

PERSONAS JURÍDICAS Y COMISO

Por Antonio Ocaña Rodríguez. Ex Teniente Fiscal. Sevilla.

RESUMEN. En este trabajo, tras una breve idea sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sobre los modelos de atribución existentes en la doctrina, entramos a considerar el comiso según se trate del decomiso de confiscación o de seguridad, y no sin realizar una propuesta legislativa al respecto, vemos qué posibilidades ofrece nuestro Derecho, en el plano sustantivo, para poder aplicar el comiso a los bienes que pertenecen a los entes con personalidad jurídica.

Acto seguido analizamos qué normas procesales deben amparar a los titulares de bienes que se van a decomisar dentro del proceso penal y cuál es la posición del Tribunal Supremo ante la ausencia de ellas. Hacemos una breve referencia a las medidas cautelares que pueden garantizar el buen fin del comiso a decretar en la sentencia y acabamos exponiendo un caso de la vida real en que, a propósito del comiso y de modo sobrevenido, han debido implicarse el Registro de la Propiedad y la Jurisdicción civil.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. GENERALIDADES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 2. ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE EL COMISO 3. EL COMISO APLICADO A LAS PERSONAS JURÍDICAS SEGÚN EL DERECHO SUSTANTIVO 3.1 COMISO DIRECTO POR SER RESPONSABLE PENAL LA PERSONA JURÍDICA 3.2 COMISO DE BIENES DE LA PERSONA JURÍDICA POR EFECTO DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO 3.3 COMISO DE BIENES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR NO SER TERCEROS PROTEGIDOS 4. EL COMISO APLICADO A LAS PERSONAS JURÍDICAS SEGÚN EL DERECHO PROCESAL. 4.1 PERSONACIÓN EN LA CAUSA 4.2 BREVE REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES 5. UN CASO DE REPERCUSIÓN REGISTRAL EN MATERIA DE COMISO: LOS CARRIZOS DE CASTILBLANCO

INTRODUCCIÓN

Por más que esté ya jubilado, cosa que apenas me creo, tengo una gran satisfacción en dirigiros la palabra y quisiera seguir contándome entre mis compañeros como un Fiscal más. Puedo decir con satisfacción que he hecho en la vida lo que me ha gustado: ir a los juicios, hacer dictámenes, y al mismo tiempo enseñar, dar algunas conferencias y escribir algunos artículos y libros.

Creo que siempre me consideraré como perteneciente a mi querida carrera fiscal y que siempre estaré imbuido del espíritu que la alimenta: la búsqueda de la verdad de los hechos y la justicia en la aplicación del Derecho, tratando de ayudar a nuestros conciudadanos y a los jueces, a cuya disposición siempre estamos.

Abordando nuestro tema, el comiso se revela en la actualidad como uno de los medios más eficaces de lucha contra la delincuencia, en especial la organizada, y la que deriva de tráfico ilícito sumamente lucrativos. Muchas veces la organización habrá adoptado alguna forma externa de tipo asociativo, fundacional o societario, que lleve aneja la personalidad jurídica. Ningún consuelo debería quedar a quien sufra pena de prisión en orden a poder disfrutar de lo ilícitamente adquirido tras el periodo carcelario.

Nada más intimidante en ocasiones que la medida de “bolsillo dolorido”, esté o no acompañada de cárcel.

Destaca la Circular de la FGE 4/10 cómo al Derecho penal tradicional sólo se preocupó del comiso para evitar que instrumentos y efectos pudieran ser de nuevo utilizados para la comisión de nuevas infracciones. En la actualidad la investigación de los bienes de personas físicas o jurídicas se considera una fórmula eficaz para evitar conductas ilícitas cada vez más complejas, a cargo casi siempre de grupos organizados. Para hacerles frente se han aumentado las penas, se ha tipificado el blanqueo de capitales y se ha ampliado el ámbito del decomiso. Esta Circular de la FGE nº 4/10 pone de relieve la importancia de una adecuada investigación del patrimonio de los inculpados a efectos de poder asegurar las responsabilidades civiles, incluidas multa y costas, de recoger la prueba de diversas infracciones y también a efectos del decomiso, instrumento de primer orden para la lucha contra los grupos criminales organizados.

La regulación del comiso en nuestro Derecho aparece dispersa pues se refieren al mismo varios artículos del CP, de la Ley de contrabando y de la LECR etc...; es en exceso retórica, carece de una terminología fija y sobre todo de ciertos criterios de distinción, lo cual le resta sin duda eficacia y es fuente de conflictos ante las diversas interpretaciones posibles. Incurre también en importantes omisiones y lagunas, rellenar las cuales por vía analógica es siempre problemático. En el CP de 1995 el comiso tiene el tratamiento de “consecuencia accesoria” el delito o falta cometidos.

Estas consideraciones me llevaron a formular una propuesta legislativa sobre regulación del comiso, la cual fue publicada en la Revista de *“Derecho y Proceso penal”* nº 14, del año 2005-2 (Editorial Thomson Aranzadi). Por supuesto, nadie ha hecho caso a esta propuesta y la confusión entre normas sustantivas o procesales, entre comiso de confiscación o de seguridad en relación con el tratamiento, siempre preferente, de las piezas de convicción aunque sean decomisables, ha aumentado con las últimas reformas del CP y de la LECR. En este trabajo he actualizado la anterior propuesta y la he enriquecido con las últimas normas promulgadas, todas de interés, si bien falte en ellas una elemental sistemática.

1. GENERALIDADES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En la época moderna se suscitó el tema de la responsabilidad colectiva no para hacer responsable al familiar o vecino, junto al culpable o en su lugar, como ocurrió en la época medieval de la venganza de la sangre, o durante el absolutismo en cuanto a la pena de confiscación, sino para hacer responsables a las mismas personas jurídicas en cuanto tales o como sujeto activo del delito, las cuales habrían de sufrir penas pecuniarias o penas infamantes tales como su disolución o muerte civil.

Durante el siglo pasado se intentó dar solución a este problema acudiendo a las teorías por entonces formuladas, como la de la ficción de Savigny o las teorías realistas, defendidas por los positivistas, favorables a la responsabilidad de las personas jurídicas o societarias, civiles o mercantiles.

La doctrina clásica, en el plano dogmático, se mostraba contraria a la responsabilidad de las personas jurídicas ya que los fines que pueden asignarse a la pena (como el de resocialización del art. 25 de la CE), no tienen razón de ser respecto de las

corporaciones (*societas delinquere non potest*), las cuales carecerían de capacidad natural de acción u omisión), tema ligado a la conducta individual (Jeschek) y a la capacidad de culpabilidad también individual, sin que bastase una mera imputación normativa. Se había de mantener incólume el principio de personalidad de las penas....

En cambio, la doctrina no encontraba desde antiguo dificultad en que se aplicaran a las personas colectivas medidas de seguridad que sólo están basadas en la peligrosidad. Ello tiene cierta lógica pues toda persona colectiva obra a través de los titulares de sus órganos de expresión por más que los efectos del negocio se imputen a la persona jurídica. Una cosa es el sujeto de la acción natural y otra el centro de imputación normativa de los efectos jurídicos (Gracia Martín).

En este trabajo, a modo de introducción, nos limitaremos a dar algunas opiniones algo personales que espero no sean desacertadas, las cuales tienen en cuenta un cierto enfoque desde el punto de vista del Derecho privado. Creo todavía que el Derecho es en gran medida (aunque no exclusivamente) organización, institución u ordenamiento y que entre sus diversas partes debe existir coordinación y no contradicción. Para una mayor y profunda exégesis de los nuevos preceptos, y para la solución de los problemas concursales que se plantean tras la introducción por LO 5/10 de los arts. 31 bis y 570 bis a quater en el CP, hemos forzosamente de remitirnos a las Circulares 1 y 2/11 de la FGE.

1º) La entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por LO 5/2010, de 22 de Junio ha proscrito en nuestro ordenamiento el viejo principio *societas delinquere non potest*.

-Para un sector de la doctrina, ya el artículo 129 del CP de 1995, bajo el rótulo de “consecuencias accesorias”, podía incardinarse en una suerte de modelo moderado o matizado de admisión de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Hoy el art. 129 del Código, tras la LO 5/10, ha quedado como residual con la finalidad de “quedar prevenidos” frente a entes sin personalidad jurídica (cfr. también art. 570 quater).

Estas "consecuencias accesorias", eran verdaderas sanciones penales que no quiso el legislador identificar con penas ni con medidas de seguridad, y que eran exigibles en *numerus clausus*.

La aplicación del primitivo art. 129 fue verdaderamente insignificante y restrictiva al responder a un modelo facultativo, de modo que los jueces eran libres de imponerlas o no según las circunstancias. Más restrictiva aún lo fue la adopción durante el proceso de alguna medida cautelar de las contempladas en el precepto. Y es que faltaban normas procesales adecuadas que, en especial para los entes personificados, facilitaran el engranaje de estas medidas en el proceso e impidieran la alegación de cualquier tipo de indefensión.

Estoy enteramente conforme con Silva Sánchez J.M. (cfr. “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del CP*”, en Manuales de Formación continuada del CGPJ nº 14, 2001, p. 307 y ss), en que la naturaleza de estas consecuencias accesorias era la de verdaderas medidas de seguridad postdelictuales (aplicables tras el delito o simplemente hecho antijurídico lesivo de una norma de valoración, cometido por algún miembro de la organización o grupo), basadas en la peligrosidad y que recaían directamente sobre la persona colectiva, tuviera o no personalidad jurídica en sentido formal, las cuales cumplían finalidades preventivas y, si se quiere, también reafirmativas en cuanto *última ratio* para la defensa de la efectividad

del ordenamiento jurídico en su conjunto, al modo de la moderna doctrina funcionalista de Jakobs.

-No se ha de olvidar que el art. 130 de la Ley 30/92 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común ya previó con toda normalidad sanciones administrativas para las personas jurídicas, sanciones en sí mismas nada diferentes de una pena (o medida de seguridad como veremos) cual podría ser la de multa. Su art. 131, 2 nos dice que el establecimiento de sanciones pecuniarias debía prever que la comisión de la infracción tipificada no debía resultar más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

Sin embargo, nada se dice en estas normas sobre compatibilidad o preferencia de las sanciones penales que hayan de imponerse a las personas físicas integrantes sobre las imponibles a las personas jurídicas. Aunque no medie incompatibilidad, parece lo lógico esperar para imponer la sanción gubernativa a que se diluciden en el proceso penal las responsabilidades de sus administradores o subordinados, si ello entraña una cierta prejudicialidad....No existe identidad total pues los sujetos activos son distintos; pero los hechos y el fundamento puede que deban ser objeto de enjuiciamiento previo en la vía penal y que proceda la suspensión del expediente administrativo.

-Por otra parte, el art. 31, 2 introducido por la LO 15/03 no significó el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como pretendía la Exposición de motivos, pues tenía un alcance muy limitado (sólo para los delitos especiales propios en que el sujeto no cualificado actúa en nombre del cualificado) y tuvo muy escasa trascendencia práctica.

