

CURSO SOBRE INVESTIGACIONES PATRIMONIALES, MEDIDAS CAUTELARES REALES, REALIZACIÓN ANTICIPADA Y COMISO.

EL COMISO COMO INSTRUMENTO EFICAZ EN LA LUCHA CONTRA EL DELITO.

José Ramón Noreña Salto
Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial Antidroga.

Dadas las importantes ganancias obtenidas por las actividades criminales organizadas, hay unanimidad en el sentido de que la lucha eficaz contra las mismas exige, además de la detención de sus miembros, la incautación de todas sus ganancias, y el retorno de las mismas a la sociedad; las legislaciones penales contemplan dos instrumentos esenciales, como son el comiso, progresivamente ampliado, y la tipificación del blanqueo de capitales; pero es necesario seguir avanzando, en dos aspectos fundamentales: una regulación homogénea del comiso, y una regulación más sistemática de los procedimientos de aseguramiento de aquél y de las acciones encaminadas a integrar o reintegrar en el patrimonio de las organizaciones y sus partícipes de todos los bienes que puedan ser objeto del comiso.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. JUSTIFICACIÓN DEL CURSO. 3. ESTRUCTURA DEL CURSO. 4. EL PRESENTE Y EL FUTURO PREVISIBLE DE LAS CUESTIONES OBJETO DE ESTE CURSO. 4.1 EL DERECHO SUSTANTIVO. 4.2 EL DERECHO PROCESAL. 5. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

En dos Ponencias de otros cursos anteriores ¹he mencionado la importancia que el propósito de obtener un beneficio económico, tanto si está expresamente plasmado como elemento subjetivo del tipo (el llamado “ánimo de lucro”) como si simplemente está implícito en la actividad delictiva (un caso paradigmático es el tráfico de drogas), tiene en la actividad delictiva, especialmente la organizada, aunque indicaba que las cifras manejadas por distintas instituciones resultaban extremadamente imprecisas: esta imprecisión puede justificarse en parte, ya que, lógicamente, se trata de cantidades que están fuera del circuito financiero y económico lícito –de modo que son refractarias a cualquier control-, pero en otra

¹ *La problemática general del blanqueo de capitales y de las medidas para prevenirlo y reprimirlo*, curso sobre Blanqueo de capitales, junio 2008, o *Tráfico de drogas y delito de blanqueo: conexión, investigación y prueba*, curso sobre El delito de blanqueo de capitales, mayo 2012.

parte las mismas derivan tanto de los distintos instrumentos de cálculo como de la utilización de conceptos y parámetros muy diferentes: la facturación, los beneficios obtenidos, la posible acumulación de estos últimos, en lugar de diferenciar entre los beneficios brutos –las cantidades obtenidas de los destinatarios finales- y los líquidos –la diferencia entre aquéllos y los gastos necesarios para obtenerlos, por ejemplo .

Una muestra de estas discrepancias se recoge en el reciente trabajo de Fernández Steinko², que cita las siguientes cifras de organizaciones internacionales: el primer informe del GAFI/TAFT, de 1990, hablaba de una cifra anual de 300.000 dólares USA procedentes del tráfico de drogas, y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito de 275.000 \$, 400.000 \$, 330.000 \$ y 500.000 millones \$ al año en sus informes de 1994, 1997, 2003 y 2005, respectivamente. Por otra parte, dicho autor se queja de la falta de estudios en España sobre las cifras del blanqueo de capitales, lo que considera muy grave, porque es considerada como uno de los países en que se desarrolla más activamente dicha actividad, como, por otra parte, ha destacado recientemente el Departamento de Estado de Estados Unidos, que, por otra parte, pone de relieve las dificultades para recoger una estadística fiable de los procesos por blanqueo de capitales, dado que, en muchas ocasiones, se investigan con otros delitos, que son los que se registran.

El último informe del CICO ³, referido esencialmente a 2011, pero con algunas alusiones a 2012 recuerda que “Naciones Unidas estima que los flujos de dinero relacionado con las actividades del crimen organizado transnacional representa el 1,5 por cien del PIB mundial, el 70 por cien de lo que habría estado disponible para el blanqueo de capitales a través del sistema financiero y que el mayor ingreso proviene del tráfico ilícito de drogas, una quinta parte de la contabilidad de todos los delitos del crimen organizado”, y que “Más recientemente, en el Informe de la Tercera Reunión del Grupo Temático sobre drogas del 19 de junio de 2012, UNODC calcula que el monto total de las actividades ilícitas ascienden a un total de 870 mil millones de dólares, de los que 320 mil millones se emplean en el tráfico y consumo de drogas.”

