

## LA REGULACIÓN DEL COMISO EN EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

**Teresa Aguado Correa**

*Profesora de Derecho Penal. Universidad de Sevilla*

AGUADO CORREA, Teresa. La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2003, núm. 05-04, p. 04:1-04:24. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-04.pdf>

ISSN 1695-0194 [RECPC 05-04 (2003), 4 jul]

**RESUMEN:** El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, afecta en gran medida a la regulación actual del comiso. En este trabajo, se analizan las modificaciones del ámbito y alcance de esta consecuencia accesoria previstas en el citado texto. En la primera parte del mismo, se atiende a la regulación general del comiso contemplada en el art. 127 PMCP, en tanto que la segunda parte se ocupa de la regulación específica del comiso en el

ámbito de los delitos de blanqueo de capitales y de los delitos de tráfico de drogas. Al hilo de este análisis se hace una serie de propuestas dirigidas a potenciar el comiso de ganancias como un medio imprescindible en la lucha contra la delincuencia organizada, dado que, en opinión de la autora, una vez más se ha desaprovechado la ocasión para llevar a cabo una regulación del mismo acorde con la realidad criminológica a la que va dirigida.

**PALABRAS CLAVES:** comiso de efectos e instrumentos, comiso de ganancias, delincuencia organizada.

Fecha de recepción: 27 marzo 2003

Fecha de última versión: 1 julio 2003

Fecha de publicación: 5 julio 2003

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Regulación general del comiso: artículo 127 PMCP. 2.1. Novedades del art. 127 PMCP. 2.1.1. Instrumentos con que se haya preparado la comisión de un delito o falta dolosos. 2.1.2. Comiso del valor por sustitución. 2.1.3. Comiso en caso de exención de responsabilidad criminal o extinción de la responsabilidad criminal. 2.1.4. Destino de lo decomisado. 2.2. Aspectos criticables del art. 127 PMCP. 3. Regulación específica del comiso: delito de blanqueo de capitales y delito de tráfico de drogas. 3.1. Regulación específica del comiso en el ámbito del delito de blanqueo de capitales. 3.2. Regulación específica del comiso en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales provenientes de aquéllos: arts. 369.2 y 374 PMCP. 3.2.1. Art. 369.2. Comiso sobre personas jurídicas. 3.2.2. Art. 374 PMCP: Regulación del comiso en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales provenientes de aquéllos.

### 1. INTRODUCCIÓN

El pasado 17 de enero de 2003, el Consejo de Ministros aprobó un Anteproyecto de ley de modificación del Código Penal que afectaba a ciento setenta artículos, “en el marco de una revisión parcial pero sistemática y coherente del actual Código Penal”

(Exposición de Motivos), si bien la presentación del Proyecto al Congreso no tuvo lugar hasta el 25 de abril, publicándose en el Boletín de Oficial de las Cortes Generales el 5 de mayo del presente. Aparte de las importantes modificaciones en materia de penas que se contemplan en el citado Proyecto, las reformas también afectarán a otras consecuencias jurídicas derivadas del delito, en concreto, a las consecuencias accesorias y, muy especialmente, al comiso.

En la propia Exposición de Motivos del Proyecto, se hace referencia a la importante modificación del ámbito y del alcance de la figura del comiso que se contempla en el mismo, “con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero”. Para ello se prevé la posibilidad de decretar el comiso no sólo de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya ejecutado el delito, sino también aquellos con los que se ha preparado; la inclusión del comiso de bienes por un valor equivalente cuando no sea posible el comiso de los efectos, instrumentos o ganancias; o la facultad que se le reconoce al juez de acordar el comiso aun cuando no se imponga pena a alguno de los imputados por estar exento de responsabilidad criminal. Por último, en otro pasaje de la Exposición de Motivos, se resalta la posibilidad de acordar el comiso de los bienes de una sociedad u organización cuando el delito de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas haya sido cometido a través de éstas.

Todo ello viene a confirmar lo que ya pusimos de manifiesto en su día<sup>1</sup>: la obsoleta y deficiente regulación del comiso que se contempla en nuestro Código Penal de 1995, en especial, la obsoleta regulación del comiso de ganancias. En nuestra opinión, urge adaptar la regulación del comiso de ganancias a la realidad criminológica a la que va dirigida, así como a las disposiciones europeas que se han venido sucediendo en el tiempo en esta materia<sup>2</sup> y las que se aprobarán a corto plazo<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, Ed. Edersa, Madrid, 2000.

<sup>2</sup> Entre otras, el Convenio del Consejo de Europa de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos de Europa, de 1990; la Acción común de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 351, de 29 de diciembre de 1998), parcialmente derogada por la Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 182 de 5 de julio de 2001).

<sup>3</sup> En concreto, la iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo sobre el decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO C 184 de 2 de agosto de 2002). El objetivo de la misma es garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada. Partiendo de que el principal objetivo de la delincuencia transfronteriza organizada es el beneficio económico, para que la prevención y la lucha contra ella sean eficaces deben centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito. Sin embargo, estas acciones se ven dificultadas, en particular, por las divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito. Por otra parte todavía hay Estados miembros en los que aún no se pueden decomisar los productos de todos los delitos que llevan aparejadas penas privativas de libertad de duración superior a un año. Por su parte, la iniciativa del reino de Dinamarca con vistas a la adopción de una Decisión Marco del Consejo relativa a la ejecución de resoluciones de decomiso en la Unión Europea (DOC de 8 de agosto de 2002), tiene como objetivo facilitar la ejecución de resoluciones de decomiso, fijando procedimientos simplificados para el reconocimiento entre Estados Miembros, así como establecer normas que permitan el reparto de los haberes confiscados entre el Estado Miembro que pide el decomiso y el que lo realiza (Estado Miembro de

No debemos pensar que con la anunciada reforma se van a superar todas las críticas vertidas por la doctrina en relación con la regulación actual del comiso sino que, antes al contrario, la nueva regulación será objeto de nuevas críticas y se reproducirán algunas de las ya vertidas. A continuación pasaremos a plasmar algunas de las reflexiones que la lectura de las anunciadas modificaciones en materia de comiso nos han suscitado.

## 2. REGULACIÓN GENERAL DEL COMISO: ARTÍCULO 127 PMCP

La regulación general del comiso se contempla en el art. 127 del Proyecto en cuatro apartados, frente al único apartado del que consta el actual artículo 127 CP. Los apartados 1 y 4 del art. 127 PMCP, coinciden sustancialmente con el contenido del artículo 127 CP; los apartados 2 y 3 del art. 127 PMCP contienen nuevas previsiones. A primera vista, del cambio en la estructura de este artículo se podría deducir que los redactores del Proyecto se han percatado, por fin, de la importancia de esta consecuencia jurídica del delito y esta vez no han querido dejar pasar la oportunidad de regular la misma de forma más acorde con su relevancia. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, de nuevo se reincide en el error de no proceder a una regulación de esta consecuencia jurídico-penal acorde con su importancia. Una de las objeciones que se pueden realizar, es que no se ha procedido a realizar una regulación separada del comiso de efectos e instrumentos y del comiso de ganancias, dado que ambas consecuencias accesorias poseen fines distintos y se rigen por diferentes principios. Pero más grave aún es el no haber previsto una regulación general del decomiso de ganancias en el ámbito de la delincuencia organizada. Siendo la razón de ser de la delincuencia organizada la obtención de beneficios, deben articularse las medidas legislativas necesarias para acabar con los mismos. Sobre ello volveremos con posterioridad cuando nos ocupemos de los aspectos criticables del art. 127 PMCP, una vez hayamos comentado las novedades que presenta este artículo.

### 2.1. Novedades del art. 127 PMCP

#### 2.1.1. Instrumentos con que se haya preparado la comisión de un delito o falta dolosos

Comenzando por el ámbito de los objetos decomisables, éste sufre una notable ampliación al incluir no sólo los instrumentos con que se haya ejecutado un delito o falta dolosos, sino también aquellos otros con los que se ha preparado. De esta manera, se da por zanjada la discusión doctrinal sobre la posibilidad de decretar el comiso de los instrumentos utilizados para cometer actos preparatorios punibles<sup>4</sup>. Nuestro Código Penal

emisión y Estado miembro de ejecución). Con estas iniciativas, Dinamarca desea reforzar la cooperación entre Estados miembros para una ejecución inmediata de las resoluciones judiciales (principio de reconocimiento mutuo).