-La responsabilidad propiamente penal de las personas jurídicas nace con el Derecho anglosajón, menos dogmático que el continental. En Europa no será hasta 1988 cuando el Comité de Ministros del Consejo de Europa proponga en su Recomendación 18/88, 20 de octubre, que las empresas respondan por los delitos cometidos en su seno. Tal responsabilidad debía exigirse respecto de los delitos cometidos en el ejercicio de su actividad mercantil, aun cuando fueran ajenos a sus fines sociales, y con independencia de que se identificara a la persona física que realizó la acción, la cual sólo debería quedaría exenta cuando la organización hubiera tomado las medidas necesarias para impedir la comisión y, por tanto, no haya estado implicada en el delito.

Aunque la Recomendación no precisaba la naturaleza de la respuesta jurídica ante esas infracciones, un amplio sector de la doctrina consideró más valioso desde el punto de vista preventivo el instrumento jurídico-penal por el simbolismo que conlleva. A pretexto de tal simbolismo hemos acabado llenando el CP de delitos en blanco y sumamente artificiales.

-La implantación legal de esta responsabilidad penal directa puede deberse a intereses económicos importantes y un tanto ocultos o desconocidos para el público. En casos de fusión sobre todo o de sucesión de empresas se hace necesaria una auditoría (propia de un gran despacho de abogados o mixto) que asegure con un elevado índice de probabilidad que no va a haber derivación de responsabilidades penales. Se ha dado en llamar *corporate defense* o defensa corporativa a las medidas que es necesario implantar

para evitar responsabilidades penales en las empresas. ¹

De todos modos, las sociedades pueden, porque así se reconoce por el Derecho, obligarse, celebrar contratos, ejecutar obras y servicios, poseer un patrimonio y negociar con él, gestionar patrimonios ajenos etc..., Depende nuestro de curso vital de múltiples sociedades que, según el viejo aforismo, no podían delinquir. La compleja organización de las actuales empresas hacen muy difícil la individualización de la responsabilidad, o bien se la hace recaer en los escalones inferiores de la empresa. No es por tanto desacertado hacer responsable penal a la misma persona jurídica.

La LO 5/10 que instaura en nuestro Derecho la responsabilidad penal de las personas jurídicas, apenas ofrece una justificación político criminal mínimamente aceptable de tan gran novedad en su Exposición de motivos, pues apela sobre todo al Derecho internacional, el cual dista de ser muy exigente en la materia. Ya vimos la Recomendación 18/88. Ni Italia ni Alemania han aceptado esta responsabilidad. La primera por razones constitucionales (art. 27, 1 y doctrina del TC que sólo admite la responsabilidad penal personal y todo lo más la administrativa); la segunda por razones de conveniencia al parecer. ²

Sin duda alguna se plantearán problemas de concurso delictivo cuando empresas con forma de persona jurídica se constituyen prácticamente para cometer u ocultar delitos. Entre los delitos que pueden cometer las personas jurídicas están el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales, la defraudación a Hacienda o la Seguridad social, la trata de personas, la financiación del terrorismo etc... Se puede preferir que estas acciones, que precisan de una organización criminal *ad hoc* queden cubiertas bajo una apariencia societaria lícita. Otras veces los delitos que se cometan en el seno de la persona jurídica serán ocasionales, si bien hayan quedado favorecidos por la estructura societaria.

¹ Señala el artículo 130.2 recientemente promulgado que *la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.*

En un segundo párrafo, continúa señalando el mismo artículo 130.2 que *no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.* Sólo pues la disolución “real” o la judicialmente decretada hace entrar a la sociedad o persona jurídica en liquidación.

² El caso de Italia es verdaderamente curioso y singular. Consagrada en la Constitución la responsabilidad penal personal y creada por Decreto legislativo de 8 de junio de 2001 la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la comisión de infracciones gubernativas, cuando tales personas se muestran dependientes o tributarias de la perpetración de un delito, la dilucidación de tal responsabilidad administrativa se establece en el propio proceso penal, de modo que las sanciones administrativas son impuestas por la jurisdicción penal. Algo no muy distinto hacemos nosotros cuando aplicamos dentro del proceso penal las pertinentes normas civiles dirigidas a regular la *actio ex delicto*. Se resuelven de este modo no pocas dificultades dogmáticas.

Pues bien, para aquellas “empresas que no delinquen” de forma ocasional sino que suponen estructuras organizadas de modo permanente o cuasi permanente para cometer o esconder y blanquear delitos, la propia LO 5/10 ha creado tipos específicos y castiga fuertemente en los arts. 570 bis, ter y quater a su fundadores, directivos y miembros activos, hasta el punto de que estas penas genéricas prevalecen en concurso normativo con base al principio de alternatividad (pese a ser este principio subsidiario ex art. 8) sobre las específicas que contuvieren los diversos delitos de la Parte Especial cuando se castiga la promoción, dirección o pertenencia a organizaciones criminales (cfr. art. 470, 2 in fine del CP reformado y Circular 2/11).

No existe inconveniente alguno en acusar y castigar:

-por el delito concreto cometido, a la persona física autora del mismo, sea directivo o dependiente,

-de modo cumulativo a la persona jurídica en su caso ex art. 31 bis del CP y por alguno de los delitos en que puede incurrir (*numerus clausus*) según los preceptos de la parte especial;

-y a un tiempo acusar y castigar a la persona física por pertenencia a una organización criminal, dotada en su caso de personalidad jurídica. Acusación compleja pero inevitable.

2º) Por mi parte no encuentro razonable el imponer a las personas jurídicas verdaderas penas, aunque sea la de multa, cuyo fundamento dogmático pueda radicar en la culpabilidad en que hubieran incurrido (cfr. art. 33, 7 por obra de la LO 5/10) vistos los arts. 5 y 10 del CP.³

Me parece más digno y razonable considerar que la multa establecida por el art. 33, 7 del CP reformado, no pasa de ser una medida de seguridad *sui generis*, dirigida exclusivamente a la prevención especial y basada en la peligrosidad. Lo mismo se diga con mayor razón de todas las restantes medidas que relaciona este precepto, cuya única finalidad sólo puede ser la prevención especial.

Prueba de lo que decimos es que el reformado art. 129 del CP (redacción LO 5/10) conmina a los entes sin personalidad jurídica con las mismas consecuencias que refleja el art. 33, 7 del CP, exceptuada la multa y lógicamente la disolución de la entidad.

³ El art. 5 del CP, al decir que "no hay pena sin dolo o imprudencia", se debe referir más que al elemento culpabilidad (que incluye la imputabilidad, el conocimiento de la significación antijurídica o *dolus malus* tras el éxito de la Escuela finalista y la exigibilidad de otra conducta), al rechazo de cualquier “tipología de autor”, “culpabilidad por la conducción de la vida o por el carácter” sin hechos relevantes, y al repudio de cualquier responsabilidad objetiva o por el resultado antijurídico producido, repudio más acentuado aún si cabe cuando el resultado se debe al hecho de otra persona, respecto de la cual no se está en posición de garante ni menos aún se está en la de coautor o partícipe.

Según el art. 10 del CP "son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley". Ambos preceptos, en la medida en que también exigen la consiguiente culpabilidad o cuando menos la plasmación o realización del elemento subjetivo del tipo son en verdad inaplicables a las personas jurídicas.

A este propósito se me ocurre observar que la multa no siempre ha sido considerada como pena *sensu stricto* y de modo indeclinable por nuestras leyes. Aparte de las multas administrativas, pienso concretamente en la Ley de Vagos y Maleantes de 4-8-33, cuyo artículo 4 establecía entre las medidas de seguridad que enumeraba, la multa de 250 a 10,000 pesetas, aplicable a los comportamientos predelictuales o postdelictuales que “tipificaba” (tipos de autor en su mayoría, por ello erradicados de nuestra legislación). Esta misma multa apareció en cuantía de 1, 000 a 50,000 pts. en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4-8-70.

Desde luego la persona jurídica no puede ser destinataria de las normas penales en su aspecto de directrices de conducta o normas de determinación “subjetiva” lo cual presupone cuando menos la conciencia individual (trátase del dolo “neutro” o de la conducta imprudente, en forma de acción u omisión) pero sí puede ser destinataria de normas en su aspecto de normas de valoración jurídica objetiva (en cuanto expectativas de conducta protegidas mediante normas penales) como centros de imputación de hechos meramente antijurídicos en el plano objetivo, sea el ilícito civil o penal.

En este contexto de peligrosidad y de medidas de seguridad no se puede negar la utilidad del comiso de confiscación para reprimir y prevenir las ilícitas actividades de las personas jurídicas.

3º) Problema distinto son los modelos de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, los cuales tratan en cierto modo de justificar la culpabilidad de las personas jurídicas sin modificar las coordenadas de la teoría general del delito.

En mi opinión, estos modelos chocan en realidad con estas coordenadas, pues acabamos de fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica en su peligrosidad. Sin embargo de la adopción de uno u otro modelo van a depender los requisitos de imputación de la persona jurídica y la mayor o menor compatibilidad de su sanción con la de las personas físicas que la integran.

A) No me convence, sin matizar, como fundamento de la imputación, la teoría de la atribución por hecho ajeno (hetero responsabilidad) a modo de transferencia o *vicarious liability*, teoría que estaría en la base de la regulación que del tema hace el art. 31 bis del CP reformado pues tal precepto no exige acción u omisión alguna por parte de la persona jurídica ni menos dolo o imprudencia (elementos subjetivos del tipo) o culpabilidad alguna por su parte.

En este modelo, el hecho delictivo “completo con todos sus elementos” realizado por los administradores o representantes y en menor medida por los subordinados o empleados, supuesta pues su plena identificación, se transferiría a la persona jurídica, a virtud de la relación funcional – u orgánica, diríamos-, existente entre aquellos y ésta. La imputación del delito a la persona jurídica, cuando fuese cometido por un subordinado de nivel inferior residiría en la omisión de los deberes de selección, de vigilancia o de control por parte de los directivos.

Según Silva Sánchez, desde 1944 el Derecho anglosajón sustituyó la doctrina de la responsabilidad vicarial (*vicarious liability* o hecho de otro), por la “*identification doctrine*”, para la cual, si comete el delito una persona física lo suficientemente

importante para afirmar que expresa el “*directing mind and will of the company*”, la persona jurídica puede ser sancionada pues los actos del órgano se entienden como actos de la sociedad. A esta posición hemos de adscribirnos desde los esquemas del Derecho privado que antes hemos expuesto. Se castiga *de facto* a la persona jurídica por vía indirecta, i.e., por los delitos cometidos a través de sus directivos o subordinados, aunque este vínculo puramente normativo se relaje por nuestro legislador al permitir la persecución independiente de la persona jurídica.