Respecto de España, dicho Centro, mediante un largo proceso, en que se tienen en cuenta las cantidades incautadas, las encuestas sobre consumo y otros datos, establece estas cantidades, referidas a la facturación o consumo, no, lógicamente, a los beneficios de las organizaciones, pero que son significativas de los montos que se manejan en el tráfico de drogas:

² Fernández Steinko, Armando. *Financial channels of money laundering in Spain*. doi:10.1093/bjc/azs027 BRIT. J. CRIMINOL. (2012) 52, 908–931

³ *Informe anual del tráfico ilícito de drogas. Año 2012. Secretaría de Estado de Seguridad. Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado. Noviembre de 2012*

En el caso del hachís, calcula entre 716.334.400 € en el mercado al por mayor, y 2.737.711.279 € en el mercado al por menor. La diferencia determinaría el rendimiento global de las organizaciones dedicadas al comercio final, que sería de 2.021.436.879 €

En la cocaína, las cifras oscilarían entre los 466.535.576 € en el mercado al por mayor, y los 2.395.633.977 € en el mercado al por menor. El rendimiento global ascendería a 1.929.098.401 €

La heroína mueve, según dichos cálculos, cantidades muy inferiores: 35.437.567 € en el mercado al por mayor, y 212.512.724 € en el mercado al por menor. Aquí, la ganancia global se reduciría a 177.075.157 €

En el éxtasis (MDMA) se maneja sólo el precio minorista, que alcanzaría los 155.845.206 €. Pero se puede calcular la ganancia global en 92.042.179 €.

Para el sulfato de anfetamina (speed), la cifras serían, respectivamente, de 126.216.668 y 193.551.429 €, lo que daría una ganancia global de 67.334.761 €

Del LSD sólo se manejan las cifras minoristas, que darían la cantidad de 22.522.096 € y la ganancia global sería de 13.301.550 €.

Todo ello se refiere, como hemos dicho, a las organizaciones implantadas en España y que se dirigen a satisfacer las necesidades de consumo en nuestro país, no a los rendimientos globales de las organizaciones internacionales que venden a las españolas; en todo caso, destaca este informe que el rendimiento global de aquéllas, por todas las sustancias, alcanzaría los cinco mil setecientos dieciocho millones de euros (5.718.000.000 €) (al por menor), lo que representaría el dos por ciento del importe del mercado mundial de la droga (320.000 millones de \$ anuales = 285.714 millones de €) estimado por Naciones Unidas, y el 0,53 por ciento de todo el PIB español ⁴.

Estas cifras contrastan con las manejadas por Fernández Steinko, en la obra citada, en que, basándose exclusivamente en las cantidades manejadas en proceso penales, cifra el blanqueo producido entre 1985 y 2010 en 898,5 millones de euros, de los que casi 580 proceden del tráfico de drogas, la corrupción urbanística 271,5 millones, y el resto procedería de actividades delictivas diversas. Aunque dicho autor trata esencialmente del blanqueo, parece claro que al menos parte de estas ganancias podrían haber sido decomisadas directamente.

⁴ Según la contabilidad trimestral de España del Instituto Nacional de Estadística, el Producto Interior Bruto de España, a precios de mercado en 2011, alcanzó un billón setenta y tres mil trescientos ochenta y tres millones de euros.

En todo caso, todos estos datos, con sus imprecisiones, evidencian unas importantes ganancias que han llevado a la convicción, tanto de las organizaciones internacionales (Naciones Unidas), supranacionales (UE) como de los Estados, de que un medio eficaz en la lucha contra el crimen organizado es no sólo la detención de sus miembros y la incautación de los efectos u objetos del delito, sino de sus ganancias, en la medida de lo posible, y ello a través de dos vías fundamentales: la progresiva ampliación del comiso, y la tipificación del delito de blanqueo.

Desde la perspectiva internacional, concretamente de Naciones Unidas puede destacarse la evolución producida desde la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988, hasta la Convención contra la delincuencia organizada transnacional de 2004.

