienes efectos y ganancias que hayan sido transferidas a terceras personas o de un valor equivalente, siempre que no se trate de un tercero de buena fe.

En la práctica resulta frecuente el empleo de testaferros, sociedades interpuestas, y cualesquiera mecanismos de ingeniería financiera con el fin último de evitar precisamente el decomiso de las ganancias ilícitas.

Se establece la siguiente delimitación en cuanto a su alcance:

- En el caso de efectos y ganancias, cuando se adquieran 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 de ilícito;
- y en el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tendido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.



Este precepto incluye una presunción *iuris tantum*, salvo prueba en contrario, que el sujeto ha conocido o tenía motivos para sospechar que los bienes eran procedentes de la actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando le han sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

En primer lugar, resulta criticable que en dichas definiciones queden incluidos varios supuestos de autoblanqueo de capitales, autónomamente penados, que llevarían aparejado el decomiso.

En segundo lugar, en muchos supuestos, la previa transmisión no existirá como tal o no podrá acreditarse, existiendo tan solo una titularidad de hecho o posesión por el tercero, lo que restringe, sin duda, el ámbito de aplicación del precepto, sin perjuicio de aquellos casos en los que pueda acudir a la prueba inferencial para acreditar que en realidad los bienes pertenecen al autor de los hechos.

Nos podemos encontrar, por tanto, con las siguientes situaciones posibles, en los casos de bienes en poder de un tercero:

- Si se evidencia que es un adquirente de buena fe a título oneroso, no podrá decomisarse el bien, lo que permitirá el comiso por valor equivalente previsto en el artículo 127.3 del Código Penal, respecto de otros bienes de los acusados.
- Si se trata de un adquirente de buena fe a título lucrativo, podrá acordarse el comiso, lo que implica que se le haya permitido ejercitar la defensa de sus intereses, por lo que deberá ser llamado al proceso.
- Si los bienes se han adquirido con conocimiento de su ilícita procedencia, la investigación criminal deberá encaminarse a esclarecer este extremo desde la perspectiva del delito de receptación, blanqueo, o, en su caso, como posibles supuestos de participación criminal en el hecho delictivo de que se trate, sin perjuicio también de la posibilidad de participación a título lucrativo de los efectos del delito.

No se recoge en la actual regulación una regla relativa a la posibilidad de declarar la nulidad de los actos o negocios



jurídicos en virtud de los cuales se haya transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos, como la que se contenía en el anterior artículo 374.3 CP, que ahora ha sido suprimido. Entendemos, no obstante, que la posibilidad de declarar la nulidad de los actos o negocios realizados con terceros que no hayan obrado de buena fe, sigue resultando posible en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil, pronunciamiento que entraría dentro de las competencias de los órganos jurisdiccionales penales.

En aquellos supuestos en que nos encontremos ante bienes de titularidad compartida, procederá el decomiso parcial, y en concreto, tratándose de bienes de carácter ganancial, según establece el artículo 1373 del Código Civil, quedan afectos al pago de las deudas propias, debiendo observarse lo dispuesto en el art. 1366 CC.

En el caso de bienes transferidos a terceras personas, surge la duda de si procede decretar el decomiso frente al transmitente y a su vez frente al transmitido, en el primer caso por sustitución, y en el segundo, de forma directa o también por sustitución, o frente solo a uno de ellos. Dicha cuestión no aparece resuelta, y puede resultar desde luego discutible. La Directiva 2014/42/UE, en el considerando 26, contemplaba la posibilidad de que los Estados miembros considerasen el decomiso de los bienes de un tercero como medida subsidiaria o alternativa al decomiso directo, pero nuestra regulación nada aclara respecto a la naturaleza subsidiaria o alternativa del decomiso de bienes de tercero.

En cualquier caso, dado su carácter facultativo (“*podrán*”) debería evitarse esa posible duplicidad, pues de lo que se trata es de evitar la consolidación de patrimonios ilícitos, no de una sanción doble propiamente dicha por la conducta realizada por ambos. De ahí la conveniencia de determinar, en el caso concreto, en función de las circunstancias concurrentes, quién debe responder de la ganancia ilícita obtenida, en qué proporción, de forma

directa, alternativa o subsidiaria, o incluso fijando una obligación solidaria en los casos en los que no pueda delimitarse con claridad, pero evitando esa indeseada duplicidad que se aleja de la propia naturaleza del decomiso.