A mi juicio, atendida la teoría organicista, el ilícito penal atribuido ciertamente a la persona jurídica y derivado de la actuación de sus administradores de hecho o de derecho supone responsabilidad por hecho propio pues toda persona jurídica se expresa y actúa por medio de sus órganos (art. 1902 del C.c.) como nos enseña la teoría más moderna de la representación orgánica de las personas jurídicas; la de dependientes o auxiliares sería un caso de responsabilidad por hecho ajeno (en comisión por omisión, art. 1903 del C.c.), si bien basada en la supuesta responsabilidad *in eligendo, in vigilando o in instruendo* de los administradores, en cuanto hecho omisivo también propio de éstos. Tal responsabilidad es la que se transfiere a la persona jurídica.

El problema más importante y prácticamente irresoluble que suscita este modelo es el de la necesidad de identificación de la persona física que comete el delito con todos sus elementos (acción típicamente antijurídica en sentido objetivo y subjetivo, y culpabilidad), y la necesidad de que la misma sea declarada responsable en el proceso penal, en orden a poder producir la famosa transferencia de la culpabilidad, desde la individual a la colectiva. Claro está que la ley es muy libre, como ha sucedido en el art. 31 bis de nuestro CP reformado para apartarse de una férrea lógica doctrinal.

B) Vistas las dificultades de la anterior teoría, surgió como modelo el de responsabilidad “por hecho propio”, es decir, por crear o sostener una estructura y usar de prácticas o procedimientos favorecedores de la comisión de delitos a cargo de los integrantes de la empresa o persona jurídica. En modo alguno se excluye con esta teoría la persecución de directivos o empleados que han cometido el delito correspondiente.

Para Silva Sánchez (*op. cit.* p. 327) este modelo resuelve mejor los casos en que no logra identificarse a la persona física o en que la misma no es considerada culpable del delito. Pero tiene el inconveniente de que no basa en verdaderos “hechos ni menos hechos propios” sino en todo caso en hechos delictivos realizados por las personas físicas integrantes del órgano que además han “organizado deficientemente” la estructura y actividad de la persona jurídica o “que han consentido las correspondientes prácticas ilegales de sus subordinados”, con lo cual se retorna en realidad al modelo de atribución.

Ya vimos por demás que, ante aquellas “empresas que no delinquen” de forma ocasional sino que suponen estructuras organizadas de modo permanente o cuasi permanente para cometer o esconder y blanquear delitos, la propia LO 5/10 ha creado tipos específicos y castiga fuertemente en los arts. 570 bis, ter y quater a su fundadores, directivos y miembros activos.

-Yo no veo incompatible el modelo de la atribución, con constatar simplemente (no ya con exigir) y alegar *ad abundantiam*, la actitud criminal del grupo, o de modo más atenuado el defecto de organización, tendentes a favorecer o facilitar el delito, lo cual añade una mayor especificidad a la mera culpa *in eligendo o in vigilando*.

Decimos nosotros “constatar y no exigir” algún defecto en la organización, conducta desde luego omisiva, dado que, pese a los deseos de cierta doctrina (cfr. Bacigalupo Zapater en *Compliance* y Derecho Penal , Pamplona 2001 pgs. 83-84) y a pesar de que la Recomendación 18/88, manifestaba que la responsabilidad (penal o administrativa) “debería quedaría exenta cuando la organización hubiera tomado las medidas necesarias para impedir la comisión y, por tanto, no haya estado implicada en el delito”, la buena organización no constituye eximente alguna en nuestro Derecho positivo ni impide la atribución a la empresa de delitos dolosos.

El art. 31 bis 4 d) de nuestro CP reformado solo prevé como una de las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas el “*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”. En la misma línea se muestra como no podía ser menos la Circular de la FGE 1/11.

C) Por demás no creo que haya de dar vueltas a una cosa que no las tiene. Y es que, cumplidos los mínimos requisitos legales de nuestro CP (actuación en nombre de la persona jurídica, por su cuenta y en su provecho tratándose de los gestores: actuación en el ejercicio de actividades sociales, por cuenta y provecho de la persona jurídica con falta de control, en delitos cometidos por los subordinados), la responsabilidad penal de la persona jurídica es objetiva o cuasi objetiva de igual modo que cuasi objetiva y *sui generis* es la responsabilidad de un individuo, calificado de inimputable total, a quien se impone una medida de seguridad de internamiento.⁴

Es inútil buscar la “responsabilidad subjetiva” de la propia persona moral. No podemos equiparar la persona jurídica al ser humano pues no tiene sus mismas cualidades, ni de aquella puede predicarse la necesaria dignidad que impide, desde Kant, considerar a la persona individual como un objeto o instrumento. Por el contrario, la personalidad jurídica que se confiere a colectividades o patrimonios (*universitates personarum* o *rerum*) no es más que una mera forma de actuar en Derecho, como decía Ferrara, o bien un instrumento utilitario dirigido a facilitar la vida jurídica.

-Si se adopta la teoría de la atribución, no cabría prescindir de la identificación de la persona o personas físicas responsables ni menos de la culpabilidad de los implicados, a declarar, si es posible, de manera conjunta en el proceso penal. Parece natural y lógico se exija cuando menos, en la teoría de la atribución, que en el

⁴ Para la curiosa STS de 20-2-2002 RA 3360 no es correcto el razonamiento de la Audiencia la cual condena al reo por lesiones porque, al ser inimputable, carece por definición de ánimo de matar y de toda conciencia sobre su actuar alevoso, limitando así el tiempo máximo de internamiento. De este modo, al faltar el elemento subjetivo del tipo, ningún delito doloso en cuanto tal cometería un inimputable. Por tanto, a efectos del internamiento, o se ha de prescindir del elemento subjetivo del tipo, o se ha de contar sólo con el dolo neutro, valorando el *dolus malus* en la culpabilidad. Ya en un Pleno de 26-5-2000 se acordó que a efectos de internamiento se valorase la alevosía como asesinato. En esta misma tónica se desenvuelven las SSTs de 13-9-02, de 23-1-04 RA 2176 y la de 18-7-07 RA 3799.

proceso penal la persona física autora del delito en el ámbito corporativo esté identificada y sea efectivamente perseguida. Podría haber considerado el legislador una exigencia natural para poder condenar a la persona jurídica el que la persona física que se supone actuó “por su cuenta y en su provecho” fuera declarada culpable en el mismo o en precedente proceso penal, de modo que tal culpabilidad sea la que se traslada en cierto modo a la persona jurídica.

El Derecho penal podría pues haber sido más exigente al respecto que el Derecho civil pues, en Derecho civil, la acción de imputación del hecho a la persona jurídica ni exige ni tampoco empece la acción individual contra el causante del daño ni la acción conjunta contra tal causante y la persona jurídica, al ser directa y solidaria la responsabilidad de ambos por obra del TS, estando garantizado el *status* de la persona jurídica mediante el derecho de repetición...

También podría haber sido más adecuado dejar la sanción administrativa para cuando medie inculpabilidad del infractor penal o ausencia de persecución penal en definitiva por falta de identificación, rebeldía etc... del autor o partícipe del delito, aunque no es éste el criterio del legislador. No ha sido así en la reforma penal. Incluso puede darse caso de que la pena impuesta a la persona física, cuya actuación hace responder a la jurídica haya prescrito y no lo haya podido hacer la pena impuesta al mismo delito en cuanto se imputa a la persona jurídica, no lo cual es poco lógico y chocante. Calificadas de “penas graves” por el legislador las imponibles a la personas jurídica, incluida la de multa, así puede suceder con toda normalidad en delitos no muy llamativos.

2. ALGUNAS GENERALIDADES SOBRE EL COMISO.

Ante todo echamos de menos en el *totum revolutum* del art. 127 del CP sobre el comiso, cuyo ámbito fue ampliado por la LO 15/03 a fin de evitar cualquier enriquecimiento ilícito, la distinción con carácter general entre “comiso de seguridad” y “confiscación de la ganancia”, distinción consagrada en Códigos extranjeros y que nosotros tratamos de adaptar a nuestra mentalidad y tradición legislativa.

El primero se refiere a instrumentos, y a productos, objetos y provechos (“efectos”) del delito, peligrosos para la colectividad como armas, explosivos, drogas etc..., que sólo muy restringidamente pueden si acaso circular y ser objeto de posesión o detentación; o que pueden servir para cometer otros hechos antijurídicos en el futuro (útiles para el robo, moneda, documentos falsos...). Se trata en el fondo de una medida de seguridad policial confiada a los tribunales y debe estar basado tan sólo en la antijuridicidad del hecho típico, sin distinción entre responsable criminal y tercero, sea de buena o mala fe. Dentro de estos instrumentos o efectos, una vez decomisados, habrá que distinguir entre los que deban ser inutilizados y los que puedan ser subastados o entregados a su dueño porque se pueda obtener la autorización preceptiva para su tenencia y tráfico. Debe estar regulado tan sólo en la LECR.

El comiso de confiscación se funda en el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de hechos típicamente antijurídicos, hechos delictivos en suma (cfr. arts. 1305 y 1306 del C.c.), y de que se han de prevenir o evitar nuevos delitos los

cuales se ven facilitados por bienes o ganancias ilícitamente obtenidas en contra de las disposiciones penales vigentes.

A este tipo de comiso, referido a productos, objetos, provechos y ganancias o a bienes de valor equivalente, que no tienen que ser por sí mismos peligrosos, creo que debe equipararse el de los instrumentos del delito que no entrañen peligro *per se* (vehículos, buques, aeronaves etc.), y que pueden haber sido objeto de una posesión o adquisición lícita, pero que propician la posible comisión de nuevos delitos, en especial dentro de la delincuencia organizada, si permanecen en poder del condenado o de sus adláteres. Es el comiso que debe regular el CP.

La LO 15/03 introdujo importantes innovaciones en el art. 127 del CP (objeto de atención por parte de la FGE en las Circulares 1 y 2/05) tales como el comiso de ganancias y de valor equivalente; pero no mejoró el tratamiento sistemático del comiso. La LO 5/10 ha incorporado al art. 127 un nuevo apartado para introducir dentro del comiso a los delitos imprudentes y sobre todo ha traspuesto la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo dirigida a la lucha contra la criminalidad organizada (comiso ampliado).

En el comiso que yo llamo de confiscación frente al comiso que debería llamarse de seguridad, estamos ante una sanción penal *sui generis* pues presenta al mismo tiempo un fuerte componente de sanción civil. Si bien esta sanción, en cuanto penal, está sujeta al principio de legalidad y también al de proporcionalidad (ex art. 25, pero también art. 33 de la CE), ello no implica que tenga que estar ligada siempre al principio de culpabilidad penal, bastando la culpa civil al poder afectar incluso a terceros adquirentes de mala fe no responsables de delito. También puede cumplir de modo complementario e indirecto fines de restitución y de pago de responsabilidades civiles.

Precisamente por este componente de sanción civil, puede cuando menos mitigarse la carga de la prueba en aras de la mayor facilidad en su aportación. De todos modos las garantías de todo proceso, penal y civil (principios de audiencia y contradicción), afectan y deben afectar al comiso, como veremos.