En el primero de estos documentos incluía en su artículo 3.1, junto a los delitos contra la salud pública, otros que hoy calificamos como de blanqueo o lavado de activos ⁵, pero limitados a los beneficios procedentes del tráfico de drogas, y que, además de prever en el mismo la tipificación de formas manifestadas de voluntad, y de circunstancias cualificadoras del delito, incluye en su artículo 5º el comiso, referido, además de a las drogas, al *producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto*, lo que supone ya una primera ampliación del comiso al extenderse al valor equivalente al del producto directo de los delitos que contempla, y prevé, ciertamente en forma genérica, determinadas medidas de investigación –declarando, por ejemplo, que no puede alegarse el secreto bancario- y cautelares.

La segunda Convención, contra la delincuencia organizada transnacional de 2004, amplía el blanqueo a los delitos cometidos por estas organizaciones –por

⁵ 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: (...)

b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

(...c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos

lo tanto, no sólo al tráfico de drogas-, mencionando expresamente los delitos graves, prevé medidas para prevenir dicha actividad, la responsabilidad de las personas jurídicas, que podrá ser penal, civil o administrativa y, en lo que interesa a los efectos de este curso, incluye una clara ampliación del objeto del comiso ⁶, además de añadir el llamado “comiso por subrogación real” (por transformación o conversión total o parcial de los bienes) y varias cláusulas más:

La primera permite, en todo caso, el *decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado* cuando *el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas*, y ello *sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación*(debe entenderse que se los bienes de origen lícito).

La segunda prevé asimismo que “*los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito*”, es decir, que lleva el objeto del comiso hasta límites muy amplios.

Finalmente establece una aparente alteración de la carga de la prueba, al declarar que “*los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas*”.

En otros Estados, significativamente Colombia, se ha introducido un llamado “procedimiento de extinción del dominio”, calificado como constitucional, pero que, en realidad, es un proceso civil dirigido al decomiso de bienes procedentes del delito cuya titularidad ostentan personas no responsables del mismo, pero relacionadas con quienes sí lo son.

2. JUSTIFICACIÓN DE ESTE CURSO.

⁶ El artículo 12 prevé el comiso: *a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;*
b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención.

Este curso se justifica, por tanto, en la necesidad de una adecuada formación de Jueces y Fiscales en la lucha contra el delito, especialmente en los casos de criminalidad organizada, y en las dificultades de todo tipo que se nos presentan constantemente: no se trata sólo de que nuestra formación es, esencialmente, penal, y, en consecuencia, viene siendo escasa en lo que podemos calificar como “consecuencias accesorias”, entre las que se incluye el comiso, así como de las diversas medidas procesales para su aseguramiento, sino de las deficiencias de nuestra legislación que nos obligará, según los casos, a acudir no sólo al Código Penal –con normas no del todo homogéneas, como puede observarse mediante la simple comparación entre el artículo 127 que establece las normas generales del comiso, y el 374, específico para el tráfico de drogas y el blanqueo procedente de aquél, al que luego aludiré, y con la posibilidad de que la regulación empeore⁷ y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria –esencialmente para las anotaciones preventivas, tanto de embargo como de prohibición de disponer-, Ley de sociedades de capital –para el embargo de acciones y participaciones sociales, artículos 109 133 y 445-, e incluso algunas normas de rango reglamentario y preconstitucionales, como sucede con algunos aspectos de la administración de empresas, y a la ausencia de regulación o desarrollo de instrumentos eficaces en la investigación patrimonial y para asegurar el comiso, como es el fichero de titularidades financieras, previsto en el artículo 43⁸ de la vigente ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, pero que no se ha desarrollado ni reglamentariamente ni informáticamente, y las previsiones son que tal desarrollo se alargará en el tiempo.

3. ESTRUCTURA DEL CURSO.

⁷ En el Anteproyecto de reforma del Código Penal se modifica el artículo 127, que da lugar a los artículos 127 a 127 sexies, con alguna norma tan ininteligible como la que se prevé en el 127 bis: *El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes y efectos pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando aprecie indicios suficientes que permitan presumir que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas similares a las cometidas por la persona condenada que de otro tipo de actividades*

⁸ 1. *Con la finalidad de prevenir e impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, las entidades de crédito deberán declarar al Servicio Ejecutivo de la Comisión, con la periodicidad que reglamentariamente se determine, la apertura o cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cuentas de valores y depósitos a plazo.*

La declaración contendrá, en todo caso, los datos identificativos de los titulares, representantes o autorizados, así como de cualesquiera otras personas con poderes de disposición, la fecha de apertura o cancelación, el tipo de cuenta o depósito y los datos identificativos de la entidad de crédito declarante.