Por último, este precepto deberá complementarse con la regulación procesal introducida por 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 (art. 803 ter a y siguientes)), que regula de forma detallada la intervención en el proceso penal de los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso, garantizando la defensa de sus derechos, supliendo así una carencia destacable de la que adolecía nuestra anterior regulación.



Esta modalidad fue introducida en nuestro Código Penal en la reforma operada por LO 5/2010 en relación con las actividades delictivas cometidas en el seno de una organización o grupo criminal o terrorista.

Con anterioridad, ya había declarado el Tribunal Supremo, en su Acuerdo de Pleno de 5 de octubre de 1998 (*La sentencia núm. 1061/2002, de 6 junio (Maza Martín) en aplicación del citado acuerdo declara que para el caso del comiso, la Jurisprudencia no requiere que los bienes que resulten objeto del mismo se acredite con exhaustividad que proceden directamente de los concretos hechos objeto de enjuiciamiento, siempre que pertenezcan al acusado cuya responsabilidad ha quedado suficientemente acreditada, se acuerde sobre solicitud expresa de la Acusación, la cuestión haya quedado sometida a debate en el enjuiciamiento y se motive en la Sentencia la decisión al respecto (SSTS de 5 de abril de 1999, 30 de junio de 2000 y 6 de marzo de 2001, por ejemplo, así como Acuerdo del Pleno de la Sala de 5 de octubre de 1998). Más recientemente la STS 1049/2011 de 18 de octubre declara que “en cuanto a la procedencia no exige identificar las concretas operaciones de tráfico ilegal de drogas, bastando con que quede suficiente probada la actividad delictiva”. Por último podemos citar la STS 600/2012 de 12 de julio o la 209/2014 de 20 de marzo (ambas de Berdugo Gómez de la Torre) han establecido que “en relación a la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, hay que tener en cuenta que esta procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal -presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante (SSTS. 10.11.2000, 28.7.2001, 5.2.2003, 10.2.2003, 14.4.2003, 29.11.2003, 19.1.2005 y 20.9.2005)”, que “El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.”*

La regulación con detalle del decomiso ampliado constituye una de las novedades más importantes que han sido introducidas por la LO 1/2015, y que ahora se extiende

## 5. Integración del decomiso en ejecución de sentencia

El artículo 127 septies regula la posibilidad de arbitrar un incidente de ejecución de sentencia, cuando no se haya podido llevar a cabo, por cualquier circunstancia, en todo o en parte, el decomiso sobre los bienes decretado en sentencia firme, de tal forma que podrá acordarse mediante auto el decomiso otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminales responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada, y también cuando a la hora de ejecutar el decomiso de bienes determinados, su valor resulte inferior al que tenían en el momento de adquisición.

Se trata por tanto un incidente dirigido a completar el decomiso impuesto en sentencia firme, más allá de sus estrictos términos contenidos en el fallo, con la finalidad de integrar nuevos bienes, o a la integración del valor de los bienes, cuando la parte ejecutada, o su valor en el momento de ejecutarse, resulte inferior al decomiso inicialmente acordado.

## 6. El decomiso ampliado: ¿cuándo se puede aplicar? ¿cuáles son las diferencias más relevantes entre el art. 127 bis y 127 quinquies?

desmesuradamente, más allá de las exigencias de la propia Directiva 2014/42/UE que implementa\*. \* El art. 5 de la directiva 2014/42/UE establece: 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal 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.