-Por demás, el comiso, desde el punto de vista de Derecho civil, es un modo, público desde luego e involuntario, de pérdida del dominio como pudiera ser la expropiación forzosa o la requisita militar. Tiene el mismo alcance que otros medios privados sean voluntarios como la derelicción (renuncia abdicativa), o la renuncia traslativa, sean involuntarios como la revocación, la usucapión o la adquisición a non domino por parte de un tercero ex art. 464 del C.c. o 34 de la LH.

El acto del Estado que produce la pérdida dominical o privación definitiva del bien es la sentencia penal firme que decreta el comiso de confiscación o la resolución firme que decreta el comiso de seguridad. La Ley 4/10 de 10-3-10 para ejecución en la Unión europea de resoluciones judiciales de decomiso nos dice en su artículo 3 que “se entenderá por resolución de decomiso la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales que tenga como resultado la privación definitiva de bienes”.

Sin embargo no por ello adquiere *ipso facto* el Estado el dominio del bien pues ha sido y es costumbre inmemorial que sea el Tribunal de la ejecutoria quien enajene

los bienes y después ingrese su producto en el Tesoro público. Por cierto que, aunque en ningún sitio se exprese, no creo que si la segunda subasta se declarara desierta, el bien decomisado haya de devolverse al particular previo alzamiento del embargo (cfr. arts 651 y 671 ambos *in fine* de la LEC) pues el particular ha perdido definitivamente el dominio antes de la venta pública, a diferencia de lo que sucede con cualquier sentencia de condena que se haya de ejecutar por la vía de apremio. Se habrá de proceder pues a su adjudicación al Estado en último extremo.

Desde este punto de vista, la medida cautelar procedente para asegurar la pública enajenación en cumplimiento de la sentencia es el embargo preventivo que se habrá de garantizar como dice la LEC mediante su depósito si es bien mueble o mediante la anotación preventiva si de algún inmueble se trata.

Excepción a lo anterior es el régimen de los bienes decomisados procedente del contrabando o del tráfico de drogas en que la sentencia determina la adjudicación directa de los bienes a favor del Estado. Así las cosas, la medida cautelar más adecuada para asegurar el éxito de la sentencia puede ser no sólo el embargo preventivo sino también la prohibición de disponer e incluso “la anotación de la querrela” o más bien, la anotación en el Registro de la Propiedad de “la pretensión civil” tendente al decomiso.

En cambio, el comiso que llamamos de seguridad no tiene por qué estar regulado mediante ley orgánica ni tiene que ser impuesto necesariamente por sentencia firme, si bien se habrá debido seguir un proceso penal en virtud de un hecho típicamente antijurídico.

3. EL COMISO APLICADO A LAS PERSONAS JURÍDICAS SEGÚN EL DERECHO SUSTANTIVO.

En cuanto a las personas afectadas por el comiso, mi “propuesta” prevé un apartado que diga: “ se decretará el comiso de instrumentos y efectos formalmente pertenecientes a alguna persona jurídica cuando sea declarada responsable penal del delito perseguido o bien cuando sus administradores de hecho o de derecho, directivos o subordinados, sujetos a pena o medida de seguridad, hayan beneficiado con su actividad a la persona jurídica o ésta haya facilitado la comisión de la infracción penal en vista de la finalidad abierta u oculta que persiga. Esta disposición será aplicable a los titulares de establecimientos o empresas en cuyo ámbito se haya cometido la infracción, en especial cuando no la hubiesen impedido pudiendo hacerlo”.

La frase siguiente la tomamos del acertado párrafo 2º, añadido al apartado 1 del art. 127 del CP por LO 5/10, la cual transpone la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo. “El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”

También se decretará el comiso respecto de terceros no responsables penales, cuando estén a su nombre instrumentos y efectos no adquiridos legalmente o adquiridos de mala fe, cuando se hallen en situación patrimonial ilícita o cuando se trate de personas artificialmente interpuestas, simples mediadores posesorios o fiduciarios.

Si fuesen varias personas las afectadas por el comiso, el Tribunal fijará las cuotas de que deba responder cada uno”.

Hasta aquí nuestra propuesta de *lege ferenda*. No tan *ferenda* sin embargo pues por pura lógica y por vía interpretativa, deduciremos que el arma del comiso es perfectamente aplicable a las personas jurídicas. Ello no obstante, para cerrar el círculo y comprender todos los casos en que por ley y justicia se les deba aplicar el decomiso, se hace necesaria una referencia a ellas, al modo como nosotros lo planteamos en nuestra propuesta.

3.1 COMISO DIRECTO POR SER RESPONSABLE PENAL LA PERSONA JURÍDICA.

Las personas jurídicas quedaron enteramente olvidadas en el art. 127 del CP. Sólo se las sacaba a relucir en el ya modificado art. 369, 2 del CP (versión LO 15/03, hoy sin tal contenido). Era contundente el art. 369, 2 del CP (versión LO 15/03) en materia de tráfico de drogas y de ganancias de ellas derivado.

Se nos decía que en caso de pertenencia del culpable a una organización o asociación que tuviese como finalidad difundir la droga; en caso de participación en actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por el delito; o de realización de los hechos en establecimientos abiertos al público, “se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento “ aparte de “una multa del tanto al triple del valor de la droga, el comiso de los bienes objeto del delito y de los beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo”, pudiendo la autoridad judicial decretar como “medidas” la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas etc... y la aplicación del art. 129....

Era lamentable que esta misma disposición no figurara en el art. 302 a propósito del blanqueo de capitales pues parecía referir el comiso a bienes “de personas que pertenezcan a la organización” y no a bienes que hayan pasado a ser de titularidad formal de la organización. Como es natural, la organización y más aún la asociación podía revestir ad extra la forma de persona jurídica.

El informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de lo que fue la LO 15/03 echó de menos un precepto expreso, más amplio o general, que hubiera permitido, ya en el art. 127, agredir el patrimonio social en relación a las ganancias obtenidas por medio de hechos imputables a sus administradores cuando menos. La ausencia de un precepto general dificultaba la lucha contra la criminalidad organizada cuando se trata de empresas que desarrollan actividades ilícitas junto con otras completamente normales y no se haya demostrado la culpabilidad “penal o civil” de los administradores....

-Y es que hoy son las personas jurídicas las verdaderas protagonistas de la vida económica y a su amparo y dentro de su ámbito de actuación se cometen numerosos delitos graves.

La actividad mercantil e industrial se desarrolla en la actualidad mediante la interposición de sociedades y sabidas son las facilidades que “la organización”, con responsabilidad limitada por lo general *ad extra* (para mayor “*inri*”) y con competencias a veces poco claras o compartidas *ad intra* (unos tienen la información, otros deciden y otros ejecutan, a veces sin la debida conexión cuando se trata de macroorganismos o de grupos de empresas, siendo muy difícil desde el punto de vista probatorio encontrar al culpable y debiendo a veces basarse la culpabilidad en deberes de garantía a virtud de la comisión por omisión que puede quedar en simplemente imprudente e impune), puede prestar y presta para la comisión de delitos tales como la producción de riesgos catastróficos y accidentes de todo tipo, en contra del interés de los trabajadores o del medio ambiente, delitos de evasión de impuestos, de tráfico de drogas, blanqueo de dinero, delitos concursales etc...Lo mismo se diga de organizaciones empresariales, sociales o políticas que presten apoyo o encubran grupos mafiosos, subversivos o terroristas.

Como dice ZARAGOZA AGUADO (en “*Manuales de Formación Continuada*” del CGPJ n° 14/2001, pg. 365 y ss), “*la moderna delincuencia organizada, distinta y distante de la delincuencia tradicional en planteamientos, formas de actuación, objetivos fines, desarrolla a gran escala con criterios empresariales y en un ámbito de actuación supranacional, todo un catálogo de múltiples actividades delictivas (tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, prostitución, la industria del secuestro y la extorsión, contrabando de automóviles y material tecnológico, grandes fraudes, etc...) generadoras de unos fabulosos beneficios económicos que necesitan ser reciclados e introducidos en los circuitos comerciales y financieros con las consecuencias negativas que eso comporta*”. La “organización” utiliza casi siempre formas societarias, asociacionales o fundacionales.⁵

-Cuando el instrumento del delito pertenece *pro forma* a una persona jurídica, no puede ni debe ser considerada en nuestra actual legislación como "tercero" (por definición nunca responsable del delito), cuando el administrador de hecho o de derecho se ha servido del mismo, máxime si se trata de una sociedad instrumental o de fachada. En la teoría organicista, los actos de estas personas se imputan directamente a la sociedad (cfr. art. 1902 del C.c. y arts. 133 y ss de la LSA). El art. 31 del CP extiende hacia ellos la autoría de los delitos especiales por camino inverso.

Nuestro CP debería haber previsto el comiso de instrumentos en manos de la persona jurídica, también en relación a delitos comunes que pueda cometer cualquier persona inserta en la organización, sin necesidad de que se trate de una sociedad de fachada o ficticia, cuando la sociedad en virtud de su propia organización o más bien de sus fallos de organización, o simplemente por su peligrosidad, haya propiciado la comisión del delito. Los arts. 369, 2 para las drogas y el 302 del CP para el blanqueo de capitales no imponían, creemos que por simple olvido, a la persona jurídica u

⁵ Con esta base sociológica, las leyes administrativas hace tiempo que imponen multas a las personas jurídicas (cfr. arts. 85 y 86 del Tratado de la Comunidad europea y Recomendación 18/88 del Comité de Ministros del Consejo de Europa), pese a que se haya dicho que se corre el riesgo de incluir la previsión de tales sanciones como costos de la producción y que pueden repercutir sobre socios o terceros –acreedores y trabajadores- inocentes. Esta posibilidad se consagra en la Ley española 30/92 (art. 130 y concordantes) aparte de otras sectoriales. Sabido es que una multa penal y una administrativa en nada se distinguen –ni siquiera en su cuantía- salvo desde un punto de vista formal; tampoco existe diferencia ontológica entre un ilícito penal y otro administrativo.

organización, la pérdida o comiso del instrumento utilizado pues sólo se refiere a bienes, productos y beneficios.⁶

3.2 COMISO DE BIENES DE LA PERSONA JURÍDICA POR EFECTO DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

En lo que respecta a tanto a los instrumentos como sobre todo a los efectos del delito, no creo que deban escapar del comiso, en el estado actual de nuestra legislación, aquellos que pertenezcan a las personas jurídicas cuando sus administradores de hecho o de derecho hayan sido penalmente condenados o simplemente carezcan de buena fe, al igual que si se trata de sociedades instrumentales, ficticias o de mera fachada de las cuales se hayan servido los autores del delito para “despistar” sus bienes en realidad propios.

Los actos del administrador se imputan desde el punto de vista civil, según la mejor doctrina, a la propia sociedad o persona jurídica con toda normalidad ex art. 1902 del C.c. a tenor de la moderna teoría organicista. Cuando el daño se ha causado por los auxiliares o dependientes (incluso *sensu lato*) de la persona jurídica, se ha de aplicar, por hecho más bien ajeno, el art. 1903 del C.c. basado en la culpa *in eligendo o in vigilando* de los titulares del órgano, responsabilidad excusable probando la debida diligencia, por más que el derecho de repetición se haya de reconocer también por analogía en caso de imputación directa a la sociedad ex art. 1902 del C.c. (Cfr. sobre esta difícil materia mi obra "Partes y Terceros en el Proceso civil" Madrid 1997, pg. 588 y ss). No olvidemos que el comiso tiene, a nuestro juicio, un fuerte componente de sanción civil.