2. *Los datos declarados serán incluidos en un fichero de titularidad pública, denominado Fichero de Titularidades Financieras, del cual será responsable la Secretaría de Estado de Economía.*

El Servicio Ejecutivo de la Comisión, como encargado del tratamiento, determinará, con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, las características técnicas del fichero, pudiendo aprobar las instrucciones pertinentes (...).

La escasa duración de este curso –dos días, en sesiones de mañana- sólo nos va a permitir dar un panorama de la situación vigente en nuestro país, y va a obligar a los ponentes a dejar de lado, o simplemente esbozar, algunas cuestiones importantes, como la problemática procesal de las acciones de todo tipo encaminadas a asegurar el comiso en sus diferentes manifestaciones; en todo caso, la estructura sigue un “iter” similar al que nos encontraremos en cualquier proceso penal: una primera fase de investigación patrimonial, que resultará común a supuestos en que simplemente se decomisen los bienes o ganancias procedentes del delito así como de los medios e instrumentos, como a aquellos otros que generen la apreciación de indicios de un delito de blanqueo. De hecho, uno de los problemas con los que tendremos que enfrentarnos a menudo, vista la regulación que se va a desarrollar en este curso, es determinar hasta dónde podremos llegar con el comiso, que se ha extendido muy ampliamente, ejercitando las pertinentes acciones procesales y cuándo habremos de acudir necesariamente a un proceso por blanqueo, porque aquella medida y este delito ofrecen zonas comunes, especialmente en los casos de transformaciones de las ganancias; un parámetro que puede utilizarse, aunque precisaría de mayor concreción, es el de acudir al comiso respecto de los efectos que evidentemente deriven de forma directa del delito, y acudir al blanqueo para derivaciones ulteriores.

El núcleo esencial del curso está constituido por las medidas cautelares, que se desarrollan en cuatro ponencias.

He optado por prever dos ponencias referidas a la ejecución, pero no a las normas generales de ejecución –que, si se han acordado de forma adecuada las pertinentes medidas cautelares, y resuelto en la sentencia todas las cuestiones, no debería suscitar especiales problemas-, sino concretadas en dos aspectos específicos: la ejecución de determinadas resoluciones judiciales extranjeras –que van a suscitarse en todas las provincias y pueden generar importantes problemas-, y la presentación del Fondo de Bienes decomisados por tráfico de drogas y blanqueo, como organismo al que corresponde realizar los bienes que se le adjudican y que ha asumido determinadas competencias en las ventas anticipadas.

Desde una perspectiva de Derecho sustantivo he incluido dos ponencias, referidas la primera a la regulación del comiso, y a la segunda a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque, como veremos, en ésta se tratan algunas cuestiones procesales.

Opto por anunciar brevemente las ponencias que se van a desarrollar en este curso, y mencionar, en algún caso, problemas específicos de cada una de ellas, procurando no meterme en el terreno de los ponentes:

La primera ponencia, *la investigación patrimonial como medio para asegurar el comiso*, ha sido encargada a Luis Ibáñez Cuesta, Fiscal de la Fiscalía Especial Antidroga, quien, en su momento, elaboró una guía del auténtico vía-crucis que suponen las investigaciones patrimoniales, y que dan lugar, al menos desde la perspectiva de la Fiscalía Especial Antidroga, a que se separen los procesos por drogas de los que, en su caso, darán lugar a un proceso por blanqueo de capitales, de modo que en el primero de ellos se procederá al comiso de los bienes que podemos considerar directamente afectos a aquel delito: los medios de transporte y de comunicación o el dinero en efectivo intervenido, y el segundo tendrá por objeto un eventual delito de blanqueo de capitales, donde se decomisarán los bienes de todo tipo que podamos afirmar que proceden de la correspondiente “actividad delictiva”, a que alude el artículo 301 del Código Penal en su última redacción.

Una segunda ponencia está dedicada a la regulación general del comiso en el Código Penal, y encargada a Angel Bodoque Agredano, Fiscal de la Fiscalía Especial Antidroga. Se trata, esencialmente, de dar el panorama del Código Penal, tanto en su configuración general como respecto de las especialidades en el tráfico de drogas y blanqueo procedente de aquél. En principio quedarían fuera de esta visión las posibles especialidades del comiso en otras leyes, como la de contrabando⁹ –artículo 5º-, que contiene algunas previsiones específicas-, y, especialmente, las diversas acciones que deberíamos ejercitar y los medios de prueba que tendríamos que aportar en los supuestos especiales: me refiero al comiso por subrogación real –las transformaciones-, el comiso por valor equivalente –cuando no se encuentran bienes procedentes directamente del delito, pero sí otros que podrían considerarse de origen lícito-, el comiso de bienes en poder de terceras personas no responsables del delito, y, en los supuestos de delincuencia organizada, el comiso de los incrementos patrimoniales no justificados.

La tercera está dedicada al comiso y responsabilidad de las personas jurídicas, que he encargado a mi querido amigo y compañero –e ilustre civilista-. Antonio Ocaña Rodríguez, Teniente Fiscal de la Fiscalía Provincial de Sevilla, porque tanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su concurrencia con la de determinadas personas físicas como, esencialmente, el alcance del comiso respecto de aquéllas, ofrece problemas no resueltos claramente por el legislador.

La cuarta, a las medidas cautelares aseguratorias del comiso sobre bienes inmuebles: la anotación preventiva: sus problemas, que impartirá Alfonso Candau Pérez, Decano del Colegio de Registradores de España, y Fiscal en excedencia.

⁹ Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica. 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Con ella trato de que una persona con experiencia en ambas profesiones nos ilustre acerca de la mejor forma de articular esta medida cautelar, en atención a la finalidad pretendida con la misma –aseguramiento de responsabilidades pecuniarias o del propio bien, según los casos-, de identificación del titular real, para evitar calificaciones denegatorias del Registrador, y de seguimiento de la misma para evitar su caducidad.

La quinta, medidas cautelares aseguratorias del comiso sobre bienes muebles y activos financieros. El depósito y la administración. Sus problemas. Juan Pavía Cardell. Fiscal de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, quien el año pasado ya presentó una ponencia similar, aunque no idéntica, en un curso sobre blanqueo.

La sexta, también centrada en las medidas cautelares aseguratorias del comiso sobre bienes muebles, para la que he designado a Manuel Pérez Veiga. Fiscal de la Fiscalía Especial Antidroga, está centrada en la venta anticipada, con mención especial a la destrucción anticipada de determinados efectos, y significativamente de las drogas. Las intervenciones de determinados bienes muebles, tanto lícitos –significativamente automóviles, embarcaciones y otros objetos- como ilícitos –drogas, armas, etc.- generan importantes gastos de conservación, sufren o pueden sufrir un importante deterioro y, por tanto, de valor, y, en consecuencia, la venta o destrucción anticipada pueden en muchos casos ser instrumentos idóneos, y están previstos legalmente.

La séptima va a tratar, con un enfoque eminentemente práctico, de la administración judicial de empresas y sus principales problemas. He requerido para ello a Enrique Migoya Garnica, de la Agencia Tributaria, porque buscaba alguien que, siendo funcionario, tuviera experiencia práctica en esta materia, y el Ponente la tiene sobrada.

La octava, la ejecución de resoluciones judiciales de decomiso en la Unión Europea. Dolores López Salcedo, Fiscal de la Fiscalía Especial Antidroga, y que, hoy por hoy, es ella sola, desde la perspectiva del Ministerio Fiscal, la Oficina de Recuperación de activos.

La última, como he dicho antes, una presentación del fondo de Bienes decomisados por tráfico de drogas y blanqueo procedente de aquél, a cargo de mi querido amigo Andrés González Canelo, Subdirector de Gestión Económica de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, porque de la gestión del fondo se pueden extraer consecuencias muy interesantes para la ejecución de sentencias que acuerdan el comiso.

Me hubiera gustado disponer de más tiempo, lo que habría permitido desdoblarse algunas de las Ponencias, especialmente tres de ellas: la de la

regulación sustantiva del comiso, la referida a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas –tema que daría por sí sola para un curso largo y prolijo- y la de las medidas cautelares sobre bienes muebles, dada la riqueza de objetos que hemos de encuadrar en este concepto.

Además, se podría haber tratado algunos temas interesantes que ha habido que dejar de lado: las Oficinas de recuperación y las de administración de activos, las distintas acciones a ejercitar para reintegrar en el patrimonio de los imputados determinados bienes, partiendo, por ejemplo, de la previsión del artículo 374.3 del Código Penal, en cuanto a la declaración de *“la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos...”* objeto del comiso, o la forma de traer al proceso al tercero de buena fe titular de un bien a decomisar, que no lo haya adquirido con el carácter de irreivindicable, a fin de garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva, o, en fin, las tercerías de dominio, y la interpretación que ha de hacerse del artículo 367 de la Lecrim, que, respecto de los objetos intervenidos y depositados establece que en ningún caso se admitirán durante el sumario reclamaciones ni tercerías que tengan por objeto la devolución de los efectos que constituyen el cuerpo del delito.

