

El «decomiso ampliado» como instrumento para la lucha contra las formas graves de delincuencia

(Extracto de la ponencia)

Prof. Dr. Juan Pavía Cardell

Fiscal, Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Prof. Asociado de D. Penal.

1.- La extensa reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el art. 127 CP el denominado «decomiso ampliado» (*extended confiscation* en su versión en inglés) como un instrumento de supuesta eficacia para luchar contra formas graves de delincuencia, teniendo por tales, al menos, las que aparecen vinculadas a organizaciones y grupos criminales o terroristas –o el terrorismo mismo sin organización– en el sentido en que estas entidades se definen en los arts. 570 bis, 570 ter y 571 ter CP. Merced a esta reforma, el decomiso es ahora una consecuencia accesoria que por su mayor vocación confiscatoria en determinados ámbitos puede tener, desde el punto de vista de prevención general, mayor efecto disuasorio que el que derivaría de la sola conminación penal. El nuevo párrafo segundo del art. 127.1 CP dispone que «El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas». A pesar de los términos abiertos en que la medida viene formulada respecto de cuáles sean los delitos –las “actividades delictivas”– a los que puede afectar –indeterminación que no debe operar en detrimento de su aplicación–, la locución “en el marco de” debe entenderse referida en todo caso –pero no solo– a los subtipos penales agravados por razón de la pertenencia del culpable a las organizaciones o grupos a que se refiere el precepto, a saber: trata de seres humanos (art. 177 bis 6 CP), abuso y agresión sexual a menores de 13 años (art. 183.4 f) CP), prostitución (arts. 187.4 y 188.4 b)), corrupción de menores o incapaces (art. 189.3 e) CP), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.8 CP), contra la propiedad intelectual (art. 271 c) CP), contra la propiedad industrial (art. 276 c) CP), blanqueo de capitales (art. 302 CP), contra la Hacienda Pública (art. 305.1 b) CP), contra la Seguridad Social (art. 307.1 b) CP), tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina (art. 318 bis 4 CP) y contra la salud pública (art. 369 bis y 371 CP). Muchos de esos

preceptos extienden la agravación a las meras “organizaciones” o “asociaciones” –sin más apelativos–, incluso transitorias. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que exista o no una condena autónoma por el propio delito de pertenencia a grupos o organizaciones criminales (arts. 570 bis y 570 ter CP), condena que en ocasiones resultará imposible por el mero juego de las reglas concursales.¹

Esta innovación legislativa es fruto de la transposición parcial y tardía –el plazo expiraba el 15 de marzo de 2007– de la *Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*, aunque el «decomiso ampliado» bien puede considerarse el colofón a una serie de instrumentos normativos que se han ido sucediendo en los últimos años en los ámbitos de actuación de Naciones Unidas, la Unión Europea, la OECD o el Consejo de Europa en busca de una deseable armonización de las legislaciones penales de los estados y de una mayor cooperación entre éstos en la persecución de fenómenos delictivos como el crimen organizado, el terrorismo, la corrupción, el blanqueo de capitales, el tráfico de drogas o la trata de seres humanos, entre otros, cuya cifra de negocio se estima muy considerable. Esa iniciativa global ha desplazado su objetivo en los últimos años a la formulación e implantación a escala internacional de mecanismos legales para la total privación de los productos del delito, que ha pasado a considerarse un instrumento de similar eficacia represiva que la imposición de penas privativas de libertad a los delincuentes. Fruto de esta preocupación es también la llamada a establecer en cada Estado unas oficinas de recuperación de activos procedentes del delito, previsión que también se ha introducido en el ordenamiento español (art. 367 septies LECr, pendiente de desarrollo) al mismo tiempo que el «decomiso ampliado», aunque limitado igualmente al ámbito de la delincuencia organizada.

2.- La regulación del comiso ya había sufrido importantes modificaciones en cuanto a su alcance y contenido –decomiso de valor, decomiso sin pena en casos limitados– mediante la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. La postrera introducción del «decomiso ampliado» ha ido más allá, estableciendo en la ley penal una presunción –*iuris tantum*, se entiende– sobre el origen delictivo de los bienes que no supone una total inversión de la carga de la prueba –a la acusación le corresponde en todo caso probar el afloramiento patrimonial y su desproporción–, aun cuando dicha inversión se declara admisible

¹ Sobre solución a las diversas situaciones concursales véanse las propuestas contenidas en la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por LO 5/2012 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

en varios instrumentos internacionales ratificados por España o incluso se aconseja por instituciones internacionales como el GAFI, siempre que resulte acorde con los principios que inspiran el ordenamiento y el proceso penal de cada estado. No en vano la *Decisión Marco 2005/212/JAI* transpuesta recuerda que el contenido de esta norma, que incluye el «decomiso ampliado», debe aplicarse con pleno respeto al principio de presunción de inocencia (art. 5).

En todo caso la presunción del origen delictivo de los bienes recogida en el art. 127.1 CP debe entenderse compatible con la naturaleza no punitiva del comiso –el sobrenombre de “consecuencia accesoria” no es un refugio semántico o un eufemismo como han querido ver algunos–, lo que permite orillar los problemas que de otro modo derivarían de presumir, aun *iuris tantum*, la existencia de un elemento del delito o de un presupuesto de la pena: el comiso no es formal ni materialmente una pena. De hecho, mucho antes de la reforma operada por la LO 5/2010 la jurisprudencia ya venía admitiendo la posibilidad de acordar el «decomiso ampliado» en los casos de delitos contra la salud pública con las condiciones recogidas en el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998, sustancialmente que se solicite por la acusación y que se practique prueba suficiente en el acto del juicio, lo que de ordinario se llevará a cabo mediante una colección de indicios, entre los que habrá de destacar la falta de justificación por parte del acusado del incremento de su patrimonio. Este acuerdo ha sido seguido, entre otras, por las STS nº 495/1999, de 5 de abril (Prego de Oliver), nº 1176/2000, de 30 de junio (Sánchez Melgar) y nº 1061/2002, de 6 de junio (Maza Martín).

Tampoco puede olvidarse que el incremento injustificado del patrimonio de un sujeto, definido *legalmente* como “renta” en la norma tributaria, puede servir de fundamento a una condena por delito fiscal –para imponer una auténtica *pena*–, toda vez que esa norma extrapenal ha de integrarse en la configuración última del tipo penal. El Tribunal Supremo ha proclamado la total compatibilidad de esa definición de renta con los principios del proceso penal, por más que la misma esté basada, al igual que la presunción introducida en el art. 127.1 CP, en la patente desproporción entre el patrimonio afluente y los ingresos legales conocidos del sujeto, sin que la exigencia a éste de una justificación o explicación alternativa suponga una inversión de la carga de la prueba (por todas, STS nº 274/1996, de 20 de mayo de 1996, Bacigalupo Zapater, y STS nº 2486/2001, de 21 de diciembre, Conde-Pumpido Tourón).

3.- Aunque al día de la fecha no tengo constancia de la aplicación en la jurisdicción penal del específico «decomiso ampliado» del art. 127.1 CP, parece claro que el legislador de 2010 no avistó obstáculo alguno para su aplicación. Ahora, conocido el último Anteproyecto de reforma

del Código Penal de 2013, el prelegislador parece haber confirmado la conveniencia político-criminal de *ampliar* el decomiso al patrimonio de aquellas personas que sean condenadas por delitos que constituyen formas graves de delincuencia, introduciendo con mejor técnica y mayor claridad un nuevo art. 127 bis CP que contiene un catálogo ordenado de delitos –hasta 16 grupos– susceptibles de «decomiso ampliado». Sin embargo, tampoco se trata de un catálogo cerrado, ya que en el último lugar se encuentran de nuevo los delitos –innominados– cometidos “en el seno” de una organización o grupo criminal.