

# DECOMISO DE LAS GANANCIAS ILÍCITAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. ANÁLISIS HISTÓRICO Y CONCEPTUAL

MATEO G. BERMEJO\*

## Resumen

El análisis histórico y conceptual del decomiso de las ganancias del delito en la legislación española deja en evidencia que este salió del trastero de la política jurídica para convertirse en un instituto que ha sido objeto de un llamativo dinamismo reformista. Así, se pasó desde su tradicional consideración como pena accesoria o consecuencia accesoria de la pena a la actual como una medida que se encuentra a caballo entre el Derecho penal y el Derecho civil. Así, en pocos años se ha llegado a un enunciado legal que alcanza a diversos artículos del Código Penal y que permite advertir que en algunas de sus variantes no resultan aplicables principios del Derecho penal como los de culpabilidad y proporcionalidad, o procesal penal como el de presunción de inocencia. Esta extraordinaria evolución ha dejado en evidencia las dificultades que el subsistema jurídico y científico han padecido para *aggiornarse a inputs* provenientes del sistema político, que se haya comprometido a cumplir con los organismos internacionales y de la Unión Europea para una permanente armonización legislativa orientada a la finalidad de afrontar las exigencias de una criminalidad compleja y motivada por la obtención de ventajas económicas.

**Palabras clave:** *Derecho penal, decomiso, ganancias ilícitas, Código Penal español.*

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque la criminología y los estudios de Derecho penal promovieron durante las décadas de los años 60 y 70 del siglo XX la investigación de las sanciones penales y sus repercusiones en la reincidencia delictiva y en la criminalidad, el decomiso de las ganancias del delito permaneció ampliamente desatendido: las teorías explicativas de la criminalidad no acogían dentro de sus perspectivas los incentivos económicos y la dimensión de los beneficios.<sup>1</sup>

\* Universidad Nacional de San Juan, Argentina (mateobermejo@yahoo.com.ar). Artículo recibido el 24 de septiembre de 2018, aceptado para su publicación el 7 de diciembre de 2018.

<sup>1</sup> ALBRECHT (2001), p. 56. En efecto, la idea de privar a los infractores de los beneficios económicos no fue adoptada en la política criminal europea hasta tiempos recientes. Véase VAN DUYN, GROENHUI-

En efecto, hasta la segunda mitad del siglo XX la mayoría de los sistemas de justicia criminal conocían el decomiso de los instrumentos o efectos del delito, pero no regulaban expresamente el decomiso de las ganancias derivadas del mismo.<sup>2</sup> Así, por ejemplo, en Inglaterra la falta de una regulación del decomiso de las ganancias llegaba, incluso, a la imposibilidad del mismo.<sup>3</sup>

En España la figura del decomiso ha estado presente en el Derecho positivo, en su origen como pena accesoria, afectando a los instrumentos y efectos procedentes del delito pero no a las ganancias ilícitamente obtenidas.<sup>4</sup> Sin embargo, a pesar de la ausencia de una regulación específica, la jurisprudencia resolvía la cuestión considerando a las ganancias como efecto del delito y las decomisaba como tales.<sup>5</sup>

Es probable que también diversas circunstancias históricas se hayan conjugado para que el decomiso (no) surgiera en la escena jurídico-penal como un instrumento relevante en el diseño de la política criminal. Por un lado, en la segunda posguerra la creciente regulación de delitos sin víctima, en especial delitos cuyo objeto de protección son bienes jurídicos de carácter colectivo, dejó al descubierto que la eficacia preventiva de la reparación civil no resultaba útil en estos casos.<sup>6</sup> También resulta plausible la hipótesis de que el progresivo ascenso de las teorías económicas de la criminalidad creó condiciones de posibilidad para analizar la función que cumplen los beneficios económicos como incentivo para delinquir. A la vez, la emergencia de una delincuencia caracterizada por sus elevadas cotas de racionalidad instrumental, como son los casos de la criminalidad económica y la criminalidad organizada,<sup>7</sup> creó la necesidad de instrumentos preventivos adecuados a sus particularidades. Asimismo, los hallazgos criminológicos han evidenciado que no sólo los delitos asociados al crimen organizado (la variante más extrema de delitos motivados por la obtención de

---

JSEN y SCHUDELARO (2005), p. 120. Acerca de la poca atención que el instituto del decomiso de las ganancias derivadas del delito recibió hasta tiempos recientes en Alemania, a pesar de encontrarse legislado desde hacía tiempo en los §§ 73-73d del StGB, HETZER (1994), p. 181.

2 STESENS (2002), pp. 3 y 4.

3 No hay en el Derecho inglés una facultad derivada del *common law* (*common law powers*) para decomisar los beneficios económicos del delito. Por ello se han debido crear facultades legales (*statutory powers*) para acompañar una sentencia con una orden de decomiso. ALLDRIDGE (2001-2002) p. 283. En efecto, para evitar los problemas político-criminales que suponía la imposibilidad de decomisar las ganancias provenientes de actividades delictivas, el Parlamento inglés otorgó a los tribunales la facultad de decomisar las ganancias provenientes de los delitos de tráfico de drogas a través de la Drug Trafficking Offences Act 1986, luego reemplazada por la Drug Trafficking Act 1994. BOWLES, FAURE y GAROUPA (2000), pp. 544, 545.

4 CEREZO DOMÍNGUEZ (2004), p.17.

5 CEREZO DOMÍNGUEZ (2004), p. 43.

6 STESENS (2002), p. 4. También BOWLES, FAURE y GAROUPA (2000), p. 543.

7 Por ello, se afirma que en la actualidad la política criminal se orienta hacia la investigación, embargo y decomiso del patrimonio criminal. Ello constituye una preocupación fundamental en la política legislativa de la Unión Europea y en el contexto internacional, tal como lo evidencian la Convención de Viena, la Convención del Consejo de Europa y la Directiva Europea; cfr. CHOCLÁN MONTALVO (2001), pp. 331, 332.

beneficios económicos), sino también la mayor parte de los crímenes, son cometidos con la intención de obtener beneficios económicos,<sup>8</sup> lo que puede considerarse una evidencia que ha sentado las bases para la generalización del decomiso de las ganancias del delito como instrumento de política criminal.

Así, a partir de fines de la década del 80 del siglo XX, como consecuencia de la celebración de diversas normas internacionales de gran calado, distintos estados comenzaron a rever su regulación en la materia.<sup>9</sup> Así comienza a gestarse la estrategia internacional de prevención del delito que considera como un elemento clave la armonización legislativa en materia de decomiso de las ganancias ilícitas y que ha tenido un profundo y progresivo impacto en la legislación española en la materia.