2. A los efectos del apartado 1 del presente artículo, el concepto de «infracción penal» incluirá, al menos, las siguientes:

a) la corrupción activa y pasiva en el sector privado, a las que se refiere el artículo 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, así como la corrupción activa y pasiva en que estén implicados funcionarios de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros, a las que se refieren los artículos 2 y 3, respectivamente, del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios;

b) los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, de conformidad con el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, al menos en los casos en que hayan producido un beneficio económico;

c) hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines, si el menor ha alcanzado la edad de consentimiento sexual tal como se dispone en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2011/93/UE; la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 4, de dicha Directiva; el ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 5,

de dicha Directiva; la producción de pornografía infantil a que se refiere el artículo 5, apartado 6, de la citada Directiva;

d) la interferencia ilegal en los sistemas de información y la interferencia ilegal en los datos, a que se refieren los artículos 4 y 5, respectivamente, de la Directiva 2013/40/UE, cuando haya resultado afectado un número significativo de sistemas de información mediante la utilización de un instrumento, de los mencionados en el artículo 7 de dicha Directiva, concebido o adaptado principalmente con tal finalidad; la producción intencional, venta, adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de instrumentos utilizados con el fin de cometer infracciones, al menos en los casos que no sean de menor gravedad, previstos en el artículo 7 de dicha Directiva;

e) una infracción penal que sea punible, de conformidad con el instrumento correspondiente del artículo 3 o, en caso de que el instrumento

de que se trate no contenga un umbral de pena, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años.

#### Artículo 127 bis.

1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso 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 dieciséis años.
- 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.

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

1. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.
  2. 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.
  3. 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 apartado 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 decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.
5. El decomiso 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.

#### **Artículo 127 quinquies.**

1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

- a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.

- 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 indicios relevantes:

1. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.
2. 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.
3. 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.

Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente 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.

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:

1. 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.
2. 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.

En primer lugar se destaca la falta de concordancia entre



uno u otro precepto, carente de explicación. A título de ejemplo, el art. 127 bis se pronuncia en términos imperativos (“ordenará”), mientras que el art. 127 quinquies contempla su imposición facultativa (“podrá”). En el art. 127 bis se exige la concurrencia de “indicios objetivos fundados”, mientras que en el art. 127 quinquies menciona simplemente la exigencia de “indicios fundados”. El art. 127 bis exige que los bienes procedan de “una actividad delictiva”, mientras que el art. 127 quinquies exige que se trate de “una actividad delictiva previa”, entre otros aspectos que a continuación analizaremos.

El matiz diferenciador que quizá presente mayor relieve entre ambas regulaciones viene basado en que el artículo 127 quinquies exige además que esta actividad delictiva previa sea de carácter **continuado** en los términos que se definen en su propio apartado 2º, lo que no se exige en artículo 127 bis. Esta es, junto con su carácter imperativo en un caso –aunque sometido siempre al principio acusatorio\*- (art. 127 bis), y facultativo en otro (art. 127 quinquies), la principal diferencia entre ambas regulaciones.

*\*El Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998, exigió expresamente el respeto del principio acusatorio a la hora de acordar el comiso previsto en el art. 374 CP, siempre que se trate de ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada.*

*En relación con lo dispuesto en este Acuerdo, la Fiscalía General del Estado afirmó también que el “comiso en cuanto consecuencia accesoria está sujeto al principio acusatorio” (circular FGE 2/2005).*

*Por su parte, el Tribunal Constitucional, recuerda que “en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)” (STC 219/2006, FJ 9; 220/2006, FJ 8).*

En cualquier caso, la idea central es que el decomiso ampliado podrá abarcar bienes, efectos y ganancias de personas que hayan sido condenadas por uno de los delitos que se detallan en el artículo 127 bis.1, aunque no deriven del concreto delito cometido que sea objeto de condena, exigiéndose en cualquier caso que quede acreditado que

provienen de la actividad delictiva.

Subyace la idea de que los delitos incluidos en el catálogo recogido en el art. 127 bis.1 CP, persiguen, de ordinario, la obtención de la ganancia ilícita, cuya consolidación trata de evitarse a través de la figura del decomiso ampliado, aunque no logre demostrarse que procede de las concretas conductas enjuiciadas, sino, en general, de la actividad delictiva del sujeto.