<sup>4</sup> A favor se pronuncia GRACIA MARTÍN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 398; en contra, GUINARTE CABADA, *Comentarios al Nuevo Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 659 y ss. Por su parte, MANZANARES SAMANIEGO, "Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros", *Actualidad Penal* 1997, pág. 524, afirma que el texto del art. 127 CP

se acercaría a la línea seguida por otros legisladores, como el alemán, ya que en el § 74.I StGB se contempla la posibilidad de decretar el comiso de los objetos utilizados en la ejecución o preparación del delito o destinados a la ejecución o preparación. No obstante, el círculo de instrumentos decomisables sigue siendo mayor en el Código Penal alemán, puesto que también se prevé el comiso de los instrumentos “destinados a la ejecución o preparación”. Es decir, el comiso de aquellos objetos que aun cuando no han sido materialmente utilizados para la ejecución o preparación del delito doloso, estaban destinados al delito concreto, aunque sólo fuese para un eventual supuesto<sup>5</sup>.

Sin embargo, no creemos que los redactores del Proyecto hayan estado muy acertados al decantarse por una enumeración tan prolija (“bienes, medios o instrumentos”) para delimitar el ámbito de lo decomisible<sup>6</sup>, pues puede dar lugar a confusión. En nuestra opinión, es preferible seguir utilizando únicamente el término “instrumentos”<sup>7</sup>, entendido como todo bien o medio utilizado para la ejecución o preparación del delito. Este término basta para delimitar con la precisión y amplitud necesaria el ámbito de lo decomisible y, por otra parte, porque el término “instrumento” es el que se utiliza en las normas internacionales sobre la materia. Así, por ejemplo, este es el término empleado en el Convenio de número 141 del Consejo de Europa de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito<sup>8</sup>, entendiéndose por instrumentos “los bienes utilizados o que se pretendan utilizar en cualquier forma, en todo o en parte, para cometer uno o más delitos” (art. 1.c) Convenio de 1990). En conclusión, la utilización del término “instrumento” para hacer referencia a los bienes o medios utilizados para ejecutar o preparar el delito permite unificar la terminología a nivel internacional, evitándose de esta manera equívocos innecesarios.

### 2.1.2. Comiso del valor por sustitución

De aprobarse lo dispuesto en el apartado 2 del art. 127 PMCP, se estaría dando entrada por primera vez en nuestra legislación penal, al comiso del valor por sustitución. En realidad no se trata de algo inesperado, ya que con esta previsión se estaría dando cumplimiento, con bastante demora, a lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales. En concreto, entre otros, a lo previsto en el art. 2.1 del Convenio de 1990, relativo

se extiende no sólo al delito consumado “sino también a sus formas imperfectas y, con mayores reservas, a las conspiraciones y proposiciones y en los casos especialmente penados por la Ley (art. 17.3)”.

<sup>5</sup> ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25ª Auf., München, 1997, § 74 Nm. 10.

<sup>6</sup> En su trabajo “Las penas patrimoniales en la propuesta de Proyecto del nuevo Código Penal”, *Documentación Jurídica* 37/40, pág., 246, MANZANARES SAMANIEGO denunció “la pobreza de expresión en cuanto a lo decomisible: “efectos provenientes del delito o falta” e “instrumentos con que se hubiere ejecutado”. Se trata de palabras de siempre con las dificultades interpretativas de siempre”.

<sup>7</sup> Como señala CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, pág. 196, el común denominador de los instrumentos es que se trata de los “medios empleados para la comisión del mismo”, y de conformidad con lo dispuesto en el PMCP, para su preparación.

<sup>8</sup> En la Iniciativa del Reino de Dinamarca con vistas a la adopción de la Decisión marco del Consejo sobre el decomiso de los instrumentos y productos del delito, se define el término “instrumentos”, como “todo bien utilizado o destinado a ser utilizado, en cualquier forma, total o parcialmente, en la comisión de uno o varios delitos”.

al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito<sup>9</sup>; o a lo señalado en el art. 3 de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito<sup>10</sup>. En este último artículo, se insta a los Estados miembros a que adopten “las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no puedan ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incoados a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero. No obstante, los Estados miembros podrán excluir el decomiso de bienes de un valor que corresponda al producto del delito en los casos en los que dicho valor sea inferior a 4.000 euros. Los términos “bienes”, “productos” y “decomiso” se entenderán en el mismo sentido que en el artículo 1 del Convenio de 1990”<sup>11</sup>. Debe destacarse que el Gobierno español ha incumplido el plazo que el Consejo de la Unión Europea le otorgó a los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias para conformarse a las disposiciones de la citada Decisión marco, plazo que expiró el pasado 31 de diciembre de 2002.

La previsión del comiso del valor equivalente ofrece una serie de ventajas, al permitir dar una respuesta adecuada a los supuestos en los que por cualquier motivo lo obtenido no ya no esté a disposición del sujeto, bien porque el sujeto ha consumido, destruido u ocultado el objeto del comiso, o bien porque consiste en una disminución del patrimonio o porque por cualquier otro motivo es imposible proceder a su decomiso<sup>12</sup>. El comiso del valor equivalente también permite resolver satisfactoriamente los casos en los que los bienes no pueden ser decomisados por haber sido adquiridos legalmente por un tercero de

<sup>9</sup> Artículo 2.1: “Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos”. Este Convenio entró en vigor en España el 1 de diciembre de 1998.

<sup>10</sup> En parecidos términos se instaba a los Estados miembros a contemplar en sus respectivas legislaciones el comiso del valor de los productos, en el art. 1.2 de la Acción Común de 3 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. Debe tenerse presente que el artículo 1 ha sido derogado por la Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, como se desprende de lo dispuesto en su artículo 5.

<sup>11</sup> El artículo 1 del Convenio de 1990, reza así:

A los efectos del presente Convenio:

a) Por “producto” se entenderá todo provecho económico derivado de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición del párrafo b) del presente artículo;

b) Por “bienes” se entenderán los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en esos bienes;

c) Por “instrumentos” se entenderá los bienes utilizados o que se pretenda utilizar en cualquier forma, en todo o en parte, para cometer uno o más delitos.

d) Por “confiscación” se entenderá una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a un delito o delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien...”

<sup>12</sup> Es el caso de las ganancias que se manifiestan como aprovechamientos (frutos de una cosa o derecho) cuya transferencia al Estado es imposible, a pesar de ser evaluables en dinero, vid. MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso...”, AP 1997, pág. 531.

buena fe no responsable del delito<sup>13</sup>. En estos supuestos, se podrá decretar el comiso de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al objeto que ha sido adquirido legalmente por el tercero de buena fe. En definitiva, este comiso permite que el sujeto que no conserva el objeto del comiso no reciba un trato mejor que aquel que lo conserva.

Pero a pesar de las ventajas que la figura del comiso del valor por sustitución ofrece para resolver casos como los que acabamos de mencionar, los problemas pueden venir por la deficiente regulación de esta figura en el art. 127.2 PMCP. Téngase presente que en muchas ocasiones las personas sobre las que recae el comiso no poseen ningún bien a su nombre, de ahí que en los supuestos en los que por cualquier motivo, en la mayoría de los casos por ocultación del patrimonio, no pueda acordarse el comiso de los efectos, instrumentos y ganancias provenientes del delito, tampoco se podrá acordar el comiso “por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables”<sup>14</sup>.

Tampoco se puede descartar la previsión del comiso impropio, junto a este comiso del valor por sustitución sobre bienes, comiso consistente en el pago de una cantidad de dinero que corresponde al valor de lo obtenido<sup>15</sup>. Se trata de un comiso de contenido no real sino obligacional, de una sanción pecuniaria que, a diferencia de la multa, no da lugar a la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago<sup>16</sup>. La inclusión de esta modalidad en nuestro Código Penal debería plantearse, al permitir ahorrar muchos gastos, dado que no hay que proceder a la venta de ningún objeto, pudiéndose destinar íntegramente la cantidad de dinero, en primer lugar, a la satisfacción de las responsabilidades civiles, en tanto que la cantidad restante pasaría a engrosar las arcas del Estado.

Por otro lado, en el Proyecto nada se dispone sobre cómo se deberá proceder a la hora de establecer el valor de los bienes que no han podido ser decomisados: si es necesario demostrar fehacientemente a cuánto asciende el valor de estos bienes o, por el contrario, basta con una mera estimación. Decantarse por el reconocimiento de una facultad de estimación a favor del Juez o Tribunal para fijar dicho valor, es la solución que nos parece más acorde para los casos en los que no sea posible fijarlo o solamente se pueda

<sup>13</sup> MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso...”, *AP* 1997, pág. 531, consideraba lamentable el desconocimiento del comiso del valor por sustitución del objeto inicial, pues impedía resolver satisfactoriamente estos supuestos en los que el objeto inicial ha pasado a un tercero amparado por la exclusión prevista en el art. 127 CP.