## II. LA CONTROVERSIAS DOCTRINAL ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y LA JUSTIFICACIÓN DEL DECOMISO DE GANANCIAS ILÍCITAS

La justificación del instituto del decomiso de las ganancias del delito, así como su naturaleza jurídica, son objeto de una intensa controversia doctrinal y jurisprudencial que aquí puede solo esbozarse.

La legitimidad de esta variante del decomiso encuentra fundamentos tanto preventivos como de justicia retributiva, con evidentes vínculos discursivos con la justificación del castigo. Así, en la teoría económica de la criminalidad la posibilidad de obtener ganancias representa necesariamente el lado de los beneficios en el cálculo que presupone la decisión de delinquir, por lo que el decomiso de las ganancias del delito, entonces, cumple una función disuasoria al reducir los beneficios esperados de la actividad delictiva.<sup>10</sup> También la inocuidad se advierte aquí en el trasfondo del argumento respecto de que el dinero, en caso de no ser decomisado, puede redundar en la reinversión de capital en actividad ilegales o en la capitalización y acumulación de poder económico y político en organizaciones delictivas.<sup>11</sup> Asimismo, el Tribunal Constitucional alemán en el Auto de 14 de enero de 2004, que se advierte como antecedente de la legislación española en virtud de referencias de la Exposición de Motivos de la última reforma en España, ha expresado que el decomiso de las ganancias del delito persigue fines de estabilización de la norma así como de ordenación del patrimonio, con evidente contenido jurídico civil en el segundo caso pero con claras reminiscencias a la prevención general positiva en el primer caso.<sup>12</sup> Ahora bien, no

8 En relación con estos hallazgos criminológicos, cfr. KILCHLING (2001), pp. 264, 265.

9 STESSENS (2002), p. 5.

10 Véase BOWLES, FAURE y GAROUPA (2000), pp. 539, 542.

11 Véase en relación tanto con la función disuasoria como con la inocuidad del decomiso de ganancias del delito, BERMEJO (2015), p. 218 y ss.

12 Cit. en ROIG TORRES (2016), pp. 222 y 223. Asimismo, PUPPE advierte, también estableciendo una relación entre ventajas patrimoniales ilícitas y erosión en la vigencia de la norma, acerca de que “mediante el quebrantamiento de la norma, el autor obtiene o, por lo menos, intenta obtener ventajas, ya sean beneficios patrimoniales, satisfacción de deseos o liberar agresiones. Si es constante,

puede soslayarse que el carácter reparatorio que presenta, por vía de restitución, el decomiso de las ganancias del delito (pensemos en los casos de corrupción, cuando el dinero mal habido vuelve al erario público, o en la financiación de programas de desintoxicación de adictos con dinero decomisado a organizaciones vinculadas al tráfico de drogas) también permite asociarlo a consideraciones deontológicas de justicia.

Las funciones preventivas que se predicen de este instituto jurídico son las que parecen haber dado origen al progresivo interés en el mismo por parte de los organismos internacionales y legisladores nacionales. Asimismo, cualquiera que sea la justificación anterior no puede obviarse que, al igual que ocurre con la multa, el decomiso de las ganancias del delito no sólo tiene efectos preventivos o retributivos relacionados con el hecho ilícito, sino que, al mismo tiempo, es una fuente de ingresos para el Estado.<sup>13</sup>

Controversial también resulta su “naturaleza jurídica”, tomando en consideración que presenta semejanzas con otras variantes del decomiso (como el decomiso de los instrumentos o efectos del delito) y con la pena pecuniaria, sin que pueda soslayarse que aun dentro del propio decomiso de las ganancias del delito las sucesivas modificaciones normativas han evidenciado una mutación que va desde su original consideración como pena o consecuencia accesoria de la misma hasta variantes que la emparentan con medidas de carácter civil o administrativo<sup>14</sup> (como se advierte en el “decomiso ampliado” de la legislación española y su antecedente de la Unión Europea o en las diversas legislaciones de “extinción de dominio” en América Latina).

Por otra parte, en ningún caso el decomiso de los activos ilícitos apareció como un eje solitario en la política criminal, sino que vino acompañado de la regulación y progresiva ampliación de la tipificación penal del delito de lavado de activos y de los delitos relacionados con la corrupción pública y privada así como de la responsabilización del sector privado en la prevención (lo que se evidencia de manera más radical en el ámbito del lavado de activos y de la corrupción pública). Así, se hace referencia a una triple estrategia regulatoria signada por el decomiso de las ganancias derivadas de la actividad ilícita, por la imposición de deberes de colaboración a sujetos privados y, last but not least, la tipificación penal de las conductas identificadas como lavado de activos que se encuentran en una relación funcional entre sí.<sup>15</sup>

---

socava la disposición al cumplimiento de las normas por parte de ciudadanos originariamente fieles al Derecho, ya que éstos esperan que la infracción de la norma, al final de cuentas, sea perjudicial para el autor. Si no desean precisamente ser mártires de la legalidad, se preguntarán, entonces, si no están actuando neciamente al continuar cumpliendo con las normas y cediendo las ventajas de su incumplimiento a otros”. PUPPE (2016), p. 114.

13 En ciertas ocasiones puede advertirse, asimismo, que el fin de afirmar la confianza de la ciudadanía en la vigencia de la Ley puede realizarse, incluso, a costa de su eficiencia económica: en Argentina puede observarse en las calles que las fuerzas de seguridad utilizan automóviles de alta gama decomisados a organizaciones delictivas, con el eslogan en general de “automóvil recuperado del narcotráfico”, aun cuando su utilización por parte del Estado puede no seguir una racionalidad económica por los altos costos de mantenimiento de los mismos.

14 A este respecto véase ROLDAN (2016), pp. 49-83.

15 BERMEJO (2015), p. 207 y ss.

### III. LAS DISTINTAS VARIANTES DEL DECOMISO DE LAS GANANCIAS DEL DELITO

El decomiso de las ganancias producto del delito ha sido objeto de una progresiva ampliación que puede observarse con claridad en las normas internacionales y que, como se verá, también ha repercutido en la legislación española.

Esta ampliación ha partido del, así denominado, *decomiso básico* (del que se predicaba una naturaleza punitiva o accesoria a la pena) hasta llegar al hoy denominado *decomiso ampliado* (de naturaleza civil, según el legislador europeo).

El *decomiso básico* alcanza a los bienes obtenidos directamente del delito. Así, por ejemplo, el dinero en efectivo obtenido directamente por el traficante de drogas ilícitas producto de una operación de venta de estupefacientes: ese dinero cobrado del mercado ilegal de drogas es el beneficio directo de la actividad ilícita y puede ser decomisado sin más.