A este propósito, una vez establecida por obra de la LO 5/10 la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sea cual sea la naturaleza de esta responsabilidad, no nos cabe duda de que si incurrían en delito y son declaradas sujeto activo del mismo, han de sufrir el comiso correspondiente, en plano de igualdad con el que se imponga a sus representantes o subordinados, desde los cuales se haya producido el traslado de la responsabilidad penal hacia la persona jurídica, siendo la misma acumulativa (cfr. Art. 31 bis del CP vigente).

Lo que puede suceder es que estando en *númerus clausus* los delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas, habrá otros importantes, en especial contra el patrimonio como apropiaciones indebidas, de los cuales no responde penalmente en nuestro Derecho la persona jurídica y entonces el comiso habría de quedar limitado a los bienes de los sujetos individuales declarados culpables o responsables, bienes por cierto que son “propios en verdad” de tales sujetos cuando de sociedades-pantalla se trata.

Aparte de la abundante doctrina de la Sala 1ª en materia de levantamiento del velo societario, la STS Sala 2ª, nº 274/96, citada por la Circular de la FGE 1/11, acudió a esta técnica para imputar un delito tributario a una persona física que no era el obligado formal, pero que desde una perspectiva fáctica se había servido de la personalidad jurídica, abusando de ella para eludir sus obligaciones y ocultar su condición de administrador de hecho. La resolución destacaba que “*ni el régimen de transparencia fiscal ni ningún otro instituto fiscal o mercantil impiden a los tribunales penales levantar el velo societario para tener conocimiento de la realidad económica*”

⁶ La STS de 6-9-99 R.A. 7380 ordena el decomiso del barco donde se transportaba la droga a gran escala al ser el barco en realidad propiedad de uno de los autores, no de la sociedad instrumental por él creada para encubrir el delito...

subyacente". Según la misma resolución, al aplicar la doctrina del levantamiento del velo se trata únicamente de reconocer que *"las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no pueden prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad"*.

-Por obra de de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, y debida a la necesidad de de superar divergencias entre los Estados Miembros que hacían difícil la lucha contra la delincuencia organizada y la asfixia de sus ingresos, se ha introducido ex LO 5/10 un párrafo segundo en el apartado 1 del art. 127 del CP: "el Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas" lo cual nos parece acertado.

Lo anterior no excluye desde luego a la persona jurídica como "forma" que para el Derecho puede revestir "la organización" criminal. Pero lo importante a señalar es que el nuevo párrafo establece el comiso no sobre los bienes de la persona jurídica (una organización sin personalidad jurídica alcanza todo lo más a tener un condominio distribuido entre los sujetos que la componen) sino sobre los que integran el patrimonio de los que cometieron el delito en el seno de la organización o grupo criminal.

Por tanto se hace necesario un precepto que contemple la confiscación de bienes de titularidad de las personas jurídicas en los supuestos indicados en nuestra propuesta.

-Ello no obstante, y abundando en la idea del levantamiento del velo societario, el TS se ha pronunciado al respecto, en uno de los casos más complicados de la vida española, si bien los delitos básicos fuesen de apoderamiento ilícito, con lo cual el comiso se habría de dedicar preferentemente al pago de las responsabilidades civiles. La STS de 29-7-02 RA 6357 (caso directivos de Banesto) afirma la responsabilidad civil subsidiaria de ciertas sociedades controladas por los acusados en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, más necesaria aún en Derecho penal ante la necesidad de conocer la verdad material....Se ha de descartar la radical separación entre sociedad y socios, mediando negocios simulados o ficticios que constituyen verdadero fraude de ley. Ha habido utilización de sociedades instrumentales en maraña cuyo dominio correspondía a los acusados. Las empresas a donde han ido a parar los fondos apropiados y donde disponen de ellos libremente están bien declaradas como responsables subsidiarias.

Además es procedente el comiso directo de las fincas adquiridas con los fondos apropiados a fin de evitar así que haya aprovechamiento de las ganancias obtenidas. Ha mediado condena e imposición de pena; ha de mediar debate en el juicio oral ante la petición expresa de algún acusador para que el acusado pueda defenderse. Se analiza el Convenio europeo nº 141 sobre el blanqueo de dinero ratificado por España en 1998 RA 2531.

En este caso están afectadas sociedades que son las titulares formales de los bienes; pero estamos ante sociedades de fachada y se ha de aplicar el levantamiento del velo. Estas sociedades han recurrido en casación y sus puntos de vista han sido expuestos a través de sus verdaderos protagonistas, aunque no hayan sido parte en la instancia, lo cual no es necesario por ser ficticias (la condición de testaferro no genera un derecho legítimo a ser oído ni pueden alegar que actúa de buena fe); y aún pueden exponer sus puntos de vista en la tercería de dominio (?). Podría acordarse la venta en pública subasta y aplicar el producto a responsabilidades civiles...Hasta aquí un apretadísimo resumen de las tesis de esta sentencia. La STS de 21-1-05 RA 1620 estima la acción pauliana ante créditos de Hacienda devengados y reales sin que importe estén o no liquidados al tiempo de la venta de los bienes en fraude de este acreedor. En este caso hubo una operación de ingeniería societaria para defraudar a través de una sociedad inactiva que tenía igual componente personal. Tal sociedad de fachada no es adquirente de buena fe.

3. 3 COMISO DE BIENES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR NO SER TERCEROS PROTEGIDOS

De todos modos, es difícil creer, en nuestro Derecho actual, que los provechos, bienes de sustitución y ganancias en poder de la persona jurídica, cuando sean debidos a la actividad delictiva de sus administradores, o incluso de sus auxiliares o subordinados con la tolerancia o pasividad de los titulares del órgano, deban ser consideradas como pertenecientes a “un tercero de buena fe que los haya adquirido legalmente” (art. 127 del CP), aunque no se trate de sociedades instrumentales o de fachada, cuyo velo es siempre preciso desvelar.

Si el comiso de confiscación se basa en la eliminación de injustos enriquecimientos y esta sanción penal tiene un fuerte componente, como dijimos, de sanción civil, es indiferente que la persona jurídica aparezca como centro de imputación por hecho propio o por hecho ajeno.

Lo importante es la adquisición por su parte de un patrimonio ilícito de titularidad propia y diferenciada, pero obtenido en base a la realización cuando menos, dentro de su seno, y como destinataria de verdaderas normas de valoración jurídica (no ya de determinación que suponen conciencia y autodeterminación), de hechos precedentes típicamente antijurídicos, provengan éstos de sus representantes legales o de simples integrantes de la organización como auxiliares o subordinados.

Lo esencial es, como se dice en nuestra propuesta, para mayor claridad, que la persona jurídica se haya beneficiado con la actividad de sus administradores de hecho o de derecho, directivos, subordinados, asociados o participantes, sujetos a pena o medida de seguridad, o que la persona jurídica haya facilitado de algún modo la comisión de la infracción penal, en vista de la finalidad abierta u oculta que persiga.

También es necesaria una disposición semejante en torno a las personas físicas titulares de establecimientos o de empresas individuales, que, aparte de beneficiarse de la actividad de sus empleados, toleren o contemplen con pasividad las conductas delictivas de los mismos dentro de su ámbito.

Sin duda debe sufrir la "consecuencia accesoria del delito consistente en el comiso", cuando se imponga cualquier pena a la persona individual por delito doloso en

relación a los instrumentos, o se imponga una pena o medida de seguridad en relación a los efectos del delito, el tercero no responsable del mismo que haya adquirido efectos u obtenido ganancias de mala fe o que los haya adquirido ilegalmente. Tal puede ser la persona jurídica. En tal sentido se expresó en su día el art. 5, 2 de la Ley de Contrabando. El nuevo CP ya amplió extraordinariamente hacia terceros el alcance del comiso.

Se excluye el comiso de confiscación si el tercero, dueño de tales instrumentos o efectos (dominio a acreditar documentalmente o simplemente por la posesión al tiempo de su utilización por el delincuente como dice el art. 635 de la LECR), no es responsable del delito y los ha adquirido legalmente (sin ilicitud civil o administrativa y a título de dueño) así como de buena fe, y ello de modo conjuntivo. En la legislación internacional, el respeto a los derechos de terceros de buena fe aparece en la Convención ONU sobre estupefacientes de 1988, art. 5, 8; también en la Convención ONU sobre delincuencia organizada en su art. 12, 8.

No es preciso, para que el tercero quede inmune del comiso, que los haya adquirido de modo oneroso (en contra del criterio de la Circular 4/10 y 2/05 que equiparan el art. 127 del CP al art. 122 dictado para las responsabilidades civiles), ni menos de modo irrevindicable como habla el art. 111 del CP, aparte de que la mala fe elimina la irrevindicabilidad y prolonga el tiempo de la usucapión.

Basta la adquisición legal (siempre de buena fe) y la ausencia de responsabilidad en el delito para excluir el comiso en relación a terceros no responsables de delito alguno. Es más amplio el radio de acción del art. 111 del CP basado en el carácter absoluto o más bien *erga omnes* de todo derecho real, que el radio del comiso. También es más amplio el radio de acción del art. 122 del CP fundado en que es preferente el interés de los perjudicados y víctimas frente a los adquirentes a título gratuito, al modo como el interés del acreedor es preferente frente a este tipo de adquisiciones en la acción pauliana.

No puede decirse que sea legal e inamovible la adquisición (que debe ser a título de dueño) o la posesión del instrumento del delito por parte de quien "detenta en el aspecto externo" su titularidad, siendo en realidad un simple testafarro, o una persona ficticia interpuesta, aunque se trate de una persona jurídica.

Tal persona puede que sea acusada de cooperación o complicidad con el delito "instrumentado"; que sea acusada de algún delito colateral (blanqueo, encubrimiento) o que no sea acusada de delito alguno por diversos motivos. Pero el vehículo, o el instrumento del delito, sea o no peligroso para la sociedad, debe caer en comiso. Y si acaso el instrumento se ha destruido, ha desaparecido o ha llegado a ser irrevindicable, se puede y debe imponer el comiso de valor equivalente.

Por supuesto corresponderá a la acusación probar, al menos a nivel indiciario, la mala fe o ilegal adquisición del tercero, sea anterior o posterior a la comisión del delito, casi siempre hecha o consentida con el fin de frustrar el comiso.