Como puede apreciarse, este catálogo de delitos va más allá del exigido en la Directiva 2014/42/UE, dado que ésta únicamente podía referirse a los denominados “eurodelitos”, respecto de los cuales la Unión Europea goza de competencias en virtud de los artículos 82.2 y 83.1 TFUE, como son, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática, y delincuencia organizada (en base a este último inciso, será aplicable a más ámbitos delictivos de los previstos taxativamente en los citados artículos, siempre que se cometan participando en una organización criminal, tal y como se define en la DM 2008/841/JAI sobre la lucha contra la delincuencia organizada).

Dejamos aquí simplemente apuntado que al haber desbordado la regulación española las previsiones contenidas en la Directiva 2014/42/UE, en cuanto al ámbito delictivo aplicable en la figura del decomiso ampliado, ello cobrará importancia a la hora de pretender su reconocimiento mutuo en otros países de la Unión Europea, como veremos más adelante.

Tanto en el art. 127 bis como en el art. 127 quinquies se exige la concurrencia de indicios fundados de que los bienes proceden de una actividad delictiva. Exigir una demostración directa de la procedencia ilícita nos llevaría al terreno de la prueba diabólica. Nos situamos, por tanto, en la mayor parte de los supuestos, en el terreno de la prueba indiciaria o inferencial\*, en cuya ponderación habrá que tomar en



cuenta, por el contrario, la suma facilidad de demostrar hoy en día la procedencia lícita del patrimonio.

*\*La prueba indiciaria también ha sido utilizada desde hace muchos años por el Tribunal Supremo en el ámbito de los delitos de blanqueo de capitales, tanto para la infracción penal 112 como para el decomiso. Respecto de este último, en la Sentencia de 5 de diciembre de 2012, el TS ha afirmado:*

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

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

*... Todos estos datos permiten entender como lógica y razonable la convicción del tribunal acerca de la procedencia ilegítima del dinero y por lo tanto, deberá ser decomisado a no ser que el interesado enervara la prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su posesión. Posibilidad esta admitida por el TEDH, sentencia 7.10.88 (TEDH 1988, 20) (caso Salabiakn ) y 25.9.92 (TEDH 1992, 60) (caso Pham Hoang ), y por la doctrina mayoritaria...”.*

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

*“La presunción de inocencia opera “como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida*

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

Para facilitar al Juzgador esta tarea ambos preceptos incluyen de forma coincidente un catálogo abierto de indicios, esto es, podrán valorarse adicionalmente cuantos indicios se estimen concurrentes, entre ellos, los que cita el precepto, la desproporción del valor de los bienes con los ingresos de origen lícito; la ocultación de titularidades o utilización de personas interpuestas, paraísos fiscales o territorios de nula tributación, que dificulten la determinación de la verdadera titularidad; o la transferencia de bienes mediante operaciones que dificulten su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida. Más que indicios, estas dos últimas pueden constituir conductas típicas recogidas en el art. 301 CP.

Se trata, por tanto, de establecer un juicio inferencial en el que dichos criterios, junto con cualesquiera otros, permitirán o no, concluir, en el caso concreto que los bienes proceden de una actividad delictiva más amplia que aquella sobre la que recae el concreto pronunciamiento condenatorio\*

No se exige, para ello, que exista homogeneidad de conductas, pues precisamente la exigencia de que se tratase de “*actividades delictivas similares*” fue suprimida en la tramitación parlamentaria, quedando subsistente únicamente dicha expresión en el párrafo 4º del art. 127 bis a la hora de valorar la posible concurrencia de *ne bis in idem*.

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

Es decir, la similitud de actividades delictivas únicamente cobra importancia a la hora de resolver, conforme al principio *ne bis in idem*, una posible duplicidad en la imposición del decomiso ampliado en relación con el que ya hubiera sido acordado en anterior procedimiento, pero no propiamente a la hora de decretar su imposición.

En el decomiso ampliado regulado en el artículo 127 bis resulta también aplicable, por expresa remisión contenida en el apartado 3º, el decomiso sustitutivo previsto en el art. 127.3 CP, lo que no aparece recogido, sin explicación aparente, en el artículo 127 quinquies, y que a nuestro juicio no resultará aplicable por haber introducido el legislador esta diferenciación.