<sup>14</sup> Por ello, y en consonancia con la reforma del art. 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en orden a asegurar la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito o falta, reforma que ha tenido lugar a través de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por delitos más graves, no estaría de más que se previese la posibilidad de que el juez o tribunal pueda encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las Haciendas Forales, las actuaciones de investigación necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho el valor equivalente. Además, de alguna manera se estaría facilitando la ejecución de la responsabilidad civil puesto que el importe que resultase de la venta de los bienes de lícito comercio se aplicaría a la satisfacción de las responsabilidades civiles del penado.

<sup>15</sup> Resulta más acertada la regulación contenida en los Códigos Penales suizo y austriaco pues en ellos se habla de pago de una suma de dinero frente a la expresión utilizada en el Código Penal alemán donde se habla de “comiso de una cantidad de dinero”.

<sup>16</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de comiso en el proyecto de Código Penal”, *ADPCP* 1981, pág. 621.

fijar incurriendo en unos gastos desproporcionados, pues de esta manera se evitarían demoras y gastos excesivos. Así lo han entendido otros ordenamientos de nuestro entorno en los que se prevé el comiso del valor por sustitución. En concreto, el alemán o el suizo como se desprende de lo dispuesto en los §§ 73 b) dStGB y 59.4 schStGB respectivamente.

### **2.1.3. Comiso en caso de exención de responsabilidad criminal o extinción de la responsabilidad criminal**

La redacción dada en el Proyecto al apartado 3 del art. 127 es distinta a la que tenía en el Anteproyecto, siendo una de las pocas previsiones que presentan modificaciones respecto a éste. En este apartado no sólo se contempla la posibilidad de decretar el comiso previsto en los artículos anteriores “aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal”, como ocurría en el Anteproyecto, sino que se extiende a los casos en los que no se pueda imponer pena a alguna persona por haberse extinguido la responsabilidad criminal, “en éste último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita”.

En cuanto a la previsión del inciso primero- supuestos en los que no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal-, debemos señalar que nos parece desconcertante, al ser excesivamente vaga y poder vulnerar no sólo principios constitucionales, sino también derechos fundamentales como el de la propiedad privada. Si se atiende a lo afirmado en la Exposición de Motivos, parece que en este apartado se contempla la posibilidad de que el comiso de efectos, instrumentos y ganancias o el comiso sobre otros bienes por un valor equivalente, recaiga sobre aquel imputado al que no se le puede imponer pena por estar exento de responsabilidad criminal. Esta posibilidad, en los términos en los que está redacta, no puede sino ser objeto de algunas críticas. Por una parte, nos enfrentamos a un cambio en los presupuestos: el comiso deja de ser una consecuencia accesoria de la pena para pasar a ser la consecuencia accesoria de una acción típica. Ni siquiera de una acción típica y antijurídica, sino que basta con la realización de una acción tipificada en el Código Penal para poder decretar el comiso. Y es que en el Proyecto se hace referencia a los supuestos en los que no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal, exención que puede tener lugar no solo por la presencia de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino también por la concurrencia de alguna causa de justificación, como se desprende de lo dispuesto en el art. 20 CP. Si lo que pretenden los redactores del Proyecto es superar las críticas vertidas por la doctrina sobre la rechazable configuración actual del comiso como una consecuencia accesoria de la pena, al impedir la posibilidad de decretar el comiso en otros casos en los que se encuentra justificado desde el punto de vista político-criminal, como aquellos en los que el sujeto pese a haber cometido un hecho antijurídico, no es culpable o no es punible, deberían haber utilizado otros términos. Este inciso se podría redactar en los siguientes términos: “El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por ser irresponsable o estar personalmente exento de pena...”

Ahora bien, si lo que se pretende es dar entrada en nuestro Código Penal al denomi-

nado comiso de seguridad, contemplado en otros Códigos penales como el portugués, el suizo o el alemán, se debería haber contemplado expresamente la vinculación del comiso de efectos e instrumentos a la comisión de un hecho antijurídico y a la peligrosidad de los objetos, y no al castigo de una persona determinada.

Claro que podríamos realizar otra lectura del apartado tercero: ¿podemos entender que a través de lo dispuesto en el mismo se está posibilitando la imposición del comiso a una persona jurídica en los casos en los que actúa por cuenta de la misma esté exento de responsabilidad criminal?. Si esto fuese así se estaría dando un primer paso en la lucha contra la delincuencia organizada. Tal y como está redactado el art. 127.3.1º del Proyecto esta interpretación podría sostenerse sin ningún problema, en aquellos casos en los que en el Proyecto se prevé la posibilidad de imponer a las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de drogas “el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo” (art. 369.2 PMCP). Más difícil sería sostenerla en el resto de los delitos, puesto que criticablemente no se ha previsto con carácter general la posibilidad de decomisar los bienes propiedad de las sociedades u organizaciones siempre que el delito haya sido cometido a través o a favor de las mismas.

Por lo que respecta al segundo inciso de este tercer apartado del art. 127 PMCP - casos de extinción de responsabilidad criminal-, se trata de una previsión completamente novedosa, que va más lejos de lo dispuesto en otros Códigos Penales como el austríaco, en los que se contempla una norma específica para los casos en los que la persona ha fallecido o la persona jurídica o asociación haya desaparecido<sup>17</sup>. Lo previsto en este inciso segundo, va también mucho más allá de la Recomendación recogida en el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, adoptado por el Consejo el 28 de abril de 1997 (DOCE de 15 de agosto de 1997). En concreto, la Recomendación 26.c), propone, en el ámbito de la lucha contra el blanqueo de dinero y de la confiscación del fruto de la delincuencia, la adopción de normas sobre confiscación independientemente de la presencia del autor del delito, como en los casos en los que el autor ha muerto o ha huido. Respecto a los presupuestos de este comiso y dado que las causas de extinción criminal parten de la existencia previa de un delito con todos sus elementos, para poder decretar el mismo es necesario que se haya cometido un delito y que se demuestre la situación patrimonial ilícita derivada de la comisión de aquél. Se trata de una consecuencia accesoria del delito y no de la pena.

#### 2.1.4. Destino de lo decomisado

En este apartado dedicado a las novedades nos ocuparemos por último, del destino de lo decomisado. La única novedad del Proyecto en esta materia, por otra parte lógica y necesaria ya que viene a dar respuesta a una realidad legislativa, consiste en la previsión de una excepción al destino del producto obtenido por la venta de los bienes decomisados de lícito comercio: éste se destinará a cubrir las responsabilidades civiles del penado “si la Ley no previera otra cosa”. Decimos que la inclusión de esta salvedad es lógica y

<sup>17</sup> Cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., pág. 139.

necesaria, pues en la regulación específica del comiso en el ámbito del tráfico de drogas contenida en el art. 374 CP, el destino de lo decomisado es distinto al previsto en el art. 127 CP. El destino de los bienes, efectos e instrumentos que son objeto de comiso en aplicación del art. 374 CP es único, pues son adjudicados al Estado. Esta previsión se remonta a la modificación del Código Penal en materia de drogas que tuvo lugar a través de la LO 8/1992, de 23 de diciembre. A su vez, el producto procedente de estos bienes pasa a engrosar el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, regulado en la Ley 17/2003, de 29 de mayo<sup>18</sup>. En el Proyecto, el destino de lo decomisado en los delitos de tráfico de drogas sigue siendo el mismo (“serán adjudicados íntegramente al Estado”), aclarándose además “que no podrán ser aplicados a la satisfacción de responsabilidades civiles del delito ni de las costas procesales”. Cuando estudiemos las modificaciones del art. 374 previstas en el PMCP volveremos sobre este particular.

## 2.2. Aspectos criticables del art. 127 PMCP

Son varios los aspectos que desde nuestro punto de vista se pueden criticar de la regulación general del comiso que se contempla en el Proyecto, si bien prestaremos especial atención al insuficiente respaldo legal que se ofrece al comiso de ganancias en el ámbito de la criminalidad organizada, y a las consecuencias que la omisión de una regulación general del comiso del objeto sobre el cual recae la acción y del comiso del precio del delito, tienen en unos delitos de tanta importancia como los de terrorismo.

La objeción más importante que cabe hacerle al Proyecto en materia de comiso es que no ha contemplado con carácter general la posibilidad de decretar el comiso de ganancias pertenecientes a organizaciones criminales. No entendemos por qué España sigue sin ofrecer el respaldo legislativo que el comiso de ganancias necesita como instrumento clave en la lucha contra la delincuencia organizada. Siendo una de las razones de ser de la delincuencia organizada la obtención de beneficios, la lucha contra este fenómeno pasa necesariamente por articular las medidas necesarias para eliminar esos beneficios ilícitamente obtenidos, sin que baste realizar una regulación parcial y sectorial de la misma.