Pero la regulación del decomiso de las ganancias no alcanza sólo a aquellos bienes que se han obtenido directamente de la actividad delictiva, sino que se extiende al *decomiso sustitutivo*, es decir a aquellos bienes que han subrogado a los originarios<sup>16</sup> ocupando su lugar: así, si resulta imposible hallar el dinero que se ha recibido por la operación de venta de drogas, pero puede hallarse el inmueble que se ha comprado con el mismo, este bien también puede ser decomisado como bien sustituto del dinero. Esta variante del decomiso tiene como finalidad evitar que las sucesivas transferencias de los bienes obtenidos como producto de la actividad delictiva puedan frustrar el decomiso de las ganancias. En efecto, si sólo pudieran decomisarse los bienes originarios, la primera transformación que estos sufrieran impediría el decomiso de los mismos, de modo tal que resultaría bastante simple evadir la intervención estatal. El decomiso de bienes sustitutivos permite alcanzar cualquier bien que se encuentre en una cadena de relaciones con un bien originario que se hubiera obtenido de una actividad delictiva dolosa; el único límite será el tercero adquirente de buena fe, de acuerdo con una adecuada interpretación del artículo 127 quater del Código Penal español.<sup>17</sup> Esta limitación (adquisición de buena fe), que pretende preservar derechos de terceros, supone una restricción importante al decomiso de aquellos bienes obtenidos de la actividad delictiva o de aquellos que los han sustituido, pero no lo hace imposible. En efecto, si, por ejemplo, el infractor vende el inmueble obtenido como producto del delito a un tercero de buena fe, el decomiso recaerá, entonces, sobre el dinero que se ha cobrado como contraprestación de parte del tercero: es decir, el dinero es el bien sustitutivo del inmueble y sobre él recaerá el decomiso.

La tercera variante del decomiso de los beneficios del delito, el así denominado *decomiso del valor equivalente*, extiende este instituto hacia el costado de la cadena de adquisiciones de bienes con beneficios del delito, alcanzando también a bienes

16 Así el Código Penal español en su art. 127.1 hace referencia al decomiso de las ganancias “cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

17 Asimismo, ver la Convención de Naciones Unidas (art. 5.8). En GILMORE (1992).

de origen lícito que se hallan en el patrimonio del infractor. En efecto, el *decomiso de valor equivalente* no se limita a bienes que se deriven de la actividad delictiva: así, puede ser ejercido contra bienes en propiedad del condenado que han sido legalmente obtenidos y que no tienen ninguna conexión con el delito por el que se decomisan los bienes: el decomiso se realiza por un monto de dinero determinado.<sup>18</sup> La necesidad político-criminal de regular el decomiso de valor equivalente proviene de que el decomiso de bienes (originarios o sustitutivos) presenta dos problemas desde el punto de vista de su eficacia: por un lado, si el infractor ha gastado los bienes éstos ya no pueden ser decomisados y, por otro, si los bienes han sido transferidos a terceros de buena fe, tampoco.<sup>19</sup> Por el contrario, el decomiso de valor equivalente tiene una ventaja significativa ya que no se ve impedido por el consumo, encubrimiento, desplazamiento o destrucción de los bienes de origen ilegal (o sus sustitutos) ya que puede recaer sobre bienes de origen legal de propiedad del infractor.<sup>20</sup> Por esta razón, el decomiso de valor equivalente se ha transformado en parte central de la estrategia internacional contra el lavado de activos, apreciación que se evidencia en que ya desde la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas* (1988) se lo promueve.

Otra distinción relevante es la que existe entre *ganancias directas* y *ganancias indirectas*. Un concepto extensivo del decomiso permite intervenir las ganancias indirectas, es decir, aquellos beneficios conseguidos por quien invirtió o gestionó hábilmente las ganancias originarias.<sup>21</sup> Así, por ejemplo, si quien recibe un soborno tiene un consejero económico (verbigracia, un *broker*) que conoce como invertir en mercados o instrumentos financieros sofisticados de alto riesgo pero con una alta tasa de retorno y, luego de realizar estas operaciones, el Estado descubre que el dinero invertido es de origen delictivo, se discute si el infractor adquiere derecho de propiedad sobre los beneficios indirectos, es decir, sobre los beneficios obtenidos con la inversión, aun cuando deba devolver el capital original. Si se sostiene que el decomiso no alcanza los beneficios indirectos, entonces el infractor tendrá derecho a conservar dichos beneficios, que de otro modo serían decomisados por el Estado. En mi opinión, existe una buena razón para decomisar también las ganancias indirectas: si se permite al infractor apropiarse de los beneficios indirectos del delito se incentiva la comisión de delitos por parte de aquellos que, por contar con más recursos (vínculos personales, conocimientos, etc.), pueden obtener mayores beneficios a partir del capital obtenido de forma ilícita. Imaginemos los múltiples casos en que un individuo tiene la oportunidad de llevar a cabo una inversión de alto riesgo para el capital invertido, pero con grandes ganancias potenciales; en este tipo de casos, si se permite adquirir derechos de propiedad sobre los beneficios obtenidos se crean incentivos para cometer delitos que proveen beneficios económicos. Creo que este argumento de corte disuasorio y la ausencia de buenas razones en favor de otorgar derechos de propiedad a los infrac-

18 STESENS (2002), p. 35.

19 STESENS (2002), p. 33.

20 Conf. KILCHLING (2001), p. 272. CEREZO DOMÍNGUEZ (2004), p. 45.

21 CEREZO DOMÍNGUEZ (2004), p. 44. En contra, AGUADO CORREA (2000), pp. 95-96.

tores sobre las ganancias indirectas inclinan la balanza de argumentos en favor de la legitimidad del decomiso de ganancias indirectas.

Otra variante del decomiso, más contemporánea en su regulación vigente, es el *decomiso ampliado*, que se ejerce contra bienes que se presumen de origen delictivo, pero que son de adquisición previa a los hechos delictivos por los que se condena al infractor. A esta característica ya particular, consistente en alcanzar bienes adquiridos con anterioridad al hecho por el que se condena (lo que ya podía hacerse en casos de condena por el delito de lavado de activos), se agrega el hecho de que en la normativa europea y española (esta última como consecuencia de la transposición de aquella) se ha considerado que esta variante del decomiso es un instituto de carácter civil que, por ende, flexibiliza los estándares probatorios permitiendo la utilización de presunciones legales.