También hemos expuesto en el anterior epígrafe que, al referirse el art. 127 ter a los preceptos anteriores, parece quedar excluido el decomiso ampliado previsto en el art. 127 quinquies, del ámbito del procedimiento de decomiso autónomo o sin condena penal.

El artículo 127 bis introduce en su último apartado una exigencia poco congruente con la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, en la que precisamente trata de desvincular la figura del decomiso ampliado de la condena penal, predicando su naturaleza civil y patrimonial más próxima a la figura del enriquecimiento injusto.

*5. El decomiso 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.*

Dada la naturaleza civil del decomiso ampliado, en la medida en la que la ampliación del decomiso no se hace depender de una previa condena penal, no debería haberse mantenido la vinculación que establece este precepto con la pervivencia de la acción penal, lo que puede originar una grave problemática, al no distinguir los diferentes supuestos por los que se haya dictado sentencia absolutoria o decisión sobreseyente con efectos de cosa juzgada, en clara contradicción con el art. 127 ter que posibilita el decomiso incluso en supuestos de exención o extinción de la responsabilidad criminal.

Pensemos, por ejemplo, en la posible concurrencia de causas de justificación, inimputabilidad, perdón del ofendido, u otras situaciones semejantes o análogas en relación con los efectos, instrumentos, o ganancias, que en buena lógica deberían ser objeto de decomiso, aunque concurra en cada

uno de los casos una causa de exención o extinción de la responsabilidad criminal.

La pervivencia de la acción penal no aparece recogida como exigencia en la Directiva 2014/42/UE, pues resulta poco congruente con la naturaleza civil del decomiso ampliado que se proclama en la propia EM de la LO 1/2015, por lo que en buena lógica la acción de decomiso podría pervivir aunque la acción penal se hubiera extinguido. Esta deficiencia técnica quizá sea debida a una defectuosa recepción de la doctrina emanada por el TEDH (caso Geerings contra Holanda, de 1 de marzo de 2007) en el que se apreció vulneración del art. 6.2 CEDH en un asunto en el que el decomiso acordado iba referido a los mismos delitos respecto a los cuales había sido absuelto.

Por otro lado, el precepto también excluye los supuestos de prescripción, pero para apreciar si ésta concurre o no, habría que determinar el delito concreto del que proceden los bienes, lo que contradice la finalidad del decomiso ampliado que se pretende recaiga sobre los bienes de procedencia ilícita desconectándolo de las conductas concretas cometidas, como anuncia la Exposición de Motivos.

También debemos destacar que en el decomiso ampliado recogido en el art. 127 quinquies se establece un límite cuantitativo del beneficio que ha de ser superior a 6000 €, que no se exige en artículo 127 bis.

Por otro lado, en el art. 127 quinquies se exige, como diferencia sustancial con el decomiso ampliado regulado en el art. 127 bis, la constatación de una actividad delictiva previa de carácter continuado, cuyas características define el propio precepto, entendiéndola concurrente:

- a. cuando el sujeto haya sido condenado o sea condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se deriva la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya al menos tres infracciones penales, exigiéndose necesariamente en ambos casos que uno de ellos esté incluido en el catálogo previsto en el art. 127 bis 1 CP;
- b. que en el periodo de seis años anterior al momento en el que se inició en el procedimiento por el que ha sido

condenado por alguno de los delitos del artículo 127 bis, hubiera sido condenado por dos o más delitos, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales, de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico.

Se exige, por tanto, la concurrencia de sentencia o sentencias condenatorias, por la comisión de, al menos, tres delitos de los que se derive la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, exigiéndose que, al menos, uno de estos delitos esté comprendido en el listado previsto en el artículo 127 bis 1 CP.

El art. 127 quinquies se complementa con el artículo 127 sexies que incluye una serie de presunciones, atemperadas por el último inciso, en la medida en que el juez o tribunal podrá dejar de aplicarlas, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen **incorrectas o desproporcionadas**.