No tiene sentido que en el Proyecto no se prevea con carácter general que el comiso recaiga sobre la organización criminal o persona jurídica por cuenta o en beneficio de la cual se ha actuado, contemplándose exclusivamente esta posibilidad en relación con los delitos de tráfico de drogas<sup>19</sup>. Si se está dispuesto a atajar el problema de los beneficios ilícitamente obtenidos por los grupos organizados, hay que adoptar las medidas legislativas necesarias para facilitar el comiso de dichos beneficios en todos los campos que abarca la delincuencia organizada y no sólo en el campo del tráfico de drogas. Las organizaciones criminales intentan reciclar los pingües beneficios obtenidos a través de

<sup>18</sup> Según se desprende del articulado de esta nueva ley, y aun cuando no se dispone nada al respecto en el Código Penal, los objetos que sean decomisados como consecuencia accesoria del delito tipificado en el art. 301.1 párrafo segundo CP y que por sentencia firme se adjudiquen definitivamente al Estado, y el producto obtenido por las sanciones, nutren a partir de la entrada en vigor de esta Ley, este fondo (arts. 1 y 5 Ley 17/2003).

<sup>19</sup> En el art. 137 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, entre las medidas a imponer a las personas jurídicas, se contemplaba la privación de beneficios.

su introducción en los circuitos financieros, generalmente a través de empresas, apareciendo normalmente el blanqueo de capitales asociado de forma mayoritaria al tráfico de drogas y en menor medida a otros delitos graves como las defraudaciones, tráfico ilícito de vehículos..., pero no menos cierto es que las organizaciones criminales se caracterizan por la diversidad de las actividades delictivas a las que se dedican. Así, un gran número de los grupos organizados detectados en España el año pasado se dedicaban a la inmigración ilegal y a la trata de seres humanos, sectores que generan unos beneficios económicos nada despreciables. Por todo ello, consideramos imprescindible la inclusión del comiso de ganancias en el catálogo general de las medidas a imponer a las personas jurídicas, para los casos en los que quien se hubiese enriquecido con la comisión de un delito relacionado con la delincuencia organizada haya sido una persona jurídica en cuyo provecho haya actuado cualquier persona, a título individual o como parte de un órgano de la misma.

Menos aun entendemos por qué se ha modificado la redacción del apartado 2 del art. 302 en el Proyecto, respecto al Anteproyecto. En tanto que en la letra c) del art. 302.2 del Anteproyecto, entre las medidas a imponer a las personas jurídicas dedicadas al blanqueo de capitales se contemplaba “El comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo”, en el Proyecto se suprime la letra c) y se le da una nueva redacción al encabezamiento de ese apartado. El tenor literal del mismo es el siguiente: “En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes...”. Con este cambio, se impide que el comiso pueda recaer sobre personas jurídicas siempre que el delito haya sido cometido en provecho de las mismas por cualquier persona.

La lucha contra la delincuencia organizada sigue sin contar con el necesario respaldo legislativo. El legislador español no aborda una reforma conjunta que permita combatir eficazmente el fenómeno de la delincuencia organizada, siempre con el máximo respeto posible de los derechos fundamentales y de los principios jurídicos fundamentales, sino que se limita a “poner parches” en distintos ámbitos. Dada la especial idiosincrasia del fenómeno de la delincuencia organizada, volvemos a insistir en que la prevención y la lucha eficaz contra la misma pasa además de por la tipificación de ciertos comportamientos delictivos (participación en una organización criminal)<sup>20, 21</sup>, por una regulación

<sup>20</sup> En la actualidad, la pertenencia a un grupo organizado únicamente es tenido en cuenta por el legislador español, como cualificación en algunos delitos. En concreto, entre otros, en los delitos relativos al tráfico de drogas (arts. 369. 6 y 7; 370 y 371), blanqueo de capitales (art. 302 CP), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis), prostitución y corrupción de menores (arts. 187.3 y 189.2 CP). Bien es cierto que en nuestro Código Penal el artículo 515 contempla el delito de asociación ilícita pero los problemas que la doble regulación traen consigo podrían resolverse si se acomete una tipificación general de la participación en organizaciones criminales. Como señala QUINTERO OLIVARES, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pág. 190, “si el art. 515.1 fuera omnicompreensivo serían innecesarias cualquiera de esas indicaciones, y por supuesto también que no tiene sentido alguno el que la regla del art. 515 sea desplazada por la especialidad de esas otras, cuando aparentemente el artículo 515 permite una acusación y

del comiso de beneficios obtenidos a través de las actividades de los grupos organizados, acorde con la realidad criminológica a la que va dirigida. El comiso de las ganancias de una organización criminal debería ser considerado como un tercer tipo de comiso, junto con el comiso de efectos e instrumentos y el comiso de ganancias tradicional. No olvidemos que a través del mismo lo que se pretende no es sino alcanzar una intervención eficaz sobre las ganancias obtenidas a través del delito, en orden a evitar el peligro que para el sistema económico y la estructura política de un país representa la utilización de las citadas ganancias. El comiso de ganancias en el ámbito de la delincuencia organizada debe regirse por unos principios parcialmente distintos, sobre todo, en lo que se refiere a la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada. No estaría de más que para estos casos se previese una especie de inversión de la carga de prueba de la certificación de origen, de manera que correspondiese al autor acreditar la procedencia lícita de los bienes. En definitiva, una facilitación de la prueba muy cercana a una inversión parcial de la carga de la prueba.

En esta línea, en la Recomendación nº 19 del Plan de acción de 2000 titulado “Prevención y control de la delincuencia organizada: Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio”, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 27 de marzo de 2000, se afirma que habría que estudiar si es necesario un instrumento que, teniendo en cuenta las mejores prácticas vigentes en los Estados miembros y con el debido respeto a los principios jurídicos fundamentales, introduzca la posibilidad de mitigar, en virtud del Derecho civil o penal o de la legislación fiscal, según el caso, la carga de la prueba en lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada

condena adicional por asociación ilícita”, a lo que añade que “resulta superflua y, lo que es peor, contraproducente la existencia de un tipo genérico de asociación ilícita tal como ahora está construido”. En opinión de este autor, “Tal vez la única tipicidad precisa sería la pertenencia a una organización criminal como delito individual”.

<sup>21</sup> En la Acción común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, se instaba a garantizar que uno o dos de los comportamientos contemplados en el art. 2 estuviesen sujetos a sanciones penales efectivas, proporcionales y disuasorias, a saber:

a) el comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objeto y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización en cuestión, participe activamente:

- en las actividades delictivas de la organización contempladas de la organización contempladas en el artículo 1, aun cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución.

- en las demás actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contempladas en el artículo 1;

b) el comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1, aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad.

En el art. 1 de esta Acción común se aclara que se entiende por “organización delictiva” en los siguientes términos: “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

por un delito relacionado con la delincuencia organizada. En la misma línea, el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, prevé que los Estados parte puedan 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.

La preocupación por que todos los Estados miembros de la Unión Europea dispongan de normas efectivas que regulen el comiso de los productos de los delitos, en particular en relación la carga de la prueba sobre el origen de bienes que posea una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada, ha llevado a Dinamarca a presentar una iniciativa con vistas a la adopción de una Decisión marco sobre el decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO C 184, de 2 de agosto de 2002). En ella se afirma que considerando que “De acuerdo con las Recomendación nº 19 del Plan de acción de 2000 titulado “Prevención y control de la delincuencia organizada: Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio”, aprobado por el Consejo el 27 de marzo de 2000 habrá que estudiar si es necesario un instrumento que, teniendo en cuenta las mejores prácticas vigentes en los Estados miembros, y con el debido respeto a los principios jurídico fundamentales, introduzca la posibilidad de mitigar, en virtud del Derecho civil o penal o de la legislación fiscal, según el caso, la carga de la prueba en lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada por un delito relacionado con la delincuencia organizada”. En esta Iniciativa se contiene la siguiente propuesta sobre la carga de la prueba: “Podrá excluirse el decomiso previsto en los apartados 1 a 3 si la persona interesada acredita que los bienes se adquirieron de forma o por medios legítimos. En consecuencia, los Estados miembros garantizarán que durante el proceso penal la persona interesada pueda adoptar información relativa a la adquisición de los bienes”<sup>22</sup>.

También los redactores de las propuestas de normas penales comunes en Europa<sup>23</sup>, se

<sup>22</sup> Los apartados 1 a 3 del art. 3 (Potestad de decomiso ampliada), tienen el siguiente tenor literal:

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que puedan proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada penalmente, inclusive bienes que no procedan del delito por el que la persona interesada hay sido condenada si:

- a) el delito es de tal naturaleza que puede generar productos considerables, y
- b) el delito lleva aparejada como mínimo una pena privativa de libertad de una duración máxima de 6 años.