La última variante, que puede alcanzar a cualquiera de las anteriores, es el *decomiso sin condena*. Todas las variantes del decomiso mencionadas en el párrafo anterior se han presentado como casos de acción *in personam*: es decir, que en todos los casos se exige que exista una acusación y condena penal contra una persona (física o jurídica) sometida a juicio de carácter penal. Sin embargo, existe una variante que modifica sustancialmente el carácter del proceso que se lleva a cabo para decomisar bienes de origen delictivo: en este caso, se lleva a cabo una acción *in rem*, es decir un proceso cuyo único objeto es decomisar bienes sin que exista condena penal a intervinientes en el delito. Estos casos suelen presentarse cuando el imputado se encuentra prófugo, padece una enfermedad que le impide ser sometido a juicio, ha sido declarado incapaz o ha fallecido, la acción penal ha prescripto u otras alternativas que varían según cada legislación nacional.

Sin duda, tanto el *decomiso ampliado* como el *decomiso sin condena*, en particular cuando se relacionan con estándares probatorios de carácter civil (utilización de presunciones, inversiones de la carga de la prueba), se relacionan con uno de los debates más relevantes de los últimos tiempos en esta materia, por las consecuencias prácticas que se derivan de él, que consiste en si el decomiso de los beneficios económicos del delito debe regularse como una consecuencia jurídico-penal (y, por ende, como consecuencia de una acción *in personam*) o si, por el contrario, es admisible regularlo como una acción real (*in rem*) que opere exclusivamente en relación con el origen de los bienes, con independencia de la acción penal. El decomiso civil y los procedimientos civiles de recuperación de activos han tenido un desarrollo importante en los últimos años, particularmente en el ámbito de la recuperación de activos de los bienes de la corrupción de los funcionarios públicos.<sup>22</sup> El decomiso civil ya ha sido regulado en Estados Unidos, Reino Unido, Colombia, Irlanda, Italia, Australia, Eslovenia y Sudáfrica,<sup>23</sup> pudiéndose mencionar en Latinoamérica el caso de Perú<sup>24</sup> y el

22 El desarrollo de este instituto en el ámbito internacional y comparado se debe, sobre todo, a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).

23 Cfr. HOFMEYR (2008), p. 91 y ss.

24 Véase el reciente Decreto Legislativo N° 1373 de 2018 en uso de las facultades delegadas por Ley N° 30.823.

actual debate parlamentario en Argentina al respecto.<sup>25</sup> En efecto, si el decomiso es regulado como una consecuencia penal debe quedar sujeto al sistema de garantías que rige el juicio penal. En cambio, si el decomiso del producto del delito es regulado como una acción *in rem*, podría ser sometido a los estándares probatorios y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles, con el consecuente incremento en su eficacia: la distribución de la carga de la prueba sería más favorable a la acusación que en su alternativa jurídico-penal, el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente de los tribunales de justicia, procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en el juicio (como se dijo, podría llevarse a cabo aun cuando resulte imposible condenar al imputado, ya sea porque ha fallecido, se ha fugado o está protegido por algún régimen de inmunidades), procedería contra herederos, etc.<sup>26</sup>

#### IV. LA EVOLUCIÓN DEL DECOMISO DE LAS GANANCIAS DEL ILÍCITO PENAL EN LAS NORMAS INTERNACIONALES QUE INFLUYERON EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La evolución del instituto del decomiso de las ganancias del delito en las normas internacionales ha sido extraordinaria. En efecto, en unos pocos años el decomiso de los beneficios económicos derivados de la actividad delictiva ha devenido en uno de los instrumentos claves de política criminal en la lucha contra los delitos que generan beneficios económicos y contra el lavado de dichos activos ilícitos.<sup>27</sup> Influyentes en la legislación española resultan los cuerpos normativos de las Naciones Unidas, la Unión Europea y el GAFI.

En efecto, en el ámbito de la *Organización de las Naciones Unidas (ONU)* tres cuerpos normativos proveyeron un impulso decidido a esta consolidación. En primer lugar, la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988)* que fijó el decomiso de las ganancias del narcotráfico como una parte decisiva de la política criminal contra aquél fenómeno, luego la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)* que no sólo mantuvo la importancia de este instituto sino que lo amplió a un buen número de variados delitos vinculados a organizaciones criminales y, por último, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)* que erigió la recuperación de activos ilícitos

25 Véase, por ejemplo, <https://www.lanacion.com.ar/2156046-postergan-el-debate-para-tratar-la-extincion-de-dominio> (visitada el 21 de septiembre de 2018).

26 Todo Cfr. JORGE (2008), pp. 72, 73, 88, 89. El autor explica que la compatibilidad de tales sistemas con los derechos humanos fundamentales y las garantías básicas del proceso penal fue examinada en varias oportunidades, y desde diferentes ángulos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la lectura de sus sentencias, según este autor, parece indicar que existen ciertas características y condiciones bajo las cuales estos procedimientos *in rem* podrían ser compatibles con las garantías fundamentales del Derecho Penal (sobre esto ver las pp. 73-87). También, sobre la utilidad del decomiso civil para superar las dificultades del decomiso penal, DANIEL y MATON (2008), pp. 133-135.

27 BLANCO CORDERO (2007), p.123.

(una enunciación más amplia que incluye la restitución de bienes) en un “principio fundamental” de la Convención.

En el marco de la *Unión Europea* tienen lugar una sucesión de normas que desde 1990 resultan influyentes en la legislación española. Se trata del *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen (1990, 2005)*, la *Decisión Marco 2005/212/JAI relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (2005)* y la *Directiva Europea 2014/42 UE sobre embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (2014)*.

También el GAFI (*Grupo de Acción Financiera*) ya desde las iniciales *40 Recomendaciones* puso en la agenda pública internacional la importancia del decomiso de las ganancias del delito como instrumento político criminal.

La evolución del decomiso de las ganancias del delito resulta evidente en un análisis histórico de las normas internacionales. Así, las tres convenciones de la ONU, es decir la *Convención ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988)*, la *Convención ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)* y la *Convención ONU contra la Corrupción (2003)* contemplan el *decomiso básico, el sustitutivo y el decomiso por valor equivalente*, de forma tal que en los tres instrumentos se hallan reguladas las tres variantes del decomiso de ganancias del delito que expresan el consenso mínimo común respecto de la extensión de esta variante del decomiso.