Así establece una presunción de que *todos los bienes adquiridos dentro del periodo de tiempo que se inicia seis años antes de la apertura del procedimiento penal, proceden de la actividad delictiva; que todos los gastos realizados por el penado en ese periodo se pagaron con fondos procedentes de la actividad delictiva; y que todos los bienes fueron adquiridos libre de cargas*.

Ante los desmanes que la aplicación automática de tales presunciones puede dar lugar, el carácter facultativo de su imposición (sometida siempre al principio acusatorio), así como la moderación judicial contemplada en el último párrafo, resultan claramente acertados. Por otro lado, puede suceder que dichos antecedentes penales que se hayan producido en el periodo de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que se condene por uno de los delitos del art. 127 bis 1, hayan quedado cancelados al tiempo de dictar dicha sentencia condenatoria, por lo que, según nos parece, no podrán ser tenidos en cuenta.

El tenor literal de este precepto parece imponer la necesidad de afrontar una investigación patrimonial que se retrotraiga al periodo de 6 años anterior al inicio del proceso penal, cuando conste la comisión, en el procedimiento que se investiga u en otro anterior, de un delito previsto en el art. 127 bis 1 CP, o de

otras actividades delictivas continuadas, en los términos establecidos en el apartado 2º del art. 127 quinquies, para poder determinar si las presunciones que introduce este precepto resultan o no correctas y proporcionadas en el caso concreto.

Por último, la regulación del decomiso ampliado en ambos preceptos plantea el problema de la retroactividad de su regulación, esto es, si resulta aplicable a actividades delictivas anteriores a su entrada en vigor, en la medida en la que incluso el art. 127 quinquies establece expresamente un periodo de seis años anterior al inicio del proceso penal.

En este aspecto, el TEDH examinó la posible aplicación retroactiva en el asunto *Dassa Foundation vs Liechtenstein*, de 10 de julio de 2007, rechazando que constituya una violación del art. 7 CEDH, al considerar que el decomiso regulado en Liechtenstein no tenía naturaleza de pena en el sentido del CEDH, sino más bien civil, similar a la restitución propia del Derecho Civil en caso de enriquecimiento injustificado, que persigue evitar que el delito resulte provechoso.

A falta de una disposición expresa sobre la posibilidad de decomisar los patrimonios ilícitos generados antes de la entrada en vigor de la ley, como hubiera sido deseable, no creo que exista inconveniente para extender el decomiso a actividades anteriores a su entrada en vigor, siempre que estas actividades fuesen delictivas en el momento de realización, pues el trascurso del tiempo no legitima el título viciado en su origen.

Lo que en cualquier caso nos parece exigible es que el delito previsto en el art. 127 bis, por el que se dicte condena que constituye el presupuesto de aplicación de esta figura, tiene que ser posterior a la fecha de entrada en vigor de la norma, aunque esto también pudiera resultar discutible en relación con el decomiso ampliado previsto en el art. 127 quinquies.

***¿Es posible el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso ampliado basadas en el art. 127 bis y 127 quinquies en otros países de la Unión Europea?***

La regulación del decomiso ampliado introducida por LO 1/2005 desborda por completo las previsiones contenidas en el art. 5 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, repercutirá inevitablemente en la posibilidad de obtener su reconocimiento mutuo en otro Estado de la Unión Europea al amparo de lo dispuesto en la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

En la DM 2006/783/JAI se recoge como causa de denegación facultativa, que los Estados miembros podrán recoger en sus respectivas legislaciones nacionales -como efectivamente así ha ocurrido en varios Estados-, que la resolución de decomiso recaiga sobre bienes decomisados en virtud de una potestad de decomiso ampliado regulada de conformidad con el Derecho del Estado de emisión, a diferencia de los supuestos de potestad de decomiso ampliada que se regulan en la Directiva 2014/42/UE, que sustituye a la Decisión Marco 2005/212/JAI, en cuyo caso no cabría tal denegación.

Esto es, en la medida en la que el decomiso ampliado se encuentre incluido en el ámbito objetivo de la Directiva 2014/42/UE, deberá ser reconocido en todos los Estados de la Unión Europea, salvo que concurran otras causas de denegación, mientras que el decomiso ampliado basado exclusivamente en la normativa nacional, constituye una causa de denegación facultativa, como así sucede con muchos de los supuestos que actualmente se recogen en los artículos 127 bis y 127 quinquies, que desbordan el ámbito objetivo de dicha Directiva 2014/42/UE y Decisión Marco 2005/212/JAI.