2. Los Estados miembros también adoptarán las medidas necesarias para que puedan proceder al decomiso, total o parcial, de los bienes adquiridos por el cónyuge de la persona interesada o que conviva con ella, en las condiciones fijadas en el apartado 1. Los Estados miembros podrán excluir los casos en que los bienes se hubieran adquirido con más de tres años de antelación a la comisión del delito que de lugar al decomiso conforme al apartado 1, o aquellos casos en los que el matrimonio o convivencia no existieran en el momento de la adquisición.

3. Los Estados miembros también adoptarán las medidas necesarias para que puedan proceder, conforme a las condiciones fijadas en el apartado 1, al decomiso, total o parcial, de los bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona interesada, individualmente o conjuntamente con las personas más directamente relacionadas con la persona interesada, ejerza un control efectivo. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los rendimientos de la persona jurídica. Los Estados miembros podrán excluir los casos en los que los bienes se hubieran transferido a la persona jurídica con más de tres años de antelación a la comisión del delito que de lugar al decomiso conforme al apartado 1”.

<sup>23</sup> Estas propuestas han sido elaboradas en el marco del Proyecto Falcone coordinado por la ciudad de Palermo y el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Cfr. *Towards a European Criminal*

han decantado por incluir una previsión específica sobre la carga de la prueba para los casos de comiso de ganancias de organizaciones criminales. En concreto, la propuesta relativa a esta materia reza así: “En el caso de condena por un delito de criminalidad organizada previsto por una disposición que se remita al presente artículo a un imputado que haya desempeñado un papel relevante dentro de una asociación criminal, o que de cualquier modo haya realizado actividades de tipo delictivo con apreciable continuidad, el juez ordenará el comiso del dinero, bienes y demás efectos sobre los que el imputado tenga poder de disposición y respecto a cuya ilegítima proveniencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos por la acusación, siempre que el valor de los mencionados bienes sea desproporcionado respecto a la renta que haya declarado o a la actividad económica que desarrolle. No podrán ser objeto de comiso el dinero, los bienes y los demás efectos adquiridos o madurados en un momento anterior a aquél en que se ha mantenido la actividad delictiva del reo, salvo que el juez disponga de elementos de hecho aptos para justificar una conexión razonable con la misma actividad delictiva”<sup>24</sup>.

Igualmente en la lucha contra el terrorismo se podrían alcanzar mejores resultados si las reformas legales no se centrasen únicamente en el incremento de las penas a imponer a los terroristas, tendencia que cabe constatar en nuestro país como se desprende de lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por delitos más graves, sino también en contrarrestar, a través de las medidas oportunas, la financiación de las actividades terroristas. Como se señala en el Convenio Internacional de Naciones Unidas para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, ratificado por España en mayo de 2002 (BOE nº 123, de 23 de mayo), el número y gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que pueden obtener los terroristas. Ya en la Resolución 51/210 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1996, se exhortó a los Estados a que adoptaran medidas para prevenir y contrarrestar, mediante medidas internas apropiadas, la financiación de terroristas y de organizaciones terroristas, ya sea que se hiciera en forma directa o indirecta, por conducto de organizaciones que tuvieran además o que proclamaran tener objetivos caritativos, sociales o culturales o que realizaran también actividades ilícitas, como el tráfico ilegal de armas, el tráfico de drogas y las asociaciones ilícitas, incluida la explotación de personas a fin de financiar las actividades terroristas. Y es que no debemos olvidar que, aun cuando no existe acuerdo sobre la inclusión de las actividades terroristas en el fenómeno de la delincuencia organizada, lo que sí está fuera de toda duda es que las actividades delictivas realizadas por los grupos terroristas suelen ser aquellas que resultan más representativas de la delincuencia organizada: tráfico de armas y explosivos, extorsiones, secuestros...

Por todo ello, en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, se insta a los Estados Partes a que adopten las medidas que resulten necesas-

*Law against Organised Crime. Normative Proposals of the Joint European Project to Counter Organised Crime*, Freiburg im Breisgau, edition iuscrim, Max-Planck- Institut, 2001.

<sup>24</sup> El texto de esta propuesta ha sido redactado por Fiandaca y Visconti.

rias, de conformidad con sus principios internos, para la identificación, la detección y el aseguramiento o la incautación de todos los fondos<sup>25</sup> utilizados o asignados para cometer los delitos de provisión o recolección de fondos previstos en el art. 2 del citado Convenio<sup>26</sup>, así como el producto obtenido de esos delitos, a los efectos de su posible decomiso. Asimismo, se acuerda que cada Estado Parte adoptará, de conformidad con sus principios jurídicos internos, las medidas que resulten necesarias para el decomiso de los fondos utilizados o asignados para cometer los delitos de terrorismo previstos en el art. 2 del citado Convenio y del producto<sup>27</sup> de esos delitos (art. 8.2 CIRFT). Incluso se afirma que “Cada Estado Parte considerará el establecimiento de mecanismos mediante los cuales los fondos procedentes de los decomisos previstos en el presente artículo se utilicen para indemnizar a las víctimas de los delitos... o de sus familiares” (art. 8.4 CIRFT). En todo caso, quedan salvaguardados los derechos de los terceros de buena fe.

A la vista de todo ello, los redactores del Proyecto de Ley de modificación del Código Penal podían haber tomado buena nota de lo dispuesto en este Convenio en materia de comiso de fondos y de productos derivados de los mismos<sup>28</sup>, y haber previsto expresamente la posibilidad de acordar el comiso de dichos fondos y productos, tanto en los supuestos en los que el delito es cometido por un persona física como cuando, y estos son los casos más frecuentes, esos delitos son cometidos por personas jurídicas que normalmente, además de realizar actividades lícitas, llevan a cabo actividades ilícitas.

Téngase presente que ni en el Código Penal ni en el Proyecto se prevé con carácter general la posibilidad de decomisar el objeto sobre el cual recae la acción, con lo cual, de *lege lata*<sup>29</sup>, en el caso de que se condene a alguien por colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista, por ayudar económicamente a las mismas, no se podrá proceder al decomiso de los fondos recaudados para

<sup>25</sup> A los efectos del Convenio por fondos se “entenderá los bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de como se hubieran obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito” (art. 1.1 CIRFT).

<sup>26</sup> Art. 2.1: “Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen o, a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese Tratado.

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población y obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.

<sup>27</sup> Por “producto” “se entenderá cualesquiera fondos procedentes u obtenidos, directa o indirectamente, de la comisión de un delito enunciado en el artículo 2” (art. 1.2 CIRFT).

<sup>28</sup> Según se desprende del art. 3 del citado Convenio, el mismo “no será aplicable cuando el delito se haya cometido en un sólo Estado, el presunto delincuente sea nacional de ese Estado y se encuentre en el territorio de ese Estado y ningún otro Estado esté facultado para ejercer la jurisdicción con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 ó 2 del artículo 7, con la excepción de que serán aplicables a esos casos, cuando corresponda, las disposiciones de los artículos 12 a 18”.

<sup>29</sup> El Proyecto continúa sin ofrecer una solución general para el comiso del objeto sobre el cual recae la acción, lo que da lugar a que de nuevo nos encontremos con el mismo problema: de *lege lata* únicamente se podrá proceder al decomiso de los objetos sobre los cuales recaen la acción delictiva cuando así se prevea expresamente, en concreto, sólo será posible en los delitos de tráfico de drogas y en el de blanqueo de capitales.

ayudar económicamente a las organizaciones terroristas. Dado que tampoco se prevé con carácter general el comiso de las ganancias obtenidas por la comisión del delito (“precio del delito”)<sup>30</sup>, sino únicamente en relación con los delitos de cohecho y de tráfico de influencias, tampoco podrán ser decomisados dichos fondos por esta vía cuando el terrorista sea condenado por la comisión de algún hecho delictivo de los previstos en los artículos 571 y ss. CP.

### 3. REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL COMISO: DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES Y DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

No sólo la regulación general del comiso contemplada en el art. 127 del CP sufre reformas en el Proyecto, sino que los cambios también afectan a la regulación específica del comiso repartida en el Libro II. Por una parte, se incluyen varias previsiones específicas sobre el comiso en los delitos de blanqueo de capitales; por otra, la regulación del comiso en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas sufre importantes modificaciones. Los otros artículos en los que se contempla una regulación específica del comiso en el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico (art. 385 CP) y en el de los delitos de tráfico de influencias y malversación de caudales públicos (art. 431 CP), no resultarían afectados por la anunciada reforma del Código Penal.

#### 3.1. Regulación específica del comiso en el ámbito del delito de blanqueo de capitales

En el Proyecto encontramos tres artículos en los que se contienen referencias al comiso en los delitos de blanqueo de capitales. El primero de ellos es el art. 301.5 PMCP, en el que se contempla el comiso de ganancias procedentes del blanqueo de capitales para los casos en los que el este delito sea cometido por personas que no pertenezcan a una organización dedicada a tal actividad. El segundo es el art. 302.2.PMCP, aplicable en los supuestos en los que la persona que comete el delito pertenece a una organización criminal dedicada al blanqueo de capitales, y que permite imponer junto a las penas correspondientes, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del hecho delictivo. El último de ellos es el art. 374 PMCP, artículo que contiene la normativa aplicable al comiso en materia de delito de blanqueo de capitales provenientes del tráfico de drogas, normativa que es la que rige en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas.