Precisamos que no puede decirse legal, es decir, hecha "a título de dueño", la adquisición de quien "detenta en el aspecto externo los bienes", siendo en realidad un simple testafarro o persona interpuesta, un codisponente o incluso disponente único de cuentas corrientes de titularidad en verdad ajena; o de quien en realidad sólo detenta una titularidad formal fiduciaria (*fiducia cum amico, cum filio*, o más bien con el cónyuge

separado de bienes para mayor precaución...), medie, no medie o sea dudosa su buena fe. Menos aún puede decirse legal la posición jurídica de quien ha adquirido los bienes en virtud de un negocio jurídico simulado o afecto de causa torpe o ilícita, se trate de compra o de arrendamiento, o bien de contrato de sociedad etc...

Tampoco puede ser legal la adquisición hereditaria del tercero respecto a un instrumento o efecto del delito cuando, por fallecimiento del culpable, éste no haya podido ser penalmente perseguido o no haya podido ser acusado, habiéndose extinguido su responsabilidad penal: puede que el heredero tenga buena fe como dato puramente subjetivo, pero el vicio posesorio de origen ha de trascender al mismo de modo objetivo (cfr. arts. 440 y 442 del C.c.).⁷

Estas personas pueden y deben ser requeridas para que acrediten sus ingresos y los recursos económicos que hayan determinado la adquisición y aparente titularidad. Si los indicios existentes acerca de su participación en ilícitos tráficos no llegan a provocar su incriminación penal, al menos deben sufrir estos terceros los efectos del comiso, cuando se imponga pena al principal traficante en la sentencia, los indicios existentes sean sumamente relevantes y no se logre acreditar la lícita procedencia de la contraprestación o de los bienes utilizados. Nada duele más en realidad que este tipo de privaciones de bienes.

En relación a situaciones posesorias de terceros de buena fe, aparentemente lícitas (simple depositario, gestor, comodatario o precarista de bienes muebles o inmuebles ilícitamente adquiridos por el poseedor mediato declarado culpable), no creo que las mismas sean oponibles a efectos de poder impedir el comiso, sin perjuicio de aplicar las disposiciones del C.c. en materia de frutos y gastos cuando sea procedente; o de deberse satisfacer la legítima contraprestación a que el poseedor inmediato tenga derecho como contratante en su caso. Simples mediadores posesorios no deben obstaculizar el comiso.

En la reforma de la LO 15/03 se debe, ex art. 127, acordar el comiso por un valor equivalente sobre otros "bienes", aunque, de modo no justificado a nuestro juicio quedan limitados a los que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho, responsables que no pocas veces carecerán de patrimonio embargable o aprehensible por haberlo cuidadosamente ocultado. En la propuesta que se hace el comiso de valor equivalente, regulado en el apartado 1 es general y se aplica a quienes resultan afectados por el comiso en el apartado segundo.

⁷ Según la STS de 16-6-93 R.A. 5160, en casos de titularidad compartida, cabe decretar el comiso parcial, como sucede con cuentas corrientes o libretas de ahorro. Pero cabe el comiso total si se acredita que la persona cotitular carecía de ingresos como para poder ostentar el dominio de los efectos depositados: "*el comiso sólo puede detenerse ante la titularidad efectiva y material de los bienes por una tercera persona ajena al hecho delictivo*" (frase que repite por cierto la STS de 10-2-03 RA 2071). Si el procesado carecía de trabajo que justificase sus elevados ingresos y se desconoce que la cotitular de la cuenta (madre del procesado) tenga medios de fortuna o desarrolle una actividad bien remunerada, cabe decretar el comiso total. Ya vimos cómo para la STS de 22-6-94 R.A. 5222, si no se dan explicaciones suficientes sobre los bienes ocupados y se ha oído a los interesados en el proceso, se debe decretar el comiso (cfr. también las SSTS de 2-10-91 y 1-3-94). La STS de 15-10-03 RA 7755 considera correcto el comiso de los bienes que estaban a nombre del padre del traficante pues, aunque tal padre ha sido absuelto por desconocer la procedencia de los bienes, tales bienes son del hijo condenado. No cabe eludir el comiso pro está vía fraudulenta. El padre era pensionista y disponía de sumas millonarias en sus cuentas. La STS de 2-4-04 RA 3432 incluye en el comiso a instrumentos y efectos (coches y viviendas incluso) en poder de titulares meramente formales que declararon como testigos con notables contradicciones...No importa que una vivienda esté a nombre del condenado y de una sociedad anónima si es de pura fachada.

-Por último, no se ha previsto en nuestro Derecho cómo se ha de imponer el comiso cuando sean varios los que hayan percibido los efectos y ganancias del delito. No parece sea procedente la solidaridad en materia de sanciones penales. Lo correcto parece ser la medida de la participación; o, si no se conoce, la fijación de cuotas según convencimiento del Tribunal sobre tal participación (CP austriaco).

4. EL COMISO APLICADO A LAS PERSONAS JURÍDICAS SEGÚN EL DERECHO PROCESAL

En cuanto al Derecho procesal aplicable al comiso, prescindiendo del lugar en que las normas se encuentran actualmente al estar dispersas entre la LECR y el Código Penal, y prescindiendo de la utilización provisional de los bienes y de su enajenación anticipada, mi propuesta legislativa sería del siguiente tenor:

1. Personación en la causa. “Todo afectado por el comiso, no acusado de delito o falta, podrá personarse y actuar en la causa con iguales derechos que el tercero civilmente responsable, especialmente cuando alguna parte acusadora solicite en conclusiones provisionales el comiso de sus instrumentos o bienes sea en especie, sea por equivalencia. A tal fin se le dará traslado de tales conclusiones provisionales formuladas en su contra.

2. Medidas cautelares. Los instrumentos y efectos de la infracción penal, previstos como decomisables en especie o por equivalencia conforme al CP, deberán ser aprehendidos y puestos en depósito, o quedar sujetos a las medidas cautelares pertinentes desde el inicio de la causa penal. También serán sometidos de inmediato en su caso a los análisis periciales correspondientes para determinar su naturaleza, composición y valor conforme a las normas vigentes, cuando constituyan piezas de convicción.

En especial serán embargados o sujetos a prohibición de disponer, bienes de valor equivalente en sustitución de bienes transformados o de ganancias, cuando no sean susceptibles de aprehensión material o de reivindicación.

Personas jurídicas y terceros no imputados o acusados de delito o falta serán debidamente notificados de su situación y, en caso de oponerse a la medida cautelar correspondiente en torno a bienes confiscables, serán tratados del mismo modo que el tercero responsable civil”.

4.1 PERSONACIÓN EN LA CAUSA

Comienza nuestra propuesta destacando, en torno al comiso, la obligada vigencia del principio de audiencia y de contradicción, deducible del art. 24 de la CE e interesante tanto para el proceso tanto penal como civil al ser de justicia natural. En la legislación internacional el derecho de defensa está reconocido en el art. 5 y 18, 4 f), 18, 5 y 6 y 22, 2 a) del Convenio europeo de blanqueo; de manera más compendiosa en el art. 11, 6 de la Convención de la ONU sobre delincuencia organizada.

En este aspecto resalta la total vaciedad de nuestro actual derecho. En parte alguna de la LECR se nos dice cómo han de ser tratadas dentro del proceso penal las personas naturales o jurídicas “procesalmente” afectadas por ser “sustantivamente” afectables de modo presunto por el comiso.

Los problemas procesales para cuando la persona jurídica esté imputada y se dirija contra la misma el proceso del que haya de derivar con normalidad el comiso quedaron resueltos por la Ley 37/11 de medidas de agilización procesal, a salvo la misteriosa frase con que acaba el nuevo art. 839 bis de la LECR para el caso de rebeldía de la persona jurídica en que deben continuar los trámites procesales “hasta su conclusión”, y a salvo también el nombramiento de causídicos de oficio, sin poder percibir minutas por cuenta de la justicia gratuita en que la Ley reguladora las excluye por lo general... Pero ¿qué debe suceder cuando la persona jurídica afectada por el comiso no es sujeto activo del delito?

En los casos más fáciles, lo normal es que la Policía o el Juzgado de Instrucción, al amparo de los artículos 282, 1, 770, 3ª, y 334 y siguientes de la LECR, produzcan la inmediata intervención u ocupación de los instrumentos, productos u objeto (efectos) del delito, es decir, del cuerpo del delito entendido en sentido muy amplio. En estos supuestos, el comiso y la pérdida de la posesión de la cosa que sea de escaso valor por parte del tercero que la haya adquirido ilegalmente o de mala fe, siendo irresponsable desde el punto de vista penal por cualquier circunstancia, podrían quizá producirse, desde el punto de vista de las garantías procesales, con la simple audiencia del mismo en calidad formal de testigo, pudiendo admitirse la prueba documental que presente.

Pero no cabe duda de que en todo caso se debe reconocer al “tercero” afectado por el comiso la posibilidad y la carga (no la “obligación” en sentido estricto a diferencia del responsable civil directo o subsidiario el cual ha de formular conclusiones mediante Abogado y Procurador y ha de asistir a juicio) de personarse y actuar en el proceso en defensa de sus intereses. Puede verse tal tercero, afectado por el comiso, necesitado de aportar pruebas.

En nuestro Derecho vigente debe aplicarse por analogía (la cual no está prohibida en materia civil o procesal ni menos *in bonam partem*) la norma del art. 122 del CP referida a los adquirentes a título gratuito, máxime si el afectado solicita su intervención activa en el juicio oral.

En realidad seguimos en nuestra propuesta los criterios de la importante STS de 20-1-97 R.A. 820. Ésta reconoce el derecho de todo tercero afectado por el comiso en cuanto titular o propietario de los bienes decomisados, aunque no haya intervenido como parte en el proceso, a impugnar la resolución judicial y a recurrir pues de otro modo se violaría el art. 24 de la CE. Se examina el recurso interpuesto al efecto por el propio condenado en beneficio de su esposa e hijo afectados por el comiso, y se dice que el tema no se puede soslayar pues no se puede deferir a la jurisdicción civil, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad civil.

Para evitar cualquier indefensión –afirma esta sentencia-, cuando se investiguen delitos en que sea previsible la medida de comiso, el Juez instructor debe proceder al depósito de los efectos, como medida cautelar. Se notificará a los interesados quienes serán oídos sobre el particular y desde ese momento “podrán” (no dice deberán) intervenir en el proceso nombrando Letrado y Procurador, para proponer pruebas interviniendo en las diligencias y formulando conclusiones para el juicio oral. A falta de concreta previsión, por analogía pueden aplicarse en lo procedente las normas de los arts. 615 y ss de la LECR, formándose pieza separada. Cabe incluso suspender el juicio oral y practicar información suplementaria para subsanar deficiencias observadas en la fase de

instrucción. Dado que no se ha producido la audiencia necesaria se decreta la nulidad del pronunciamiento relativo al comiso.

De esta sentencia puede deducirse que si el tercero afectado se conforma con la medida de intervención, siempre que se le haya dado la oportunidad de ser oído, no sería preceptivo provocar su personación. En todo caso, la sentencia (al modo de lo que sucede con la rebeldía en el proceso civil) podrá dictarse sin problema alguno y producir los cambios materiales y registrales oportunos siempre que la intervención del tercero se haya propiciado o facilitado (intervención provocada). A todo ello tiende de manera explícita nuestra propuesta.