### **¿Qué destino debe darse a los bienes decomisados?**

Existe una notable divergencia entre el artículo 127 octies, apartado 3º, del Código Penal y el artículo 367 quinquies,

apartado 3º, párrafo 2º, de la LECrim., a pesar de la nueva redacción dada a ambos preceptos por la misma LO 1/2015.

*Artículo 127 octies.*

*3. Los bienes, instrumentos y ganancias decomisados por resolución firme, salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente.*

*Artículo 367 quinquies, apartado 3º, párrafo 2º:*

*El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias se aplicará a los gastos que se hubieran causado en la conservación de los bienes y en el procedimiento de realización de los mismos, y la parte sobrante se ingresará en la cuenta de consignaciones del juzgado o tribunal, quedando afecta al pago de las responsabilidades civiles y costas que se declaren, en su caso, en el procedimiento. También podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente se establezcan, a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto para el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.*

*En el caso de realización de un bien embargado o decomisado por orden de una autoridad judicial extranjera se aplicará lo dispuesto en la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.*

Mientras el artículo 127 octies, apartado 3º, se refiere únicamente al pago de las indemnizaciones que correspondan a las víctimas, el artículo 367 quinquies, apartado 3º, párrafo 2º, incluye un criterio de mayor amplitud al referirse de forma genérica a las responsabilidades civiles y costas.

Se plantea, por tanto, un evidente falta de correlación entre el artículo 127 octies y el artículo 367 quinquies, y si bien a tenor de éste resulta razonable que del importe de la realización se deduzcan los gastos de conservación y enajenación del bien, no lo es tanto el establecer un destino diferente al regulado en el propio Código Penal, cuando además ambos preceptos han recibido nueva redacción en virtud de una misma LO 1/2015.

Con la salvedad prevista en el art. 374 CP en relación con los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 368 a 372, en cuyo caso no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado:

*Artículo 374.*

*2.ª Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.*

Resulta paradójico que dicha exclusión únicamente se produzca en relación con los delitos contra la salud pública, pero, sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 367 quinquies, no se va a producir la misma situación en relación con otros delitos de mayor gravedad, por ejemplo, terrorismo, trata de seres humanos, etc., lo que además puede generar situaciones de desprotección a la víctimas contrarias a lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, cuyo art. 8, apartado 10 establece lo siguiente:

*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.*

Por otro lado, cuando se trata de la realización de un bien embargado por orden de una autoridad extranjera, se remite a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, en cuyo art. 172 LRM establece que el Juez de lo Penal competente dispondrá del dinero obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso de acuerdo con las siguientes reglas:

- Si el importe obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso es inferior a 10.000 euros o al equivalente a dicho importe, el mismo se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales.

- En todos los demás casos, se transferirá al Estado de emisión el 50 por 100 del importe que se haya obtenido de la ejecución de la resolución de decomiso. El 50 por 100 restante se ingresará en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, y será transferido por el Secretario judicial al Tesoro Público con aplicación, en su caso, de lo que se establezca en normas especiales y, particularmente, la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados (la referencia al art. 374 CP ha quedado obsoleta).

Esta regulación, atendidos los términos imperativos en los que viene redactado el precepto, parece no dejar terreno para salvaguardar las indemnizaciones que puedan corresponder a las víctimas, pero deberá realizarse una interpretación conforme y respetuosa con el citado art. 8 de la Directiva 2014/42/UE.

Por último, 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, introduce en la Disposición Adicional 5ª la regulación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA) que está llamada a desempeñar un importante papel en las funciones de localización, recuperación, conservación, administración y realización de efectos procedentes de actividades delictivas en los términos previstos en la legislación penal y procesal.



**VIGILAR PARA  
CASTIGAR**

**Ignacio Sánchez  
Yllera, Magistrado**

[Accede a la ponencia](#)