Comenzando por la previsión contemplada en el art. 302.2 PMCP, ésta permitiría poner fin a la paradójica situación que la ausencia de una previsión de estas características está generando en la actualidad. Al no existir previsión alguna que permita decomisar el objeto sobre el que recae la acción en estos delitos, de *lege lata* únicamente se puede acordar el

<sup>30</sup> En el Proyecto se sigue sin distinguir entre las ganancias que provienen del delito y las obtenidas por la comisión del delito-, distinción que pudiera parecer no tener importancia pero no es así, pues del tenor literal del art. 127 PMCP no parece deducirse que puedan ser decomisadas las ganancias que se obtienen por cometer un delito (precio del delito) sino sólo las que provienen de la comisión del delito. La permanencia en los mismos términos del comiso de las dádivas, presentes o regalos en los delitos de cohecho y malversación públicos nos permite seguir sosteniendo esta interpretación (art. 431 PMCP).

comiso de los mismos en cuanto producto procedente del delito grave de referencia, desconociéndose que en la lucha contra la delincuencia organizada el comiso del objeto sobre el cual recae la acción de blanqueo se erige un instrumento imprescindible, ya que como se comprobó en el Consejo Europeo de Tampere, el blanqueo de capitales está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca.

De ahí la procedencia prever expresamente el comiso de los bienes objeto del delito de blanqueo de capitales, y así parecen haberlo entendido los redactores del Proyecto. Sin embargo, no entendemos por qué han circunscrito la posibilidad de decomisar los bienes objeto del delito a los casos en los que el blanqueo de capitales sea cometido por personas que pertenezcan a una organización dedicada a tal actividad (art. 302.2. PMCP), excluyendo la posibilidad de acordarlo en los supuestos en que la persona que realiza el delito no pertenece a una organización criminal dedicada a blanquear capitales. Bien es cierto que estos casos no son muy frecuentes, pero no hay razón alguna para excluir esta modalidad de comiso. Y es que para los casos en los que el sujeto que blanquea no pertenezca a una organización criminal, únicamente se contempla el comiso de ganancias, en concreto, en el art. 301.5 PMCP: “Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 CP”. Pero además, en realidad esta previsión es completamente innecesaria, pues de todos es sabido que las ganancias provenientes de un delito pueden ser decomisadas en aplicación de lo dispuesto en el art. 127 CP. Sólo tendría algún sentido si entendemos que amplía el ámbito del comiso de ganancias, permitiendo el comiso de las ganancias provenientes de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave (art. 301 CP), pero la referencia a que las ganancias serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 CP nos hacen dudar de la validez de tal interpretación, a la vista de que en este último se afirma que el comiso de ganancias provenientes del delito tendrá lugar cuando se imponga una pena por la comisión de un delito o falta dolosos. La exclusión del comiso de ganancias provenientes de delitos imprudentes ya fue objeto de críticas por nuestra parte en una ocasión anterior<sup>31</sup>. En ese momento manifestamos que si bien comprendíamos, en atención a consideraciones de proporcionalidad, la circunscripción del comiso de efectos e instrumentos a los delitos cometidos dolosamente, no entendíamos por qué tiene que ocurrir lo mismo en los supuestos de comiso de ganancias, pues las ganancias obtenidas ilícitamente a través de los delitos imprudentes también deberían ser confiscadas.

Por otro lado, la referencia a la posibilidad de decretar el comiso de los “productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo” contenida en el art. 302.2. PMCP, permite despejar cualquier duda sobre la posibilidad de decomisar junto a los productos, los ingresos o beneficios derivados del producto, los bienes en los que haya sido transformado o convertido, o los bienes con los cuales se haya mezclado el producto en la misma medida que el producto. El término producto puede entenderse en el mismo sentido que en el artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa, tal y como se prevé en el art. 3 de la Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y

<sup>31</sup> AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., pág. 99.

productos del delito. Producto es “todo provecho económico derivado de un delito” pudiéndose tratar de bienes, entendiéndose por tales “los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en esos bienes”.

También nos parece interesante llamar la atención sobre los distintos términos utilizados en el Proyecto para referirse al objeto del comiso de ganancias, dependiendo del destinatario del mismo, es decir, según el autor del delito pertenezca o no a una organización dedicada al blanqueo de capitales. En tanto que en el segundo supuesto se habla de comiso de las “ganancias” (art. 301.5 PMCP), en el primero, se prevé el comiso de los “productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo” (art. 302.2 PMCP). Ello nos lleva a plantearnos si lo que se pretende con esta diversidad terminológica es consagrar distintos principios a la hora de determinar la cuantía a decomisar. Si cuando se trata del comiso en el ámbito de la delincuencia organizada hay que acudir al principio de las ganancias brutas, y en el resto de los casos al principio de las ganancias netas, o simplemente se han utilizado los mismos términos empleados en los textos internacionales, en concreto, en el Convenio de 1990 y en la Decisión marco del Consejo de 26 de junio, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, Decisión que se remite al Convenio en lo atinente al significado de los términos. Nosotros nos decantamos por esta segunda interpretación, puesto que ya hemos tenido ocasión de defender en otras ocasiones la vigencia del principio de ganancias brutas en el ámbito del art. 127 CP, tanto por motivos de oportunidad práctica, evitando de esta manera las dificultades de cálculo de las ganancias netas, como por razones de legalidad y justicia: quien comete un delito no puede enriquecerse a través del mismo y debe asumir el riesgo de perder el dinero o los bienes invertidos para la comisión del mismo<sup>32</sup>. Ahora bien, ello no quiere decir que el ámbito de lo decomisible no sea más amplio en el campo de la delincuencia organizada, llevándonos la diversidad de términos utilizados a confirmar lo que en su día sostuvimos sobre la imposibilidad de decomisar las ganancias indirectas a través del art. 127 CP<sup>33</sup>. En nuestra opinión, la referencia contenida en el art. 127CP a la posibilidad de decomisar las ganancias “cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar” no implica la posibilidad de decomisar las ganancias indirectas ni los aprovechamientos, interpretación que viene a ser confirmada por lo dispuesto en los arts. 302.2 PMCP y 369.2.3<sup>a</sup> PMCP, pues de otra manera no hubiera hecho falta incluir la referencia expresa a los beneficios indirectos.

Del comiso en caso de condena por un delito de blanqueo de capitales provenientes de delitos de tráfico de drogas nos ocuparemos a continuación, cuando abordemos el análisis del art. 374 PMCP, dado que en línea con las reformas sufridas a lo largo de los años por la regulación específica del comiso en los delitos de tráfico de drogas, una de las novedades que presenta el art. 374 en el Proyecto, es la ampliación del ámbito de aplicación objetivo de esta regulación específica del comiso. La regulación en él contenida será aplicable no sólo en los casos en los que se acuerde la imposición de una pena

<sup>32</sup> *El comiso*, cit., pág. 101.

<sup>33</sup> *El comiso*, cit., págs. 95 y 96.

por la comisión de un delito de tráfico de drogas, sino también en aquellos otros en los que la pena haya sido impuesta por la comisión de un delito de blanqueo de capitales cuando los bienes tengan su origen en algunos de los delitos relacionados con el tráfico de drogas previstos en los arts. 368 a 372 PMCP.

### **3.2. Regulación específica del comiso en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales provenientes de aquellos: arts. 369.2 y 374 PMCP**

Como ya hemos anunciado, la regulación específica del comiso en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas sufre en el Proyecto de Ley de modificación del Código Penal importantes reformas. Esta regulación se encuentra prevista en el apartado que se añade al art. 369 en el Proyecto y en el art. 374 PMCP.

#### **3.2.1. Art. 369.2. Comiso sobre personas jurídicas**

En este nuevo apartado del art. 369 PMCP, se contempla, de forma novedosa, la posibilidad de decretar el comiso sobre los bienes de organizaciones criminales. Es, increíblemente, el único artículo del Proyecto en el que se permite que el comiso recaiga sobre una persona jurídica. En concreto, se prevé el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo por organizaciones, asociaciones o personas titulares del establecimientos, entre las medidas que la autoridad judicial puede acordar junto a una multa, en los casos en los que : a) “el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional” (art. 369.1.2º PMCP); b) “el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito” (art. 369.1.3º PMCP); c) “los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”. En relación con este último supuesto, debemos destacar que la previsión expresa del comiso contemplada en el tercer inciso del apartado 2 del art. 369 PMCP sólo tiene sentido para los supuestos en los que el titular del establecimiento sea una persona jurídica, ya que cuando se trata de una persona física la previsión específica no es necesaria, pues según se desprende del tenor literal del art. 374 PMCP, en los delitos de tráfico de drogas además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como los bienes, medios o instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el art. 127 CP y a una serie de normas especiales previstas en el citado art. 374 PMCP.