Podría exceptuarse el llamamiento de las personas jurídicas, cuyos administradores de hecho o de derecho sean los acusados, o de aquellas que deban quedar afectadas por el levantamiento del velo societario, al modo de lo que vimos en el caso Banesto, cuando los verdaderos titulares del patrimonio social estén sentados en el banquillo. Como dice CHOCLAN MONTALVO, la persona jurídica creada por la persona física para encauzar sus hechos delictivos no tiene en verdad una personalidad jurídica diversa y no puede ser considerada como tercero. No cabe forzar el imposible llamamiento del administrador formal, pero de fachada u hombre de paja, cuando se encuentra en “paraísos jurídicos”.

Veamos ahora la Jurisprudencia, muy interesante. La STS de 5-4-99 R.A. 2767 juzga de un caso en que los terceros intervinieron en el proceso para ser oídos sobre el comiso que se decreta. Sin embargo no cabe imponerles las costas pues ninguna norma prevé esta posibilidad y no rige a este respecto el criterio del vencimiento de la LEC... La STS de 19-7-2002 RA 8003 reconoce legitimación para recurrir en casación a quien fue condenado a la pena de comiso sin haber sido parte. Los bienes pertenecían a la condenada y a su marido ahora recurrente: por tanto el comiso se ha de limitar a los bienes privativos de la mujer y a su parte en los bienes comunes....

Para la STS de 16-1-03 RA 424, no es posible decretar el comiso del dinero guardado en cuentas corrientes a nombre de la hija del acusado, la cual está en rebeldía. Sólo procede el depósito del mismo para que el comiso pueda acordarse en el futuro. El comiso va asociado a la pena impuesta como consecuencia accesorio. Y es que, según creo, por más que en este caso la hija pudiera considerarse tercera persona afectable por el comiso, en situación de rebeldía no ha sido oída en el proceso y está pendiente precisamente de serlo. La solución me parece en exceso garantista pues la rebelde ha sido llamada por requisitoria a fin de ser oída y se trata de un problema más civil que penal.

Según STS de 6-2-04 RA 2136, al haberse acordado el embargo del vehículo de la sociedad de la que el acusado era administrador delegado, tuvo o tiene posibilidades de defensa en la pieza correspondiente, a diferencia del comiso que se hubiera decretado, dado su típico efecto ejecutivo. La STS de 19-09-05 R.A. 7580 decreta el comiso del buque en que se transportaba la droga pues era propiedad de una sociedad mercantil sin actividad lícita. Al ser una consecuencia jurídica del delito y de carácter civil basta dar la oportunidad de ser oído.

La extensa STS de 18-10-04 RA 1114/05 versa sobre la malversación de los fondos reservados en el Ministerio del Interior. Entiende que ha habido citación al proceso de los “afectados civiles” por el comiso decretado (a través de sus hijos que

tenían poderes del padre) si bien no hayan comparecido a defenderse en la instancia (no se siguieron los trámites del incidente sumarial desde luego y la citación tuvo lugar a última hora a instancia del Fiscal). Ahora recurren en casación. No ha mediado indefensión. Se trata además de meros testaferros o titulares fiduciarios del yerno malversador. Da la sentencia diversas justificaciones (quizá no del todo convincentes) para dar por bueno que la esposa no hubiera sido citada al proceso, tratándose de bienes gananciales los cuales han quedado decomisados (intervención en la adquisición sólo del suegro, posible defensa de los gananciales por uno sólo de los cónyuges etc...).

Para la STS de 29-5-07 RA 3596, no ha habido indefensión alguna pues la sociedad que ha sido condenada la administraba el acusado como su representante legal y fue emplazada a través suya para calificar, sin que fuera preciso nombrarle aparte Abogado y Procurador, posición en exceso formal. En parejo sentido la STS de 15-2-07 RA 3846 estima bien decretado el comiso de un bien perteneciente a sociedad instrumental del hijo condenado por tráfico, aunque la madre adquiriera luego las participaciones sociales. No ha habido indefensión pues el hijo era el administrador y el verdadero dueño de la sociedad y del bien, habiendo podido defenderse en juicio y defender su sociedad...La STS de 30-5-07 RA 4817 nos habla de la “posible intervención voluntaria” de los titulares de los bienes a decomisar, siendo preciso, ex DF de defensa, de darles la oportunidad de personarse en el proceso y en el juicio. No personados por causa a ellos imputable, no hubo indefensión material pues fueron oídos en el juicio oral y las defensas de sus parientes acusados asumieron de facto la de estas personas. Se dilucida con toda normalidad sobre la mala fe de estos adquirentes en el proceso penal visto que el sistema de cuestiones prejudiciales de la LECR ha sido superado por el art. 10 de la LOPJ. Se trataba además de una titulación aparente.

La STS de 4-6-07 RA 4743 entiende que cabe aplicar el comiso a quien ha sido absuelto, pues basta probar el ilícito origen y que se trate de un tercero meramente aparente como tal. No es el caso de autos en que se impone de forma inmotivada al absuelto.

4. 2 BREVE REFERENCIA A LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La propuesta hace referencia acto seguido a las principales medidas cautelares que pueden adoptarse durante el proceso en torno a los bienes presuntamente confiscables por obra de la sentencia. Es impropio del derecho sustantivo ocuparse, como hace el CP, aunque sólo en materia de drogas y de blanqueo, de las medidas cautelares que se pueden adoptar durante el proceso a fin de garantizar la final efectividad del comiso.

La Circular 4/10 de la FGE indica que las medidas cautelares para garantizar la efectividad del comiso son de corte más sencillo que las correspondientes a las responsabilidades civiles pues estas últimas exigen una determinación de su importe y una evaluación de los bienes, en tanto que esta valoración sólo será necesaria en la venta anticipada o en el comiso por valor equivalente.

-Lo más corriente y frecuente es la aprehensión material y el depósito de los bienes que además constituyan el “cuerpo del delito”, como dice el art. 374, 2 del CP aplicable a drogas y blanqueo. Hacemos la salvedad correspondiente para cuando los

objetos aprehendidos como cuerpo del delito constituyan al mismo tiempo piezas de convicción.

A este respecto nos dice la Circular 4/10 siguiendo los criterios de la Instrucción 6/07, que el dinero en efectivo se ingresará en la cuenta judicial habilitada; que cuentas y depósitos bancarios se bloquearán y sus saldos se congelarán; que los activos valores u otros instrumentos financieros deberán ser objeto de prohibición de disponer comunicando la resolución a la entidad emisora para que ingrese los dividendos en la cuenta vinculada; que las joyas deben depositarse en la Caja General de Depósitos o establecimiento adecuado sin que parezca procedente en principio su venta anticipada, medida en cambio muy apropiada para los medios de transporte, si es que no se entrega para su uso provisional a la Policía...

Ahora bien, decimos nosotros, en aquellos casos en que sea preciso decretar la nulidad de adquisiciones intermedias o finales por parte de terceros responsables de delitos que hemos llamado colaterales o de personas jurídicas ficticias de las que suele valerse la delincuencia organizada o de alto fuste; o en que, por efecto de una complicada materialización de las ganancias obtenidas con el delito, se haga preciso decomisar bienes por valor equivalente o sobre bienes distintos, como prevén los arts. 127 y 374 del CP renovado, pueden estar indicadas las medidas cautelares de embargo y prohibición de disponer, al ser insuficiente o imposible la mera aprehensión material. Se ha de advertir que la gestión del embargo preventivo acordado puede hacer necesaria (a tenor del art. 630 de la LEC, supletoria de la LECR a tenor del art. 614 de esta última) la administración judicial de empresas, grupos de empresas o sociedades.

El embargo preventivo es la medida más indicada sobre todo cuando se trate de comiso por equivalencia, si bien pueda ser también conveniente la medida cautelar de prohibición de disponer (de modo voluntario, como es obvio) de los bienes durante el proceso penal. Se habrá de tener en cuenta lo dispuesto en el C.c. para cuando el bien sea ganancial.

En lo que se refiere a medidas cautelares como anotaciones de querrela (más bien de “la pretensión civil” ejercitada en el proceso penal), de mandamientos de embargo o de prohibición de disponer, se tropezaba con la negativa de los Registradores a su toma de razón, cuando las fincas aparecían a nombre de personas jurídicas que mal podían antes de 2010, ser responsables del delito; o de terceros no vinculados formalmente al proceso como responsables civiles o indicados al menos como tales, al no cumplirse el principio de tracto registral (cfr. RR de la DGRN de de 31-1-02 (BOE de 17-4-2002), 1-2-02 RA 4140, de 12-3-02 RA 6181 o la de 24-6-03 RA 4652).

Con esta situación pretende acabar en parte (a efectos “sobre todo” de levantamiento del velo de las personas jurídicas) la reforma de la LH por LO 15/03 de 25-11, en vigor desde 27-11-03, la cual añade un párrafo final al art. 20 de la LH. Se nos dice que *“no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo “preventivo” o de prohibición de disponer de los bienes como medida cautelar, cuando, a juicio del juez o tribunal, existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento”*. Lástima que no haga referencia esta norma

a la anotación de la pretensión civil ejercitada en el proceso penal, medida que es la adecuada en los delitos de alzamiento de bienes, simulación de contratos etc... cuando es preciso decretar la nulidad de contratos e inscripciones que obstaculizan el embargo. Tal medida puede ser la adecuada cuando el comiso, como sucede en materia de drogas o de blanqueo, produce la inmediata transferencia de la propiedad al Estado sin pasar por la previa enajenación a cargo del tribunal.

Ahora bien, no creo que pueda llevarse a efecto en la sentencia el pleno desenvolvimiento de la medida cautelar, sobre todo de embargo, sin que el titular aparente de los bienes (por lo general alguna sociedad ficticia o instrumental, aunque puede ser también algún tercero de mala fe, simple testaferro o fiduciario) haya quedado correctamente vinculado al proceso (art. 615 y ss de la LECR por analogía y art. 783, 2 de la LECR) y sin que se la haya dado la oportunidad de ser oído y vencido en juicio, tomando parte en el mismo como responsable civil directo o subsidiario, o como sujeto pasivo de la pena accesoria de comiso, de modo que aparezca legítimamente condenado en la sentencia.

Desde el punto de vista registral, el cumplimiento al respecto del principio de audiencia es un requisito imprescindible si se quiere lograr cualquier rectificación en los libros (cfr. RR de 2-4-2001 RA 2859/02, 4-4-2001 RA 2861/02 y 30-3-2000). Es más, no se pueden cancelar asientos derivados de aquél cuya nulidad se ha conseguido y se inscribe, sin que sus titulares hayan sido oídos (Res. de 29-12-99 R.A. 9427). Habrá de estarse sin embargo a la doctrina antes expuesta sobre el levantamiento del velo societario, si se razona sobre sus requisitos y sobre las razones en virtud de las cuales hay que descartar cualquier indefensión⁸

4. UN CASO DE REPERCUSIÓN REGISTRAL EN MATERIA DE COMISO: LOS CARRIZOS DE CASTILBLANCO

Poco antes del verano de 2012, tuve que interponer un recurso de apelación contra el Auto de un Juzgado de Primera de Instancia de Sevilla que acordaba anotar preventivamente la demanda mediante la cual se recurría o más bien se impugnaba en

⁸ En torno a las consecuencias accesorias, potestativas, del artículo 129 del CP, me pareció en su día que la “previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o de sus representantes legales” en orden a imponer “motivadamente” en la sentencia las medidas previstas, exigía más bien la presencia en juicio como partes de tales titulares o administradores.