Es en las normas más recientes, a saber, la *Convención ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)* y la *Convención ONU contra la Corrupción (2003)* que se prevé la *inversión de la carga de la prueba* respecto del origen lícito de los bienes (arts. 12.7 y 31.8 respectivamente) abriendo el camino ya, entonces, a la consideración de la naturaleza no penal de esta variante del decomiso. Más aún, debe destacarse que el cuerpo normativo más reciente, la *Convención ONU contra la Corrupción (2003)*, es la que prevé el *decomiso sin condena* (art. 54.1.c) y erige a la recuperación de activos de la corrupción en un *principio fundamental de la Convención* (art. 51).

Por su parte, el GAFI en sus 40 Recomendaciones actualizadas contempla *todas estas variantes y remite a las tres Convenciones*.

Las *normas de la Unión Europea* incluyen tanto el *decomiso básico, sustitutivo, de valor equivalente y sin sentencia condenatoria*, la aclaración de que el decomiso incluye tanto las *ganancias directas como las indirectas* y, por último, el *decomiso ampliado* como medida de carácter civil, en cuyo caso se considera que puede ser suficiente “que sea sustancialmente más probable que el bien se haya obtenido por actividades delictivas que por otras”.

## V. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Un análisis histórico de la legislación española en materia de decomiso de las ganancias del delito evidencia que este instituto jurídico ha pasado por cuatro etapas bien diferenciadas: 1) Antes del Código Penal de 1995, 2) La regulación introducida en el Código Penal de 1995, 3) Las Reformas del Código Penal introducidas por la

LO 15/2003 y la LO 5/2010 y, por último, 4) La reciente Reforma al Código Penal introducida por la LO 1/2015.<sup>28</sup>

### 5.1. Primera Etapa: Antes del Código Penal de 1995

Este período, que puede caracterizarse como la etapa primitiva del decomiso de las ganancias del delito en España y abarca desde los antecedentes de los primeros Códigos Penales, presentaba la particularidad de que el decomiso parecía ser considerado como una pena. Así, encontramos los antecedentes en los Códigos Penales de 1822, 1848, 1870, 1928, 1932, 1944, 1950, 1973 y en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 (L 16/1970).

En estas normas se carecía de una regulación general del decomiso de ganancias del delito, aunque se regulaba el decomiso de efectos e instrumentos del delito *sin mención a las ganancias o los beneficios económicos del delito*. La primera referencia específica, en este período, al decomiso de las ganancias ilícitas aparece en la Parte Especial, en el artículo 136 del *Código Penal de 1928* en el cual se prevé el decomiso de las *dádivas o presentes* entregados en los delitos de *cohecho*.

La siguiente norma que se incluyó en la legislación penal española en la materia fue poco antes del Código Penal de 1995, por medio de la LO 1/1988, de 24 marzo, de reforma del Código Penal –EDL 1988/11313–, que se fijó como objetivo de la política criminal atacar con mayor eficacia los aspectos patrimoniales del narcotráfico cuando se legisló el decomiso de las ganancias del delito en relación con los delitos asociados al tráfico ilícito de drogas como consecuencia de la *Convención ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988)*. En esta importante reforma legal y limitada al delito de tráfico de drogas se establecieron tres mecanismos para tratar con los beneficios económicos surgidos de ese negocio criminal: se ampliaron los términos de la figura del decomiso, disponiendo como susceptibles del mismo los bienes, de cualquier naturaleza, utilizados o que provengan de la conducta delictiva. Para garantizar la efectividad de esa medida, se facultaba a la autoridad judicial para aprehender los citados bienes en cualquier momento en que el proceso se encontrara, lo que vino acompañado de la imposición de penas de multa de muy elevada cuantía y de la tipificación del tipo penal de blanqueo de capitales con origen en el tráfico de drogas.<sup>29</sup>

En conclusión, puede advertirse que en este extenso período se careció de una regulación general del decomiso de ganancias del delito en la Parte General, existiendo sólo una regulación en Parte Especial para el delito de cohecho y más tarde para el tráfico de drogas. A la vez, si bien no tuvo lugar una notoria teorización relativa a la naturaleza jurídica del decomiso parece habérselo considerado o bien una pena

28 Para el análisis de la evolución del decomiso de las ganancias del delito en la legislación española he tomado en consideración las siguientes obras: AGUADO CORREA (2000); BERMEJO (2015), p. 213 y ss.; CEREZO DOMÍNGUEZ (2004); DE PORRES ORTIZ DE URBINA (2016); DÍAZ CABIALE (2016); ROIG TORRES (2016), pp. 199-279, y RUIZ DE ERENCHUM ARTECHE y SANCHEZ-OSTIZ (2012), p. 204 y ss.

29 DE PORRES ORTIZ DE URBINA (2016).

accesoria o bien una consecuencia accesoria a las penas, siempre por delitos dolosos. Por otra parte, no cabe duda de que el decomiso de ganancias se trataba como una acción *in personam* y que sólo parecía alcanzar al decomiso básico pero no a las otras variantes (ni siquiera al decomiso sustitutivo o de bienes subrogantes). Tampoco se hacía mención a la posición legal de terceros adquirentes de los bienes de origen ilícito ni existía referencia a la eventual aplicación del principio de proporcionalidad.

### 5.2. Segunda Etapa: La regulación introducida en el Código Penal de 1995

El **Código Penal de 1995** incorpora expresamente el decomiso de los beneficios del delito en la Parte General, como “Consecuencia Accesorias de la Pena”, en su artículo 127. Así, esta primigenia versión contemporánea del decomiso de ganancias del delito, indicaba: “**Artículo 127.** Toda pena que se imponga por un *delito o falta dolosos* llevará consigo la *pérdida* de los *efectos* que de ellos provengan y de los *instrumentos* con que se haya ejecutado, así como **las ganancias provenientes del delito**, cualesquiera que sean las *transformaciones* que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un *tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”. El artículo 128 también resulta de interés al expresar: “**Artículo 128.** Cuando los referidos *efectos e instrumentos* sean de lícito comercio y *su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal*, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, *podrá* el Juez o Tribunal *no decretar el decomiso*, o decretarlo parcialmente”.

Una atenta lectura del tenor literal de estos enunciados permite advertir, como características centrales, por un lado que la regulación alcanza sólo a dos artículos de un párrafo cada uno, y por otro que ambos se encuentran situados en el Libro de las “Consecuencias Accesorias”. De este modo, el legislador le atribuye al decomiso de ganancias del delito el carácter de consecuencia accesoria de la pena, exclusivamente para delitos dolosos. Se trata de un decomiso *in personam* que incluye tanto el decomiso básico como el sustitutivo, ya que expresamente alcanza a “cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar” las ganancias, pero no se legisla ni el decomiso de valor equivalente ni el decomiso ampliado. Asimismo, se hace referencia a la protección de los terceros de buena fe, sin distinción entre adquirentes a título oneroso y gratuito. Por último, su aplicación resulta obligatoria para los jueces y el principio de proporcionalidad no rige para el decomiso de ganancias, ya que el art. 128 expresamente menciona al decomiso de instrumentos y efectos como aquellos que pueden verse limitados en su aplicación.

### 5.3. Tercera Etapa: Las Reformas del Código Penal introducidas por la LO 15/2003 y la LO 5/2010

En esta etapa se plasman en el texto legislativo dos reformas sucesivas que se encuentran fuertemente influidas por la *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)* y la *Convención ONU contra la Corrupción (2003)*.

Así en la **Reforma del Código Penal obrada por la LO 15/2003** se introduce el *decomiso de valor equivalente (en ese momento en el inciso 2 del art. 127)*: en efecto este nuevo apartado del artículo 127 del Código Penal expresa que si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes originarios o subrogantes se acordará el decomiso por un valor equivalente de otros bienes de los responsables del hecho. Asimismo, se introduce el *decomiso sin condena* procedente en casos de exención de responsabilidad penal (*como art. 127.3*): así, permite el decomiso básico, sustitutivo y por valor equivalente en aquellos casos en que no pueda imponerse pena por exención de responsabilidad penal o por extinción de la misma, debiéndose acreditar la situación patrimonial ilícita. Esta última reforma vino acompañada también de la inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de una regulación procesal para llevar a adelante este decomiso in rem.<sup>30</sup> Esta reforma del año 2003 incluye una regulación *específica del decomiso de ganancias en los artículos referidos al delito de lavado de activos*: en efecto, el artículo 301.5 remite a la regulación general del decomiso de ganancias afirmando que “*si el culpable (del delito de lavado de activos) hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código*”.

Unos pocos años después se introdujo la **Reforma del Código Penal obrada por la LO 5/2010**. Esta reforma incorpora el *decomiso ampliado (como art. 127.1.ii)* en bienes procedentes de delitos de terrorismo o los cometidos en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista: el Juez deberá ampliar el decomiso a ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal o delictiva, alcanzando el patrimonio de todas las personas condenadas cuyo valor sea desproporcionado respecto de ingresos legales. Asimismo, introduce como facultad del Juez el *decomiso en delitos imprudentes (art. 127.2)* de ganancias en ilícitos castigados con pena privativa de libertad superior a un año.

Esta reforma no modificó la cantidad de artículos de la Parte General referidos al decomiso ya que permaneció la regulación en solo dos artículos (arts. 127 y 128 en el Libro de las “Consecuencias Accesorias”) pero se agregaron incisos en el artículo 127. Estas modificaciones llevaron a que una parte de la doctrina se refiriera a la naturaleza jurídica del decomiso de ganancias del delito como un *tertium genus* de sanción penal (junto a penas y medidas).<sup>31</sup> Así, se agregaron como variantes del decomiso *in personam* al decomiso básico, decomiso sustitutivo, decomiso de valor equivalente y decomiso ampliado. Pero se incorporó como una acción *in rem* el decomiso de ganancias del delito respecto de los casos de exención y extinción de responsabilidad penal. Respecto de los terceros de buena fe se los menciona pero no se define su alcance. El decomiso de las ganancias del delito resulta obligatorio para los jueces excepto en el caso del decomiso de los beneficios de delitos imprudentes, supuesto en el que resulta facultativo. También aquí el principio de proporcionalidad rige para instrumentos y efectos pero no alcanza al decomiso de las ganancias.

30 DÍAZ CABIALE (2016), p. 52 y ss.

31 En este sentido, RUIZ DE ERENCHUM ARTECHE y SÁNCHEZ-OSTIZ (2012), p. 204 y ss.

#### 5.4. Cuarta Etapa: La reciente Reforma al Código Penal introducida por la LO 1/2015

La última etapa tiene lugar con la **Reforma realizada por LO 1/2015** (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) por medio de la cual se ampliaron los artículos 127 hasta el 127 octies y se mantuvo el art. 128 del Código Penal. Desde entonces, y bajo influencia de la Directiva Europea 2014/42/UE antes referida, puede advertirse la centralidad que ha adquirido la regulación del decomiso de los beneficios del delito en el Código Penal español en el hecho de que esta reforma acomete una nueva y amplia revisión técnica de la regulación del decomiso, con la pretensión de sistematizarla y desarrollarla con carácter general para todos los delitos, introduciéndose modificaciones que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión de los mismos. Con esta finalidad, se afirma en la Exposición de Motivos, se incorporan novedades en tres cuestiones, el decomiso sin sentencia, el decomiso ampliado y el decomiso de bienes de terceros, en los artículos 127 a 127 octies.

Así, el decomiso<sup>32</sup> se halla previsto en el Código Penal español, de acuerdo con la reforma operada por la LO 1/2015, en los artículos 127 a 127 octies como una consecuencia accesoria del delito (Título VI –de las Consecuencias accesorias– de su Libro I), es decir que depende de la existencia de un hecho antijurídico, más allá de si éste ha sido efectivamente sancionado.

El Código Penal regula, en el reciente enunciado del artículo 127, el decomiso de las ganancias del delito, de los instrumentos del delito y de los efectos que provengan del mismo, tanto en caso de comisión de delito doloso como de delito imprudente (en particular, ver el artículo 127 apartados 1 y 2 en relación con el decomiso básico y el sustitutivo). Asimismo, el art. 127, en su apartado 3 (adonde fue trasladado luego de su originaria inclusión en el inciso 2 en 2003), regula el decomiso de valor equivalente. En efecto, el Código Penal en su art. 127.3 prescribe que, de no ser posible el decomiso de los efectos, instrumentos o ganancias, «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». También el artículo 127 septies incorpora el decomiso del valor equivalente.

Los artículos siguientes, recientemente incorporados, que van del art. 127 bis al 127 octies, regulan diversos aspectos del decomiso. Según la Exposición de Motivos (punto VIII), las novedades afectan, especialmente, a tres cuestiones: el decomiso ampliado, el decomiso sin sentencia y el decomiso de bienes de terceros.

---

32 «Decomiso» es la denominación que utiliza el Código Penal según la reforma operada por la LO 1/2015, renunciando a la expresión «comiso», de acuerdo con la modificación número doscientos sesenta que indica: «Sustitución de términos en el Código Penal. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término “comiso” se sustituyen por el término “decomiso”»

En relación con el *decomiso ampliado*, reglado en los art. 127 bis y 127 quinquies, la Exposición de Motivos indica que «frente al decomiso directo y el decomiso por sustitución, el decomiso ampliado se caracteriza, precisamente, porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. Por esa razón, el decomiso ampliado no se fundamenta en la acreditación plena de la conexión causal entre la actividad delictiva y el enriquecimiento, sino en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar» y agrega que «el decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto. El hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación». Si bien el decomiso ampliado ya había sido introducido en el Código Penal en 2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales, ahora se extiende a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos (blanqueo y receptación, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores, falsificación de moneda, insolvencias punibles, delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, corrupción en el sector privado, delitos informáticos, cohecho, malversación o delitos patrimoniales en casos de continuidad delictiva o multirreincidencia).

Asimismo, según la misma Exposición de Motivos, «con la finalidad de facilitar la aplicación de esta figura, se opta por incluir un catálogo abierto de indicios que, entre otros posibles, deberán ser valorados por los jueces y tribunales para resolver sobre el decomiso: la desproporción entre el patrimonio del sujeto responsable de alguno de los delitos contenidos en el catálogo, y sus medios de vida lícitos; la ocultación intencionada de su patrimonio mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o mediante el recurso a paraísos fiscales; o su transferencia mediante operaciones que dificulten su localización o seguimiento, y que carezcan de justificación económica». Así, según el legislador «esta regulación no perseguiría reprochar al condenado la realización de un hecho ilícito, lo que sería propio de una pena, sino conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo; y el decomiso ampliado no presupone ni conlleva una declaración de culpabilidad por la actividad delictiva desarrollada por el sujeto, pues el decomiso ni presupone tal declaración de culpabilidad ni es una pena. La regulación prevé, por ello, que si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal deba valorar el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento».

Incluso, el artículo 127 sexies introduce presunciones respecto del origen delictivo de los bienes, lo que, sin duda, dará lugar a importantes controversias.

El *decomiso sin sentencia* ya se encontraba regulado, antes de la reforma de LO 1/2015, en el apartado 4 del artículo 127, si bien el legislador penal, en el actual artículo 127 ter, consideró «oportuno aprovechar la reforma para introducir algunas mejoras técnicas en su regulación e introducir las normas procesales necesarias para hacer posible su aplicación», según expresa en la Exposición de Motivos (Punto VIII). Asimismo, en la Exposición de Motivos también agrega que «tradicionalmente el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un decomiso sin condena es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el decomiso de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis del decomiso apegado a la regulación tradicional del mismo, y desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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 (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein)».

En relación con el *decomiso de bienes de terceros*, que se desarrolla en el art. 127 quáter, dice la Exposición de Motivos «en no pocas ocasiones, los bienes y efectos procedentes de actividades delictivas son transferidos por sus autores a terceras personas. La regulación del decomiso de bienes en poder de terceros ya estaba prevista en nuestra legislación, si bien la reforma introduce algunas mejoras técnicas orientadas a incrementar la eficacia y seguridad jurídica en la aplicación de esta regulación». Así, la reforma acomete una regulación en el artículo 127 quáter más detallada para determinar si un tercero adquirente de los bienes debe ser considerado de buena o mala fe, lo que antes de hallaba regulado en una escueta formulación del art. 127, probándose la mala fe del tercero sobre la base del conocimiento del origen ilícito de los bienes o su adquisición bajo circunstancias que recuerdan a los conceptos de dolo eventual o imprudencia respecto del conocimiento de dicho origen.

En el artículo 127 octies se incorporan normas de carácter procesal respecto de medidas que podrán tomarse en las primeras diligencias del proceso, la posibilidad de la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos, así como reglas respecto de su destino, ya sea para reparación de las víctimas o su adjudicación al Estado.

Asimismo, para mejorar la gestión de los activos intervenidos, se revisa la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se crea una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos a la que corresponderá realizar las actuaciones necesarias para gestionar, del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos.

En conclusión, puede advertirse que la nueva regulación del decomiso en el Código Penal español profundiza la política de recuperación de activos de origen delictivo no sólo ya con la pretensión de una mayor eficacia del decomiso penal sino, a la vez, por medio de la regulación de instrumentos legales que se encuentran a caballo entre el Derecho penal y el Derecho civil.

## VI. DECOMISO AMPLIADO Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

El decomiso ampliado tiene precedentes tanto en la jurisprudencia española como en la alemana así como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo que, seguramente, ha brindado al legislador respaldo frente a cuestionamientos relacionados con su confrontación con los principios del Derecho penal.

En España el Tribunal Supremo ya había abierto la posibilidad del decomiso de bienes que hubieran sido adquiridos con anterioridad al hecho por el que se condena a un sujeto, supuesto jurídico que regula el decomiso ampliado, aún antes de que se encontrara expresamente legislado. Así lo decidió en el *Pleno No Jurisdiccional de 5 de octubre de 1998*, relativo al decomiso de los beneficios económicos del tráfico de drogas, que ha sido seguido en numerosas resoluciones posteriores del propio Tribunal Supremo, a saber las SSTS de 1 de abril de 1999 (RJ 1999, 2254), 5 de abril de 1999 (RJ 1999, 2767), 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10640), 15 de julio de 2003 (RJ 2003, 5386) y 10 de enero de 2005 (RJ 2005, 1612).<sup>33</sup> Así, en una de estas resoluciones (RJ 2003, 5386) se afirma que “(...) también es posible el decomiso cuando los bienes objeto del mismo han sido adquiridos en un tiempo anterior al acto de tráfico de drogas que se enjuicia siempre que los medios utilizados para su adquisición tengan su origen en actividades de narcotráfico anteriores, como también sucede en el presente caso según el *factum* del que debemos necesariamente partir. Esta cuestión fue expresamente así decidida por el Pleno N° Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 05/10/98 que acordó que el comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio”.

Asimismo, también en España el Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 3-7-06, N° 220/06, (Pte: Delgado Barrio, Francisco Javier) –EDJ 2006/105175– ha señalado también que el decomiso tiene naturaleza esencialmente económica y que en su determinación no aplica el principio de presunción de inocencia que rige únicamente ante la declaración de culpabilidad. Los problemas que pueda plantear habrán de serlo desde la óptica del derecho a un proceso justo y el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>34</sup>

33 V. IÑIGO CORROZA y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE (2007), p. 227-228.

34 DE PORRES ORTIZ DE ÚRBINA (2016).

Pero también en Alemania tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado que el decomiso de las ganancias ilícitas (*Verfall*) no es una medida de seguridad ni una pena al no estar vinculado a la culpabilidad, tratándose de una medida *sui generis* consistente en requisar las ganancias patrimoniales obtenidas ilegalmente con un fin preventivo, por cuanto la realización de un delito no debe suponer un beneficio para su autor o partícipe ni para los terceros amparados por ellos. Asimismo, el Tribunal Constitucional alemán en el Auto de 14 de enero de 2014 declaró la conformidad del decomiso ampliado a la Ley Fundamental al no constituir una sanción penal, calificándola como una “medida” distinta a su vez de las medidas de seguridad, argumentos que han sido reproducidos parcialmente por el legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 para justificar la reforma legislativa.<sup>35</sup>

Pero también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde la sentencia del caso *Phillips v. United Kingdom*, relacionada con la Drug Trafficking Act de 1994) viene considerando que en determinadas materias como el decomiso cabe el establecimiento de reglas de inversión de la carga de la prueba, sin que ello suponga vulneración del principio de presunción de inocencia. Para establecer tal principio acota que entiende por norma penal y afirma que los criterios para su delimitación son la calificación del derecho interno, la gravedad de la sanción que impone y la naturaleza del procedimiento en que se declara.<sup>36</sup>

## VII. CONCLUSIONES

A la luz de las sucesivas reformas legislativas así como de las controversias doctrinales y jurisprudenciales en España, puede llegarse al diagnóstico de que los avatares históricos sacaron al decomiso de las ganancias del delito del trastero de la política jurídica para convertirlo en un instituto de un llamativo dinamismo reformista, que lo llevaron desde su tradicional consideración como pena accesoria o consecuencia accesoria de la pena a la actual como una medida a caballo entre el Derecho penal y el Derecho civil.

Así, en pocos años se ha llegado a un enunciado legal que alcanza a diversos artículos del Código Penal y que permite advertir que en los casos del decomiso ampliado y del decomiso sin sentencia condenatoria no rigen los principios de culpabilidad ni de inocencia, ya que se tratan de medidas de carácter civil más que penal, aunque sí se admite que resultan aplicables el principio procesal del carácter contradictorio del proceso y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para asegurar la participación de los afectados en el proceso de decomiso. Por su parte, existe consenso en que tampoco el principio de proporcionalidad rige en materia de decomiso de ganancias, sino solo en relación con instrumentos y efectos, aunque sí existe en la Directiva Europea del año 2014 referida, al igual que en la legislación ale-

35 ROIG TORRES (2016), pp. 216, 224.

36 DE PORRES ORTIZ DE URBINA (2016).

mana, una regla, de suma justicia en mi opinión, que permite morigerar los efectos del decomiso de las ganancias del delito por razones humanitarias (regla del excesivo rigor) que no se encuentra reglada en la legislación española.

Esta extraordinaria evolución, que es signo también de la expansión del Derecho penal y la política criminal contemporáneos, ha dejado en evidencia las dificultades que el subsistema jurídico y científico han padecido para *aggiornarse a inputs* provenientes del sistema político, que se haya comprometido a cumplir con los organismos internacionales y de la Unión Europea para una permanente armonización legislativa orientada la finalidad de afrontar las exigencias de una criminalidad motivada por ventajas económicas que resulta cada vez más compleja.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUADO CORREA, T. (2000). *El Comiso* (Edersa).
- ALBRECHT, H.J. (2001). *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero* (trad. Guerrero Peralta, Universidad Externado de Colombia).
- ALLDRIDGE, P. (2001-2002). "The Moral Limits of the Crime of Money Laundering", *Buffalo Criminal Law Review* N° 5, pp. 279-320.
- BERMEJO, M. (2015): *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Un análisis jurídico económico*, (Marcial Pons).
- BLANCO CORDERO, I. (2007). "La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos", en *Estudios Penales y Criminológicos* N°27, pp. 39-75.
- BOWLES, R., FAURE, M. y GAROUPA, N. (2000). "Economic analysis of the removal of illegal gains", *International Review of Law and Economics* N° 20, pp. 537-549.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana (2004). *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso* (Comares).
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A. (2001). "El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas", en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Zaragoza Aguado (dir.), (Consejo General del Poder Judicial), p. 329-370.
- DANIEL, T. y MATON, J. (2008). "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles", en Jorge (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción* (Del Puerto), pp. 133-155.
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2016). "Novedades del decomiso introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 y por la Ley 41/2015", (El Derecho).
- DÍAZ CABIALE, J.A. (2016). "El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC) 18 10.
- GILMORE (1992) (ed.). *International Efforts to Combat Money Laundering*, (Grotius Publication Limited, Cambridge).
- HETZER, W. (1994). "Vermögenseinziehung, Geldwäsche, Wohnraumüberwachung – Neue Ansätze zur Prävention und Repression der Mafia", en *wistra* n° 5, pp. 176-184.
- HOFMEYR, W. (2008). "Navegando entre la asistencia mutua legal y los sistemas de decomiso", en Jorge (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, (Del Puerto), pp. 199-207.

- IÑIGO CORROZA, E. y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E. (2007). *Los Acuerdos de la Sala Penal del Tribunal Supremo: Naturaleza Jurídica y Contenido 1991/2007*, (Atelier).
- JORGE, Guillermo (2008). “El decomiso del producto del delito”, en Jorge (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción* (Del Puerto), pp 67-106.
- KILCHLING, M. (2001). “Tracing, Seizing and Confiscating Proceeds from Corruption (and other Illegal Conduct) Within or Outside the Criminal Justice System”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/4, pp. 264-280.
- PUPPE, I. (2016). “El Derecho penal como comunicación” (Mateo Bemejo trad.), en *El Derecho Penal como ciencia* (Nuria Pastor Muñoz Coord.), (BdeF), pp. 101-136.
- ROIG TORRES, M. (2016). “La regulación del comiso, el modelo alemán y la reciente reforma española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXV.
- ROLDAN, S. (2016). “Las diversas funciones del decomiso. Entre lo civil, lo administrativo y lo penal”, *Derecho Penal, Año II, Nro. 3*, pp. 49-83.
- RUIZ DE ERENCHUM ARTECHE, E. y SANCHEZ-OSTIZ, P. (2012). “El Comiso”, en Silva Sánchez (Dir.) y Pastor Muñoz (coord.), *El Nuevo Código Penal. Comentarios a la Reforma*, (La Ley).
- STESSENS, G. (2002). *Money Laundering A New International Law Enforcement Model*, (Cambridge University Press).
- VAN DUYNE, P., GROENHUIJSEN, M. y SCHUDELARO, A. (2005). “Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy”, *Crime, Law & Social Change N° 43*, pp. 111-147.