#### **3.2.2. Art. 374 PMCP: Regulación del comiso en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales provenientes de aquellos**

El artículo 374 PMCP pasa a tener cuatro apartados frente a los tres de los que consta en la actualidad, pudiéndose resumir las reformas en la estructura de este artículo como siguen: el actual apartado segundo, con una serie de mejoras en la redacción pasa a formar parte del apartado 1 del actual art. 374 CP; los apartados segundo y tercero pasan

a tener un nuevo contenido; el cuarto y último apartado se corresponde, en gran medida, con el apartado tercero del actual art. 374 CP. Pasemos a ver las novedades que presenta este artículo 374 PMCP .

### **Apartado 1. Objetos decomisables y normativa aplicable**

Lo primero que cabe destacar de este apartado, es la mejora que la enumeración del objeto del decomiso en los delitos de tráfico de drogas ha sufrido, dejando de presentarse como un *totum revolutum*. La actual enumeración ( “los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumentos para la comisión de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos”), es sustituida por una más escueta: “bienes, medios, instrumentos y ganancias...”

Por otro lado, y aun cuando la nueva enumeración del objeto del comiso permite evitar las denunciadas redundancias respecto a la regulación general contenida en el art. 127 CP<sup>34</sup>, con la remisión que en este apartado 1 del artículo 374 se contiene al art. 127 y el silencio, una vez más, respecto a la sujeción de este comiso al artículo 128 CP, parece que los redactores del Proyecto, en contra de la opinión doctrinal y jurisprudencial dominantes, quisieran excluir la aplicación del principio de proporcionalidad en los casos de decomiso de efectos e instrumentos de lícito comercio<sup>35</sup>.

También llama la atención la desaparición de la referencia al “tercero de buena fe no responsable del delito” del texto del apartado primero del art. 374 CP. En un principio pudiera pensarse que tras la supresión de esta referencia al tercero de buena fe, el comiso se podrá acordar aun cuando el objeto del decomiso pertenezca a un tercero de buena fe no responsable del delito, pero la sujeción expresa del comiso de bienes, medios, instrumentos y ganancias a lo dispuesto en el artículo 127 CP, parece desvirtuar esta interpretación. En virtud de este último, se puede proceder al comiso de estos objetos “a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente”. Por consiguiente, a través de la supresión de la referencia al “tercero de buena fe no responsable del delito”, se amplían los supuestos en los que se puede proceder al decomiso<sup>36</sup>.

El comiso en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de bienes procedentes de los mismos, queda sujeto, según se desprende del apartado primero del art 374 PMCP, a lo dispuesto en el art. 127 CP y a las normas especiales contempladas en las reglas 1ª a 5ª del propio apartado primero del art. 374 PMCP. Pasemos a comentar estas reglas.

#### *Regla 1ª*

La primera de ellas está dedicada al destino de las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas incautadas, en atención al peligro que comporta el almacenamiento o custodia de la droga ocupada. No obstante, dado que lo dispuesto en esta regla no difiere demasiado de lo previsto en el inciso segundo del art. 338.2 LECr, no comprendemos la

<sup>34</sup> MANZANARES SAMANIEGO, “Notas sobre el comiso...”, AP 1997, pág. 534.

<sup>35</sup> No obstante, debe tenerse en cuenta que no tiene sentido que en estos casos rija lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 128 CP, a la vista del destino de los objetos decomisados definitivamente por sentencia previsto en el apartado 4 del artículo 378 PMCP: serán adjudicados íntegramente al Estado, sin que puedan ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales.

<sup>36</sup> Se acabaría de este modo con la ilógica restricción del comiso en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, en su día denunciada por MANZANARES SAMANIEGO en “Notas sobre el comiso...”, AP 1997, pág. 523.

procedencia de incluir esta regla en el Código Penal. Si se quiere efectuar alguna modificación en relación con el destino de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se debería proceder a modificar expresamente lo dispuesto en el art. 338.2 LECr y no llevar a cabo esta modificación a través de una derogación tácita de éste por no coincidir con lo dispuesto en el Código Penal. Dicho lo cual, cabe observar varias diferencias entre lo dispuesto en el art. 338.2 LECr y la regla 1ª del art. 374.1 PMCP. La primera de ellas, es que en el art. 338.2 LECr se prevé que el Juez Instructor acordará la destrucción, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, en tanto que en el PMCP no se prevé dicha audiencia; la segunda, radica en que en el art. 338.2 LECr se afirma que el Juez Instructor “ordenará su inmediata destrucción conservando muestras suficientes de dicha sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello sin perjuicio de que, de forma motivada, el órgano judicial considere necesario la conservación de la totalidad”, mientras que la regla 1ª reza así: “serán destruidas por la Autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentre, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la Autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra”. En tercer lugar, en la regla 1ª del 374.1 PMCP se prevé la destrucción de las muestras que se hubieren apartado una vez que la sentencia sea firme, en tanto que la LECr nada dispone al respecto.

#### *Regla 2ª*

El contenido de la regla 2ª, destinada a garantizar la efectividad del comiso, viene a coincidir sustancialmente con lo dispuesto en el inciso primero del apartado segundo del actual artículo 374 CP. Sin embargo, no podemos pasar por alto la supresión de la referencia a los “efectos” de la enumeración de los objetos que pueden ser aprehendidos a fin de garantizar el decomiso, aun cuando lo cierto es que esta desaparición no impide la aprehensión cautelar de los mismos y la puesta en depósito de los mismos por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias, pues así se desprende de lo dispuesto en los arts. 334 y 338 LECr. Pero si se decide mantener la referencia a los instrumentos se debería dejar la mención a los “efectos”, si bien lo procedente sería suprimir la referencia a ambos ya que es la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la ley en la que se regula este extremo tanto en relación con los efectos como con los instrumentos.

Por otra parte, bien es verdad que la regla 2ª presenta una serie de mejoras en la redacción respecto al vigente art. 374 CP, a través de las cuales se intentan superar de alguna manera las fundadas críticas que sobre esta regulación se han venido vertiendo desde su inclusión en el Código Penal en 1988, y que a día de hoy siguen teniendo plena actualidad<sup>37</sup>. El mayor despropósito del inciso primero del apartado 2º del art. 374 CP radica en la exclusión de su ámbito de aplicación de las ganancias, que son en realidad las que permiten justificar y dotar de sustantividad a una regulación cuyo carácter superfluo ha sido denunciado reiteradamente por la doctrina, pues no añade nada a lo previsto en los artículos 334 y ss. LECr. De ahí que en la regla 2ª del art. 374 PMCP, se amplíe el círculo de los objetos que pueden ser aprehendidos a fin de garantizar la efectividad el comiso y se incluyan las

<sup>37</sup> Sobre estas críticas vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., págs. 160 y ss.

ganancias. Otra de las novedades, propiciada en parte por la inclusión de las ganancias, es que los bienes, medios, instrumentos y ganancias no sólo pueden ser aprehendidos sino también embargados. En la actualidad, de *lege lata*, las ganancias sólo pueden ser embargadas una vez que se aprecien indicios racionales de criminalidad y se vaya a proceder a dictar auto de procesamiento, y sólo para asegurar las responsabilidades pecuniarias del sujeto, no para pasar a engrosar el Fondo regulado en la Ley 17/2003. En definitiva, las modificaciones del actual inciso primero del art. 374.2 CP contempladas en la regla 2ª del art. 374.1 PMCP, permiten dar cumplimiento a lo dispuesto en diversos instrumentos internacionales, entre otros, en el Convenio de Viena o en el Convenio de 1990.

Que consideremos acertada la mejora en la redacción de esta regla, no significa que consideremos oportuna la permanencia de reglas de naturaleza procesal en el Código Penal. No entendemos el afán de los redactores del Proyecto por mantener la regulación de una medida cautelar de carácter real en el Código Penal, a pesar de que la presencia de la misma ha sido cuestionada por la mayoría de la doctrina a lo largo de los años. Lo que procedería es abordar una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia y adoptar las medidas legislativas necesarias para conformarse a las recomendaciones realizadas en el ámbito internacional en materia de blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo e incautación de los instrumentos y productos del delito.

Igualmente resulta criticable que la posibilidad de decretar la aprehensión o embargo preventivo de las ganancias sólo se prevea para los casos de blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas. Dado que el blanqueo de capitales está en el centro de la delincuencia organizada, pues al ser su principal móvil el afán de lucro posteriormente surge la necesidad de blanquear después las ganancias, no entendemos por qué se restringe la posibilidad de decretar la aprehensión o el embargo preventivo al blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas.