Una simple audiencia previa, o audiencia posterior incluso si la medida era muy urgente y mediaba oposición, podría ser suficiente en orden a la posible medida cautelar correspondiente. Pero en orden a la imposición de la medida o sanción penal en la sentencia, habíamos de distinguir: si se trataba de delitos especiales en que las cualidades del tipo se trasladaban a los administradores de hecho o de derecho acusados, no había problema. Ahora bien, si se trataba de delitos comunes (vgr. delitos ecológicos a tenor del art. 127) y los acusados eran personas encuadradas en la organización no coincidentes con los administradores acusados, no me parecía era conforme al art. 24 de la CE decretar tan drásticas medidas, sin previa petición de la parte acusadora y sin exigir por efecto de tal petición (o sin dar al menos la oportunidad correspondiente) la personación de la persona jurídica a través de sus representantes legales.

Hoy, tras la reforma de la LO 5/(10 en que se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, las medidas del art. 129 han dejado de requerir ningún tipo de audiencia previa. Los imputados insertos en la organización o grupo sin personalidad jurídica son quienes han de defenderse.

vía civil una calificación negativa del Registrador de la Propiedad nº 3 de Sevilla en relación a ciertas fincas registrales (2558 bis y 54929), conocidas como Los Carrizos de Castilblanco.

Tal medida cautelar tenía por fin, según el actor, “proteger de modo cautelar o provisional, la pretensión del demandante en el recurso principal (judicial) contra la calificación registral negativa, dirigida a rectificar por error de concepto anotaciones de embargo, cancelándose las mismas, evitándose así la aparición de terceros “blindados” en cuanto adquirentes de buena fe a título oneroso por efecto de la inminente subasta de tales fincas”.

Por descontado, dijimos al recurrir, que la anotación de demanda indebidamente acordada por el Juzgado no debía suspender ni impedir la subasta, a tenor de lo dispuesto en el art. 71 de la LH. Pero, una vez anotada esta demanda, cabía que se autoahuyentaran licitadores poco confiados.

Los antecedentes de hecho eran los siguientes: el 7 de febrero de 2012, el Registrador de la Propiedad nº 3 de Sevilla practicó anotación preventiva de embargo de las dos fincas registrales antes referidas, a virtud de mandamiento de la Sección Primera Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictado en ejecución de la sentencia de 31 de marzo de 2000.

En la resolución del Registrador se hace una relación de incidencias habidas anteriormente en relación a las anotaciones de embargo de las fincas desde el año 2000 hasta el 2012.

Y es que la sentencia ejecutoria de 31 de marzo de 2000 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, confirmada en estos particulares por la sentencia del Tribunal Supremo de 29-7-2002, antes referida declaró probado que los acusados MARIO CONDE y ARTURO ROMANÍ, se aprovecharon en propio beneficio de fondos depositados en cuentas corrientes de ciertas sociedades, de los que dispuso el acusado Mario Conde, quien, tras diversas operaciones de fraccionamiento y reagrupación de cheques, realizados con el objeto de oscurecer su origen, los destinó a la financiación de la finca “ Los Carrizos”, así como a la adquisición de otra finca denominada “ El Cuarto del Rincón”. Como consecuencia de esta declaración de hechos probados la AN, en el fallo , acordó el comiso de las fincas denominadas “ El Cuarto del Rincón” y “Hacienda de los Melonares”.

Tras la práctica de la anotación preventiva de embargo realizada por el Registrador de la Propiedad nº 3 de Sevilla, el representante de la entidad “LOS CARRIZOS DE CASTILBANCO, SA”, titular registral de las fincas antedichas, instó ante el registrador de la propiedad expediente de rectificación por error de concepto de los asientos practicados el 7 de febrero de 2012 respecto de las fincas 2558 bis y 4929, instancia que fue desestimada por el Registrador, al considerar que no se había producido error de concepto, denegando igualmente la anotación preventiva de iniciación del procedimiento de rectificación, según resolución de 5 de marzo de 2012. Frente a esta negativa del registrador se interpone ante el Juzgado de Primera Instancia la demanda que dio lugar al procedimiento.

1º) La Sra. Juez basó la concesión de la medida cautelar sobre todo en que no constaba acreditado que la sociedad titular registral llamada “Los Carrizos de Castilblanco SA” hubiera sido parte en el proceso penal en que se acordó el comiso, razón por la cual había habido diversas calificaciones negativas anteriores por parte del mismo Registrador.

Había consideraciones del auto con las cuales estábamos conformes, si bien negamos el periculum in mora pues la anotación más bien hacía daño a la prevista subasta por la posible huida de postores que beneficiaba propiamente al actor.

Alegaba la juzgadora falta de documentación, fácil por supuesto de buscar en las bases de datos al uso. Por demás decíamos que, frente a un dictamen del Fiscal de Anticorrupción, que señala tajantemente cómo estas fincas según la Sentencia firme de la AN de 31-3-2000 eran “de hecho” propiedad de Mario Conde; que era indiferente, según la STS que la confirmó, de 29-7-02, que los titulares registrales hubiesen sido o no parte en el proceso al tratase de sociedades de fachada y en fraude de ley; que asegura que las mismas fueron decomisadas, que invocaba por analogía el art. 20 párrafo añadido por la LO 15/03 y que sugería conminar al Registrador para que practicase la anotación de embargo so pena de delito de desobediencia, no podía reprocharse a las partes demandadas (Fiscal y Registrador) que no hubiesen probado que esta sociedad ahora titular de tales fincas hubiera sido parte en el proceso. Se pudo no ser parte formal pero se fue parte en sentido material si el administrador de esta sociedad estuvo presente y fue condenado entre otras penas al comiso de estas fincas.

No cabía eludirlo mediante su aportación a una sociedad de fachada cuya fecha de constitución no consta pero que debió ser anterior al recurso de casación. Y si fue posterior al recurso, no cabe eludir la ejecutoria mediante este tipo de sucesión artificial como se desprende del “incidente” del art. 540 de la LEC que no consta incoado... Sobre todos extremos había razonado el TS en el recurso de casación, como vimos, y una sentencia firme ha de ejecutarse.

A este efecto acompañamos, ad abundantiam y por si no estuviera en los autos, el fallo de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional sacado de una base de datos al uso, y algunas consideraciones de la STS ya citada. También la demanda de tercería de dominio recientemente interpuesta y su rechazo por la Audiencia Nacional en torno al mismo asunto.

2º) Por demás dejamos establecido en el recurso que no sólo no había humo de buen derecho en la demanda interpuesta sino que faltaba todo rastro del mismo (*sic*).

La pretensión de la parte actora se basaba en la comisión por parte del Registrador de un error de concepto, que se negaba a rectificar, dando lugar a la impugnación judicial. El auto del Juzgado no se refería para nada a esta petición ni la analizaba.

Un error material o de concepto a tenor de los arts. 211 y ss. de la LH, y en particular el art. 217, se refiere siempre a la transcripción de los títulos que llegan al Registro para su inscripción o anotación, dado que nuestro sistema registral –a diferencia del francés o del italiano- no consiste en una mera reproducción o registro de los títulos notariales o judiciales sino que han de ser extractados antes del provocar el

asiento registral. Nunca entran en el fondo del asunto, salvo los casos excepcionales del art. 100 del RH ni en la virtualidad o exactitud del título mismo, que en este caso no es nada más ni nada menos que una sentencia firme.

Ofrecíamos a la consideración de la Audiencia una serie de RR de la DGRN de las cuales se desprendía la distinción entre inexactitud (discordancia entre realidad y Registro) y error. El error se produce cuando al trasladar al Registro algún dato desde el título o los documentos complementarios, se incurre en discordancia. El error es material cuando se cambia una palabra por otra sin variar el sentido de una inscripción o de sus componentes básicos. De otro modo el error es de concepto (Res. de 13-7-09 (BOE 19-9). Para la Res. de 7-4-11 RA 3708, el concepto de inexactitud como discordancia con la realidad es distinto del error. Si no media error, hay que acudir al art. 40 de la LH.

La Res. de 1-10-09 (BOE 3-12) tras hacer las antedichas distinciones, añade que en cualquier caso, se trate de error o de inexactitud, todos los interesados han de consentir la rectificación a salvo la posible resolución judicial. Por ello la instancia ha de estar suscrita por todos los interesados con legitimación de firmas o ratificación ante el Registrador... Las RR de 9 y 11-11-09 (BOE 8-1-10) nos hablan de dos procedimientos en la LH (art. 217) para rectificar errores de concepto: el que exige acuerdo unánime de los interesados y del Registrador o bien resolución judicial, y el que permite rectificar de oficio al Registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o si se trata de asientos de presentación o notas, cuando la inscripción principal baste para darlo a conocer.....

No cabe impugnar, por medio de la vía elegida por la parte actora del error de concepto, el mandamiento de embargo cuando lo propio del comiso es desembocar en la subasta del bien decomisado para adjudicar su producto al pago de responsabilidades civiles o al Estado a tenor del art. 127 del Código penal. Y si el comiso decretado por sentencia firme desemboca *per se* en una subasta judicial, lo lógico es garantizar tal subasta mediante el embargo “ejecutivo”. No cabe confundir una anotación “preventiva” de embargo con el dato de que el embargo sea preventivo o ejecutivo.

Por otra parte, la anotación de demandas u otras medidas cautelares o de protección siempre de modo provisional, conforman *números clausus* en nuestro derecho hipotecario, pues aunque haya alusión a otras anotaciones en el art. 42, 9 de la LH distintas de las reguladas con anterioridad, siempre han de estar reconocidas por la ley. Y la ley sólo reconoce la posibilidad de anotar bien solicitudes relativas a la subsanación de títulos o similares que es a lo que se refiere en realidad el art. 323 de la LH, bien la iniciativa del Registrador cuando rectifica “de oficio”, nunca a instancia de parte, errores de concepto.

No cabe impugnar un mandamiento de embargo, subsanado y reiterado, a través de un recurso gubernativo o judicial contra la calificación del Registrador, salvo que ello tenga lugar en pleito ad hoc de conformidad con el art. 66 de la LH (artículo tradicional en nuestro Derecho y sumamente antiguo), 328 in fine y art. 40 de tal Ley. Estamos ante una calificación positiva la cual no es recurrible con éxito en vía gubernativa ante la DGRN o en vía judicial a través del juicio verbal. Menos aún era anotable la demanda iniciadora de este imposible recurso.

Es por todo ello que el auto impugnado debía ser revocado. Todavía no se ha pronunciado la Audiencia que yo sepa.