4. EL PRESENTE Y EL FUTURO PREVISIBLE DE LAS CUESTIONES OBJETO DE ESTE CURSO.

4.1 EL DERECHO SUSTANTIVO.

Como ya he indicado con anterioridad, La regulación vigente ofrece aspectos bien resueltos, y otros que adolecen de importantes deficiencias:

Desde la perspectiva de derecho sustantivo, la regulación ha ido avanzando en una regulación cada vez más compleja del comiso, y, en este punto, dicha regulación parece satisfactoria, aunque no dejan de observarse algunas deficiencias, que pueden solventarse en algunos casos mediante interpretaciones sistemáticas, pero que deberían despejarse por parte del legislador:

La primera cuestión discutible es el diferente régimen del pago de responsabilidades pecuniarias, según estemos hablando de los delitos de tráfico de drogas o blanqueo procedente de aquél, de una parte, y de otro tipo de delitos, de otra, y ello desde dos perspectivas:

Mientras que los bienes decomisados por tráfico de drogas o blanqueo procedente de aquél no pueden servir para el pago de las responsabilidades pecuniarias –tanto civiles como de costas- en ningún caso, de acuerdo con el artículo 374.4 del Código Penal; existiendo una norma similar en la ley de contrabando porque su artículo 5º prevé que *“los bienes, efectos e instrumentos*

definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado". Por el contrario, en el resto de los delitos, el artículo 127.4 del código Penal, sin ninguna excepción, prevé que los bienes decomisados se vendan, *"aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado..."*. Y, en este punto, las propuestas de que la adjudicación íntegra se amplíe a otro tipo de delitos, especialmente los cometidos por organizaciones criminales, no han tenido éxito. Nuestra propuesta de reforma decía: *"esta diferencia puede considerarse justificada, porque en el tráfico de drogas difícilmente puede hablarse de perjudicados directos por el delito, pero podría incluirse una cláusula, en las normas generales, en el sentido de que, de no haber perjudicados por el delito cometido en el seno de una organización criminal, los bienes decomisados no podrán ser aplicados a las responsabilidades pecuniarias, y serán adjudicados íntegramente al Estado."*

El orden de pago de las responsabilidades pecuniarias es, asimismo diferente en la regla general –artículo 126 del Código Penal- y en la específica del tráfico de drogas y blanqueo procedente de aquél –artículo 378-, diferencia que no resulta justificable, de modo que, auizá, debería preverse un régimen específico en el caso de delincuencia organizada –especialmente si no existen víctimas o perjudicados directos por el delito- y otro general. Ninguna de estas normas se ve afectada en el Anteproyecto de reforma del Código Penal, por lo que la situación seguirá siendo la misma, salvo algún aspecto al que luego aludiremos.

Hay otras diferencias de regulación de menor calado, pero que deberían implicar una unificación de reglas: en el comiso por valor equivalente, el artículo 127.2 no establece ninguna precisión acerca de la procedencia, lícita o ilícita, de los bienes que finalmente se decomisen –aunque, por lógica, debe entenderse que se trata de bienes de procedencia lícita-, pero el artículo 374 contiene dos reglas: la primera, muy similar a las del artículo 127.2 –artículo 374.4º-, y en la segunda, se alude a los supuestos en que los bienes, medios, instrumentos y ganancias hayan desaparecido, supuesto en que se acude al comiso por valor equivalente, añadiendo que puede recaer sobre *"otros bienes distintos, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables"*.

En este punto sería aconsejable unificar la redacción de ambos artículos, que englobe tanto para el comiso general como para el específico del 374 las dos normas de este último; bastaría con que la redacción fuera la siguiente: *2. Si por cualquier circunstancia no fuere posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.*

Quizá debería trasladarse asimismo al artículo 127 la norma del artículo 374.3, referida a la declaración de nulidad de los actos o negocios jurídicos en

virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o los derechos relativos a los bienes y efectos señalados en este artículo.

Por último, tampoco parece bien resuelta la distinción entre el partícipe a título lucrativo responsable civil –artículo 122- y el problema del comiso de bienes que “*pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*”, expresión esta última que debe entenderse como que los haya adquirido con carácter irrevindicable, y que, en el tráfico de drogas y blanqueo procedente de aquél, genera claras diferencias en sus consecuencias jurídicas.

Respecto del futuro, el anteproyecto de reforma del Código Penal amplía la regulación general del comiso, con algunas normas que suponen un avance, y otras que resultan muy criticables:

Desde la primera perspectiva, cabe destacar que, en el comiso por valor equivalente, incluye expresamente la posibilidad de que los bienes decomisados pertenecientes a los criminalmente responsables sean de origen lícito, y, de alguna forma, reitera la norma para los casos en que los bienes decomisados derivados del delito no fueran suficientes -artículo 127 quinquies¹⁰.

Por otra parte, generaliza la adjudicación íntegra al Estado de los bienes decomisados *salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas* -artículo 127 sexies.3-, de lo que se desprende que, una vez entre en vigor este Anteproyecto, ya no podrán ser aplicados al pago del resto de las costas y gastos procesales .

Las normas más criticables del Anteproyecto de reforma del Código Penal son:

Primera: La regulación del párrafo primero del artículo 127 bis¹¹, difícilmente inteligible, y la opción por un catálogo de delitos, en lugar de preverla para los cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

¹⁰ “Si la ejecución del comiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, el Juez o Tribunal podrá, mediante auto, acordar el comiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del comiso inicialmente acordado.”

¹¹ “El Juez o Tribunal ordenará también el comiso de los bienes y efectos pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando aprecie indicios suficientes que permitan presumir que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas similares a las cometidas por la persona condenada que de otro tipo de actividades (...)”

Segunda: el hecho de incluir el comiso del incremento patrimonial no justificado sólo respecto de estos delitos, en lugar de acudir, asimismo, a los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, y con olvido de que el incremento patrimonial no justificado es uno de los elementos tenidos en cuenta por la jurisprudencia como prueba indiciaria de un blanqueo de capitales.

Tercera: La previsión como medida facultativa del comiso de bienes en poder de terceras personas, artículo 127 quáter ¹², si los requisitos del apartado a) y b) son acumulativos, como parece implicar la conjunción copulativa “y”, porque el apartado b) supone una situación de mala fe, o rayana en la misma, y, por tanto, que los bienes no se han adquirido con el carácter de irreivindicable.

4.2 EL DERECHO PROCESAL

Desde el punto de vista procesal, la situación actual es muy problemática, como ya he anunciado en parte con anterioridad: no está regulada la participación en el proceso de terceros titulares de bienes que han de ser decomisados, ni las acciones, de muy diversas índole, que han de ejercitarse en el proceso penal para integrar o reintegrar en el patrimonio de los imputados determinados bienes, para anular determinados negocios jurídicos, ni, finalmente, las muy diferentes medidas cautelares que han de adoptarse según los diferentes tipos de bienes y su situación, cuestión sobre la que no me extenderé por ser objeto de otras ponencias.

Por el contrario, el borrador de Anteproyecto de Ley procesal Penal parece desarrollar estas cuestiones con mayor amplitud:

Así, dedica el Título III a las medidas cautelares reales, distinguiendo entre las medidas para el aseguramiento de las responsabilidades penales, las medidas para el aseguramiento de las responsabilidades civiles, y las medidas para el aseguramiento de las costas.

Entre las primeras incluye seis secciones, dedicadas a las disposiciones generales, ocupación y retención temporal de instrumentos y efectos del delito y de fuentes

¹² “Los Jueces y Tribunales podrán acordar también el comiso de los bienes y efectos a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas cuando:

a) El decomiso de los bienes o efectos, o de su valor equivalente, por cualquier circunstancia, no pueda llevarse a cabo sobre el patrimonio de las personas a que se refieren los artículos 127 ó 127 ter, y,

b) los bienes o efectos hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado, siempre que el tercero adquirente hubiera conocido o hubiera tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso.”

de prueba, constitución de fianza, el embargo, el depósito, la destrucción o realización anticipada y la intervención o administración judicial.

En todo caso, el artículo 216 contiene una relación de las medidas cautelares de este tipo que pueden adoptarse –aunque algunas de ellas no se desarrollan posteriormente–, y que son:

1ª. La ocupación, retención temporal y depósito de instrumentos, efectos del delito y de otras fuentes de prueba.

2ª. La constitución de fianza para el pago de posibles penas de multa.

3ª. Anotaciones registrales.

4ª. Prohibición de disponer.

5ª. Embargo de bienes o derechos.128

6ª. Decomiso provisional.

7ª. Destrucción o realización anticipada de los efectos del delito.

8ª. Intervención judicial.

9ª. Administración judicial.

10ª. Cualquiera otra de contenido patrimonial conducente a asegurar el pronunciamiento penal de las sentencia.

Asimismo incluye las definiciones de instrumentos y efectos del delito¹³, dispone que estas medidas *recaerán sobre los instrumentos y efectos del delito, la actividad empresarial que los genere, transforme, comercialice o almacene, o la entidad titular de los mismos, que También podrán ser objeto de las mismas las fuentes de prueba de cargo y de descargo, y que también podrán recaer las medidas cautelares sobre otros bienes susceptibles de decomiso.*

En las segundas regula la ocupación de bienes a restituir, la suspensión de los efectos del negocio jurídico, la fianza y embargo y la intervención o administración judicial. Pero el artículo 213 establece la siguiente lista, más amplia, de modo que tampoco regula, siquiera por remisión expresa, algunas de ellas:

1ª. Ocupación y depósito.

2ª. Suspensión de los efectos del negocio jurídico constitutivo del delito objeto del proceso.

3ª. Fianza.

4ª. Embargo.

5ª. Intervención o administración judicial.

6ª. Anotaciones registrales.

7ª. Prohibición de disponer.

¹³ *Se considerarán instrumentos del delito las armas, sustancias o elementos que directamente hayan causado el peligro o la lesión a la víctima, y los que de modo indirecto hayan servido para su preparación y elaboración.*

Por efectos del delito se entenderán los bienes dañados, sustraídos, elaborados o poseídos sobre los que haya recaído la conducta indiciariamente delictiva, así como los derivados de su posterior tráfico, incluidas todas las ganancias directas e indirectas.

8ª. Obligación de efectuar pagos periódicos.

9ª. Prohibiciones de hacer o no hacer.

10ª. Cualquier otra conducente a garantizar la eficacia de la tutela que se pretenda con la acción civil.

Finalmente, para el aseguramiento de las costas –que puedan ser imputables a quien no sea el encausado- dedica sólo el artículo 238, que prevé que se aseguren mediante fianza.

En el Título IV del Libro V (procesos especiales) regula el llamado proceso de decomiso autónomo, artículos 545 a 558, para los casos en que el autor del delito haya fallecido o que el enjuiciamiento penal del encausado no sea previsible que se produzca en un plazo de un año por su rebeldía o incapacidad absoluta para comparecer en juicio, con legitimación exclusiva del Ministerio Fiscal y estructura similar a la de un juicio verbal.

Finalmente el capítulo V del Título III del Libro VII regula la ejecución del comiso, el Título VI la ejecución de los pronunciamientos civiles, y el VII de las costas.

5. CONCLUSIONES

Primera: existe unanimidad en la afirmación de que la lucha contra la delincuencia, especialmente organizada, incluye que, junto a la desarticulación de las organizaciones y la detención de sus miembros, se intervenga el máximo de efectos del delito y de los beneficios obtenidos con la actividad criminal, que, típica o atípicamente, se realiza movida por el ánimo de lucro.

Segunda: Las cifras que se manejan sobre facturación o beneficios de las organizaciones criminales son muy dispares y, en consecuencia, no permiten identificar el alcance real del problema.

Tercera: Las legislaciones han establecido, como consecuencia de convenios internacionales en la materia, dos grandes instrumentos penales para conseguir aquellos fines: la regulación y ampliación del objeto de comiso de confiscación, y la regulación del blanqueo de capitales, hasta el extremo de existir ciertas zonas de plena coincidencia entre el objeto de aquella medida y de este delito.

Cuarta: La regulación del comiso en nuestro Código Penal parece, en principio, adecuada, y sólo exigiría pequeñas reformas, especialmente para que sea una regulación común, con escasas especialidades.

Quinta: por el contrario, la regulación procesal es muy escasa y fragmentaria, aunque el borrador de anteproyecto de ley procesal penal supone un avance en estos temas.

Sexta: en todo caso, falta un desarrollo normativo del fichero de titularidades financieras, y la puesta en marcha de una auténtica oficina de localización y recuperación de activos, y, en su caso, otra de administración, venta anticipada, etc., de los mismos.