### *Regla 3ª*

El contenido de la regla 3ª coincide sustancialmente con lo dispuesto en el inciso 2º del art. 374.2 CP si bien, de conformidad con lo dispuesto en aquélla, también las ganancias de lícito comercio pueden ser utilizadas por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas, ya que en la regla 3ª se habla del “objeto del comiso” y no de los “bienes, efectos o instrumentos” como ocurre en el art. 374.2. inc.2º CP. Además, debe tenerse presente que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.2 de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, “Los bienes, efectos e instrumentos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 374 del Código Penal y 6.3 de la Ley Orgánica de Represión del contrabando hubiesen sido utilizados provisionalmente por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, por las policías autonómicas o por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, al ser adjudicados al Estado podrán quedar, mediante acuerdo de la mesa de Coordinación de Adjudicaciones, definitivamente adscritos, entendiéndose en este supuesto afectados a aquéllos. La titularidad de dichos bienes seguirá siendo del Estado”.

### *Reglas 4ª y 5ª*

Por lo que respecta a las reglas 4ª y 5ª éstas no tienen precedentes en el vigente Código Penal, siendo coherente su previsión con la posibilidad de decretar el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho, contemplada en el art. 127. 2 PMCP. Sin embargo, los redactores del Proyecto no han estado, por varios motivos, demasiado acertados en la redacción de estas reglas. En primer lugar, no entendemos la necesidad de incluir dos reglas distintas, si con una hubiese sido suficiente. En nuestra opinión, no procede distinguir entre los supuestos en los que no es posible el decomiso del objeto por haber desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, del resto de los casos en los que no es posible el decomiso por cualquier otro motivo, pues la solución en ambos casos es la misma: comiso de otros bienes por un valor equivalente que pertenezcan a los presuntos responsables. En segundo lugar, la redacción de la regla 4ª no es demasiado acertada. Por una parte, hace referencia a los “bienes y efectos señalados en el párrafo anterior”, cuando el párrafo anterior habla del “objeto del decomiso”, con lo cual puede llevar a la errónea interpretación de que sólo se pueden decomisar otros bienes por un valor equivalente cuando por cualquier motivo no sea posible el decomiso de bienes y efectos y no en el caso de ganancias. Por otra parte, no aclara que los bienes sobre los cuales se puede acordar el comiso por un valor equivalente, deben pertenecer a los presuntos responsables.

Tampoco consideramos demasiado acertada la redacción de la regla 5ª por varias razones. Por una parte, excluye de la enumeración los efectos provenientes del delito; por otra, no es necesario la aclaración sobre el origen de los bienes sobre los que puede acordarse el decomiso del valor equivalente. Faltaría más que no se pudiese acordar el comiso provisional sobre un bien de origen lícito por un valor equivalente, cuando ni en la regla que le precede ni en el art. 127 PMCP se realiza distinción alguna. Por último, cuando se hace referencia a la propiedad de los bienes sobre los que cabe decretar el comiso por un valor equivalente se exige que “pertenezcan a los responsables” y no a los “presuntos responsables” como sería lo correcto, ya que todavía no se ha dictado sentencia.

### **Apartado 2. Venta anticipada de los bienes decomisados**

En el apartado 2 del art. 374 PMCP se contempla la venta anticipada de los bienes decomisados. Este apartado tiene su antecedente más inmediato en el art. 7 LO 12/1995, de 23 de noviembre, sobre represión del contrabando, en el que se prevé la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos. Respecto a éste, el apartado 2 presenta las siguientes diferencias: en primer lugar, en el apartado 2 del art. 374 PMCP se dispone que en los supuestos previstos, los bienes decomisados podrán ser enajenados sin que se circunscriba tal posibilidad a aquellos cuyo destino legal sea la venta. Esto es lógico puesto que el destino legal de los bienes decomisados en los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas es la adjudicación íntegra al Estado y no la venta en orden a satisfacer las responsabilidades civiles derivadas del delito. En segundo lugar, la enajenación sólo podrá tener lugar una vez pronunciada la sentencia, aunque sin necesidad de esperar a la firmeza de la misma, en tanto que en el art. 7 LO 12/1995, la venta anticipada puede tener lugar “sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo”. Por último, la autoridad judicial ordenará la enajenación bien

de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del interesado, no disponiéndose nada al respecto en el art. 7 LO 12/1995.

Los supuestos en los que cabe acordar esta venta anticipada son dos: a) supuesto de abandono expreso por parte del propietario; b) cuando la conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entienden incluidos aquellos que se desprecien por el transcurso del tiempo aunque no sufran deterioro material.

Estos supuestos coinciden casi literalmente con los previstos en el art. 7.1 LO 12/1995, diferenciándose únicamente en la posibilidad proceder a la venta anticipada cuando la conservación pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales, posibilidad que se contempla únicamente en el art. 374.2 PMCP.

El destino del importe obtenido por la enajenación es el mismo en ambas normas (art. 374 PMCP y art. 7.2 LO 12/1995), para los dos supuestos: quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido. Nos encontramos, como en su día afirmó MANZANARES SAMANIEGO<sup>38</sup>, ante un ejemplo de comiso subrogatorio o de segundo grado, que en la actualidad se encuentra ausente de nuestro Código Penal.

Sin embargo, una vez más cabe cuestionar la inclusión de una norma de carácter procesal en el Código Penal, que no la oportunidad de la misma. Lo que se pretende con la misma es asegurar el comiso y evitar que el paso del tiempo influya en la pérdida de valor de los bienes decomisados y que genere ingentes gastos de conservación para el Estado, dada la frecuencia y cantidad de bienes que son decomisados -vehículos o embarcaciones, por poner un ejemplo- cuando se trata de delitos de tráfico de drogas y blanqueo de bienes procedentes de estos delitos. Los redactores del Proyecto están intentando asegurar el comiso y reducir gastos al Estado y para ello prevén la venta anticipada.

### **Apartado tercero. Nulidad de actos o negocios jurídicos**

En el apartado tercero del art. 374 PMCP nos encontramos ante una auténtica novedad en el Código penal. En él se le reconoce a los Jueces o Tribunales que conozcan de la causa relacionada con delitos de tráfico de drogas o blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas, la facultad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado su titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los artículos anteriores. Se traspone al ámbito del derecho penal la regla prevista en el derecho civil en el artículo 1.300 CC, puesto en relación con el art. 1.305. CC. Por ello, creemos que debe atenderse a la regulación civil de la nulidad de los contratos para aclarar algunos aspectos oscuros sobre esta posibilidad, en concreto, para dilucidar la protección que deba recibir el tercero de buena fe o el destino del objeto del contrato. Para ello debemos acudir a lo dispuesto en el art. 1.305 CC: “Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del

<sup>38</sup> “Enajenación de los géneros o efectos intervenidos. Artículo 7”, *Comentarios a la legislación penal española. Delitos e infracciones de contrabando*, Tomo III, Ed. Edersa, Madrid, 1983, pág. 450.

contrato, si el hecho constituyese un delito o falta común a ambos contratantes carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido”.

#### **Apartado 4. Destino de los bienes definitivamente decomisados por sentencia**

El destino de los bienes definitivamente decomisados por sentencia se encuentra previsto en el apartado cuarto del art. 374 PMCP en los siguientes términos: “Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado”. La inclusión de la referencia a las ganancias permite despejar las dudas sobre el destino de las mismas que la regulación actual genera. Como ya denunciamos en su día<sup>39</sup>, en el art. 374.4 CP sólo se hace referencia al destino de los “bienes, efectos e instrumentos” y no a las ganancias provenientes de estos delitos, lo que permite sostener, acudiendo a la regulación general del comiso de ganancias contemplada en el art. 127 CP, que el destino de las ganancias de lícito comercio provenientes de los delitos de tráfico de drogas será el de satisfacer las responsabilidades civiles derivadas de los correspondientes delitos. Una vez se apruebe la modificación del art. 374 CP, el destino de las ganancias provenientes del delito será el mismo que hasta ahora tenían los bienes, efectos e instrumentos decomisados en el ámbito de los delitos contra el tráfico de drogas: adjudicación definitiva al Estado pasando a engrosar posteriormente el Fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y blanqueo de capitales relacionados con éstos, previsto en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Vid. AGUADO CORREA, *El comiso*, cit., págs. 168 y 169.

<sup>40</sup> Esta Ley deroga la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, por la que se creó el fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados y la Ley 61/1997, de 19 de diciembre, de modificación de aquella y cuanta disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la nueva ley. En concreto, debe entenderse derogado el RD 864/1997, de 6 de junio, por el que se aprobó el Reglamento del Fondo de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados.