



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL

PROGRAMA DE DOCTORADO
“ESTADO DE DERECHO Y BUEN GOBIERNO”

TESIS DOCTORAL

EL COMISO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL
FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO

MARÍA GRACIELA PAHUL ROBREDO
SALAMANCA, 2013



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
“ESTADO DE DERECHO Y BUEN GOBIERNO”**

TESIS DOCTORAL

**EL COMISO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL
FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO**

Tesis doctoral presentada por María Graciela Pahul Robredo para obtener el grado de Doctor en Derecho, dirigida por el Prof. Dr. D. Nicolás Rodríguez García, Profesor Titular (Catedrático acreditado) de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Fdo.: María Graciela Pahul Robredo

Fdo.: Dr. D. Nicolás Rodríguez García

Gracias a Dios por permitirme llegar a este momento en que mi doble vida a ritmo de Huapango de Moncayo y cobijada por el manto estelar de Castilla y León parece discurrir por vez primera al mismo tiempo. A mis padres, por TODO y por la vida, son mis pilares. A Miguel por ser mi compañero de viaje y apoyo a todas horas, te amo. A mi familia y amigos que han seguido este proceso, por hacer latir mi corazón y por iluminar mi entendimiento, soy afortunada por contar con Ustedes. A Milagros por ser como mi ángel de la guarda. Al Dr. Nicolás Rodríguez García, tutor, amigo y modelo a seguir. Al Dr. Lorenzo Bujosa Vadell por su ayuda en la recopilación de material para la tesis. A la Universidad de Salamanca por ser *alma máter*. Y al Banco Santander por darme la oportunidad de ser su becaria.

Amo la toga, no por los adornos dorados que la embellecen, ni por las largas mangas que dan solemnidad al ademán, sino por su uniformidad estilizada, que simbólicamente corrige todas las intemperancias personales y difumina las desigualdades individuales del hombre bajo el oscuro uniforme de la función. La toga, igual para todos, reduce a quien la viste a ser un defensor del derecho, “un abogado”, a quien se sienta en los sitios del Tribunal es “un juez”, sin adición de nombres o títulos.

PIERO CALAMANDREI

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA	
I.1 Algunas premisas en clave de política criminal.....	19
I.1.1 Internacionalización, mundialización y globalización. Factores que inciden en la política criminal.....	43
I.1.2 Política criminal y su influencia en el ordenamiento legal.....	51
I.1.3 Garantías y política criminal.....	61
I.1.4 Derecho Penal y política criminal.....	74
I.1.5 El proceso penal como instrumento de política criminal: la tensión entre eficacia y garantías.....	83
I.2 Delincuencia organizada.....	89
I.2.1 Concepto.....	97
I.2.2 Características y efectos.....	107
I.2.3 Sanciones.....	116
I.3 Política criminal y delincuencia organizada.....	126
CAPÍTULO II. MARCO NORMATIVO REGULADOR DEL COMISO	
II.1 Consideraciones preliminares.....	137
II.2 La Organización de las Naciones Unidas.....	151
II.2.1 Convenio de Viena de 1998 sobre narcotráfico.....	152
II.2.2 Convenio de Palermo de 2000 sobre delincuencia organizada transnacional.....	163
II.2.3 Convención de Mérida de 2003 contra la corrupción.....	170
II.3 Consejo de Europa.....	176

II.3.1 Convenio de Estrasburgo sobre asistencia judicial de 1959 y sobre blanqueo, seguimiento y decomiso de productos del delito de 1990	185
II.3.2 Convenio de Varsovia sobre blanqueo, embargo y comiso de productos del delito y financiación del terrorismo de 2005.	192
II.4 Unión Europea.	197
II.4.1 DM 2001/500/JAI sobre blanqueo embargo y decomiso de instrumentos y productos del delito.	198
II.4.2 DM 2003/577/JAI sobre ejecución de resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas.	201
II.4.3 DM 2005/212/JAI sobre decomiso de instrumentos y productos del delito.	205
II.4.4 DM 2006/783/JAI sobre reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.	215
II.5 La regulación del comiso en el sistema penal español.	231
II.5.1 Antecedentes legislativos.	232
II.5.2 Régimen jurídico vigente.	261
II.5.3 Legislación <i>pro futuro</i>	275

CAPÍTULO III. TEORÍA GENERAL DEL COMISO

III.1 Concepto.	281
III.2 Distinción de figuras jurídicas similares.	291
III.2.1 Confiscación.	292
III.2.2 Expropiación.	294
III.2.3 Multa.	298
III.2.4 Embargo preventivo.	300
III.2.5 Secuestro judicial.	303
III.3 Sujetos.	306
III.4 Naturaleza jurídica.	312

ÍNDICE

III.5 Objeto del comiso.	338
III.5.1 Efectos.	339
III.5.2 Instrumentos.	342
III.5.3 Ganancias.	344
III.6 La proporcionalidad y la tutela judicial efectiva como principios rectores del comiso.	346
III.6.1 Proporcionalidad.	349
III.6.2 Tutela judicial efectiva.	353
III.7 Modalidades del comiso.	354
III.7.1 Comiso ampliado.	356
III.7.2 Comiso equivalente.	362
 CAPÍTULO IV. RÉGIMEN JURÍDICO PARTICULAR DEL COMISO DE GANANCIAS	
IV.1 Consideraciones preliminares.	369
IV.2 El comiso de ganancias como instrumento de respuesta estatal frente al crimen organizado.	377
IV.2.1 Fundamento y justificación.	394
IV.2.2 Cuantificación de la ganancia.	420
IV.2.2.1 Ganancias netas.	426
IV.2.2.2 Ganancias brutas.	430
IV.3 El sistema de garantías y su aplicación al comiso de ganancias.	435
 CONCLUSIONES.	455
 BIBLIOGRAFÍA.	463

ABREVIATURAS

A.C.	Asociación Civil
art.	artículo
BFD	Boletín de la Facultad de Derecho
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CESEJ	Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas
Cfr.	Confróntese
CIIDPE	Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico
coord.	coordinador
CP	Código Penal
D.	Don
dir.	director
DM	Decisión Marco
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
fasc.	fascículo
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
ICE	Información Comercial Española
Ilmo.	Ilustrísimo
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
núm.	número
ONU	Organización de las Naciones Unidas
pág.	página
reimp.	reimpresión
S. J.	<i>Societas Jesu</i>
Sr.	Señor
ss.	siguientes

TC	Tribunal Constitucional
UE	Unión Europea
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vid.	Véase
vol.	volumen
Vv.AA.	Varios autores

INTRODUCCIÓN

Las condiciones actuales del desarrollo de las nuevas tecnologías y el movimiento globalizador al que asistimos constituyen circunstancias que nos han tocado vivir, sin que podamos mantenernos al margen de sus consecuencias. Aislarnos a tales acontecimientos resulta imposible de todo punto, planteamiento que se repite en sus causas y en sus consecuencias si lo focalizamos con relación a la delincuencia, al menos en sus formas más graves y complejas.

El fenómeno criminal manifestado a través de la actuación de grupos organizados quienes centran sus esfuerzos en generar mayores beneficios, ha adquirido dimensiones cada vez más complicadas de determinar y a las cuales hacer frente con las instituciones y bases jurídicas tradicionales, porque además esos grupos han desarrollado estructuras que les posibilitan ocultar dichos beneficios e incluso integrarlos en la economía legal.

Frente a esta compleja forma de criminalidad el Estado, a través de sus normas y sus instituciones, diseña respuestas que van desde la prevención hasta el castigo de tales conductas. Sin embargo, la dimensión más allá de las fronteras de este tipo de delincuencia ha ocasionado que a nivel supranacional se despierte el interés y la necesidad de asistencia y cooperación entre los países integrantes de la comunidad internacional.

La intervención del patrimonio que la delincuencia genera forma parte del repertorio diseñado para afrontar una delincuencia cada vez mejor organizada y equipada, dedicada a producir cuantiosas ganancias, que eventualmente se destinan a la comisión de nuevos delitos o que son ingresadas al mercado lícito para disfrutarlas en el presente y en el futuro. De aquí deriva nuestra inquietud por realizar este trabajo de investigación que tiene como tema central la figura del comiso como un instrumento de la política criminal para enfrentar el crimen organizado.

Esta tesis doctoral está estructurada en cuatro capítulos. En el primero abordamos el contexto dentro del que se desarrolla la política criminal relativa a la delincuencia organizada y los retos actuales que experimenta el Estado de Derecho el sistema penal, tanto en su parte sustantiva como procesal, tales como la expansión, el populismo o la disyuntiva entre eficacia y derechos fundamentales.

Así mismo dedicamos la segunda parte de este capítulo a la delincuencia organizada como fenómeno potenciado por las condiciones sociales, culturales, históricas y económicas derivadas de la globalización, para concluir describiendo las medidas de política criminal de diversa índole en torno a este tipo de delincuencia.

En el capítulo segundo proponemos un recorrido por el marco normativo del comiso desde la perspectiva de instrumentos internacionales nacidos en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea, para terminar con un recorrido histórico de la legislación española hasta el momento actual, incluyendo el texto legal vigente y la mención de la legislación futura, una vez que el Gobierno ha presentado en la Cortes Generales un nuevo proyecto de reforma del Código Penal.

Aprovechamos este capítulo para resaltar el papel que desempeñan la asistencia y la cooperación internacionales en el combate a la delincuencia organizada de carácter transnacional y proponemos una reflexión acerca de la necesidad de construir una plataforma homogénea en cuanto a la manera de concebir y llevar a cabo el comiso en aras de su efectividad.

INTRODUCCIÓN

Dedicamos el capítulo tercero a analizar las generalidades del comiso, para definirlo, desentrañar su naturaleza jurídica, determinar los sujetos a quienes se puede imponer y precisar los objetos sobre los que puede recaer. También estudiamos las modalidades de *comiso ampliado* y *comiso por valor equivalente*, ambas como expresiones de los esfuerzos por hacer del comiso una figura adecuada a la realidad de la delincuencia.

En este orden de ideas, debemos tomar en cuenta que el comiso, como cualquier otra institución derivada de la ley, debe someterse a principios y garantías tales como la proporcionalidad o la tutela judicial efectiva.

Finalmente, reservamos el capítulo cuarto para profundizar en la figura del comiso de ganancias como instrumento por excelencia para retirar al delincuente los provechos ilícitamente obtenidos. Partimos del principio de que el delito no puede resultar productivo, en el sentido económico de la expresión, y de que se deben evitar y combatir situaciones patrimoniales ilícitas.

Para ello resaltamos la necesidad de conciliar el sistema de garantías con la intervención del patrimonio criminal, así como de establecer el método más conveniente para calcular el monto de las ganancias que serán sometidas a esta medida. No podemos pasar por alto cuestiones como la presunción del origen ilícito de los bienes como situación inherente al combate al crimen organizado, al terrorismo y a la delincuencia económica.

Consideramos que el punto central de esta tesis resulta innovador y de gran actualidad pues la figura del comiso ha alcanzado un desarrollo e importancia sin precedentes, pues hasta hace no más de tres lustros se le concebía como una figura marginal y de escasa trascendencia. Esta situación actualmente ha cambiado de forma sustancial, erigiéndose el comiso como una medida indispensable para el Estado en la lucha contra el crimen

organizado. Y es que de ser una figura secundaria el comiso ha ocupado un papel cada vez más protagónico. Para llevar a cabo este trabajo principalmente realizamos investigación documental de la doctrina y normativa en torno al comiso, a la política criminal y a la situación actual del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal frente al fenómeno de la delincuencia organizada.

Por ello, queremos resaltar que este trabajo pretende, desde una visión integral de un moderno sistema penal, analizar la respuesta estatal frente a la delincuencia económica para evitar que el delito se transforme en un mecanismo de generación de riqueza.

I.1 Algunas premisas en clave de política criminal

La marcada tendencia de los últimos años de la política criminal relativa al combate del crimen organizado ha dado origen a modificaciones tendentes a *expandir* el Derecho Penal¹, que de esta forma puede ser visto como el retrato de un momento determinado del cual se pueden realizar muchas lecturas, tales como el tipo de sociedad, su estructura, sus valores primordiales y la existencia —o no— de una convivencia pacífica entre sus miembros.

El Derecho Penal, tanto sustantivo como procesal, entendido como sistema de control social tiende a la prevención y sanción de las conductas delictivas a través de una estructura en la que prevalecen —o al menos deberían hacerlo— un conjunto de derechos y garantías que deben ser respetadas. Tal vez por eso se afirma que “el Derecho penal surge particularmente como resultado de la necesidad de proteger al hombre del hombre”².

Los individuos estaban cansados de vivir constantemente luchando, sigilosos y siempre con el peligro latente del ataque de uno frente a otro. Parecía que cuando esto

¹ Para profundizar en el tema se puede consultar SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo B de F, 2ª ed. reimp., Buenos Aires, 2006 y posteriores referencias como «El contexto del anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», VV.AA., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao: Universidad de Deusto, 2009. Según el autor esta expansión se materializa en la agravación de las penas, la *flexibilización* de las garantías y su amplia magnitud de intervención.

² OCHOA ROMERO, R. A., *La justificación de la pena*, Porrúa, México, 2010, pág. XVII.

sucedía se gozaba de una etapa de total libertad, y quizá así era pero esta prerrogativa se tornaba inútil porque a cambio de *disfrutarla* había que permanecer en un estado constante de alerta y dispuesto a la batalla a fin de proteger esa libertad supuestamente completa. Por eso, sacrificando parte de ese valor fundamental, los individuos decidieron agruparse en sociedad a fin de garantizar la seguridad y tranquilidad que proporcionaba vivir en grupo. De este modo, se terminaron las batallas en solitario. Se sumaron las porciones de libertad sacrificada y se dejaron éstas a buen recaudo del soberano, nacía entonces el Estado³.

De acuerdo con esta evolución cabe afirmar que más allá del Derecho —y por encima de éste—, se encuentra el Estado, como una estructura capaz de asegurar la defensa del individuo contra el individuo; y no solo por conducto represivo del Derecho Penal, sino a través de todos los recursos e instituciones puestos a su disposición. De modo que si el Estado, legítimo garante de la suma de la libertad obtenida por la adición de las porciones de independencia de los individuos, no lucha para garantizar esa tranquilidad y seguridad, pierde su legitimidad y más aún, su propia esencia.

En este mismo sentido y a pesar de su importancia, no debemos pasar por alto el hecho de que, tanto el Derecho⁴, como las penas y la política criminal ocupan —o deberían ocupar— un lugar secundario en la lucha contra la delincuencia. Debería ser así, pues son el Estado y sus instituciones aquellos a los que debemos considerar como garantes y ostentadores de los instrumentos que sirven no solo para combatir las diferentes formas de delincuencia sino también —y especialmente— para prevenirla. Solo con su funcionamiento adecuado se podrá propiciar una convivencia pacífica, a través de una directriz general que armonice los aspectos más importantes, que aseguren el desarrollo del ser humano en su individualidad y dentro de una sociedad.

³ Cfr. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Ediciones Libertador, Argentina, 2005, págs. 20 y ss.

⁴ Nos referimos a todas las ramas de Derecho en su conjunto, aunque no podemos negar que el Derecho Penal es la parte más conocida o que más impacto genera en las personas.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

El Estado no es más que la creación de un ente supraindividual, instaurado por personas, a costa de sus derechos, pero en beneficio de ellas; dicho de otro modo: un conjunto de individuos forman un Estado, acotando sus libertades y sometiéndose a la autoridad de éste, para salvaguardar y proteger el conjunto de sus derechos. Son estos mismos individuos los que limitan el poder del Estado y los que deciden las normas que constituirán el orden jurídico. Y de ahí deviene la legitimidad de todo el proceso.

Por ello, se dota a esa formación supraindividual de instituciones que contribuyan al fin de salvaguardar y proteger los intereses colectivos, que tengan su punto de partida en los valores individuales, y que establezcan las bases para el desarrollo de la vida común. Todo ello subordinado, claro está, a los valores de la justicia, la estabilidad, la paz, el orden y el bien común.

Bajo este paradigma se establece la obligación del Estado y de sus instituciones para “llevar a cabo una política social progresista que, afectando a los distintos sectores y problemas de la sociedad (educativo, laboral, financiero...), sirva de eficaz antídoto respecto de las causas de la criminalidad”⁵.

He aquí la razón de ser y de existir del Estado, y he aquí su misión: la promoción de todas aquellas actividades que conduzcan al desarrollo integral del ser humano, en su singularidad y como parte del colectivo, privilegiando el respeto de cada uno de sus integrantes.

A pesar de estas afirmaciones, no podemos negar hoy, que el Derecho Penal ocupa un papel protagónico en cuanto a la delincuencia se refiere, ya que es considerado el

⁵ JORGE BARREIRO, A., «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *Actualidad Penal*, núm. 23, 2000, pág. 517.

instrumento estatal por excelencia, implicado en la prevención y combate de aquellas conductas que desestabilizan la convivencia de las personas y que, eventualmente amenazan el correcto funcionamiento de las instituciones y hasta del propio Estado⁶.

Para los efectos de nuestra investigación, proponemos establecer diversos modelos de intervención penal, identificándolos a efectos de estudio con las características específicas que los distinguen entre sí y que corresponden a las múltiples visiones que éstos modelos tienen de dicha intervención.

Nuestra opción no es arriesgada pues generalmente se vislumbran distintos modelos de Estado, asociados a posibilidades de intervención penal. Así, tenemos el modelo *clásico* (que se asocia con un conjunto de garantías y derechos que, bajo ningún concepto, pueden ser vulnerados) y, por otro lado el modelo de la *globalización*, o modelo de distinta velocidad (ambos asociados a una restricción de ciertas garantías, para dar respuesta a dinámicas y problemas sociales)⁷.

También se relacionan modelos de Estado con modelos penales. Así, al Estado social le corresponde un derecho de protección efectiva; al Estado democrático se le asocia con un derecho de protección limitada; y finalmente, el Estado mínimo cuenta con un derecho de máxima intervención⁸.

⁶ En cuanto a la importancia que cobra el Derecho Penal sobre las demás ramas del derecho, afirma ROXIN que “de todos los campos del Derecho es el Derecho Penal el que resulta más conocido y de mayor interés para quienes no son juristas”. Esto debido a la difusión de casos “criminales” a través de los medios de comunicación. Al respecto *vid.* ROXIN, C., «La Parte General del Derecho Penal sustantivo», VV.AA., *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, págs. 19 y ss.

⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, págs. 83 y ss. Afirma el autor que “el Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista”.

⁸ Cfr. MIR PUIG, S., *Estado, pena y delito*, B de F, Montevideo, 2006, págs. 6 y ss.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Otra perspectiva de la visión sobre estos distintos modelos, los divide en tres categorías: garantista, resocializador y de seguridad; cada uno de ellos responde a necesidades específicas y adquiere importancia en un momento histórico-social determinado⁹.

Expuestas estas posibilidades y aunque esta situación no vaya a afectar a la terminología que empleemos, conviene señalar que los distintos modelos de Estado —o de intervención penal— que se proponen se construyen bien a partir del marco de garantías y derechos que están vigentes en un momento determinado, bien en relación con las garantías y derechos que se pretende realzar como los fundamentales para una sociedad, o bien por referencia a los mecanismos a través de los cuales, estos derechos se mantienen vigentes.

En este sentido afirma HASSEMER que “del Derecho penal se puede aprender mucho sobre la vida. Pocas instituciones del Estado y de la sociedad son un indicador tan sensible del espíritu dominante en cada época y de la concepción de la vida y del mundo, como lo es el Derecho penal”. Y esto es así, como continúa afirmando, porque “a través del Derecho penal se pueden leer muchas cosas de cada época: cómo se ha tratado a las minorías, qué vigencia han tenido los derechos humanos fundamentales, el ámbito de aplicación de la Constitución hasta las jerarquías sociales más bajas, la fascinación por el mal y el pánico y la tranquilidad de los ciudadanos y ciudadanas ante la amenaza cotidiana que representan el delito y el delincuente”¹⁰.

Esta descripción del espíritu del Derecho Penal ya nos pone en situación, puesto que

⁹ Cfr. PARRA GONZÁLEZ, A. V., «La orientación político-criminal del proyecto de reforma del Código Penal», VV.AA., *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma al Código Penal*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2009, págs. 14 y ss.

¹⁰ HASSEMER, W., «Los rostros del Derecho penal», *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, núm. 31, 2004, pág. 106.

se trata de una descripción fascinante de lo que refleja el ordenamiento en la vida de una sociedad: en realidad constituye su propia imagen. La ley, principalmente la penal, es, en suma, un instrumento que permite realizar una aproximación a un determinado tipo de Estado, en un momento preciso.

Por ello se afirma que se ha comparado al Derecho Penal “con una especie de instrumental arqueológico o, si se prefiere, antropológico, (ya que) conocer las normas penales por las que se rige una sociedad permite reconstruir ésta”¹¹.

A través del Derecho Penal, se puede apreciar una realidad social concreta. Hacerlo de otro modo, es decir, tratar de adivinar su estructura, inspeccionando sus reglas sin entenderlas, sin captar la intención que muestra el reflejo de la voluntad de los miembros del grupo al que va dirigido, constituiría un error. Para evitarlo, es preciso realizar una radiografía de la realidad, buscando sus bases, sus justificaciones y todos aquellos elementos que la rodean y por los cuales es lo que es.

No existe un valor intrínseco en la legislación. O dicho de otra manera: el ordenamiento no tiene un valor por sí solo. Es al analizarlo, primordialmente en relación al tratamiento de grupos minoritarios, sectores desfavorecidos y prevalencia de derechos, que podremos tener una referencia bastante atinada sobre las garantías primordiales que un grupo social privilegia en un momento determinado. En este momento es cuando adquiere importancia el ordenamiento jurídico, en la medida en que nos permite retratar una realidad, contribuyendo con ello a su desarrollo y funcionamiento.

Esa imagen de los intereses de una sociedad, se proyecta y se mantiene vigente a través de la política criminal. Así las cosas, se ha llegado a afirmar que “la dimensión real de

¹¹ CARBONEL MATEU, J. C., PRATS CANUT, J. M., «Observaciones generales sobre el código penal de 1995», VV.AA., *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999, pág. 67.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

la actual política criminal española carece de adecuados niveles de racionalidad”¹².

Es posible que lo anterior sea cierto, aunque a nuestro juicio, esta aseveración se comprendería mejor si se matizara de acuerdo a la diversidad y al nuevo panorama mundial de interacción. Debemos tener presente que el legislador debe también considerar un conjunto de criterios al momento de llevar a cabo su labor. Tales cuestiones le impiden “libertad absoluta” al redactar el texto legal, pues se encuentran predeterminados por los instrumentos internacionales o supranacionales, la imposición de los modelos imperantes, como la generalización del modelo acusatorio, etcétera¹³. Bajo esos parámetros, resultaría más sencillo captar una realidad y abordarla a través de los principios de la política criminal, sin enfrentarnos a la escasez de raciocinio o a la incongruencia con los baluartes colectivos.

Entendemos que sería más fácil observar que aquello que es razonable para alguna circunstancia específica, no lo es para otra —que resulta incluso similar—, debido a que, cuando nos proponemos estudiar y abordar el comportamiento delictivo, nos topamos con efectos colaterales de muy amplio o muy diverso espectro. No olvidemos, por ejemplo, que la delincuencia organizada, a través de la comisión de delitos económicos, es capaz de desestabilizar el mercado, pervertir a funcionarios de las instituciones que integran el Estado, condicionando en última instancia el desarrollo económico, político, social e institucional de un país.

¹² TAMARIT SUMALLA, J. M., «Política criminal con bases empíricas en España», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en materias Penales*, núm. 3, 2007, A8, pág. 1. El autor afirma que se ha menospreciado el valor de las investigaciones criminológicas al construir y determinar la política criminal, puesto que ésta adolece de elementos como la racionalidad, el hábito de la valoración, las bases dogmáticas y por el contrario recurre a la excesiva punición y al endurecimiento de las sanciones. Por ello, conviene replantear esta política criminal, enriquecida con los aportes de la criminología y victimología, para así evitar el fenómeno expansivo del Derecho Penal.

¹³ Nos ubicamos más allá de las afirmaciones vertidas por KELSEN en el sentido de que la libertad del legislador encuentra su único límite en la Constitución. KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, págs. 13 y ss.

Conviene evaluar al Derecho Penal y a la política criminal no solo desde una perspectiva miope, sino abarcando los diferentes aspectos que pueden —y deben— influir en su estructura y que no constituyen más que una manera de plasmar las necesidades e inquietudes de una colectividad que requiere reglas de convivencia.

De modo que el Derecho Penal es la imagen, hecha ordenamiento, de una sociedad en un momento preciso: al conocer sus normas, podemos saber la forma de vida, los valores y preferencias de la colectividad, la coexistencia estable —o no— de sus integrantes y la inclusión o exclusión de sus grupos minoritarios. En suma, podremos obtener el reflejo de una sociedad y un momento histórico concreto, que se dibuja como un “jardín florido, caracterizado por el rojo de la sangre y el negro del miedo”¹⁴.

En efecto, al ser el Derecho Penal, la parte más sensible del ordenamiento jurídico, constituye también el instrumento más efectivo para percibir las características de la sociedad y las tendencias que el legislador adopta para la satisfacción de las necesidades, o demandas sociales. Aquellas que se perfilan como reclamos del ciudadano, cuya atención por parte de los poderes públicos, se traduce en estabilidad para el gobierno de turno o en votos para el grupo que aspira a estar al frente de ese gobierno.

En la actualidad, si hablamos de un Derecho Penal *moderno*¹⁵ podríamos afirmar que nos encontramos frente a un Derecho en vías de flexibilización. Flexibilización sin

¹⁴ Cfr. HASSEMER, W., «Los rostros del Derecho penal», *op. cit.*, pág. 106. Por supuesto que resulta de esta forma y no podría ser diferente: tal como la imagen de una paleta de un pintor, llena de colores como las flores, enmarcada por la intensidad del rojo y el contraste del negro, que la resalta y la hace parecer aún más colorida. Y eso implica la vida, el conjunto de colores y su combinación: ni toda de colores, ni toda enmarcada por el rojo o el negro, simplemente un abanico de posibilidades, compuesto por toda la gama de tonos existentes, aún el rojo y el negro.

¹⁵ FOFANI, L., «Criminalidad organizada y criminalidad económica», *Revista Penal*, núm. 7, 2001, pág. 56. Se establece que el concepto de Derecho Penal *moderno* ha surgido en contraposición con el de Derecho Penal *clásico*; resaltando la flexibilidad y expansión del primero, frente a fundamentos tradicionales del segundo.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

duda necesaria para poder continuar con la dinámica de crecimiento exponencial que le impone la nueva era de la seguridad. Además, resulta el instrumento por excelencia que se utiliza actualmente para la solución de conflictos sociales¹⁶. No se trata ya, de una respuesta del Estado frente al delincuente; el Derecho Penal se erige actualmente como una herramienta al servicio de la cultura de la protección frente a los riesgos de la falta de control jurídico¹⁷. El Derecho Penal ha dejado de ser solo represivo para convertirse también en constitutivo.

A su lado, el Derecho Procesal Penal también se moderniza¹⁸ aunque en ocasiones se afirma que en cuestiones como la lucha contra el crimen organizado esta modernización implica una *constante restricción* de sus principios¹⁹. Se observa una *flexibilización* de sus

¹⁶ Vid. RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía al Derecho Penal de cinco vías?», VV.AA., *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 193 y ss.

¹⁷ Cfr. BECK, U., «Retorno a la teoría de la sociedad de riesgo», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, núm. 30, 2000, págs. 10 y ss. Para el autor y como referencia para este trabajo, es importante resaltar que la seguridad no es sinónimo de destrucción; se trata más bien, de una amenaza, es decir, una realidad virtual y/o virtualidad real, que se entiende en la medida en la que se materializa el riesgo, es decir, se hace previsible. El riesgo entonces se aprecia como un peligro que eventualmente puede ser real. En este sentido, se invierte el proceso secuencial del pasado, presente y futuro; ya no decidimos en virtud de la experiencia del pasado, sino que construimos nuestro mundo pensando en un futuro abstracto e imaginario, que previsiblemente no corresponderá con la realidad. Entre más amenazas percibimos, más trepidante hacemos el presente. Por otra parte, los riesgos implican una percepción de cálculos estadísticos, acompañada también de predeterminaciones culturales, sociales y políticas, por lo que pueden considerarse como juicios calculados matemáticamente pero al mismo tiempo juicios de valor, acompañados del instinto de supervivencia del ser humano y sobre todo de la suposición de que aquellos que generan esos riesgos, son los mismos que nos protegen de su eventual materialización. El autor afirma que: “cuanto más intentamos «colonizar» el futuro con la ayuda de la categoría de riesgo, más se escapa a nuestro control”. Esto puede ocurrir también con el Derecho Penal, que se expande en aras de evitar tales riesgos, pero que cada vez se encuentra más lejos de llevarse a cabo efectivamente; en otras palabras, que el Derecho Penal padece cada vez más de *déficit de realización*, según HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 32.

¹⁸ Tal característica lo categoriza como el Derecho Procesal propio del Estado de Derecho a través del cual se *consagra* el principio de presunción de inocencia y se garantiza el respeto a los derechos fundamentales de cualquier persona *frente al poder punitivo del Estado*. MUÑOZ CONDE, F., «De la prohibición de autoincriminación al Derecho Procesal Penal del enemigo», VV.AA., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, vol. III, Coimbra, 2009, págs. 1013 y ss.

¹⁹ Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo», *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004, págs. 43-50.

principios para poder responder a las nuevas condiciones del acontecer cotidiano plagado de *riesgos*.

Los riesgos a los que nos referimos, implican la proyección de algo que podría llegar a acontecer y constituyen una previsión de lo que podría ocurrir. Para evitar esta realización negativa y partiendo siempre de la realidad material que vivimos, se realiza un pronóstico de los escenarios que puedan producirse y que el ordenamiento jurídico debe contemplar a fin de poder evitarlos.

Hablamos de posibles realidades virtuales, que se perciben a través de la proyección de los acontecimientos. Y que nos permiten tener algunas perspectivas sobre el porvenir. En relación con estos pronósticos se dice que “es imposible predecir el futuro, pero si podemos temerlo”²⁰. Este vaticinio resulta preocupante y nos alerta sobre los peligros que puede traer consigo el conjunto de acontecimientos de toda índole, de los cuales queremos protegernos, pero que al mismo tiempo desconocemos de modo que nuestro intento de protección resulta muy debilitado por no decir fallido.

Mostrar cautela en el momento de observar la realidad y de prevenir riesgos, es la exigencia de la política criminal de nuestros días, la misma que dirigirá el rumbo de las decisiones en materia penal. Esta política se construye en torno a la protección de aquellos bienes que se consideran como fundamentales, sin poder negar que, actualmente, la seguridad constituye uno de ellos.

Esta protección frente a los riesgos —que se tornan ante nuestros sentidos más intimidantes por la cobertura mediática y la tecnología de la comunicación, que nos sitúa en cualquier punto del planeta de inmediato y en tiempo real— se advierte a través de

²⁰ MIR PUIG, S., *Estado, pena y delito*, op. cit., pág. 8.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

normas que pueden adquirir dimensiones con “alcance casi omnicompreensivo”²¹. Tal tendencia puede conducir a la extensión de la tutela de bienes de menor relevancia y generar desequilibrio en el sistema de sanciones.

Por otra parte, esta sensación de amenaza, traducida en riesgo, conocida como seguridad, se ha considerado, como un derecho fundamental²². Esta apreciación ha trastocado la concepción de todo el sistema de derechos fundamentales. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, “la consideración de la seguridad como un derecho fundamental ha modificado el modo de entender el resto de los derechos y principios político-criminales”²³.

Resulta de este modo que la seguridad considerada desde ese punto de vista extiende el concepto de lo *fundamental* hasta terrenos más extensos y novedosos, que resultan difíciles de categorizar y concebir, como usualmente se hace con el resto de los derechos fundamentales.

Estas nuevas perspectivas sobre la seguridad y la tendencia a que el Derecho Penal sea el mecanismo encargado de tutelarla, trae aparejado necesariamente un efecto dimensional que se considera expansivo en extremo.

Consecuentemente este alcance se convierte en un elemento multiplicador de las disposiciones legales, puede producir resultados no deseables, como el surgimiento de un alto número de ilícitos penales, el endurecimiento de las penas, o peor aún su desproporción generando con esto un trastorno importante en la equidad de las penas y la relativización de la percepción de las conductas más graves. Situación ésta, si cabe más

²¹ PALAZZO, F., «Principio de última ratio e hipertrofia del Derecho Penal», VV.AA., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 433.

²² Vid. OTERO PARGA, M., *A seguridade no Dereito*, Colección Dereito nº 15/2003, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 2003.

²³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El contexto del anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *op. cit.*, pág. 16.

grave todavía, en una sociedad como la actual en la que no solo vivimos una gran crisis económica, sino también una importante crisis de valores²⁴. Concretamente en España podemos observar este fenómeno al observar las reformas operadas por el Código Penal o el espíritu que prima en el proyecto de creación de un nuevo proceso penal²⁵.

Al modelo moderno de Derecho Penal —tanto en la vertiente procesal como en la sustantiva— que además se encuentra en pleno desarrollo, se le atribuyen las características —cada vez más evidentes— de ser *flexible, dinámico y complejo*²⁶; calificativos que resultan muy atinados y al mismo tiempo inquietantes. Si reflexionamos un momento, y consideramos que, a través del Derecho Penal, buscamos el equilibrio para el desarrollo de una convivencia social estable, resulta paradójico que podamos obtener tal resultado a través de un ordenamiento que tiene ese cariz de volatilidad.

Y es que el positivismo jurídico nos ha enseñado en repetidas ocasiones que la misión fundamental del ordenamiento jurídico es, además de la legalidad, asegurar la certeza y la seguridad, valores éstos de muy difícil cumplimiento si consideramos las numerosas reformas que se suceden, sin mucho orden y concierto, y que acaban desdibujando el modelo que originariamente —y de manera equilibrada y proporcionada— se plasmó en los códigos promulgados.

Paradójicamente, estas cualidades pueden resultar los motores adecuados para que el Derecho Penal se mantenga vigente y corresponda realmente al acontecer de la vida en

²⁴ En este sentido *vid.* OTERO PARGA, M., *Valores Constitucionales*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2001.

²⁵ Al respecto *vid.* ARMENTA DEU, T., «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», *Poder Judicial*, núm. 41-42, 1996, págs. 53-86. La autora refiere las tendencias que parecen comunes a los ordenamientos procesales europeos, que se caracterizan por una reducción de garantías. En el mismo sentido MORENO CATENA, V. M., «El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma», VV.AA., *Sistemas Penales Europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, Madrid, 2002, págs. 13-62.

²⁶ VV.AA., *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 21.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

sociedad. Lo cual muestra —o al menos hace dudar en el mejor de los casos— la imprudencia de considerar al Derecho únicamente desde la visión *iuspositivista*, sin conceder valor alguno a la *iusnaturalista*, mucho más flexible en este tipo de cuestiones²⁷.

Por desgracia, se concibe al Derecho Penal *moderno* como un sistema que se opone rotundamente al Derecho Penal *clásico*, en cuanto a tutela de garantías se refiere. En esta concepción, se considera que en el Derecho Penal ligado con lo clásico o liberal, se respeta un sistema de garantías que no están sujetas a menoscabo o modificación, mientras que, en el Derecho Penal asociado a la modernidad se resalta una flexibilidad que ha implicado la merma de tales derechos, surgiendo dudas y disputas en cuanto al contenido esencial de los derechos, los límites a las restricciones que puedan establecerse a los mismos y los órganos competentes para acordarlas, supervisarlas y controlarlas.

Tal parece que fuéramos capaces de vislumbrar un sistema eminentemente garantista frente a otro sistema que restringe garantías, al amparo de la satisfacción de las necesidades de seguridad que reclaman los individuos²⁸. Ambos sistemas se conciben ajenos y perfectamente separados el uno del otro, divididos por una frontera clara. Sin

²⁷ Las corrientes *iuspositivistas* son menos axiológicas que las *iusnaturalistas*, es decir muestran en general menos preocupación por la necesidad de la existencia de valores en el Derecho. Precisamente por eso su valor estrella es la legalidad. Esto es lógico teniendo en cuenta que para el *iuspositivismo* solo es derecho el ordenamiento jurídico vigente en un país en un momento dado. No importa su contenido, solo importa que este ordenamiento tenga las condiciones formales necesarias de elaboración y promulgación. Con este punto de vista relegan muy por detrás otros valores primordiales como la justicia o la dignidad. Consecuentemente dan prioridad a la certeza y la seguridad porque son los valores que dependen directamente de la legalidad, esto es de la norma escrita promulgada por el Estado. Pero la situación actual está produciendo muchas leyes constantemente, y no solo eso sino que además las promulga en los conductos más extraños y diversos posibles. De esta manera los obligados no conocemos las leyes que nos obligan pues esto resulta imposible dada su gran cantidad y su constante cambio. Con lo cual la paradoja de la legalidad, de la certeza y de la seguridad quiebran en la realidad de las cosas. Por eso postulamos la importancia de volver la mirada hacia el pensamiento *iusnaturalista* que es mucho más flexible al atender fundamentalmente a la justicia.

²⁸ En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS afirma que “el debate social y jurídico sobre la política criminal contemporánea no oscila entre los polos de más o menos garantismo, sino sobre los modelos más eficaces de prevención de la delincuencia”. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, págs. 49 y ss.

embargo, esto resultaría muy difícil, en realidad, si se pudiera hablar de una distinción entre ambos, coexistirían combinándose en el ordenamiento legal.

FERRAJOLI evoca el concepto de garantismo como “una palabra nueva que se ha ido introduciendo poco a poco” y que implica “un modelo de Derecho, no sólo de Derecho Penal, sino de Derecho en general, orientado a garantizar los derechos subjetivos”²⁹. Frente a esta perspectiva, afirma LARRAURI que no es dable considerar que cualquier opción alternativa a la intervención del Derecho Penal implique por sí sola *ausencia de garantías*, por ello y para poder valorarla “debería mostrarse en concreto cuáles son las garantías a las que se renuncia y cuáles son las ventajas (y) qué soluciones alternativas aportan a cambio de esta disminución”³⁰.

Confrontar así al Derecho Penal *moderno* y al *clásico* resulta desmedido para nuestro gusto, porque equivale a negar al ordenamiento legal de nuestros días todo respeto a las garantías y a los derechos que han sido conquistados a través del tiempo y de la experiencia³¹. Esto, empobrece el concepto mismo del Derecho Penal.

Bien es cierto —tal como ya lo profundizaremos más adelante— que, a día de hoy, los ordenamientos jurídicos han sufrido un crecimiento significativo, en un intento por estar a la altura de la dinámica de vida actual. Esta situación es consecuencia clara del desbordamiento de las fuentes del Derecho tan en boga en nuestros días desde todos los

²⁹ FERRAJOLI, L., *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, Ubijus, México, 2010, pág. 16.

³⁰ LARRAURI, E., «Criminología crítica: abolicionismo y garantismo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 50, fasc. 1, 1997, pág. 133.

³¹ No podemos pretender un proceso de “modernización” del Derecho Procesal y Penal simplemente con base en una necesidad de eficiencia a toda costa. RODRÍGUEZ GARCÍA resalta dos características fundamentales al referirse a la justicia italiana “primera, que ninguna de las partes procesales debe tener posición de dominio sobre la otra, y segunda, que la economía procesal es, en efecto, un valor a proclamar y a favorecer, pero nunca debe ser considerado como un valor absoluto que tiene que ser perseguido a cualquier precio”. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal español*, Bosch. Barcelona, 1997, pág. 48.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

puntos de vista³².

En ocasiones, este crecimiento del Derecho se percibe como una enfermedad que debemos remediar: “la terapia contra esta disfunción del Derecho Penal puede ser variada, dependiendo del ángulo político-criminal desde el que se afronte el problema”³³.

Se ubica como causa de esta tendencia expansiva del Derecho a la realidad de nuestros días, así “las causas de este fenómeno hay que buscarlas en complejos procesos sociales”³⁴. Probablemente habría que resaltar que influyen factores políticos, económicos, tecnológicos y culturales entre otros. Naturalmente que el ordenamiento jurídico responde a todas estas condiciones.

El incremento de volumen del sistema normativo no es razón suficiente para negar toda posibilidad de que los ordenamientos carezcan de una base de respeto a los derechos y principios básicos, que siguen siendo sus pilares, pero que van sufriendo transformaciones ante los nuevos fenómenos delictivos.

Entonces ¿cuál es la misión del Derecho Penal? GRACIA MARTÍN asevera de forma contundente que “la protección de bienes jurídicos es la única tarea que puede serle encomendada al Derecho Penal”³⁵; y en ese mismo sentido se pronuncia RAMÓN RIBAS, al afirmar que la función del Derecho Penal es únicamente “la tutela de bienes jurídicos, función ésta que pretende realizarse, ciertamente, mediante la prevención de conductas que

³² Vid. PÉREZ LUÑO, A., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011.

³³ PALAZZO, F., «Principio de última ratio e hipertrofia del Derecho Penal», *op. cit.*, pág. 434. Además el autor concluye que la hipertrofia del Derecho Penal no solo se puede atribuir al ámbito político criminal, “sino que repercute en principios fundamentales como el de ultima ratio y provoca incluso transformaciones de carácter epistemológico”.

³⁴ *Ibidem.*, pág. 433.

³⁵ GRACIA MARTÍN, L., «Globalización económica y derecho penal global», VV.AA., *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pág. 369.

lesionan o ponen en peligro aquellos bienes jurídicos”³⁶.

Al cumplir tal misión, podría decirse, sin temor a la exageración, que el Derecho Penal ofrece una fotografía de la realidad de un país, de modo que a través de sus disposiciones se puede percibir la relación que el mismo tiene con otros países, basada, muchas veces, en los valores que se consideran como fundamentales y merecedores de tutela penal.

Y en este vaivén de la convivencia social y de las demandas del ciudadano, se hace patente el desarrollo de un Derecho Penal que se vaya transformando a fin de proporcionar respuesta a las reivindicaciones sociales, adoptando distintos *rostros*: malo, limpio, terapéutico, amenazante y protector³⁷. Un Derecho Penal que, incursionando cada vez más en las circunstancias o aspectos del entramado social, pueda llegar a desarrollarse alcanzando rincones poco explorados, o aún desconocidos, para todas las demás ramas del Derecho. Una vez más, se prueba con ello el carácter histórico del Derecho. Carácter que le confiere razón de ser en el sentido de que alejado de esta realidad, el Derecho se convierte en una ficción sometida a contornos excesivamente rígidos.

En esta tesitura, se habla de una huida al Derecho Penal, o un efecto *prima ratio*,

³⁶ RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, pág. 180.

³⁷ En este caso, se identifica a cada “rostro” del Derecho Penal con las características de un momento determinado, como reflejo de una realidad concreta. Todos éstos surgidos, según HASSEMER de la historia conjunta de colaboración entre los españoles de la etapa post-franquista y la escuela alemana de Frankfurt, hacia finales de los años setenta. A veces también nos parece, que al reflexionar sobre las distintas caras que asume el derecho, algunas aparentemente se contraponen, pero que a veces parecen mezclarse unas con otras. Así, el autor califica como hermanastros los rostros *terapéutico* y *amenazante* advirtiéndonos sobre el peligro de considerar la utopía del proceso como terapia y el extremo de la coacción; por otro lado, nos explica que el *rostro malo* se caracteriza por la dura praxis del Derecho Penal y se materializa por ejemplo en el sistema carcelario, frente al *rostro limpio* que se centra en la dogmática penal; y finalmente nos presenta el *rostro protector y garantista* que abarca la totalidad del Derecho Penal entendido como un sistema de seguridad y garantías y lo considera como la perspectiva esperanzadora del mismo. HASSEMER, W., «Los rostros del Derecho penal», *op. cit.*, págs. 108 y ss.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

como característica de una sociedad moderna de riesgo, que tiende a propagar el Derecho Penal a través de la protección de bienes jurídicos supraindividuales y delitos de peligro abstracto.

Este escape hacia el Derecho Penal se ha transformado en lo que se percibe como “una sociedad en la que se amplía el concepto de delito a cualquier tipo de molestia o incivildades”³⁸; y puede ser cierto que en aras de obtener máxima protección, hayamos entrado en una dinámica inflacionaria de las conductas consideradas delictivas.

En el mismo orden de ideas, se dice que “la tendencia hacia una hipertrofia del Derecho Penal está presente en gran número de países con elevadas tasas de progreso ecológico e industrial”³⁹.

Símbolo de estos tiempos en el Derecho Penal, resulta ser también la marcada tendencia hacia la ampliación del catálogo de penas en el ordenamiento jurídico y principalmente, respecto de la pena de prisión, que ha experimentado un aumento en su uso y en su duración. Tendencia que, por otro lado, camina paralela a la experimentada en otras ramas del conocimiento jurídico que han ido poco a poco complicando su existencia mediante la hipertrofia del sistema.

En este sentido se ha establecido el concepto de *populismo punitivo*⁴⁰, caracterizado por llevar a cabo un aumento de las penas como medida para reducir el índice de

³⁸ LARRAURI, E., «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, pág. 16. Así mismo, la autora continúa afirmando que esta imagen de las ansiedades en el ámbito de la delincuencia, solo es reflejo de las ansiedades sociales, lo que trae como consecuencia que se sancionen nuevas conductas *molestas* y permiten que otras actividades *más que molestas* permanezcan sin castigo o por lo menos con bajas penalidades.

³⁹ PALAZZO, F., «Principio de última ratio e hipertrofia del Derecho Penal», *op. cit.*, pág. 433.

⁴⁰ *Cfr.* LARRAURI, E., «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», *op. cit.*, págs. 15 y ss. La autora establece como principal herramienta del populismo punitivo el encarcelamiento y como su principal incentivo la obtención de ganancias electorales.

delincuencia. Dentro de esta corriente se asocia la pena como un mecanismo de identidad o de consenso moral colectivo, es decir, que se encuentra un punto de identidad entre los miembros de la colectividad y su juicio de valor sobre los actos que se deben castigar. Al lado de estas reflexiones, también se establece que este populismo punitivo tiene un propósito de beneficio electoral. No podemos negar que una de las promesas de campaña de los candidatos a desempeñar cargos públicos usualmente tiene que ver con el combate a la delincuencia y la mitigación de la sensación de inseguridad del ser humano.

Sin embargo, ya anticipa SILVA SÁNCHEZ que tanto el efecto de lo que algunos consideran populismo punitivo y que él caracteriza como expansión del Derecho Penal, como la agravación de las sanciones y el aumento de la intensidad de la intervención policial “dentro y fuera del proceso penal”, consisten en la restricción de las libertades públicas y además cuestiona si este *sacrificio* de libertades compensará frente a la eventual eficiencia de esta tendencia populista⁴¹.

Las medidas que abarca el fenómeno del populismo punitivo resultan, a nuestro juicio, perjudiciales para el orden jurídico, pues éste no puede someterse a estrategias políticas, ni convertirse en estandarte de ningún candidato o partido político. El ordenamiento legal, y específicamente el Derecho Penal, no pueden —ni deben— transformarse en tácticas para obtener votos, puesto que, en ese caso las decisiones en la materia, más que fundarse en los principios dogmáticos y de política criminal, servirían para satisfacer el gusto popular implicando con ello un indeseable fenómeno de rentabilización electoral del Derecho.

Además, si se abusa del populismo punitivo, existe el riesgo de reducir el Derecho

⁴¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El populismo punitivo», *Escritura Pública*, núm. 55, 2009, pág. 15. La respuesta a esta interrogante que nos plantea no parece sencilla. De nada sirven estas medidas penales si no van acompañadas de un conjunto de medidas de prevención y de un sistema eficiente en la investigación y sanción de los delitos, en el que la impunidad sea la excepción y no la regla.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Penal a una función simbólica. En relación con este problema debe tomarse en cuenta la opinión de ZUGALDÍA ESPINAR cuando afirma que “debe reconocerse sin complejos la función simbólica del Derecho Penal”, puesto que “es frecuente la utilización del Derecho Penal para acallar las peticiones que se le reclaman al poder desde la opinión pública o desde ciertos sectores de la misma”⁴².

Reconocer, sin miedo, la utilidad de la función simbólica del Derecho, sin convertirla en su único objetivo, puede resultar positivo, toda vez que va dirigida a transmitir a la sociedad mensajes valorativos —*efecto integrador*— que incidan en la conciencia de sus miembros —*efecto expresivo*—⁴³; pero sin manipularla para fines electorales o de cualquier otra índole, porque esto sí podría implicar la contaminación del Derecho Penal.

Al tenor de las reflexiones que venimos realizando, se concluye que “la política criminal está ahora destinada a cumplir la función simbólica de calmar el miedo de la gente, suerte de bálsamo que tranquiliza en la medida que neutralice las fuentes del miedo”⁴⁴. Y esto porque no podríamos asumir la función simbólica del Derecho Penal, sin admitir la función simbólica de la política criminal en la que éste se basa; ambos —Derecho Penal y política criminal—, corren la misma suerte. No podríamos entender que ambos fueran por direcciones diferentes.

Muy al contrario, frente a este punto de vista y desde una perspectiva opuesta, se afirma que “esta visión actual del Derecho Penal como único instrumento eficaz de pedagogía social y de civilización, con arrinconamiento de su naturaleza de ultima ratio,

⁴² ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?», *Cuadernos de política criminal*, núm. 79, 2003, pág. 115. De esta forma, afirma el autor, se puede aprovechar para transmitir la exigencia de actuar en nuevos ámbitos de delincuencia.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ PARRA GONZÁLEZ, A. V., «La orientación político-criminal del proyecto de reforma del Código Penal», *op. cit.*, pág. 14.

viene motivada en que el legislador, por una parte, ha demostrado una clara disposición a convertir en delito cualquier problema social. Por la otra, la obsesiva búsqueda de un ordenamiento eficaz es una de las principales causas de una legislación motorizada”⁴⁵.

Efectivamente, debemos encontrar el justo equilibrio; no se puede reducir el Derecho Penal a una función meramente simbólica, pero tampoco se le puede privar de este carácter.

No obstante lo anterior, es cierto que en la actualidad se recurre cada vez más a utilizar el Derecho Penal como emblema de campañas políticas en la competencia por obtener mayor número de votos. Las campañas políticas están impregnadas por una propensión al endurecimiento de las penas y al uso excesivo de la pena privativa de libertad. Estos procesos, generan la percepción de un Derecho Penal protagonista y ensombrecen su carácter de último recurso, transformándolo en la rama de Derecho más conocida y por ello, más socorrida.

Pero no es suficiente con que se requiera la intervención del Derecho Penal, después de haber recurrido a todas las instancias y mecanismos que le anteceden y que lo erigen como último recurso, sino que es indispensable que además tanto la intervención como la sanción que se impongan resulten apropiadas y equitativas.

Así las cosas, y tratando de describir la realidad, coincidimos con quienes afirman que “a la vista de los grandes problemas que amenazan la sociedad, en el actual discurso político el Derecho Penal no vale tendencialmente como *ultima*, sino como *prima* o incluso

⁴⁵ PÉREZ CEPEDA, A. I., «El código penal de la seguridad. Una involución en la política criminal de signo reaccionario», VV.AA., *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2006, pág. 225.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

como sola ratio”⁴⁶. Y es que, tal parece que el Derecho Penal haya absorbido el contenido de todo ordenamiento y rama de la ciencia del Derecho.

Pese a ello, no podemos por menos que avisar de ese problema para tratar de evitar esta tentación. El Derecho Penal no debe invadir áreas destinadas a otras ramas, so pena de perder su principal característica de razón última. De hacerlo así, éste perdería también su imperio como garante de bienes jurídicos de especial valor para la sociedad y que merecen la tutela del Estado a través del ordenamiento penal.

No debemos perder de vista que una huida hacia el Derecho Penal en cualquier momento se puede transformar en una huida del Derecho Penal.⁴⁷ Se produciría la consumición por saturación. Sería así porque no se podrían evitar las detestables consecuencias que puede traer aparejado un sistema en el que existan incongruencias en la estructura del ordenamiento jurídico. La principal y peor consecuencia de esta situación se podría concretar a nuestro juicio, en una falta de protección de aquellos intereses que son trascendentes para los ciudadanos y —que dicho sea de paso—, legitiman al Estado, al mismo tiempo que delimitan su poder.

⁴⁶ HASSEMER, W., «Perspectivas del Derecho penal futuro», *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, 1998, pág. 38. En este mismo sentido *vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual», *Revista Xurídica Galega*, núm. 37, 2002, págs.44 y ss.

⁴⁷ Ante la saturación y el desbordamiento de los tribunales, se alzan voces que reivindican medios alternativos de solución de conflictos como el arbitraje, la mediación o la priorización del principio de oportunidad y justicia negociada, como medidas que además de descargar el sobrecalentamiento de la estructura de la Administración dedicada a la impartición de justicia, guiándonos a los que se ha denominado *justicia reparadora o restaurativa*. Al respecto *vid.* CALVO SÁNCHEZ, M. DEL C., «El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 27, 1995, págs. 213-244. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CONTRERAS ALFARO, L. H., «Algunas reflexiones acerca de la utilización del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en el diseño del Derecho Procesal Penal del siglo XXI», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2006, págs. 53-106. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., FERNANDES ANDRADE, F., «Análisis crítico de la posible utilización del principio de oportunidad en el enjuiciamiento penal de los delitos de corrupción», *Justicia: Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2012, págs. 253-322. OTERO PARGA, M., «Ventajas e inconvenientes de la mediación», VV.AA., *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 144-157.

No cabe duda de que la función esencial del Derecho —en este caso específico del Derecho Penal—, es la custodia de aquellos valores que una sociedad considera fundamentales. Pero ¿cómo debe abordar todo esto el Estado?⁴⁸ ¿Cómo protege el Estado sus valores más importantes? ¿Cómo legitima su poder por medio del establecimiento de sus fines y no solo por el uso de sus medios?

Plantaremos la cuestión con otras palabras. El Derecho Penal encuentra su justificación en la medida en la que se anticipa y genera la prevención del delito, actúa en el momento de la comisión de éste para enjuiciar y sancionar al autor o autores y finalmente impide que las personas intenten justificar la autotutela, o lo que es lo mismo, quieran hacer justicia por su mano.

Y es que no debemos olvidar que “el Derecho penal es ciertamente un medio violento de represión, pero también un instrumento de garantía de libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia”⁴⁹. El ordenamiento penal no es una fórmula definitiva de solución a todo, pero sí es necesario para el desarrollo de la vida equilibrada de la colectividad y por tanto, es preciso delimitar sus límites y funciones so pena de que lejos de cumplir su función principal que es la de coadyuvar en el fortalecimiento del Estado del Derecho, se convierta, por abuso, en su principal enemigo.

El problema no es de poca envergadura. Actualmente el Derecho Penal ha extendido sus alcances a disciplinas y circunstancias que antes hubiera sido imposible

⁴⁸ Cfr. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., «Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional», *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, 2008, págs. 4 y ss. El autor afirma que el Derecho Penal se justifica en la medida en que propicia la paz social o por lo menos reduce la violencia dentro de la colectividad. En este orden de ideas, podríamos concluir que justamente por eso el derecho hoy necesita reinventarse y demostrar que cumple con ese objetivo de prevenir el conflicto y si éste ha surgido, de solucionarlo a través de la negociación, en otras palabras, es momento de reivindicarse. Tal parece que a día de hoy ni se previene, ni se combate ni se sanciona el delito, sobre todo tratándose de la delincuencia económica que parece estar siempre un paso —o muchos pasos— por delante de la aplicación de la ley.

⁴⁹ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, op. cit., pág. 21.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

imaginar, propagándose hasta llegar a terrenos de la realidad humana, muy áridos o de difícil acceso o aplicación, tales como el deporte, la fabricación y distribución de productos en mercados virtuales, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático, genético, el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas. Circunstancia ésta, que ha puesto de relieve TAMARIT SUMALLA, advirtiendo que debido a la complejidad que implica la determinación del contenido de estos aspectos novedosos, se hace alusión a la “ciencia y arte de prevenir la delincuencia a través del Derecho Penal”⁵⁰; afirmación que parece sencilla, pero que, con una intencionalidad casi inocente, nos hace ver la gran dificultad que encierra hoy en día fijar sus márgenes, no solo desde una perspectiva científica sino también como “virtud, disposición y habilidad para hacer algo”⁵¹. Nos encontramos ante conceptos casi indeterminados que plantean grandes dificultades de acotamiento, como sucede siempre que éstos aparecen.

Precisamente, en la determinación de lo que es esta disposición científica, nos enfrentamos a una encrucijada entre represión, garantías y seguridad. Arribamos pues, a una etapa en la que se reinterpretan las garantías relativas a la concepción tradicional del Derecho Penal, tanto sustantivo como procesal⁵², asociada al nacimiento de bienes jurídicos que anteriormente no existían, el crecimiento de los espacios de riesgo y su protección, la flexibilización de las normas concernientes a la imputación, el surgimiento de nuevos tipos penales y una agravación de las penas; circunstancias todas ellas que aseguran una propensión expansiva del Derecho Penal, abiertamente contradictoria con la tendencia

⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Política criminal con bases empíricas en España», *op. cit.*, pág. 2.

⁵¹ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=arte> consultado por última vez el 15 de septiembre 2013.

⁵² Para analizar una visión del Derecho Procesal como un instrumento de la política criminal se puede consultar FERNANDES ANDRADE, F., *A processo penal como instrumento de política criminal*, Almedina, Coimbra, 2001. El autor refiere que la política criminal no debe entenderse como un instrumento de combate o de guerra contra el individuo sino como estrategia de naturaleza jurídica que vincula una serie de principios que delimitan el espacio de la intervención del Estado frente al delito. La política criminal puede considerarse como *la sabiduría legislativa del Estado*.

mínima del Derecho⁵³.

Pensando bien las cosas y aunque quizá no se trate de polos opuestos —al referirnos al Derecho de mínima intervención y al Derecho expansivo—, podemos estar enfrentado la inevitable evolución originada por la dinámica social, cultural, tecnológica y en general, a la realidad de lo cotidiano; sin que, por un lado, prescindamos de la garantía que constituye el propio ordenamiento en sí mismo, y por el otro, nos apartemos totalmente de los principios clásicos del Derecho Penal.

Podría ser así porque al lado de estas concepciones expansionistas y de rostros del Derecho Penal, también se va construyendo una idea sobre la internacionalización o globalización del Derecho⁵⁴, que hasta incluso podríamos llamar mundialización que emerge con fuerza en la actualidad sin que parezca posible frenarla. Es así, porque el Derecho no debe considerarse como un “fenómeno de un ámbito estatal contrapuesto a las corrientes internacionales”⁵⁵.

Por el contrario, el Derecho, Penal en general y la política criminal en particular, tienen una vertiente supranacional cuya nota distintiva parece ser un punto de convergencia entre ordenamientos y circunstancias nacionales, que unidas constituyen lo

⁵³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., págs. 4 y ss. El autor afirma que esta concepción *minimalista* es defendida por la Escuela de Frankfurt y consiste en la defensa de un modelo caracterizado por la “restricción a un *Derecho penal básico* que tuviera por objeto las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad, a la vez que abogando por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de responsabilidad y el proceso”. Además, al hablar de reinterpretación el autor lo hace como sinónimo de restricción, refiriéndose a la tendencia de la legislación actual relativa a la aparición de novedades en el catálogo de delitos y al recrudescimiento de los preexistentes.

⁵⁴ VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho Penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2005, pág. 2. Se establece que la Unión Europea constituye el eje generador y potenciador de esta internacionalización a través de la cooperación internacional y la acogida de ciertas normas penales. Y ciertamente, Europa constituye el manantial más caudaloso de la cultura de la cooperación y unificación en el derecho.

⁵⁵ MIR PUIG, S., «Constitución, Derecho penal y globalización», VV.AA., *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 5.

que se ha dado en llamar una “gramática internacional y ¿universal?”⁵⁶ que acredita una vez más la realidad tantas veces recordada que une al Derecho con la sociedad y sus cambios.

I.1.1 Internacionalización, mundialización y globalización. Factores que inciden en la política criminal

Los términos de internacionalización, mundialización y globalización del Derecho, parecen ser sinónimos, hasta el punto de que en muchas ocasiones se llegan a utilizar indistintamente. Pese a tal circunstancia, consideramos que valdría la pena precisar algunas diferencias conceptuales entre ellos, a fin de aquilatar más conceptos y que de ese modo resulten más útiles para nuestro estudio.

Por *mundialización* debe entenderse el vínculo que nace entre sujetos de diversos Estados, sin importar la etapa histórica de la humanidad a la que se refiera. Es decir, el proceso de mundialización podría originarse desde que se acuñó el concepto de Estado, por la simple convivencia o relación entre miembros de países, antiguamente pueblos, diferentes.

El proceso de la mundialización parece ser una tendencia hacia la integración, reconociendo un origen distinto. También se asocia con una propensión al capitalismo.

A través de la mundialización, inicialmente dada en la economía, se verifican efectos

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, segunda época, 2002, pág. 85.

internacionalizantes en otros campos en los que tiene incidencia⁵⁷. Tal es el caso del Derecho, que no ha podido permanecer inmutable ante los cambios aparejados a este proceso.

Y no podría ser de otra manera, pues como ya anticipábamos, el orden jurídico ofrece la imagen de una sociedad en un determinado tiempo, a través del cual se reflejan las características de la misma, que responden a las circunstancias que van surgiendo en el diario acontecer.

Hay quien afirma que el origen de la mundialización, se remonta a las antiguas Roma y Grecia⁵⁸, mientras que hay quien se centra en la europa feudal como punto de partida de este fenómeno⁵⁹, que, se ha seguido desarrollando a lo largo de la historia, cristalizándose en dos vertientes distintas, de acuerdo a los sujetos que intervengan. Por un lado, si el Estado actúa en su carácter de soberano a través de la suscripción de tratados y acuerdos con otros Estados, estaremos frente a un proceso de internacionalización. Por otro lado y además en el polo opuesto, si los sujetos que intervienen en este proceso pertenecen al sector privado —empresas—, el proceso se conocerá como *globalización*⁶⁰; clasificación ésta última que nos parece demasiado simplista frente a la magnitud de estos procesos.

El término *globalización* resulta ser una polisemia, puesto que su extendido y excesivo uso ha originado que se le dote de distintos significados que pueden resultar

⁵⁷ BAZÚA, F., «Mundialización», *Perfiles latinoamericanos: revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México*, núm. 17, 2000, pág. 14.

⁵⁸ WITKER VELÁSQUEZ, J. A., *Derecho del comercio exterior*, UNAM, México, 2011, pág. 4.

⁵⁹ GINER DE SAN JULIÁN, S., «La naturaleza de la mundialización», VV.AA., *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, núm. 16, Madrid, 1999, págs. 15 y ss.

⁶⁰ Cfr. WITKER VELÁSQUEZ, J. A., *Derecho del comercio exterior*, *op. cit.*, pág. 4. Esta distinción entre globalización e internacionalización parece extraída de la concepción Romana que se refería a la separación entre Derecho público y Derecho privado, misma que actualmente parece muy elemental, frente a la complejidad de los entramados jurídicos.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

complementarios, pero que en un momento dado, resultan incongruentes o confusos entre sí.

Precisamente por la complejidad que encierra el proceso de globalización nos parece más atinado determinar su contenido como “polivalente, ambiguo, pluridimensional, del que todo el mundo habla pero que escapa a todo intento de acotación conceptual unánimemente aceptado”⁶¹.

Compartimos la opinión de BECK, al referirse al “arduo —y sembrado de minas— problema de la globalización” debido a “su polivalencia, su ambigüedad y sus dimensiones (raras veces diferenciadas)”⁶².

No le falta razón. Sin embargo, la complejidad para precisar un concepto unánime y completo del término globalización, no ha sido óbice para que la mayoría de los autores lo experimentemos como parte de una realidad que acontece ante nuestros ojos y en nuestra propia vida.

La globalización se caracteriza por la desaparición de fronteras, sobre todo en el comercio, y se conjuga con el desarrollo de la tecnología de la comunicación. Sin embargo, no existe uniformidad ni respecto del concepto ni mucho menos de los límites y alcances de este proceso.

Por el contrario, resulta paradójico que todos mencionemos la palabra globalización

⁶¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual», *op. cit.*, págs. 37 y ss. Así continúa el autor afirmando que sin duda se trata de un símbolo de modernidad que provoca tres reacciones bien distintas entre sí: los promotores, los opositores y el resto de personas, éstas últimas ni a favor ni en contra de la globalización, pero que finalmente viven este proceso sin poder evitarlo. Este proceso es imparable e irremediable.

⁶² BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 11.

como algo común, pero al tratar de definirla o delimitarla, parecemos hundirnos en su inmensidad. La inmensidad de la definición de conceptos que afecta tantas veces a quien quiere precisarlos, cuando se da cuenta de que son palabras cuyo uso está tan extendido, pero que parece imposible delimitar.

Frente a la globalización usualmente existen posturas muy dispares, tanto las que se refieren a su concepción como las que versan en torno a su delimitación. Dichas posturas se pueden sintetizar en dos extremos. Por un lado se localizan sus férreos defensores y por el otro, sus más crueles detractores. Entre ambas visiones se percibe la irreversibilidad del proceso y la resignación de quienes tratan de abordar y vivir la globalización de la mejor — o menos mala— manera posible.

ZAFFARONI por ejemplo se sitúa en el segundo grupo resumiendo las consecuencias de la globalización como “un fenómeno de polarización de riqueza, de regresión de los estados providentes y sobre todo, de exclusión social”⁶³. Por su parte RODRÍGUEZ GARCÍA afirma que frente a la globalización, mejor que la oposición resulta su reclamo “en materia de derechos y libertades, justicia y seguridad”⁶⁴.

Tal parece que para la libertad de mercado, la globalización resulta un edén; mientras que para el ordenamiento jurídico este proceso se ha erigido como un objetivo inalcanzado e incompleto, cuyo misterio y espectro han ensombrecido —quizá aún más—, su eficiencia y la sensación de satisfacción de las personas e instituciones sometidas al mismo. Dicho de otra forma, la globalización ha hecho tan elásticos a los mercados que les ha permitido crecer y potenciarse.

⁶³ ZAFFARONI, E. R., *Apuntes sobre el pensamiento en el tiempo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 1181.

⁶⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual», *op. cit.*, pág. 39.

Pero para el Derecho, esta flexibilidad ha estirado de más el resorte y lo ha tensado de tal manera, que en cada momento de la expansión del ordenamiento —principalmente del área penal—, parece estar a punto de reventar.

En realidad, la globalización “significa sobre todo «glocalización», es decir, un proceso lleno de muchas contradicciones, tanto por lo que respecta a sus contenidos como a la multiplicidad de sus consecuencias”⁶⁵.

Así de paradójico resulta el panorama cuando nos proponemos establecer un concepto de globalización, a la vez que intentamos describir sus características o prever sus consecuencias. No podría ser de otro modo puesto que, al equiparar este concepto con la “glocalización”, nos enfrentamos a la fusión de dos términos en un híbrido, producto de una colisión, que da origen a una realidad llena de contrastes que quizá por ello cuenta, al mismo tiempo, con simpatizantes y con enemigos acérrimos.

Lo cierto es que la globalización trae aparejado un proceso homogeneizador, que solo se alcanza a través de las enormes diferencias que existen en los aspectos de la vida humana. Lo anterior puede resultar contradictorio.

Sin embargo, ese es el reto más grande frente a este proceso globalizador: tratar de evitar la polarización de los extremos de esas diferencias, en la medida de lo posible. Para lograrlo, visualizamos al Derecho como un utensilio de “ordenación”⁶⁶ que nos permite reflexionar sobre el hecho de si deseamos potenciar o no este proceso globalizador y bajo qué circunstancias debemos hacerlo, puesto que nos encontramos frente a un fenómeno multidimensional, que influye en todos los aspectos de la vida.

⁶⁵ BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, op. cit., pág. 56.

⁶⁶ Cfr. GRACIA MARTÍN, L., «Globalización económica y derecho penal global», op. cit., págs. 369 y ss.

Por eso resulta atinado afirmar que “la globalización ha propiciado una integración internacional de factores tal, que en el caso del capital, la tecnología y la información podemos hablar de una auténtico mercado mundial”⁶⁷.

Resulta que, además de no existir un concepto uniforme, tampoco parece haber consenso respecto de los efectos que puede producir la globalización, tales como la polarización de la riqueza, la exclusión social, la libertad de mercados, la agilidad y la presteza en las comunicaciones, el desarrollo tecnológico que avanza exponencialmente, la migración a gran escala y la delincuencia de grupos organizados, entre otras.

De tan amplio y abstracto conjunto de posibilidades puede resultar el término globalización, que por eso se le equipara a un “cajón de sastre”⁶⁸. Desde esta perspectiva, cuando el Estado pierde vigencia y fuerza, frente a este proceso de apertura y de expansión de toda clase de fenómenos —desde los culturales y educativos, hasta los de empobrecimiento o delincuencia—, surge como elemento de legitimación el discurso punitivo, ligado al concepto de populismo punitivo, en el sentido de constituir un instrumento para lograr consensos y sobre todo, respaldo electoral.

Esto es así porque la relación entre globalización y Derecho resulta evidente. No es posible ignorar que “este proceso —monopolizado por un salvaje capitalismo sin escrúpulos— debe apoyarse en el Derecho con el fin de garantizar una justa convivencia

⁶⁷ MARTÍN BARBERO, I., «Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera», *Boletín Económico de ICE (Información Comercial Española)*, núm. 2008, 2004, pág. 25.

⁶⁸ HABERMAS, J., «El valle de lágrimas de la globalización», *Claves de razón práctica*, núm. 109, 2001, pág. 4. Se afirma que la globalización implica un “valle de lágrimas” en la medida en que nos conduce a un proceso de estandarización de un mercado que solo entiende el lenguaje de los precios, en el que se tornarán más pronunciadas las diferencias y desigualdades sociales. Un ejemplo lo constituye la Unión Europea, ya que a pesar de ser —entre otras cosas— una unión monetaria, está integrada por economías que presentan distintos niveles de desarrollo, lo que genera fricciones y desventajas para las economías más débiles, que deben asumir “sacrificios” en este valle de lágrimas para lograr la homogeneidad que requiere la globalización.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

humana”⁶⁹. Por eso se afirma que “el proceso de globalización está dando lugar a un menoscabo del Estado social y una eclosión renovada de la fuerza del capitalismo salvaje”⁷⁰ que únicamente puede –y debe— encontrar límites en el Derecho.

¿Acaso podría concebirse de otra manera? Solamente a través del Derecho, se logran las condiciones que permiten el desarrollo de la convivencia equilibrada⁷¹. Hasta hoy, no se conoce otra forma mejor para cumplir con este objetivo. El Derecho no es la panacea que permite resolver todos los problemas que existen en la sociedad; sin embargo, ha resultado el instrumento más adecuado para enfrentarlos.

En el caso de un proceso tan detonante como la globalización es preciso encontrar una herramienta que sea útil para mantener la convivencia armónica. Dicha herramienta es a nuestro juicio el Estado.

Al tenor de lo anterior coincidimos con la afirmación que establece “que el Derecho Penal aparezca como último recurso ante el fracaso de todas las demás instancias no implica que constituya una respuesta adecuada”⁷².

Por si fuera poco, el proceso globalizador, además de implicar cuestiones complejas

⁶⁹ DOMINGO, R., «Principios de derecho global», VV.AA., *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, op. cit., 2006, pág. 25.

⁷⁰ GRACIA MARTÍN, L., «Globalización económica y derecho penal global», op. cit., pág. 377. El autor nos propone distinguir entre *globalizadores* y *globalizados* en un intento por mostrar cómo este proceso tiene dos caras: por un lado los dominadores (aquellos a los que la globalización permite ver aumentadas sus ventajas y riquezas) y por otro los dominados (aquellos que no se benefician con la globalización y que están a merced de los globalizadores). Así mismo, en el texto se afirma categóricamente que, independientemente de los beneficios que la globalización pueda generar, sus efectos perversos son muy numerosos y catastróficos puesto que amplían —aún más— la brecha entre pobres y ricos.

⁷¹ TWINING, W., *Derecho y globalización*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2003. El autor afirma que a través del Derecho se dan respuestas de muy diversa índole frente al fenómeno de la globalización, pero a estas alturas de la existencia humana aún no es posible desarrollar una “teoría general” frente a la globalización puesto que no se dan las condiciones de consenso necesarias para ello.

⁷² SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El populismo punitivo», op. cit., pág. 15.

—como ya lo hemos expuesto—, también se vislumbra como un reto, o mejor dicho, como una ocasión ideal para replantearnos cuestiones fundamentales en cuanto a diversos asuntos de distintos órdenes (sociales, culturales, educativos, económicos, políticos). Y es que en realidad “surge así un nuevo «orden mundial» que no lo puede ser en absoluto porque carece de Derecho que lo enmarque en reglas de juego justas y equitativas y de instancias internacionales democráticas que lo dirijan”⁷³.

Finalmente, después de haber abordado los conceptos de mundialización y globalización, nos resta el de *internacionalización*.

Este proceso se refiere al sometimiento conjunto de la autoridad de varios Estados⁷⁴. Se describe como “el proceso por el cual, tanto históricamente como dentro de un cierto modelo típico de crecimiento económico, la acumulación del capital dentro de unas fronteras nacionales tiende a ‘salir al exterior’, hacia otras economías nacionales, en forma de inversiones en otros países y del incremento y diversificación del comercio exterior”⁷⁵.

Como se puede apreciar, los tres conceptos: mundialización, globalización e internacionalización aluden a la interacción de sujetos o de Estados diferentes. Su presencia en la realidad social es importante ya que evidentemente, el Derecho no ha podido sustraerse a esta interacción, propiamente globalización, y ha sido testigo del cambio de estructuras y avances tecnológicos de la transformación del delito aunque haya actuado — en ocasiones— como factor mudo, poco dinámico e incluso rebasado.

Concretamente la globalización en Europa se materializa en la concurrencia de diversas fuentes legislativas. Éstas emanan de la comunidad mundial, de los organismos

⁷³ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?», *op. cit.*, pág. 117.

⁷⁴ Cfr. WITKER VELÁSQUEZ, J. A., *Derecho del comercio exterior*, *op. cit.*, págs. 4 y ss.

⁷⁵ BAZÚA, F., «Mundialización», *op. cit.*, pág. 13.

internacionales, de los tratados que se pactan entre países, de las directrices que establece la Unión Europea, y en general, de todos aquellos instrumentos que establecen pautas en la materia.

I.1.2 Política criminal y su influencia en el ordenamiento legal

Llegados a este punto, podríamos preguntarnos respecto a cuál de las partes del Derecho Penal es la más importante: las respuestas son sin duda variadas. Para unos sería la teoría de la pena; para otros la del delito. BUENO ARÚS comenta que ambas tienen relevancia puesto que no se entiende la pena sin el delito y el delito sin la pena; pero también hace hincapié en la existencia de componentes *caprichosamente subjetivos* que nos inclinan hacia uno u otro lado de la balanza⁷⁶.

Afirma CARNELUTTI que “delito y pena son, precisamente, como tantas veces lo hemos dicho, la cara y la cruz de una misma moneda; y a nadie se le ocurre sostener que sean autónomas entre sí la cara y la cruz; pero es verdad, sin embargo, que la moneda no se puede ver, simultáneamente, por la cara y por la cruz”⁷⁷.

En el caso de la delincuencia organizada y del decomiso —en caso de que lo consideráramos como una pena, aunque aún es pronto para decantarnos por su naturaleza jurídica—, surgirá esta disyuntiva que parece no favorecer a ninguno de los dos conceptos en cuanto a importancia se refiere, pero que es necesario contemplar porque como ya

⁷⁶ Cfr. BUENO ARÚS, F., «El sistema de penas en el Derecho Penal español desde la guerra civil hasta la democracia», VV.AA., *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2006, págs. 140 y ss.

⁷⁷ CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1960, pág. 16.

mencionábamos a modo de introducción, la figura del comiso ha venido ocupando un lugar secundario, como recurrentemente recuerda la doctrina⁷⁸.

Sin embargo y como veremos más adelante, a pesar de los cambios drásticos que ha sufrido esta figura en cuanto a su naturaleza y sus alcances, parece haberse situado en el lugar relevante que le corresponde, como una importante medida de la política criminal para retirar bienes a las organizaciones criminales y evitar su uso posterior para la comisión de nuevos delitos o su ingreso en la economía lícita.

En este sentido, los efectos de la globalización del crimen, han transformado la percepción de los ciudadanos respecto a su seguridad. Las sensaciones de riesgo inminente y de amenazas concretas y/o abstractas se hacen patentes como síntomas cotidianos.

La nueva sociedad globalizada tiene como tarjeta de presentación la aparición de nuevos riesgos, de dimensiones que difícilmente podemos limitar, predecir o medir. Como consecuencia de la amenaza del riesgo, surgen sentimientos de inseguridad que pueden generar una reacción desquiciada en busca de un tratamiento paliativo, traducido en la petición de penas más severas, restricción de garantías, aparición de nuevos tipos penales y en general, una cascada de transformaciones que atentan contra los fundamentos del Derecho y que lo hacen menos eficiente.

⁷⁸ Sólo a manera de ejemplo y no exhaustivamente BLANCO CORDERO, I., «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *La Ley*, núm. 7569, 2011; del mismo autor «La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos», *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2007. También en este sentido se han manifestado CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada, 2004; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid, 2001 y del mismo autor «El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas», VV.AA., *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000. Y así, una larga lista de expertos dedicados al estudio de la figura del comiso coinciden en el lugar marginal y poco relevante que se ha colocado a esta institución, incluso mutando su naturaleza jurídica y con ello, trastocando su esencia fundamental, generando polémica y confusión y quizá haciéndola lucir como una caja de herramientas a medida de cualquier solución, que en ocasiones la hacen de difícil clasificación y comprensión.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Sin embargo, el orden jurídico, y concretamente el Derecho Penal, es un sistema fruto de un largo proceso histórico, plagado de amargas experiencias que se “dirige, por tanto, a los ciudadanos, cuyas voluntades pretende disciplinar, manifestándose con toda su intensidad sobre quienes han infringido sus normas, pues serán ellos los sujetos pasivos de la respuesta penal”⁷⁹.

El Derecho Penal rige por y para todos los individuos y por ello resulta alarmante que, en aras de evitar riesgos —que a ciencia cierta desconocemos como ciudadanos—, renunciemos a la protección de las garantías frente al Estado, que constituyen sus límites y razón de actuar.

Esta dinámica que “reclama más y más seguridad al precio que sea”⁸⁰, conduce a la negación de los fines propios del Derecho, del Estado social y democrático y eventualmente, a la negación de la dignidad humana.

Es cierto que la seguridad que se considera como prioridad de alto valor para las personas frente al Estado —y que por lo mismo debe ser garantizada—, es transgredida día a día. Esta vulneración, además se proyecta y difunde a través de los medios masivos de comunicación, de modo que se hace mucho más patente. Las personas se perciben como víctimas potenciales y por lo mismo se sienten amenazadas. No en vano “existe una sensación de inseguridad venida de los riesgos inmanentes de la sociedad posmoderna y las nuevas tecnologías”⁸¹.

⁷⁹ RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, pág. 185.

⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, G., «La derrota de la política criminal y del derecho penal en nuestro tiempo», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A. C.*, núm. 19, 2007, pág. 19.

⁸¹ PARRA GONZÁLEZ, A. V., «La orientación político-criminal del proyecto de reforma del Código Penal», *op. cit.*, pág. 12. Se plantea una reflexión sobre la política criminal que ha prevalecido en los últimos tiempos en España y se hace hincapié en la “percepción” de inseguridad impulsada por los medios de comunicación

Cada vez nos sentimos más intimidados por aquello que puede acontecer y por las consecuencias que ello traiga aparejadas, pero no tenemos claro qué implica esa amenaza o quién y cómo la produce. Sólo nos sentimos amenazados y clamamos por protección y defensa.

Nos refugiamos en el Estado y exigimos su intervención para salvaguardar nuestra integridad y protegernos de la inseguridad. Demandamos su intervención a través de castigos severos para quien vulnere nuestra tranquilidad o pueda resultar una amenaza para ella.

Llegamos a considerar que la restricción de garantías y los castigos rigurosos, podrán ser una barrera infranqueable que nos asegure frente a todo aquel y todo aquello que implique o pueda implicar un riesgo; en otras palabras, solicitamos una protección, no sabemos a ciencia cierta cuál, pero en todo caso, aquella que aleje de nosotros esa sensación de inseguridad.

Quizá los acontecimientos que marcaron el rumbo hacia esta sensación de inseguridad fueron los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y del 11 de marzo de 2004 en España. Ante estos eventos queremos acorazarnos, exigimos castigos, sentimos que “el fin de la prevención lo invade todo y entra en pugna con el Derecho Penal garantista”⁸².

Para paliar esa sensación de angustia, acudimos con fe ciega al Derecho Penal para reencontrarnos con la estabilidad colectiva que se ha extraviado en algún momento. Vamos

materializados a través del temor y la alarma social.

⁸² RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 11. Se refiere la a “profunda conmoción” frente a los acontecimientos que permea en la política criminal de ese momento y hasta nuestros días.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

en busca de la “seguridad perdida”⁸³. Somos testigos y partícipes de un “sesgo crecientemente criminalizador de las «demandas sociales»”⁸⁴. Buscamos una protección externa frente a este sentimiento de inseguridad, y por eso exigimos al Estado que cumpla con su función de protección⁸⁵.

Enfocada la realidad desde la perspectiva de la tendencia expansiva del Derecho y de la inexistencia de fronteras, debemos mantenernos alerta respecto al surgimiento de “núcleos de impunidad”⁸⁶. El Derecho no puede aventurarse a crecer exponencialmente sino se blindo antes, puesto que, al ampliar los entramados de su estructura, se corre el riesgo de generar huecos, que serían aprovechados por aquellos que desearan evitar la aplicación de una norma.

Observamos cotidianamente como en la radio, en la prensa y en las redes sociales, surgen comentarios sobre personas —jurídicas y/o físicas—, que sistemáticamente se dedican a buscar vacíos legales y a ocuparlos con actos que, acercándose a la ilicitud, logran bordearla y mantenerse al margen de la misma. Los actos en fraude de ley o abuso de derecho están al orden del día.

Lastimosamente experimentamos que, ante la ausencia de la ley, se cocina la maquinación para cometer actos al límite de la misma, pero que tampoco pueden calificarse como delitos. Por ello, y sin olvidar jamás la protección de las garantías del

⁸³ Vid. BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 2008.

⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El contexto del anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *op. cit.*, pág. 15.

⁸⁵ Díez RIPOLLÉS, J. L., «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 4, 2006, pág. 18. El autor al referirse a la situación concreta de España afirma que, que a pesar de la tendencia actual, y después de llevar a cabo análisis de varios datos y observar la realidad, la situación no debería resultar tan aparatosa en cuanto a la sensación ciudadana de inseguridad y por ende, tampoco deberían resultar tan numerosas todas las modificaciones y reformas legales abanderadas con tal estandarte.

⁸⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual», *op. cit.*, pág. 42.

individuo, el ordenamiento legal requiere ocupar todos esos surcos oscuros, e iluminarlos con la luz del Derecho, para evitar así que, bajo el amparo de las sombras, se realicen actividades que puedan quedar al margen de la ley.

En torno a estas reflexiones, arribamos a la idea del Estado social y democrático, como el artífice de todo un conglomerado de estructuras protectoras del ciudadano⁸⁷ que se complementa con la concepción de un Derecho Penal moderno caracterizado esencialmente por nuevos tipos penales, que son en muchos casos extensión de los ya existentes, reforzados con la imposición de penas más severas⁸⁸.

Un Estado social y democrático, que se precie de serlo, deberá evitar caer en la tentación de privilegiar la eficiencia por sobre los derechos de los ciudadanos, pues de lo contrario, perdería su esencia. A propósito de esto, conviene aclarar que “la idea y vigencia de los derechos fundamentales sólo tiene cabida en el marco de una clase de Estado, el social-democrático. Simplificando mucho, se trata del Estado que garantiza el ejercicio de la libertad en el marco del ordenamiento jurídico”⁸⁹.

⁸⁷ Así lo afirma MIR PUIG, S., «Constitución, Derecho penal y globalización», *op. cit.*, pág. 7, al referirse a la “protección efectiva de los ciudadanos”.

⁸⁸ GRACIA MARTÍN, L., «La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 2010, págs. 31 y ss. Además de estas ideas, se plantea que el Derecho Penal tiene seis facetas que se distinguen en su estructura, pero que se *combinan y solapan*: el Derecho Penal del riesgo; el económico y del ambiente; de la empresa; de la Unión Europea; de la globalización y del enemigo. Esta es la complejidad y la encrucijada a la que se enfrenta el Derecho Penal, ya que se nos proponen dos posturas frente a la idea de “modernización” del Derecho Penal: a favor y en contra, pero quizá debemos atender a los matices grises entre estos dos extremos: huir del riesgo de permanecer estáticos ante la dinámica social, pero evitar a toda costa sumergir al Derecho Penal en una espiral de velocidad vertiginosa y que al final termine por colisionar con la dinámica social a la que trata de alcanzar y organizar a través de reglas que organicen las nuevas formas de convivencia y de comportamiento.

⁸⁹ KLASS, R., *Delincuencia Transnacional organizada*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011, pág. 43. En torno al estado democrático se reitera que éste debe conducir tanto la conducta de los gobernantes como la de los ciudadanos, evitando a toda costa ventajas de unos frente a los otros. Y justamente, ese estado de derecho es el pilar fundamental de los derechos humanos, por ello debe ser respetuoso de ellos y acotar su propia actuación y la de cualquier persona para garantizar su vigencia.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Justamente las tendencias de expansión en aras de la modernidad son las características menos valoradas en ese tipo de Estado, pero las más potenciadas por la actual política criminal, pues tratan de ser una respuesta a los requerimientos y exigencias de los ciudadanos.

En relación con este mismo problema PÉREZ CEPEDA alega que “desde el nacimiento del Estado moderno, la seguridad y la libertad han sido un binomio inseparable, siendo el Derecho Penal el ámbito donde la relación es más intensa”⁹⁰. Esa relación, quizá tenga más matices de batalla por la supervivencia que de otra cosa. Y es que el Derecho Penal parece haberse erigido en aquella parcela en la que se libra una cruenta lucha, que tiene por bandos a los acérrimos defensores de la mínima intervención estatal y del respeto absoluto de toda garantía a disposición del ciudadano por un lado; y por el otro, a quienes vigorosamente apuestan por un sistema de amplia intervención y protección frente a los riesgos a cualquier precio.

Entre estos dos puntos de vista, que parecen aparentemente irreconciliables, se mueve el Derecho Penal de nuestros días. Algunas veces parece inclinarse hacia el respeto irrestricto del principio de razón última y máximas garantías; y en otras—principalmente en lo que a nuevos tipos penales se refiere—, da la impresión de inclinarse hacia una opción de máxima intervención o de restricción o límite de ciertas garantías en pro de la eficiencia.

Así las cosas, para procurar un equilibrio ante el fenómeno expansivo del Derecho Penal, SERRANO TÁRRAGA propone una serie de “derechos” entendidos como límites o especificaciones del Derecho Penal *stricto sensu*. En su opinión “la solución de los problemas específicos de la sociedad de riesgos, de la protección de seguridad, es el derecho de policía, el derecho administrativo sancionador al que pertenecen en propiedad los tipos

⁹⁰ PÉREZ CEPEDA, A. I., «El código penal de la seguridad. Una involución en la política criminal de signo reaccionario», *op. cit.*, pág. 227.

de peligro abstracto que no deberían ser admitidos en el Derecho Penal”⁹¹.

De este modo individualizando los tipos, es más fácil evitar el riesgo de crecimiento desmesurado que desdibuje las líneas del propio Derecho Penal haciéndolo entonces mucho menos efectivo.

En sentido similar sentencia SILVA SÁNCHEZ que “la solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico ‘lugar natural’ —el Derecho de policía—, sino en el Derecho Penal”⁹² y continúa afirmando que el fenómeno de la expansión de Derecho Penal quizá podría ser menos aparatoso si se recurriera a otros mecanismos. Sin embargo, “tales opciones son inexistentes, o parecen insuficientes, o se hallan desprestigiadas. Nos referimos a la ética social, al Derecho civil y al Derecho administrativo”⁹³.

Podemos afirmar entonces que la expansión penal se debe —además de a otros factores como la globalización o los nuevos bienes jurídicos protegidos—, al abandono o desuso de otros mecanismos de los que dispone el Estado para enfrentar problemáticas sociales.

Cabría preguntarnos si nos encontramos ante el fracaso de alguna de las ramas del Derecho. ¿Se trata de un encontronazo entre Derecho Penal y Derecho Administrativo, o mejor dicho, de un punto de convergencia que resulta difícil delimitar? No cabe duda de

⁹¹ SERRANO TÁRRAGA, M. D., «La expansión del Derecho Penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 18, núm. 1, 2005, pág. 214. La autora establece que la criminalización de los tipos de peligro abstracto se traduce en la “administrativización” del Derecho Penal. El campo del derecho administrativo debe dedicarse a “la ordenación de la actividad de determinados sectores de la vida social, que se manifiesta en diferentes ámbitos y que afectan a la organización administrativa estatal”.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pág. 32.

⁹³ *Ibidem.*, pág. 58.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

que nos enfrentamos ante una excesiva confianza en el ordenamiento penal, frente a una creciente desconfianza en el Derecho Administrativo⁹⁴.

Se afirma que el Derecho Administrativo, a lo largo de la historia democrática española, y a partir de la Constitución de 1978, cuenta con un reconocimiento expreso en cuanto a su potestad sancionadora. BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE ratifican el avance del Derecho Administrativo y hacen residir la existencia de este poder sancionador en los arts. 9, 25 y 106 de la Carta Magna. Asimismo, nos conducen a través de los argumentos en torno a la diferencia entre la potestad administrativa y la potestad judicial sancionadoras, afirmando que la tesis dominante es aquella en la que se considera que ambas potestades sancionadoras —la administrativa y la penal—, constituyen parte de un solo *ius puniendi*, del cual es titular el Estado⁹⁵.

De esta forma, nos ubicamos en un terreno sobre el cual aún se escribirá y se estudiará mucho. Nos cuestionamos si se trata de un proceso de “administrativización” del Derecho Penal. O quizá de una “penalización” del Derecho Administrativo. Es pronto para saberlo, pero lo que está claro es que no podemos dejar de vigilar este derrotero que dará mucho que hablar en épocas próximas.

Por otro lado, surge la idea de un Derecho Penal de dos velocidades: uno, dedicado

⁹⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales», VV.AA., *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010. Así también se ha querido deslindar al derecho sancionador del derecho privado tal como se expone en GÓMEZ TOMILLO, M., JAVATO MARTÍN, A., TAPIA BALLESTEROS, P., «Introducción: Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado», VV.AA., *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 15-19.

⁹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGESSE, S., «Medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 12, 2008, págs. 16 y ss. Se afirma que debido a que solo se puede encontrar una diferencia doctrinal entre ilícito penal e ilícito administrativo, en ambos casos deben aplicarse los principios del Derecho Penal, pero con el matiz del principio de culpabilidad.

a los delitos clásicos y otro, menos garantista y más próximo al Derecho Administrativo, para hacer frente a los nuevos fenómenos delictivos. Incluso sería posible hablar de una tercera vía en el Derecho Penal que se refiera al planteamiento de un Derecho Penal del enemigo⁹⁶.

Así las cosas, se insiste en que “la distinción entre injusto penal y administrativo no es cualitativa, ni tampoco cuantitativa, sino puramente formal”⁹⁷.

La expansión del Derecho Penal podría calificarse como nociva o perversa, pero también existen “al menos algunas causas razonables del aumento del Derecho Penal de nuestros días, sin que con ello demos por sentado que todo lo que se incorpora al sistema penal es imprescindible”⁹⁸.

Consideramos que el equilibrio del mercado, el medio ambiente o la protección de emigrantes no puede encargarse en exclusiva al Derecho Administrativo, porque las consecuencias que generan los delitos que los aquejan y ponen en peligro pueden resultar devastadoras y de tan amplia propagación que activar la maquinaria del Derecho Penal hasta ese punto resultaría ya inútil.

Concretamente, las actividades relativas a la delincuencia organizada y que precisaremos y profundizaremos más adelante, resultan de tal implicación y con una gama

⁹⁶ JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006. Los autores plantean que cuando la persona deja de enmarcar su conducta dentro de los derechos y deberes, se transforma en un individuo peligroso, un “enemigo”, que debe ser tratado en el espacio adecuado: las “medidas de excepción”. Se propone un Derecho Penal del ciudadano frente a un Derecho Penal del enemigo.

⁹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal», *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2008, pág. 2.

⁹⁸ QUINTERO OLIVARES, G., «La derrota de la política criminal y del derecho penal en nuestro tiempo», *op. cit.*, pág. 50. Por ejemplo, el cumplimiento de las obligaciones en materia penal que existen en la Unión Europea, compromisos nacidos en foros y tratados internacionales o dinámicas sociales nuevas que generen la necesidad imperiosa de ser incluidas en el ordenamiento penal y tipificadas como delito.

tan amplia de consecuencias —incluso colaterales—dañinas, que no nos cabe duda, de que el medio adecuado para protegerlas es precisamente el Derecho Penal. Sin embargo, no podemos negar que efectivamente nos encontramos frente a un proceso de dilatación del Derecho, que en ocasiones parece innecesario y que además trastoca principios considerados como fundamentales.

Este fenómeno de propagación y extensión del Derecho Penal no solo tiene como nota distintiva la inclusión de nuevos tipos penales; además se caracteriza por la agravación de las penas.

I.1.3 Garantías y política criminal

El planteamiento del que nos estamos ocupando nos enfrenta a un cambio de paradigmas, puesto que la aparición de castigos cada vez más graves trae aparejado un desequilibrio en la proporcionalidad del sistema de penas que puede incluso abaratar la sanción, o la percepción de la sanción, por la comisión de delitos que no hayan experimentado este endurecimiento.

Por otro lado, se trastoca directamente la idea del fin de la pena, entendida como forma de disuasión o de resocialización, transformándose únicamente en *intimidación individual e inocuización*⁹⁹.

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El contexto del anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *op. cit.*, pág. 23. También se refiere al pensamiento *preventivo integrador/inocuizador* MAQUEDA ABREU, M. L., «Crítica a la reforma penal anunciada», *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, pág. 10.

Esta situación es indeseable. Muy al contrario, el fin de la pena es —o debe ser—, la prevención. Distinta situación que la que ocurre con el Derecho Penal, que busca a toda costa la protección de los intereses jurídicos y para lograrlo utiliza como uno de los medios a su disposición, la prevención¹⁰⁰.

Sea como fuere, parece que hace falta un profundo conocimiento del Derecho y en especial del Derecho Penal y procesal Penal, para enfrentar la difícil tarea de adecuarlo a los tiempos que vivimos. Hoy más que nunca es preciso conciliar los intereses y las necesidades de los miembros de la colectividad, para respetar las garantías desde luego, pero al mismo tiempo, para promover la eficiencia¹⁰¹. Ese es sin duda un equilibrio difícil pero tiene que ser alcanzado so pena de destruir, o al menos lastimar profundamente, nuestro actual sistema penal y jurídico incluso.

A pesar de la afirmación de FERRAJOLI respecto a que “garantismo y Derecho Penal mínimo son términos sinónimos, que designan un modelo teórico normativo de Derecho Penal capaz de minimizar la violencia, no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de la aversión al delito”¹⁰², consideramos que dentro del contexto histórico y social que se vive en nuestros días, también podemos y tenemos el deber de exigir de este Derecho en expansión, el respeto a las garantías y derechos fundamentales. Para constatar la importancia de tales garantías nos basta solamente con recurrir al ordenamiento procesal que encierra en cada disposición herramientas y mecanismos para protegerlas y hacerlas valer. Además, debemos decir que lo entendemos así porque olvidar el respeto por los

¹⁰⁰ RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, pág. 180.

¹⁰¹ Estudiosos del derecho, como CARNELUTTI o GÖSSEL hablan de su amor por el derecho. Concretamente CARNELUTTI afirma: “el derecho penal ha sido siempre mi amor secreto” en *Cuestiones sobre el proceso penal*, *op. cit.*, pág. 19. GÖSSEL dice: “mi vida se encontraba muy vacía, porque yo no me sentía intelectualmente realizado” en VV.AA., *Entrevista con el Profesor Karl-Heinz Gössel*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 27, núm. 80, 2006, pág. 16.

¹⁰² FERRAJOLI, L., *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, *op. cit.*, pág. 22.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

derechos sería tanto como obviar la dignidad humana precisamente en los momentos en que es más necesario protegerla¹⁰³.

Este reto es de vital importancia, porque se debe evitar a toda costa sacrificar las garantías y las conquistas del ordenamiento jurídico en relación a la dignidad humana en pro de la eficiencia. Pues ésta, a pesar de ser muy importante, solo puede conseguirse haciendo prevalecer todas aquellas prerrogativas que protegen a la persona sujeta a la ley. Alcanzarla de otro modo, supondría a la larga pervertir la propia esencia del Derecho para lograr la convivencia pacífica y estable entre los humanos.

Sin duda, el fenómeno altamente expansivo del Derecho, es un problema real frente al cual nos alerta MIR PUIG cuando se refiere a la necesidad de atender a “la preocupante evolución del Derecho Penal en el núcleo político de Occidente”¹⁰⁴, expresando así la forma en la que el Derecho Penal despliega sus límites hasta parajes que antes no alcanzaba. De modo que, al extender su ámbito de intervención parece minimizar —o al menos eclipsar— el conjunto de garantías que lo fundamentan.

Por otro lado, debemos tener presente que “cuando están en juego los intereses más vitales y valorados del ciudadano, el Derecho procesal penal cobra una inusitada magnitud y esplendor”¹⁰⁵. Es así porque parece que solo el Derecho Penal sustantivo nos interesa, pero olvidamos las bondades y sobre todo, la importancia y alcances del Derecho Procesal, como pieza clave un ordenamiento legal a la altura de un Estado social y democrático de

¹⁰³ Sobre la dignidad humana se puede consultar OTERO PARGA, M., *La dignidad y la solidaridad. Dos derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2006.

¹⁰⁴ MIR PUIG, S., «Constitución, Derecho penal y globalización», *op. cit.*, pág. 3. El autor afirma que España a partir de 1978 adoptó conceptos aceptados y difundidos en el resto de Europa, como parámetros ejemplares; sin embargo, actualmente tales parámetros resultan sobrepasados y cualquier replanteamiento en los ordenamientos jurídicos deberán tener como estandarte los principios constitucionales y las declaraciones internacionales de derechos humanos.

¹⁰⁵ COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas (CESEJ), Madrid, 2008, pág. 37.

Derecho.

Nos enfrentamos de lleno a una contundente realidad en la que se ponen en juego estructuras clásicas, nuevas formas de convivencia y sobre todo cuestionamientos sobre el respeto a las garantías y a la dignidad del ser humano dentro de los ordenamientos jurídicos, concretamente en aquellos que se refieren al combate del crimen organizado.

Al referirse a los cambios que ha experimentado el Derecho Penal advertía GÖSSEL que en los últimos treinta o cuarenta años “desde el hundimiento de las dictaduras tanto de derecha como de izquierda en Europa, creo que se halla un único momento principal en primer plano: y ése es la evolución reciente de los derechos humanos. En comparación con ello, los avances que se han producido en la dogmática son, según mi opinión, de menor entidad”¹⁰⁶.

Y no puede ser de otra manera: los conceptos de Estado social democrático, de Derecho y de derechos humanos o garantías, deben ser ejes y pilares fundamentales para cualquier disertación, —de mayor o menor profundidad—, que se lleve a cabo al hablar de ordenamiento jurídico¹⁰⁷.

Cuando exigimos al Derecho Penal que castigue severamente y a toda costa al delincuente, parecemos olvidar la lucha continua que ha existido para someter el poder del Estado a la ley. Igualmente parece que escapa de nuestras mentes la forma en que han terminado los regímenes totalitarios que se han caracterizado por su severidad y como sello distintivo han reducido a su mínima expresión los derechos de las personas, abusando del

¹⁰⁶ VV.AA., *Entrevista con el Profesor Karl-Heinz Gössel, op. cit.*, pág. 21.

¹⁰⁷ Sobre este tema se puede consultar PUY MUÑOZ, F., *Teoría Tópica de los Derechos Humanos*, Colex, Madrid, 2009.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

monopolio de la fuerza y de la justicia¹⁰⁸.

Quizá esa sea la razón por la que QUINTERO OLIVARES afirma que “la ciencia penal se siente confortada cuando cree, ingenuamente, que algunos principios están decididamente consolidados y asumidos”¹⁰⁹.

Resulta de gran trascendencia tener presente que la legitimidad para actuar que tiene el Estado le es concedida no solamente por virtud del consenso de los ciudadanos, pues reducir al beneplácito y conformidad de la mayoría la justificación del poder estatal, implicaría dejar de lado un elemento crucial. Por el contrario, esta legitimidad se entiende porque garantiza el respeto y la protección a los derechos fundamentales, que se ubican más allá de la voluntad común y que forman parte de *la esfera de lo indecible*¹¹⁰.

Prescindir de esta consideración sería tanto como supeditar todo a la fuerza cediendo la justicia a la legalidad, o la legitimidad al orden y a la seguridad. Circunstancia ésta que si bien como hemos dicho funcionó en algunos regímenes totalitarios, afortunadamente superados en la actualidad, no resulta modelo de actuación en nuestros días.

En este mismo sentido SILVA SÁNCHEZ propone la necesidad de “salvar un ‘mínimo’, frente al cual no cabría esgrimir ni el consenso coyuntural de una sociedad dada, ni el relativismo cultural”¹¹¹. O lo que es lo mismo, pretende blindar la legitimidad frente a

¹⁰⁸ Vid. PUY MUÑOZ, F., *Teoría Dialéctica de la Justicia Natural*, Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México, 2012.

¹⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, G., «La derrota de la política criminal y del derecho penal en nuestro tiempo», *op. cit.*, pág. 49.

¹¹⁰ FERRAJOLI, L., *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, *op. cit.*, pág. 32. En ese mismo sentido, el autor afirma que lo indecible es “lo que ninguna mayoría puede decidir y lo que ninguna mayoría puede no decidir”.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Reflexiones sobre las bases de la política criminal», VV.AA., *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada,

cualesquiera otras contingencias socio-políticas y culturales, de cada momento histórico, dándole con ello una jerarquía superior a la de cualquier otro valor del ordenamiento jurídico y aún del Derecho.

No es posible renunciar a este mínimo, porque es el que asegura que no se soslayan los derechos básicos de los individuos. Éstos no deben estar sujetos a un momento o a un grupo específico, puesto que representan los valores fundamentales que deben ser inherentes a todo ser humano, independientemente del momento histórico, de la cultura, de los grupos minoritarios y de las mayorías imperantes en cada momento. Este mínimo no hace otra cosa que asegurar el respeto por la dignidad humana.

Y es que los derechos no encuentran su legitimación en la mayoría; su legitimidad afirma FERRAJOLI es pre-política porque “reside en el hecho no ya de ser queridos por todos, sino de garantizar a todos: reside, en una palabra, en la igualdad como cláusula del pacto social de convivencia”¹¹². Verlo de otra manea podría conducir a extremos verdaderamente insalvables porque el juego de mayorías garantiza la democracia como sistema político, pero si no presenta límites, no es necesariamente garantía de legitimidad ni de justicia.

Esta visión de los derechos fundamentales basada en el principio de igualdad que implican, no es el resultado de una moda, de una coincidencia o de un accidente de la ley; muy al contrario, representa los más altos ideales a los que puede aspirar cualquier sociedad, y por ello, deben protegerse en una esfera más allá del consenso de la mayoría.

Porque “los derechos fundamentales se afirman siempre como ‘leyes del más débil’

1999, pág. 216.

¹¹² FERRAJOLI, L., «Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción», *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15-16, 2010, pág. 4, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/15/pjn/pjn2.pdf> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”¹¹³. La ley limita — pero a todos—, de manera que la limitación de todos asegura la libertad de la sociedad en su conjunto¹¹⁴.

Nos encontramos ante un juego de derechos y deberes, un juego en el que “nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales”¹¹⁵ y RAWLS nos continúa explicando cómo ante este escenario “los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia”¹¹⁶. Y por eso las leyes no deben proteger al débil solo por ser el más débil ni al fuerte por la razón inversa sino que deben procurar la justicia, pues los otros dos roles son intercambiables por su propia esencia. Por ello, “difícilmente los recortes en la efectiva observancia de los principios fundamentales conducirán a resultados satisfactorios: la pérdida de garantías trae consigo inevitablemente consecuencias negativas, incluso desde el punto de vista del mero control social”¹¹⁷.

A la par de este mínimo garantizado, existe la necesidad de conciliar intereses que, en ocasiones, resultan opuestos. Nos referimos a los ordenamientos procesales. Al lado de las normas sustantivas, las disposiciones procesales hacen posible la tutela de las garantías, comenzando por el derecho a juicio, entendido éste como “una consecuencia de la prohibición legal de la autotutela en materia penal y del monopolio que se reconoce al

¹¹³ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 39. Así mismo, establece que son derechos fundamentales “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas”.

¹¹⁴ Puesto que como aseguraba MONTESQUIEU “es cierto que en las democracias el pueblo hace, al parecer, lo que quiere; pero la libertad política no consiste en hacer lo que se quiere. En un Estado, es decir, en una sociedad donde hay leyes, la libertad no puede consistir sino en hacerlo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no se debe querer”. MONTESQUIEU, C. L. D. S., *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1980, pág. 225.

¹¹⁵ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, pág. 25.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ MOCCIA, S., «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales», VV.AA., *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 116.

Estado en materia de persecución penal”¹¹⁸.

Situados ante este panorama nos conviene recordar que lo relevante radica en que “las garantías penales y procesales no son producto de un capricho, sino el resultado de la experiencia de la Humanidad acumulada en casi un milenio”¹¹⁹.

En torno a la relación entre Derecho Procesal y Derecho Penal, se han planteado, en varias ocasiones, cuestionamientos sobre la importancia jerárquica o la prevalencia de uno sobre el otro¹²⁰.

CARNELUTTI reflexiona respecto de esta situación diciendo que “había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la ciencia del Derecho Penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran más bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas”¹²¹. Esto mismo sucede con las ciencias objeto de estudio, unas son preferidas inicialmente a las otras pero al final las más desdichadas, las que fueron preteridas durante tantos años siendo relegadas a labores de servicio de las primeras florecen.

La historia original de la Cenicienta termina cuando ella se transforma en la mujer más hermosa del reino y se vuelve princesa y eso mismo debería estar pasando con el Derecho Procesal. Así que CARNELUTTI no se equivocaba. Además de que no hacemos gala de la *Princesa Cenicienta*, parece que hemos decidido dejar del lado el principio de *última*

¹¹⁸ VV.AA., *Derecho Procesal Penal*, Thomson Civitas, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 60.

¹¹⁹ ZAFFARONI, E. R., «Globalización y crimen organizado», pág. 13, en <http://www.penalorg/IMG/Guadalajara-Zaffaroni.pdf> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

¹²⁰ Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 45 y ss. También se puede consultar COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*, op. cit., págs. 35 y ss.

¹²¹ CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, op. cit., pág. 15.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

ratio que debe ser eje fundamental del Derecho Penal.

Frente al proceso globalizador y a los nuevos retos de la era que nos está tocando vivir, Derecho Procesal y Derecho Penal son fundamentales. No prevalece uno sobre el otro. No domina uno al otro. Ambos se complementan. Y es que el Derecho Procesal no es una rama más del Derecho puesta al servicio de las demás simplemente como mano de obra o coadyuvante de la importante función que realizan las otras. En realidad es al revés, el Derecho Procesal es el camino a través del cual se realiza todo tipo de ordenamiento¹²².

Por eso, nos parece bastante atinada la afirmación que recalca que “lo que podemos asegurar es que el Derecho Penal, sin el procedimiento penal, es un mango de puñal sin hoja, y el procedimiento penal, sin el Derecho Penal, es una hoja sin mango”¹²³.

No puede resultar de otra manera. Cuando nos proponemos echar un vistazo sobre la situación actual del Derecho Penal, no podemos dejar de lado el Derecho Procesal, entendido como aquél instrumento sin el cual no podemos hacer realidad el Derecho sustantivo. Y es que el Derecho Penal y el Derecho Procesal caminan de la mano y a la par. Juntos resultan ser un binomio en perfecto equilibrio. Por separado son solo productos teóricos que no pueden llegar a realizarse en la práctica y, por lo tanto, quedan descontextualizados en la realidad jurídica.

Por ello, debemos tener presente que “el funcionamiento correcto del orden penal requiere, simultáneamente, de normas e instrumentos organizativos adecuados”¹²⁴.

¹²² Vid. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Civitas, Madrid, 1981. También se puede consultar RAMÓN MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2010.

¹²³ MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, Temis, Bogotá, 1999, pág. VII.

¹²⁴ DE URBANO CASTRILLO, E., «Especialidades de las sentencias en los delitos económicos», VV.AA., *Delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, 93/2006, Madrid, 2007, pág. 59. Y además resalta y reivindica la trascendencia del derecho procesal penal económico, que abordamos en el apartado I.3 de este

De modo que “el Derecho Penal material y el Derecho procesal penal están, en última instancia, en íntima relación funcional y, por eso, un Derecho procesal penal con todas las garantías del Estado de Derecho es sólo posible contando con un Derecho Penal material basado en los mismos principios”¹²⁵.

Llegados a este punto podemos plantearnos si se puede deducir entonces que la dinámica expansiva del Derecho Penal también opera en el Derecho Procesal penal. Si reflexionamos en torno a este cuestionamiento, llegaremos a la conclusión de que efectivamente esta propagación que experimenta el Derecho material también ocurre en el campo procesal.

Esto no podría resultar de otra manera, con todo lo que ello implica. Con ventajas y desventajas y, sobretudo, en la percepción de una sociedad que incisivamente exige del Derecho todas las respuestas, pero que empeña poca confianza en él.

En este punto, podríamos cuestionar si el Estado de Derecho se puede flexibilizar — y en su caso hasta dónde— sin necesidad de perder su esencia y su carácter eminentemente protector de garantías. Cuestionamiento que nos sitúa en una etapa de Derecho Penal que parece querer erigirse incongruente frente a sus principios y garantías fundamentales, edificándose sobre la reducción de derechos fundamentales, inversiones de la carga de la prueba, penas severas y desproporcionadas, presunciones legales e irrupciones en áreas y disciplinas ajenas, que muchas ocasiones provocan leyes en blanco. Esta situación es indeseable y no debe ser permitida so pena de alcanzar un Derecho Penal quizá muy moderno, pero carente de legitimidad, entregado a la moda y olvidando el fin principal

trabajo.

¹²⁵ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, op. cit., pág. 37. Se afirma que a medida que el Derecho Penal (material y procesal) se percibe como un medio de protección frente al peligro, sus límites normativos se debilitan.

para el que fue creado.

Se establece como un reclamo la necesidad de “un Derecho Penal serio, alejado del populismo punitivo, un Derecho Penal garantista que funcione bajo el prisma de Principio de Intervención Mínima, —sin caer en un excesivo simbolismo—, bajo la cobertura de un absoluto respe(c)to a los principios delimitadores del moderno Derecho Penal, que crea en la persona y que haga uso de las pena privativas de libertad como ultima ratio, poniendo a disposición de la Justicia un verdadero sistema de alternativas a la prisión”¹²⁶. Ese es el Derecho Penal al que aspiramos y no otro, que en la búsqueda de un fin genérico más o menos legal, legitime los medios que utiliza sin discriminar su pertinencia.

Tal parece que asistimos a la nueva era de un Derecho que tiende a castigar con todo el rigor a quien vulnere o ponga en riesgo los valores enarbolados y protegidos por el ordenamiento legal; intentamos que se aplique al delincuente “todo el peso de la ley y, en lo posible, que no se levante”¹²⁷.

Da la sensación de que incluso el delincuente ha mutado. Cada vez se insiste más en la delincuencia llevada a cabo por grupos organizados, estructurados y con objetivos claros (la obtención de recursos económicos, la inversión de estos recursos en la comisión de actividades delictivas o su inserción al mercado lícito) son hoy tan lastimosamente habituales. Lo son hasta el punto que permiten pintar un panorama distinto al hasta ahora visto; pero igual —o aún más— desolador.

La delincuencia de grupos es uno de los fenómenos de mayor impacto en nuestros días. Es más, podríamos decir que incluso parece ser el eje medular hacia el que va dirigida

¹²⁶ PÉREZ FERRER, F., «Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España», *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012, pág. 214.

¹²⁷ PARRA GONZÁLEZ, A. V., «La orientación político-criminal del proyecto de reforma del Código Penal», *op. cit.*, pág. 13.

la política criminal actual.

Así las cosas no podemos por menos que preguntarnos ¿qué es la política criminal?¹²⁸ No se sabe con exactitud cuándo o quién utilizó por primera vez el concepto de política criminal, pero ZAMBRANO PASQUEL nos remite a BECCARIA como “punto inicial de esta corriente en 1764 con su obra ‘De los delitos y de las penas’”¹²⁹. Esto, se debe a que se le considera como “el artífice ideológico de la transformación del control punitivo del mercantilismo al del industrialismo”¹³⁰.

Por otra parte, SILVA SÁNCHEZ afirma que VON LISZT “creó la Política criminal como disciplina científica”¹³¹.

Sea cual fuere su “inventor” para fines de este trabajo de investigación, retomaremos algunas definiciones doctrinarias para el planteamiento de este trabajo. En primer lugar retomaremos la reflexión que propone ZIPF al establecer que de la política criminal el énfasis recae precisamente en el término “política” puesto que “criminal” sólo alude el ámbito al que dicha política se refiere, y así afirma que la política criminal “es, por tanto, una parte de la política jurídica general delimitada por el objeto: política jurídica en el ámbito de la administración de justicia penal”¹³².

Por su parte ZAMBRANO PASQUEL explica que responden al nombre de política criminal “todas las acciones que el Estado toma para reprimir la violencia intersubjetiva en

¹²⁸ Vid. ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, Editoriales del Derecho Reunidas, Madrid, 1979. También se puede consultar HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

¹²⁹ ZAMBRANO PASQUEL, A., *Delincuencia organizada transnacional. Doctrina penal constitucional y práctica penal*, Edilex, Guayaquil, 2011, pág. 31.

¹³⁰ ZAFFARONI, E. R., «La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 42, fasc. 2, 1989, pág. 524.

¹³¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Reflexiones sobre las bases de la política criminal», *op. cit.*, pág. 209.

¹³² ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, *op. cit.*, págs. 3 y ss.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

su forma de actividad criminal, dicho en otros términos, la Política Criminal es la ingeniería de construcción de mecanismos de poder punitivo y control social”¹³³.

Sirva como complemento de la anterior la definición propuesta por QUINTERO OLIVARES cuando establece que la política criminal, “es ante todo la parte de la política que acoge las orientaciones y decisiones penales y no penales, jurídicas y sociales, con las que el estado afronta la lucha contra el delito”¹³⁴.

Como ya hemos afirmado, el Derecho Penal es el retrato de una sociedad en un momento específico, y la política criminal es el instrumento que nos ayuda a realizar este reflejo. Por eso incluye directrices de orden jurídico, social y en muchas ocasiones propiamente político. A través de la política criminal se plantean estrategias que, traducidas en programas de gobierno y ordenamientos legales, serán aplicadas para prevenir, reprimir y sancionar a los delitos y a los delincuentes.

Hasta aquí, hemos abordado un contexto específico en torno a la actualidad de la visión del Derecho Penal, puesto que es de vital importancia para entender la política criminal, ya que como afirma SILVA SÁNCHEZ “el Derecho Penal es expresión de una política criminal”¹³⁵.

Pero nuestro análisis quedaría muy mermado si no tuviéramos en cuenta igualmente que “el primer acto de la política criminal es criminalizar o desincriminar una

¹³³ ZAMBRANO PASQUEL, A., *Delincuencia organizada transnacional. Doctrina penal constitucional y práctica penal*, op. cit., pág. 38.

¹³⁴ QUINTERO OLIVARES, G., «La derrota de la política criminal y del derecho penal en nuestro tiempo», op. cit., pág. 48.

¹³⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Reflexiones sobre las bases de la política criminal», op. cit., pág. 213. Así, el autor afirma que, por un lado, la existencia del Derecho Penal estatal por sí misma implica la opción de una política criminal específica; y por otro lado, el ordenamiento legal, sus bases dogmáticas y la aplicación del mismo constituyen la manifestación de una determinada posición respecto de la política general y en específico de la política criminal.

conducta, o elegir esta o aquella clase de pena, o establecer un sistema de sustitutivos penales, o regular mayores o menores beneficios penitenciarios”¹³⁶. Ahondemos un poco más en este asunto.

I.1.4 Derecho Penal y política criminal

Al referir la relación entre Derecho Penal y política criminal se ha formulado la siguiente pregunta: “¿Es el Derecho Penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?”¹³⁷.

No es un cuestionamiento sencillo de responder. Desde luego no lo es porque la dinámica entre ambos puede entrañar, por un lado, matices rígidos, y por el otro, matices suaves, en las ocasiones en las que la relación resulta muy fluida. En todo caso matices diversos que deben ser analizados en su justa medida y en sus relaciones particulares a fin de poder comprenderlos en toda su amplitud.

Lo cierto es que, idealmente, deberíamos apostar porque existiera una relación eminentemente *armoniosa*. Tanto el Derecho Penal como la política criminal tienen que encontrar sus límites en el Estado y orientarse bajo el sistema de garantías que él mismo establece a través del Derecho Procesal.

¹³⁶ QUINTERO OLIVARES, G., «Franz Von Liszt y la Ciencia Penal Española», VV.AA., *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pág. 198.

¹³⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La referencia político-criminal en el Derecho Penal contemporáneo (¿Es el Derecho Penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)», VV.AA., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 859.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Evidentemente la política criminal es una fuente de pautas y medidas que tienden a encaminar al Derecho Penal en cuanto sistema de respuesta frente al delito. Implica, pues, un puente entre el ordenamiento y la realidad que permite a éste mantenerse vigente y dinámico.

Bajo esta perspectiva, la política criminal puede traducirse en “la forma de encarar nuevas realidades”¹³⁸. Sin embargo, al encarar estas realidades debemos ser muy cautelosos y exigentes para evitar la relativización de las concepciones dogmáticas. De modo que, tanto la política criminal como el Derecho Penal, deben alinearse a las bases que establece el Estado. En la medida de lo posible, deben desarrollarse acordes con las directrices propias del mismo Estado junto con las de la comunidad internacional, procurando la coherencia de sus contenidos y atendiendo a la realidad.

En torno a su propio cuestionamiento, ORTIZ DE URBINA reflexiona sobre la necesidad de establecer una definición clara de este concepto, pero principalmente sobre el alcance y los criterios de lo que debe entenderse por política criminal. En ese sentido afirma que “según el entendimiento más fructífero de aquello en lo que consiste la política criminal, el Derecho Penal no es ni puede ser su barrera infranqueable, sino que tendrá que orientarse por ella, ya que es parte de la misma”¹³⁹.

No debemos olvidar que la política criminal no nace ni se desarrolla por generación espontánea. Debe provenir de una política general y de un plan de gobierno, pensado, analizado y estructurado en una visión holística de la realidad social, y no como respuesta automática e irreflexiva ante hechos que desestabilizan o sobrepasan el poder del Estado y conmocionan la opinión pública.

¹³⁸ DE URBANO CASTRILLO, E., «Especialidades de las sentencias en los delitos económicos», *op. cit.*, pág. 58.

¹³⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La referencia político-criminal en el Derecho Penal contemporáneo (¿Es el Derecho Penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)», *op. cit.*, pág. 890.

Resulta entonces que “en los Estados constitucionales, la Constitución sienta las bases de su política criminal y de su Derecho Penal. Ésta es una de las armas esenciales del Estado”¹⁴⁰. Arma que no debe empuñarse contra el ciudadano, sino que por el contrario, está pensada e ideada más bien para protegerlo, proporcionándole las condiciones óptimas para poder desarrollarse adecuadamente, tanto en el ámbito individual como dentro de la sociedad.

En el caso de España, se observa a juicio de algunos “una política criminal errática que en la mayoría de los casos incrementa más que resuelve problemas de enorme calado, con un notable riesgo de limitación de los principios fundamentales, que rigen nuestro sistema”¹⁴¹. Una política errática que surge como consecuencia de la falta de sincronización, o incluso quizá de la ausencia de política de continuidad, que conduzca hacia fines previamente delimitados como adecuados, que deben situarse por encima de mandatos políticos y de ansias de protagonismo. Creemos que debe ser así, porque entendemos que entre política criminal y Derecho Penal no caben las inconsistencias, puesto que ambos deben derivar de la Carta Magna. De manera que no haya lugar para las contradicciones, ni para los procesos reactivos, sino más bien para los planes y las estrategias que, fundamentados en la ley suprema, generen un sistema congruente y equilibrado.

Por todo ello, no debemos tomar la política criminal a la ligera. Si existen inconsistencias o tendencias solo reaccionarias frente a algún aspecto de la realidad se podría generar una catástrofe en el Derecho Penal. Además de echar por tierra el esquema de garantías que implica, también pondríamos en tela de juicio su eficacia. Esto es así, no lo

¹⁴⁰ MIR PUIG, S., «Constitución, Derecho penal y globalización», *op. cit.*, pág. 4. Así las cosas, se garantiza que exista una congruencia entre la Carta Magna, la política criminal y el Derecho Penal. Esta congruencia seguramente repercutirá en la calidad de la defensa de las garantías del ciudadano.

¹⁴¹ PÉREZ CEPEDA, A. I., «El Código Penal de la seguridad. Una involución en la política criminal de signo reaccionario», *op. cit.*, pág. 225.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

olvidemos, porque la dinámica social nunca podrá ser alcanzada por la dinámica del ordenamiento jurídico.

En consecuencia con lo anterior, refiere GÓMEZ BENÍTEZ que “la incoherencia político criminal no es, en absoluto un asunto trivial, pues, como es sabido, la introducción de las valoraciones político criminales en el sistema penal no autoriza la arbitrariedad, sino que por el contrario, debe permitir una interpretación político criminal razonable de los tiempos penales, que empieza por orientar al intérprete sobre el bien o interés jurídico protegido y, en consecuencia, sobre la propia tipicidad de las conductas”¹⁴².

No puede ser de otra forma. La composición racional de una política criminal y su estructura lógica, bien diseñada, deben estar sometidas a las garantías del Estado y deben ser congruentes con la dignidad del ser humano y la política general. Es decir, deben actuar sin perder de vista el fin último que no es otro, que la realización de la justicia y la búsqueda del bien común.

Dicho en otras palabras, la política criminal debe ser la *hoja de ruta* de un país en un momento determinado, y debe caminar en concordancia con la tendencia internacional y bajo la premisa del respeto a la dignidad humana.

La política criminal no es el todo, muy al contrario, resulta ser solo una pieza del rompecabezas que compone un panorama que no encierra únicamente el ordenamiento jurídico, sino todos los aspectos del desarrollo de la vida diaria de un Estado, al interior y al exterior. Y por eso debe estar acorde con el resto del ordenamiento que a su vez debe armonizar con los fines del Estado y de la comunidad internacional.

¹⁴² GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo con bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, 2007, pág. 64.

Así las cosas, podemos observar que “una crisis como esa del Derecho Penal es el signo y el producto de una política penal coyuntural, incapaz de afrontar las causas estructurales de la criminalidad y dirigida únicamente a secundar, o peor aún a alimentar, los miedos y los humores represivos presentes en la sociedad”¹⁴³.

Tal vez el alcance de la política criminal como fundamento único de un eventual fracaso del Derecho Penal pueda matizarse si consideramos que la dinámica cotidiana y su vertiginosa velocidad —entre otros factores—, también han resultado influyentes en la situación del presente, en la que se sitúa el Derecho Penal.

Aunque también hay quienes afirman que la fase actual del Derecho Penal no constituye una crisis, un fracaso o una enfermedad, sino que más bien podría ser calificado como un proceso de “expansión —esto es, de crecimiento—y de auténtica transformación (en el sentido de «cambio del modelo» del Derecho Penal mismo”¹⁴⁴.

En este orden de ideas, la política criminal es signo también de una realidad que se desarrolla cotidianamente y que, en nuestros días, se distingue por su naturaleza protectora ante todos los riesgos —incluso el que implica la vida misma—.

Así, como parte integrante de un todo, debemos resaltar que en los últimos años el debate político-criminal se encuentra muy condicionado por las exigencias derivadas de los procesos de integración, tal y como se puede evidenciar claramente en el ámbito europeo¹⁴⁵.

¹⁴³ FERRAJOLI, L., *Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado*, Ubijus, México, 2009, pág. 21.

¹⁴⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?», *op. cit.*, pág. 109.

¹⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma», VV.AA., *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 79. Además, el autor afirma que no se puede pasar por alto la dimensión de la Unión Europea y esperar que el sistema penológico de cada país refleje especificidades tan contundentes que hagan imposible vislumbrar una homogeneidad en el sistema de penas del espacio

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Así, la política criminal, de ningún modo, puede estructurarse únicamente desde la perspectiva interna: debe integrarse y abrir los ojos hacia la dimensión internacional. La realidad así lo exige. Los procesos de globalización en los que estamos inmersos no permiten actuar de otra manera so pena de quedar totalmente aislados de la evolución internacional.

Sólo en este clima puede entenderse el papel fundamental que desempeña el Derecho Penal vigente. Esta sensación de desamparo, solo puede sosegarse ante el escudo protector que significa el Derecho Penal.

En este afán, tanto la política criminal como el Derecho Penal, han experimentado una distensión en cuanto a su capacidad y alcance. En esta dinámica se han topado con las garantías del Estado de Derecho y en ocasiones, han llegado a confrontarse con las mismas. Llegados a este punto, podemos intuir el riesgo de una política criminal fallida o de un Derecho Penal fracasado.

En efecto, no debemos perder de vista que “un Derecho Penal conforme con el Estado de Derecho no es ningún castillo al que sea preciso defender, sino un modelo de conducta teórico-práctico del control formal sobre comportamientos desviados, que continuamente se debe renovar teóricamente, incorporando aquellas circunstancias generales y político-jurídicas que cambian socialmente”¹⁴⁶. O lo que es lo mismo, manteniéndolo vivo, acorde con el momento y las circunstancias concretas que lo delimitan. Hacerlo de otro modo, alejarlo de la realidad, sería tanto como condenarlo, *ab initio*, al fracaso o incluso a la involución.

europeo. Esto acercará —o hará más distante—, la dinámica de cooperación y unificación de un ordenamiento jurídico para Europa.

¹⁴⁶ HASSEMER, W., «Perspectivas del Derecho penal futuro», *op. cit.*, pág. 40.

Por ello, las personas encargadas del diseño de la política criminal deben evitar la tentación de sucumbir ante las premuras, ya que en caso de que sean vencidos, podrían conducir al país que la diseñe, a una desviación e incluso incongruencia con la política general o a una reacción desquiciada que desequilibre el sistema penal o incluso, llegue hasta el extremo de que deslegitime el poder punitivo del Estado en su totalidad.

Y es que “en un país como el nuestro, en el que se legisla de modo impulsivo sin atenerse a una línea política criminal coherente previamente trazada”¹⁴⁷, se generan ordenamientos contrarios al sistema de garantías en el que deben basarse y del cual deben ser además, sus mejores promotores. Con ello se corre el riesgo de desvirtuar la propia política criminal, y más aún, de estropear el sistema legal en su conjunto.

Efectivamente, se debe considerar que la política criminal no implica una decisión acalorada para calmar el clamor popular, para ganar votos o para proteger intereses de los poderosos.

Muy al contrario, una adecuada política criminal, es aquella que se valora desde dos perspectivas¹⁴⁸: la primera como una disciplina o un método de la reacción anticriminal, y la segunda como un arte o una estrategia de lucha contra la delincuencia. Debe ser así para resultar completa. Y entonces, contará con la observación de la realidad y el planteamiento de una respuesta frente a esa realidad. Por el contrario, si no se produce la conjunción de estos dos elementos el resultado será lastimosamente erróneo y fallido.

Ante estas circunstancias, tal y como declara SILVA SÁNCHEZ, “ahora más que nunca

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, op. cit., pág. 11. Esto al referirse a las múltiples reformas del código penal, ya introducidas y las que se pudieran introducir en un futuro.

¹⁴⁸ ZAMBRANO PASQUEL, A., *Delincuencia organizada transnacional. Doctrina penal constitucional y práctica penal*, op. cit., pág. 35.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

debe, pues, hacerse hincapié en la necesidad de orientar la Política criminal a los principios que derivan de la idea de dignidad de la persona”¹⁴⁹.

La defensa de la dignidad humana no es nueva, pero si fruto de muchas luchas y batallas, de un largo proceso de reflexión, de varias etapas históricas que mancillaron y negaron hasta el más básico derecho de las personas, incluso a la vida¹⁵⁰.

Por ello, y habiendo aprendido las lecciones que nos dejó el pasado, debemos combatir el delito a través de una política criminal respetuosa de derechos. Una política criminal que se traduzca en disposiciones legales limitadas por los principios mínimos que se exigen para proteger tal dignidad¹⁵¹. Porque de no hacerlo así, estaríamos de algún modo legitimando la violencia y el uso de la fuerza por parte del más fuerte, solo que en este caso el más fuerte sería el Estado.

En resumen, es necesario garantizar la “‘humanitas’ o la dignidad del ser humano, la centralidad de éste como persona. El respeto a su esencia, es algo que siempre fue respetado por el poder. La búsqueda de ‘humanitas’ por parte del saber jurídico es una tendencia inevitable”¹⁵².

Resultaría una misión imposible tratar de promover la dignidad humana a través de dispositivos legales que ignoraran tal condición pues “todo mandato que pretenda obligar a

¹⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Reflexiones sobre las bases de la política criminal», *op. cit.*, pág. 212.

¹⁵⁰ En este aspecto, por ejemplo el Holocausto, como la más grave y vergonzosa escena de un estado, una política criminal y un ordenamiento jurídico totalmente al margen de la defensa de la persona y al servicio de una ideología y tendencia exterminadora de seres humanos. Con mayor profundidad ZAFFARONI, E. R., *El humanismo en el derecho penal*, Ubijus, México, 2009.

¹⁵¹ Al respecto PUY MUÑOZ, F., sobre el derecho a la dignidad en *Derechos Humanos*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1983, págs. 90 y ss. Del mismo autor *El derecho a la dignidad: Homenaje a Eleuterio Elorduy, S. J.*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, págs. 260 y ss.

¹⁵² ZAFFARONI, E. R., *Apuntes sobre el pensamiento en el tiempo*, *op. cit.*, pág. 169. Aunque esta postura resulta extremadamente discutible, ya que no necesariamente ha resultado así. En ocasiones observamos verdaderas rebeliones frente al ordenamiento legal.

un hombre en tanto que norma jurídica, tiene que reconocerle como persona”¹⁵³. Y es así, porque solo una mirada desde esta perspectiva puede justificar la protección de garantías, que en el caso del Derecho Penal deben entenderse como “los límites que el Derecho Penal liberal quiere ponerle al poder punitivo”¹⁵⁴.

En este mismo sentido es posible afirmar que la función del Derecho Penal estriba en la custodia de bienes jurídicos a través del aseguramiento de “los valores ético-sociales de conciencia, de la formación del juicio ético-social de los ciudadanos y del fortalecimiento de su conciencia de permanente fidelidad (legal) al Derecho”¹⁵⁵.

Función que no debemos obviar, y que en todo momento, ensalza el sentido fundamental de la protección de los bienes jurídicos. Esta función es precisamente la que conduce —o debería conducir—, el desarrollo de la vida individual y social de los seres humanos. El uso de la fuerza indiscriminada no se legitima por el hecho de que quien la use sea un particular o el Estado. Su uso, muchas veces necesario, se legitima solo en clave de la necesidad y proporcionalidad de los medios que utiliza, del adecuado procedimiento para imponerla y del fin que persigue.

Finalmente, tomando en cuenta el proceso globalizador que vivimos —que es irrenunciable y del que no podemos escapar—, no podemos dejar de advertir que éste nos debe conducir al “reconocimiento de que en un mundo donde el dinero y la información han devenido globales, la política tiene que ser algo menos local”¹⁵⁶, y ello aunque de

¹⁵³ GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, pág. 4.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, E. R., «Abolicionismo y garantías», *Jueces para la Democracia*, núm. 24, 1994, pág. 24. El autor afirma que la única manera de moderar el poder punitivo del Estado consiste en supeditarlo a los límites que establece el Derecho Penal.

¹⁵⁵ GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *op. cit.*, pág. 11.

¹⁵⁶ MARTÍN BARBERO, I., «Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera», *op. cit.*, pág. 31.

manera indirecta suponga para los Estados renunciar a partes importantes de su soberanía.

De este modo, la política criminal referida a la delincuencia organizada, debe plantearse un margen en el que responda también a consensos internacionales y que permita múltiples espacios de convivencia y colaboración de jurisdicciones de otros Estados al abordar este tipo de fenómeno.

I.1.5 El proceso penal como instrumento de la política criminal: la tensión entre eficacia y garantías

La evolución y expansión del Derecho Penal también ha impactado en el Derecho Procesal, y tal parece que las reglas clásicas típicas del proceso van quedando anticuadas ante un Derecho sustantivo en plena efervescencia¹⁵⁷. Y podríamos decir que así debe de ser, esto es, reformar en clave de *sistema penal*, puesto que ya sabemos lo ineficaces e inexplicables que vienen siendo las reformas operadas en el plano sustantivo que no tienen su traslación en las adaptaciones necesarias del cuerpo normativo procesal¹⁵⁸ (por ejemplo, en materia de la fijación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como hemos

¹⁵⁷ La idea de que los fines del proceso penal y de la pena coincidan o deban obedecer a los mismos principios se cuestiona a pesar de que se les considere como “dos órbitas complementarias de una misma finalidad social”; así, se admite la posibilidad de “aplicar un sistema procesal como el acusatorio, a códigos penales en los que la pena persigue objetivos tan diversos como los retributivos o los de prevención general” debido quizá a que el Derecho Penal material y el proceso penal tienen distintos ámbitos de actuación. Vid. ARMENTA DEU, T., «Pena y proceso: fines comunes y fines específicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 48, fasc. 2, págs. 441 y ss.

¹⁵⁸ No puede justificarse una disociación entre la parte sustantiva y procesal del Derecho Penal. Sobre los fundamentos del Derecho Procesal se puede consultar PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., FERREIRO BAAMONDE, X. X., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., *Derecho Procesal Penal*, Thomson Civitas, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Introducción al Derecho Procesal*, Andavira, 3ª ed., A Coruña, 2012.

tenido ocasión de comprobar en España hace pocos meses).

Nos topamos con un proceso penal que al tratar de adaptarse al fenómeno de la delincuencia organizada parece enfrentar una encrucijada entre garantismo y eficiencia. Podemos constatar esta realidad cuando observamos la *ineficacia* de la reacción penal *clásica*, a la que urge *renovarse* en aras de una respuesta a esta criminalidad que dista mucho de la “delincuencia individual común”¹⁵⁹.

Y es que el proceso penal debe cumplir con la tarea de tutelar los derechos de las personas sujetas a investigación o enjuiciamiento¹⁶⁰, al tiempo que regula el *ejercicio de la función jurisdiccional*¹⁶¹, y que incluso debe extender su halo de protección hacia las víctimas del delito¹⁶².

En este sentido se apunta que tanto el Derecho sustantivo como el proceso penal se consideran como *instrumentos o condiciones* de un sistema democrático, pero sólo si a través de ellos se limita a su mínima expresión la *violencia punitiva del Estado*, y por ello más que apreciarlos desde la perspectiva del ciudadano y las limitaciones a su libertad, se les debe considerar como “un conjunto de preceptos destinados a los poderes públicos y de

¹⁵⁹ Cfr. HURTADO, POZO, J. «Globalización y delincuencia organizada», VV.AA., *Orientaciones de la política criminal legislativa*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, págs. 21 y ss.

¹⁶⁰ Que ha pasado de ser *objeto* de estudio a *protagonista* del mismo. Cfr. CASTILLEJO MANZANARES, R., «Hacia un nuevo proceso penal (investigación y juicio de acusación)», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pág. 211. Transición que coincide con la transformación del “Derecho penal de autor al Derecho penal del hecho”.

¹⁶¹ LORCA NAVARRETE, A. M., «Garantismo y Derecho Procesal ¿Una aporía del método constitucional?», *Revista de Actualidad Jurídica en Derecho Procesal*, vol. 3, núm. 3, 2009, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2134> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013. En este sentido afirma PEDRAZ PENALVA que “el proceso es en sí definible como el instrumento constitucionalmente necesario previsto para el rogado desarrollo de la potestad jurisdiccional”. PEDRAZ PENALVA, E., «El Derecho Procesal como sistema de garantías», *Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992, pág. 17.

¹⁶² BINDER, A., «Tensiones político-criminales en el proceso penal», *Jueces para la Democracia*, núm. 60, 2007, págs. 21-36.

limitaciones impuestas a su potestad punitiva”¹⁶³.

Sin embargo, frente a esta perspectiva y colocando como eje central al individuo, hay quien considera que asistimos a una bifurcación del Derecho, pues por un lado se ubica a todas las disposiciones dirigidas a las *personas* —aquellos individuos que han decidido mantenerse dentro de los ámbitos que estipula la ley—, y por ello la nota distintiva de esta vertiente es el respeto a las garantías del sistema jurídico y a los derechos fundamentales; pero frente a ésta surge otra ramificación que se dedica a las *no-personas* —aquellos individuos que han decidido mantenerse al margen de la ley y que por ello se consideran peligrosos para la colectividad— a los que se les considera como los *enemigos*, por lo que hay que reprimirlos a toda costa, aún a través de la restricción o limitación de garantías y derechos fundamentales¹⁶⁴.

El Derecho Penal del enemigo, según JAKOBS, también se aprecia en el proceso penal, puesto que ante ciertos fenómenos criminógenos se imponen medidas *coactivas* que no se dirigen a la *persona* que por naturaleza respeta las reglas, sino que se imponen al *individuo*, porque éste “con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso”, por lo cual se le trata como *enemigo* respecto de quien el “Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado”¹⁶⁵.

La apreciación del Derecho sustantivo y procesal desde este punto de vista, según

¹⁶³ FERRAJOLI, L., «Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal», *Jueces para la Democracia*, núm. 4, 1988, pág. 3. El autor manifiesta que para poder concebir al proceso penal desde un punto de vista garantista, el presupuesto básico resulta ser “el monopolio legal —y precisamente penal y judicial— de la violencia represiva”.

¹⁶⁴ Esta fractura del Derecho se expone en PORTILLA CONTRERAS, G., «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo», *op. cit.*, págs. 43 y ss.

¹⁶⁵ JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, págs. 44 y ss. El autor afirma que ante los delinquentes el Estado puede adoptar dos respuestas: “puede ver en ellos personas que delinquen, personas que hayan cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo”.

HASSEMER, se encuentra alimentada por el interés de la sociedad en centrar su atención en aquellos fenómenos relacionados con “la violencia, el riesgo y la amenaza”, lo que conduce a una guerra contra el delito que no puede dar como fruto ordenamientos jurídicos que impliquen una “garantía de libertad” sino que requiere de “un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y de represión de la violencia”¹⁶⁶.

Ante un fenómeno de las dimensiones y el impacto de la delincuencia organizada debemos admitir que los medios tradicionales de investigación del delito se perfilan como instrumentos poco eficientes debido a los medios de los que dispone la organización delictiva y a su compleja estructura¹⁶⁷.

Por ello se afirma que “el sistema procesal-penal contra la criminalidad organizada se ha caracterizado por una constante restricción de los principios básicos que rigen el tradicional funcionamiento tanto del Derecho penal como del Derecho procesal penal”¹⁶⁸.

En este mismo orden de ideas se considera que “la actual Política criminal tiene conciencia de estos problemas, pero se enfrenta a ellos desconociendo que un Derecho penal fiel a sus principios no puede realizar la misión que se le encomienda de control y de represión de la violencia, decidiéndose, en cambio, por el debilitamiento de la vinculación del Derecho penal a sus principios, minimizando los presupuestos de la pena con el empleo

¹⁶⁶ HASSEMER, W., «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 15, 1990-1991, págs. 185 y ss. El autor nos explica que “el destinatario de todas estas exigencias de la opinión pública que se siente amenazada por la violencia es, sobre todo, el Derecho penal, incluyendo también en él el Derecho procesal penal. De él se espera una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y que garantice la seguridad de los ciudadanos”.

¹⁶⁷ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 218 y ss. La autora afirma que “las organizaciones criminales se aprovechan de las ventajas de rapidez, eficacia y anonimato que proporcionan las nuevas tecnologías (teléfonos móviles, sistemas informáticos, Internet). Frente a ellas, los medios tradicionales de investigación y búsqueda de pruebas —por ejemplo, acerca de las propiedades y capitales de la organización criminal— resultan ineficaces”.

¹⁶⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo», *op. cit.*, pág. 43.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

superficial de delitos de peligro abstracto, difuminando los presupuestos de la imputación o endureciendo los medios coactivos”¹⁶⁹.

Pero aún frente a este panorama, y contra esta opinión, también hay quien afirma que existe la “convicción de que la actual cultura jurídica y política, constitucional y democrática, tiene el deber de alentar fuertes razones para la acción en favor de la vigencia universal de (todos) los derechos, y está en condiciones de hacerlo con eficacia”¹⁷⁰.

Y es que a pesar de que parezcan contraponerse, las garantías y la eficacia constituyen facetas de una misma realidad, y la aparente pugna entre ellas no implica decantarse por una o por las otras, no pueden —y no deben— ser excluyentes porque un proceso sin garantías carecería de eficacia y un proceso eficaz sin garantías no podría concebirse en un Estado de Derecho.

El proceso penal como elemento necesario para que exista *justicia democrática* debe reunir tres condiciones: la legalidad de los poderes públicos, la legitimación del proceso penal y la congruencia de la formación de los jueces con las dimensiones axiológicas de la jurisdicción¹⁷¹. Caben, por ello, el respeto a las garantías y el ideal de eficiencia en el proceso. Dentro del proceso deben ajustarse entre sí, pero no eliminarse entre ellas.

Por estas razones no debemos hablar de una elección entre garantías y eficiencia,

¹⁶⁹ HASSEMER, W., «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”», *op. cit.*, pág. 192. La mudanza del Derecho Penal, sustantivo y procesal, se hace patente de muchas formas, basta con observar la utilización del “método jurídico” de la *ponderación de intereses*, que se aplica por ejemplo en delitos de narcotráfico cuando se impone el comiso de las ganancias ilícitas aun en poder de terceros y que se califica como “algo desconocido en otros ámbitos del Derecho penal”. Por ello, el autor nos invita a reflexionar que “un Derecho penal contundente tiene también sus costos y se paga con la renuncia a principios políticamente valiosos y difíciles de mantener y puede eventualmente perder su fuerza de convicción”.

¹⁷⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía», *Jueces para la Democracia*, núm. 48, 2003, págs. 27-40.

¹⁷¹ Cfr. FERRAJOLI, L., «Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal», *op. cit.*, pág. 3.

sino que debemos reconocer una *tensión*¹⁷² entre las mismas y, por ende, un reto.

Se hace evidente que existe una disfunción del proceso, por lo que surge una necesidad de *instrumentos actualizadores* que debido a la tirantez entre garantías y eficiencia que hemos venido refiriendo produce una “huida del proceso hacia mecanismos alternativos”¹⁷³.

Conviene reflexionar en torno a la idea de que esta contienda de fuerzas se mantendrá vigente en tanto que no se logre encontrar un punto intermedio entre los derechos de la persona y el bienestar colectivo. Esta controversia se materializa con la contraposición de opiniones a favor de un sistema eminentemente garantista¹⁷⁴ frente a un sistema que resulte más eficiente pero que acote los derechos fundamentales del imputado¹⁷⁵. Ante esta disyuntiva, se afirma que debe lograrse una *adecuada ponderación* entre garantías y eficiencia para que “el Estado pueda reaccionar ante el fenómeno delictivo de forma legítima”¹⁷⁶.

Ante esta realidad y siempre partiendo de una postura cautelosa, compartimos la afirmación de RODRÍGUEZ GARCÍA en el sentido de que “la preocupación de la represión eficaz siempre tiene que tener como límite el respeto a las exigencias de todo Estado de Derecho, esto es respetar los derechos fundamentales de la persona como la dignidad, la libertad y el derecho a un proceso justo”¹⁷⁷, sin que esto sea óbice para implementar

¹⁷² Vid. BINDER, A., «Tensiones político-criminales en el proceso penal», *op. cit.*, pág. 1.

¹⁷³ A fin de evitar estas “tirantezas” se deben armonizar tres aspectos: las garantías del delincuente, los intereses de la víctima y la protección de la sociedad. Cfr. ARMENTA DEU, T., «Pena y proceso: fines comunes y fines específicos», *op. cit.*, págs. 452 y ss.

¹⁷⁴ Vid. FERRAJOLI, L., *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, *op. cit.*, 2010.

¹⁷⁵ Vid. LARRAURI, E., «Criminología crítica: abolicionismo y garantismo», *op. cit.*, págs. 133-168.

¹⁷⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Prólogo», CORRÊA DE CARVALHO, J. T., Tráfico de drogas, prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales, Jurúa, Curitiba, 2009, pág. 9.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción», VV.AA., *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, pág. 74.

mecanismos más ágiles que se apeguen a la realidad criminal.

Queda constatado, por tanto, que en el diseño de una política criminal que intente frenar la acción de los grupos delictivos organizados el proceso penal tiene un relevante papel que cumplir en el sistema penal de un Estado de Derecho.

I.2 Delincuencia organizada

En el contexto de la globalización, debido a diversos factores tales como el desarrollo de la tecnología y la comunicación se pueden percibir fenómenos criminales de magnitudes y características específicas y como respuesta también surge el interés de los Estados por reaccionar ante tales fenómenos.

A partir de estas dimensiones se vislumbra “la criminalidad organizada, que se presenta como una de las mayores fuentes de inseguridad ciudadana por su potencialidad delictiva”¹⁷⁸.

Entendemos por criminalidad organizada el fenómeno delictivo que se extiende sin control y que puede provocar —o mejor dicho, que ya provoca— innumerables problemas a la estructura social, a la percepción de la seguridad de los ciudadanos, a los sistemas judiciales de los países y a la colaboración entre sus autoridades.

Su análisis es complejo y exige cierta sistematización. En primer lugar, debemos

¹⁷⁸ PÉREZ FERRER, F., «Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España», *op. cit.*, pág. 205.

considerar que analizar el fenómeno de la delincuencia organizada es una tarea muy extensa y sobre todo complicada que presenta múltiples vicisitudes, empezando por los intentos de describirla y proponer un concepto que la defina.

Existe la idea que establece que “cuando la delincuencia ‘común’, llega hasta tal extremo de ‘evolución’ o de ‘perfeccionamiento’; cuando rebasa los límites de control gubernamental; cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado en la comisión delictiva; cuando persigue a través de determinadas acciones violentas la búsqueda del poder, ya sea político, económico o social; es cuando podemos decir, sin lugar a dudas, que estamos frente a un caso de delincuencia organizada”¹⁷⁹.

Sin intención de llevar a cabo una disertación sobre la transcripción que antecede, puesto que no es el objetivo de este trabajo, nos parece interesante puntualizar que ningún delito se puede considerar como una dinámica de perfeccionamiento. Tal alusión se torna injusta, frente a un fenómeno cuyos efectos dramáticos atentan contra las estructuras sociales, las instituciones del Estado y en general, agreden la convivencia pacífica de las personas.

La delincuencia organizada no puede percibirse como un proceso de mejora del delito. No podemos calificarlo como una “evolución” sino como una “involución”. El delito es una transgresión del orden jurídico que produce consecuencias adversas, que se reflejan en el ataque y violación de los bienes jurídicos que se consideran fundamentales y que deben ser protegidos y reivindicados por el Estado.

Expuesto lo anterior, verificaremos que la delincuencia organizada se percibe como

¹⁷⁹ BRUCET ANAYA, L. A., *El crimen organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*, op. cit., pág. 49.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

el signo de los tiempos de la globalización. Porque “la criminalidad también se ha mundializado y nuevas conductas ilícitas de contenido económico-social, se han diseminado, cruzando legislaciones, territorios, países y regiones”¹⁸⁰. Y por eso “debemos tener presente que la empresa, actor principal de la globalización económica, puede ser también un operador de la delincuencia organizada”¹⁸¹.

Hoy, como nunca antes, la criminalidad organizada ha llegado a límites sin precedentes y se extiende como polvorín por todos aquellos espacios en los que el ordenamiento legal ha dejado huecos. Esta dinámica se ve potenciada por el fenómeno de la globalización, que pone al descubierto esos vacíos legales que los delincuentes emplean a su merced.

Este tipo de criminalidad pone a su servicio también a la “pequeña delincuencia”, puesto que las organizaciones criminales “explotan las condiciones de miseria, necesidad y marginación social de la mano de obra que trabaja para ellas”¹⁸².

Justamente, uno de los aspectos que nos debe alertar sobre el crimen organizado es que genera más delincuencia. Y es que sus promotores la necesitan para desarrollarse y subsistir. Dicho de otro modo, la delincuencia organizada siempre irá acompañada de más delincuencia, puesto que es la única manera de llevar a cabo su actividad.

Como dijimos antes, se trata de delitos de amplio espectro y de consecuencias tan diversas, que resulta difícil cuantificarlas. Esto es así porque se va construyendo una especie de castillo de naipes o de puzle donde deben encajar todas las piezas. En este caso,

¹⁸⁰ WITKER, J., «Globalización y delitos económicos», VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, UNAM, México, 2007, tomo III, pág. 580, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2428/28.pdf> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

¹⁸¹ *Ibidem.*, pág. 596.

¹⁸² FERRAJOLI, L., *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, *op. cit.*, pág. 15.

lastimosamente estas piezas son pequeños delincuentes que se ponen al servicio de las grandes mafias y pasan a formar parte del engranaje que las sustentan.

No cabe duda de que “las tendencias de ámbito mundial como la evolución demográfica, la desigualdad económica, las desigualdades culturales, la inestabilidad de un número considerable de Estados, repercutirán en la evolución de la delincuencia”¹⁸³.

Probablemente, la era globalizadora sea un proceso lleno de bondades. Pero presenta también algunas consecuencias nefastas como la multiplicación, crecimiento y profesionalización de grupos delictivos que, aprovechando la tecnología, la ausencia de fronteras y sobre todo el anonimato, dedican sus esfuerzos a la actividad delictiva.

Y es que “la globalización de los mercados, ha propiciado la introducción de un gran volumen de recursos de procedencia ilícita en las economías legales de todos los países del orbe, lo que presupone de forma paralela, la estructuración de grandes organizaciones criminales generadoras de cuantiosas ganancias”¹⁸⁴.

No debe parecernos extraño pues, que alrededor de estas organizaciones delictivas existan cinturones de delincuencia marginal, que le permiten actuar a la sombra de la impunidad. Pero tales actividades no se agotan en un solo momento y requieren de toda una serie de procesos para poder aprovechar las ganancias que producen. De modo que se constituyen verdaderos emporios con el fin de ocultar esas ganancias y darles distintos usos tales como:

¹⁸³ ESPIGARES MIRA, J., «Criminalidad internacional en el siglo XXI. Instrumentos para combatirla», *Estudios de Ciencia Policial*, núm. 71, 2004, pág. 60.

¹⁸⁴ NÚÑEZ CAMACHO, M. DE LA L., *El fenómeno del lavado de dinero en México. Causas, efectos y propuestas para reforzar su combate*, Porrúa, México, 2008, pág. XXI.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

- a) reinvertirlas en más ilícitos¹⁸⁵,
- b) destinarlas a la profesionalización y capacitación delictiva de los miembros de la propia organización,
- c) ingresarlas a la economía lícita,
- d) utilizarlas para la comisión de ilícitos como corrupción, para asegurar la continuidad de la organización.

Tal parece que la relación entre delincuencia organizada y globalización se encuentra representada por el caldo de cultivo que puede ser ésta última para el desarrollo y expansión de la primera. Se trata de un campo muy fértil.

Esta idea se reafirma porque “la criminalidad organizada, está, en efecto, manifesta(n)do la perversa tendencia hacia la globalización: en el sentido de que su actividad criminal, por los actos que realiza y los sujetos que involucra, no se desarrolla solamente en un país o en un territorio estatal sino, a la par de las actividades económicas de las grandes empresas multinacionales, a nivel transnacional o, inclusive, planetario”¹⁸⁶.

Si antes nos referimos a la expansión que experimenta el Derecho Penal y la política criminal, podemos observar ahora que la delincuencia organizada se caracteriza por este mismo fenómeno. Alcanza dimensiones más allá de los límites del tiempo y la distancia. Y

¹⁸⁵ Al respecto se puede consultar BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 1996, págs. 56 y ss.

¹⁸⁶ FERRAJOLI, L., *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, op. cit., pág. 11. El autor percibe la globalización como una “ausencia de derecho” y establece que en el caso del Derecho Penal esto implica una quiebra. Por otro lado, asocia al fenómeno globalizador la fisura de las funciones —que designa como “garantistas”—, del Derecho Penal y finalmente la fractura del sistema de garantías sustantivas y adjetivas.

aprovecha la falta de fronteras y cuando se topa con alguna, es capaz de sesgar su trayectoria para poder continuar con sus actividades.

Así las cosas “estaremos expuestos a las acciones de las organizaciones criminales, que encuentran en la caída de las fronteras, en el desarrollo tecnológico, en la preeminencia de la economía y en las relaciones internacionales un campo abonado para su actuación”¹⁸⁷.

Este tipo de delincuencia, centra su actividad y esfuerzo en obtener el mayor lucro posible. Para ello, se estructura y organiza de modo tal, que cuenta con expertos en diversos campos como contabilidad, leyes, administración, etcétera.

Como puede apreciarse, se forma todo un ejército con la misión de generar ganancias cuantiosas, ocultarlas, emplearlas en la diversificación y posicionamiento en actividades delictivas, o lograr la inserción de los recursos obtenidos en el mercado legal. Este ejército se hace fuerte a costa de los delitos de otros, que en algunas ocasiones ni siquiera son conscientes del tremendo papel sustentador que están jugando en todo el engranaje. Una vez más el fuerte abusa del débil sin darle muchas opciones de defensa.

Ya se nos advierte que: “en el régimen jurídico acerca de la delincuencia organizada se halla una frontera movediza entre las soluciones penales y procesales características de la sociedad democrática —como las habíamos entendido y acogido hasta los últimos años del siglo XX— y las soluciones desenvueltas al calor de la exasperación por una criminalidad pujante y peligrosa”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual», *op. cit.*, págs. 39 y ss.

¹⁸⁸ GARCÍA RAMÍREZ, S., *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, Porrúa, México, 2005, pág. XI. El autor plantea el grave riesgo de abordar el tema a la ligera o incluso generar un sistema de “garantías recortadas o reducidas, y en algunos casos suprimidas”. Por otra parte, califica al marco jurídico establecido por la legislación mexicana, en torno a este fenómeno, como un *engendro indeseable* capaz de contaminar la totalidad del *orden penal*; analogía que bien podría aplicarse a la legislación española, o a

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Esto nos pone sobre aviso. Cualquier paso en falso o decisión acalorada nos conducirá a ese terreno frágil. Las pautas a seguir a través del Derecho Penal deben, por tanto, estar libres de medidas que se ejerzan con premura, al calor del momento o como respuesta al clamor popular. Las propuestas del Derecho Penal deben basarse en el conjunto de principios y garantías preestablecidos. No existe otra posibilidad. Es importante recalcar este hecho porque a veces se tiende a sucumbir ante la inmensidad del delito, cediendo a la tentación de utilizar sus propias armas. Esta es una tentación más que comprensible, pero de ceder a ella, se produciría un socavamiento del Estado de Derecho, imposible de reestructurar pues dónde estaría el límite o cuál llegaría a ser de verdad el más fuerte.

Así las cosas, “la situación ha cobrado un gran sesgo con la aparición de grandes organizaciones criminales, que han generado sumas ingentes de bienes y dinero”¹⁸⁹.

Es así, no podemos tomar a la ligera un fenómeno tan complejo, dinámico y escurridizo como resulta la delincuencia organizada, so pena de generar espacios conscientes de impunidad. Es cierto que el orden jurídico tiene ante sí un reto difícil de vencer. La lucha contra una criminalidad que genera ganancias astronómicas, resulta desventajosa, si se toma en cuenta que el Estado desarrolla su actividad satisfaciendo necesidades ilimitadas con recursos limitados.

Esta batalla requiere, más allá de los recursos, utilizar el monopolio del ejercicio de la fuerza. Tiene que actuar con contundencia, pero en ningún caso debe ir más allá de los límites que le impone la ley.

cualquiera otra, si se llevara a cabo un proceso similar que parece tan desquiciado y expansivo, que anula derechos y garantías fundamentales.

¹⁸⁹ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», VV.AA., *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pág. 109.

A fin de vislumbrar el panorama en torno a este fenómeno, nos parece útil recordar que “en las últimas décadas, nuestro país ha experimentado la implantación y el afianzamiento de tres formas distintas de delincuencia organizada: una criminalidad organizada autóctona fuerte, consolidada e independiente; un segundo tipo autóctono que establecería alianzas con grupos criminales no europeos, y una tercera forma exclusivamente integrada por grupos extranjeros que operan por cuenta propia y desarrollan diversos negocios en España”¹⁹⁰.

Así es, la delincuencia organizada tiene varios rostros y distintas formas de operar; pero sin importar cuál sea su modalidad, resulta dañina y perjudicial para el funcionamiento estable de la colectividad.

Aunado a lo anterior, debemos tener presente que un adecuado tratamiento y combate a la delincuencia organizada debe necesariamente contar con una legislación adecuada, en la que prime la colaboración entre los países. Este último aspecto sólo puede lograrse a través de “un consenso en la definición del problema, así como una armonización en las respuestas del Derecho Penal sustantivo”¹⁹¹.

¹⁹⁰ DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Planeta, Barcelona, 2010, pág. 341.

¹⁹¹ ROPERO CARRASCO, J., «La necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada», VV.AA., *Instrumentos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 66 y ss.

I.2.1 Concepto

Ya hemos marcado el contexto en torno al fenómeno de la delincuencia organizada y cómo se relaciona ésta con la globalización. Pero resulta de vital importancia conceptualizarla, para poder entender sus características, sus consecuencias y la reacción penal frente a ella¹⁹².

Una vez más como sucede casi siempre, resulta difícil obtener una uniformidad conceptual en cuanto a la definición de la figura. Efectivamente es una tarea difícil intentar precisar un concepto unánime de delincuencia organizada que sea válido para todos los estudios y foros que se refieren a este fenómeno.

Al tratarse de una figura en franco crecimiento y desarrollo, potenciada por el proceso globalizador, la criminalidad organizada es un producto no acabado en términos de ordenamiento jurídico, puesto que es una realidad cambiante y muy compleja.

Se dice que el término delincuencia organizada fue utilizado por vez primera en Estados Unidos, por los criminólogos que intentaban describir el comportamiento criminal de las mafias¹⁹³.

En este sentido ZAFFARONI afirma que “crimen organizado es un concepto de origen periodístico, que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder

¹⁹² En cuanto a la existencia y esencia de este tipo criminal se puede consultar FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

¹⁹³ BRUCET ANAYA, L. A., *El crimen organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*, op. cit., pág. 49.

punitivo»¹⁹⁴.

Las expresiones *delincuencia organizada* y *crimen organizado* se han utilizado como sinónimos. En Europa lo más común es el uso del término *delincuencia organizada*, mientras que la alusión *crimen organizado* resulta de mayor aplicación al otro lado del Atlántico. A lo largo de este trabajo utilizaremos ambos términos indistintamente.

En los últimos años han surgido una inmensa cantidad de estudios relacionados con la *delincuencia organizada*, y dentro de éstos, un sinnúmero de intentos por conceptualarla y delimitarla. Siempre con el riesgo latente de que se le confunda o se le subsuma con otros conceptos.

Este riesgo de confusión se plantea en relación con conceptos como el de *delincuencia económica*, pues muchas veces éste se utiliza como sinónimo de *delincuencia organizada*. Llegados a este punto, resulta interesante establecer los vínculos que pueden surgir entre ambos.

Para distinguir tales vías de conexión FOFFANI¹⁹⁵ propone que pueden existir tres puntos de vista desde los cuales sea útil reflexionar sobre las diferencias y similitudes entre ambos fenómenos. De ese modo, entiende que será posible apreciar más la individualidad de cada forma de *delincuencia*:

- a) La primera perspectiva tiene como base una visión generalizada de criminalidad económica y criminalidad organizada, como partes integrantes de una sola realidad, de forma tal que, aparentemente se mezclan y confunden en un solo concepto. Ambos se visualizan de manera tan extensa, que resulta

¹⁹⁴ ZAFFARONI, E. R., «Globalización y crimen organizado», *op. cit.*, pág. 1.

¹⁹⁵ Cfr. FOFFANI, L., «Criminalidad organizada y criminalidad económica», *op. cit.*, págs. 56 y ss.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

difícil distinguirlos. Dicho de otra forma, se aprecian como partes indivisibles de un mismo universo.

Parece que ocurre una subsunción entre la concepción de criminalidad económica y criminalidad organizada, que comprende la mutua influencia de ambos conceptos y que plantea la organización y estructura —en aumento—, observada en la operatividad de la delincuencia económica; y por otro lado, el tinte económico de la delincuencia organizada.

Esta visión de la relación entre los conceptos de criminalidad organizada y criminalidad económica nos parece simplista y pragmática, puesto que a pesar de que la criminalidad organizada persigue la obtención de algún beneficio, y la criminalidad económica actúa, en algunos casos, de manera organizada, no pueden —y no deben— percibirse como fenómenos semejantes.

Refiriéndose a esto SILVA SÁNCHEZ afirma categórico que “la tradicional delincuencia patrimonial y económica ha adquirido, mediante el aprovechamiento de las nuevas tecnologías y la complejidad de las relaciones financieras, tintes más preocupantes que nunca”¹⁹⁶.

Esta realidad justifica la preocupación por dimensionar la magnitud de la delincuencia económica —o de cuello blanco—, pero no justifica su concepción estricta analizada únicamente bajo el cristal de la criminalidad organizada, a pesar de las innegables redes que los aproximan y que en muchos casos parecen eliminar o hacer casi invisible la frontera limítrofe y distintiva de cada fenómeno.

¹⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El populismo punitivo», *op. cit.*, pág. 15. Así justifica que el poder público y los ciudadanos estén de acuerdo en la intervención *drástica* del Estado para prevenir y combatir estas conductas y así garantizar el equilibrio social.

-
- b) El segundo punto de vista se propone partir de una concepción restringida de conceptos, para que, evitando generalizaciones, resulte sencillo determinar y distinguir sus límites.

A partir de esta perspectiva surgen tres cuestiones que tratan de analizarse de una forma individual:

Por una parte se propone precisar cada uno de los comportamientos que integran la criminalidad, ya sea económica u organizada; por otra, se estudian las opciones de defensa del mercado legal frente a las infiltraciones de la delincuencia; y, finalmente, se observan las consecuencias que estos comportamientos y mecanismos de defensa pueden traer aparejados.

De este modo se pueden reconocer las distintas conductas delictivas, las relaciones que existen entre ellas, su influencia sobre una realidad concreta —en este caso el mercado legal—, y finalmente los resultados que estas conductas producen en dicha realidad.

Nos parece que esta apreciación resulta de difícil aplicación en situaciones reales, puesto que es muy complicado distinguir todas y cada una de las conductas delictivas de forma independiente, debido a la delgada línea que existe como frontera entre ellas, e incluso —en muchas ocasiones—, la ausencia de dicha frontera.

Por otro lado, las consecuencias en el mercado y en el Derecho Penal de estos comportamientos son difíciles de precisar porque pueden resultar muy variados y de amplia estela. La mayor sencillez en cuanto a esta perspectiva, la plantea el estudio de los mecanismos legales que existen en torno a la protección de los mercados frente a la delincuencia.

- c) Finalmente, la tercera perspectiva para distinguir la criminalidad económica parte de la delimitación de las formas de delincuencia económica y, a partir de éste análisis, verificar en cuáles de esas actividades opera una estructura de crimen organizado. En esta óptica también se intenta analizar si la propia estructura del mercado propicia cierto tipo de criminalidad o si solamente sirve como un espacio de extensión y desarrollo de una delincuencia surgida en otros campos.

El tercer modelo resulta a nuestro juicio, el estilo más atinado para visualizar y distinguir los conceptos de criminalidad económica y criminalidad organizada, puesto que permite diferenciar todas aquellas conductas que constituyen delitos económicos y al mismo tiempo concebirlas al margen de la criminalidad organizada, sin olvidar que en algunos casos pueden —y efectivamente lo hacen—, influenciarse mutuamente.

A partir de esta perspectiva podremos distinguir aquellas formas de criminalidad organizada que se infiltren en el mercado, pero al mismo tiempo, veremos qué comportamientos producen una delincuencia netamente económica y organizada sin tropezar con la perspectiva simplista de una ósmosis de ambas formas de delincuencia.

Como ya se advierte, resulta muy complejo tratar de delimitar y conceptualizar el fenómeno de la delincuencia organizada y distinguirlo de otras figuras, complicación que también se verá reflejada en el tratamiento y sanciones dispuestos para este tipo de delito, como ya se analizará más adelante. La dificultad no deviene de una impresión sino de la propia realidad de las cosas. Y es que en el mundo de la realidad jurídica, los conceptos casi nunca se producen de forma nítida y perfectamente diferenciada sino que son, por el contrario, el producto de una relación simbiótica en la que muchas veces es difícil discernir

hasta donde estamos inmersos en una figura y cuando cambiamos hacia otra.

Dificultad ésta que a nuestro juicio no imposibilita el análisis de cada caso sino que simplemente advierte de la necesidad de estudiarlo, teniendo en cuenta estas cautelas. Pues buscar figuras propias, nítidas y perfectamente diferenciadas y separadas es más bien una hipótesis de laboratorio que difícilmente ofrece la experiencia jurídica real.

Consecuentemente afirmamos que, pese a las *dificultades definatorias* del término delincuencia organizada éste fenómeno ha sido abordado desde distintos puntos de vista como el policial, el criminológico o incluso el legal. A falta de un concepto unánime que lo defina, el crimen organizado ha generado un *intenso desarrollo legislativo*¹⁹⁷ comúnmente aceptado en tanto en cuanto contribuye a enriquecer la figura en sí misma.

En este sentido ZAFFARONI puntualiza que “puede afirmarse que ha surgido una macrocriminalidad económica que es la más alta manifestación de criminalidad organizada”, y continúa afirmando que: “se llega a la conclusión de que la más grave manifestación del crimen organizado es el crimen económico de Estado, que destruye sus propios aparatos productivos y despilfarra el patrimonio estatal”¹⁹⁸.

Además de las dificultades ya expresadas a la hora de intentar una definición pura de estas instituciones, el estudioso de las mismas se encuentra con algunas añadidas, como por ejemplo el hecho de que al lado de las definiciones doctrinales, existen las de las organizaciones internacionales que tienden a la armonización de conceptos, para poder así lograr la colaboración entre los diversos países que conforman el globo terráqueo.

¹⁹⁷ Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», VV.AA., *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Ediciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, págs. 87 y ss.

¹⁹⁸ ZAFFARONI, E. R., «Globalización y crimen organizado», *op. cit.*, pág. 7.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Por su parte, la Organización de Naciones Unidas a través de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000¹⁹⁹ fija su postura en torno a este fenómeno al que pretende abarcar mundialmente, atravesando fronteras y utilizar así la misma estrategia que la de los mismos grupos que delinquen.

De modo que en el instrumento de referencia se establece la preocupación por la proximidad entre la delincuencia organizada y el terrorismo; y se propone un marco uniforme para el tratamiento y la reacción frente a este tipo de delincuencia, logrando con ello la armonización necesaria para propiciar y facilitar, la colaboración entre los distintos países.

Entendemos por grupo delictivo organizado aquel “grupo estructurado por tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”²⁰⁰.

En el seno de la Unión Europea, también se han hecho esfuerzos por establecer directrices para lograr la armonización del concepto y del tratamiento de la delincuencia organizada. Este es el caso de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea²⁰¹, referido específicamente al combate contra la delincuencia organizada.

Este instrumento parte de la base de dotar a la Unión y sus Estados de un punto de convergencia sólido y uniforme de lucha contra el fenómeno de la delincuencia organizada.

¹⁹⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 233, lunes 29 de septiembre de 2003, págs. 35280-35297.

²⁰⁰ Art. 2 Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional.

²⁰¹ DM 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 300, 11 de noviembre de 2008, págs. 42-45.

Así, según la Decisión Marco la organización delictiva es “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa 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 o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”²⁰².

Estos parámetros internacionales se han implementado en las diversas legislaciones, que los han adecuado al orden normativo interno. A pesar de no existir una coincidencia exacta, en los distintos cuerpos normativos de los países comprometidos e inmersos en el proceso de unificación legislativa para luchar de forma contundente contra el crimen organizado se puede visualizar un panorama estandarizado que día a día facilita la edificación de un frente común en torno al fenómeno de la delincuencia organizada. Este no es desde luego un paso definitivo en contra de esta gran lacra social, pero sí es un avance que denota la preocupación internacional por este fenómeno, preocupación a nuestro juicio, que debe ser aplaudida.

Con relación a España, no debemos olvidar que “el Código penal de 1995 no contenía referencia expresa alguna al fenómeno de la delincuencia organizada ni definía en qué consiste una organización criminal”²⁰³.

A partir de este punto, y en el transcurso de 15 años, hasta la reforma del Código llevada a cabo en 2010²⁰⁴, se observa el interés en el fenómeno delictivo de esta índole y se desarrolla un sistema encaminado a dar respuesta al mismo.

²⁰² Art. 1.1. DM 2008/841/JAI.

²⁰³ ROPERO CARRASCO, J., «La necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada», *op. cit.*, pág. 80.

²⁰⁴ Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 152, sec. I, 23 de junio de 2010, págs. 54811-54883.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Este lapso de tiempo, y en paralelo a las iniciativas de instrumentos internacionales y al desarrollo de estudios y análisis científicos del fenómeno, ha permitido un progreso en torno a la toma de conciencia de la dimensión y efectos de la delincuencia organizada y por consiguiente, un especial interés en su tratamiento legislativo.

El preámbulo de la reforma, al referirse a la delincuencia organizada, establece que ésta “atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado”²⁰⁵.

Concretamente, en la actualidad el Código Penal establece dentro de su artículo 570 bis que por organización criminal debe entenderse “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

Tal como podemos observar, esta disposición se apega y tiene su base en aquellos aspectos que contienen instrumentos tales como los que hemos mencionado y que establecen pautas cuya tendencia es la armonización de los ordenamientos internos

²⁰⁵ Exposición de motivos, reforma del Código Penal de 2010.

relativos a la delincuencia organizada y su combate.

Resulta evidente, que si la delincuencia organizada alcanza dimensiones más allá de las fronteras entre países, la legislación debe extenderse también en la misma dinámica para estar en igualdad de condiciones. Una legislación interna, de manufactura casera y al margen de las iniciativas internacionales, poco o nada podrá hacer frente a un fenómeno cada vez más desarrollado y estructurado que además, para su efectiva persecución, requiere de importantes niveles de cooperación policial y judicial supranacional e internacional.

A pesar de este gran avance en el reconocimiento e incursión del delito de criminalidad organizada en el ordenamiento penal, se echa en falta la mención de su finalidad de obtener beneficios económicos, al describir los elementos esenciales que constituyen aquello que debe concebirse como tal. Además, la definición presenta un matiz expansivo al admitir diversas formas en la comisión del delito de criminalidad organizada²⁰⁶.

Estas dos modalidades se desprenden del propio artículo 570 bis del Código Penal vigente²⁰⁷. Por un lado, se sitúa a la que se considera de mayor gravedad, y que el ordenamiento legislativo precisa como aquellas conductas de promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de la organización criminal; y por el otro, una modalidad más suave, que implica a aquellas conductas que consisten en la participación activa en la organización, y se dirige a quienes formen parte de ella o cooperen con la misma de cualquier modo, principalmente el económico.

²⁰⁶ Cfr. ROPERO CARRASCO, J., «La necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada», *op. cit.*, pág. 119.

²⁰⁷ *Idem.*

En estos casos, la legislación contempla como agravantes, ciertos elementos que se consideran como niveles de organizaciones constituidas de forma compleja, tales como el número elevado de miembros, y que se disponga de armas o instrumentos peligrosos y de medios avanzados de comunicación y transporte para favorecer la ejecución del delito o la impunidad de sus autores.

I.2.2 Características y efectos

A pesar de la reciente creación del término delincuencia organizada y su muy novel aparición en el ordenamiento legal, existe una madura tradición y evolución doctrinal que dio pie a esta figura. Las dimensiones y formas que el crimen organizado ha adquirido en nuestros días, obligan a voltear la mirada hacia esta clase de fenómeno, debido a las consecuencias que genera.

Al caracterizar la criminalidad organizada de nuestro tiempo, BLANCO CORDERO afirma que “entre las notas definitorias fundamentales de la criminalidad organizada, está la de perseguir la obtención de beneficios económicos mediante la comisión de delitos graves”²⁰⁸.

Una de las principales cuestiones que se apuntan como nota característica de esta clase de delincuencia implica que “se internacionaliza cada vez más, tanto en su

²⁰⁸ BLANCO CORDERO, I., «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», VV.AA., *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 350.

composición como en la expansión geográfica”²⁰⁹. Esto es, nos encontramos ante un tipo de delincuencia que no se circunscribe a un área geográfica determinada, sino que extiende sus fronteras más allá de ésta con la consecuente dificultad que ello implica para su combate.

Las fronteras han dejado de representar un límite para muchas cosas, ya no es preciso cambiar moneda, ya no es necesario mostrar pasaporte, ya existen acuerdos internacionales económicos y jurídicos de todo tipo que facilitan la vida de los nacionales de los países implicados. Estas circunstancias sin duda son beneficiosas para las relaciones de los pueblos entre sí y casi siempre producen beneficios, pero en otros casos, como en el crimen organizado, las facilidades se tornan perjuicio y lo que antes producía comodidad ahora conlleva preocupación.

Los problemas se incrementan cuando nos fijamos en otro tipo de características de este tipo de delitos a los que se pueden aplicar adjetivos como flexibilidad y adaptabilidad, a pesar de la estructura jerárquica que mantienen. Su organigrama se elabora a través de redes y de distribución por grupos con tareas específicamente asignadas.

En especial, las notas distintivas de este tipo de delincuencia describen una asociación de personas, que tiene una estructura organizada bajo principios de jerarquía y distribución de actividades para la comisión de diversos delitos, con el fin de obtener beneficios lucrativos o de orden político. Para alcanzar sus fines, estos grupos criminales, comúnmente emplean violencia física o intimidación, mezcladas con la corrupción.

Pero sin duda, uno de los rasgos que hacen más graves este tipo de delitos y sus consecuencias es la facilidad que encuentran para eludir la acción de la justicia, para actuar

²⁰⁹ ESPIGARES MIRA, J., «Criminalidad internacional en el siglo XXI. Instrumentos para combatirla», *op. cit.*, pág. 61.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

al margen de la ley y quedar impunes.

Una de las características que no solo resulta novedosa sino que además representa la mayor ventaja de esta forma de delincuencia es su organización en *redes*, cualidad se derivan otras características que permiten a la organización una serie de condiciones que resultan fundamentales en la caracterización de la delincuencia organizada. Son las siguientes²¹⁰:

- a) Su capacidad de adaptación a las circunstancias. Su flexibilidad y estructura les permite una dinámica que se ajusta a cualquier cambio, puesto que son totalmente maleables y mutan de acuerdo a las necesidades del entorno y de la situación.
- b) Su capacidad furtiva. Este tipo de organizaciones opera de forma subrepticia, lo que resulta un mecanismo de protección y de aseguramiento que les permite mantenerse impunes y fuera del alcance de la ley.
- c) Tienen aptitudes para defenderse y protegerse. Disponen de muchos contactos y relaciones con el entorno, lo cual les asegura alto flujo de información y con ello, se mantienen prevenidos de las intervenciones del Estado. Además, las redes también tienen la ventaja de prevenir la infiltración en las escalas más altas, a las que sólo acceden personas de confianza. Este nivel es más selecto y pequeño. En él se encuentran únicamente los creadores y cabezas de la organización, pero por debajo de ellos hay un cúmulo de grupos *periféricos*. Estos grupos de menor escala si que pueden ser infiltrados, pero jamás conducirán a la alta jerarquía de la organización; además si hay una red

²¹⁰ DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, op. cit., págs. 385 y ss.

infiltrada, resulta fácil sustituirla.

- d) La regeneración de sus estructuras dañadas, infiltradas o inútiles resulta muy fácil. Esta capacidad se ha designado como “resiliencia”²¹¹, un término que se ha tomado de la psicología y que implica la capacidad de los grupos de delincuencia organizada para sobreponerse a los ataques e intromisiones externas. De modo que a pesar de ser atacadas, continúan con su actividad delictiva, sustituyendo las redes dañadas por otras nuevas.
- e) La multiplicidad de entramados y redes, permite a la organización potenciarse y trascender sus propios límites y fronteras.

En este sentido y con el propósito de describir sus características, recordemos que la legislación penal establece como elementos de este fenómeno la existencia de una entidad estructurada, de forma estable o indefinida, en la que se distribuyen tareas para la comisión de delitos.

Los aspectos de este tipo de delincuencia que deben ser destacados y reseñados a fin de poder estudiarla y establecer normas que la prevengan y la combatan, son²¹²:

- a) Por un lado, su estructura, ya que se compone de personas cuya similitud o cantidad han dejado de ser puntos interesantes. En este aspecto, lo que verdaderamente resulta importante es observar la organización en redes que tienen las jerarquías entre miembros y redes, que a su vez se conectan por un sistema de nódulos. Se habla de que sus miembros son “profesionales del

²¹¹ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. http://buscon.rae.es/drae/?type=3&val=resiliencia&val_aux=&origen=REDRAE consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

²¹² Cfr. ESPIGARES MIRA, J., «Criminalidad internacional en el siglo XXI. Instrumentos para combatirla», *op. cit.*, pág. 62.

delito que se caracterizan no sólo por vivir del mismo, es decir por obtener los recursos vitales del objeto del delito, sino por organizar su existencia en función del mismo”²¹³. Estas personas han convertido el delito en su forma de vida, acostumbrándose a vivir al margen de la ley. El delito es su norma de vida y no la excepción.

- b) La forma de actuar o *modus operandi* está estrechamente relacionado con su organización, ya que suelen dedicarse de forma profesional y cotidiana al delito. En este tipo de vida terminan por relacionarse con grupos que los proveen de servicios y productos ilícitos o que los encubren. Se habla de una capacitación y adiestramiento de sus miembros. De modo que “para obtener los máximos beneficios, necesitan aumentar su capacidad y reducir su riesgo al mínimo, evitando las cuestiones legales, ocultando sus beneficios, aprovechando para ello los conocimientos de profesionales cualificados en todos los campos”²¹⁴; lo que nos pone frente a verdaderas industrias del delito.
- c) Las actividades delictivas propiamente dichas. A este tipo de criminalidad se refiere el narcotráfico, el terrorismo, tráfico de personas, delitos económicos.

En relación a ellas, se pueden mencionar además las siguientes notas distintivas:

- a) En cuanto a los fines que se persiguen, eminentemente son las ganancias o beneficios —pero no cualquier beneficio—, se habla de que este tipo de delincuencia genera cuantiosas ganancias. Exceptuando el terrorismo, carecen de metas filosóficas o ideológicas.

²¹³ QUINTERO OLIVARES, G., «La derrota de la política criminal y del derecho penal en nuestro tiempo», *op. cit.*, pág. 53.

²¹⁴ ESPIGARES MIRA, J., «Criminalidad internacional en el siglo XXI. Instrumentos para combatirla», *op. cit.*, pág. 64.

-
- b) Tienen una estructura jerárquica vertical, similar a la configuración empresarial, además de su organización por subgrupos o células.
 - c) Reclutan a sus miembros de manera exclusiva y permanente.
 - d) Utilizan actos de corrupción, violencia física o psicológica y todas aquellas conductas necesarias para lograr los objetivos del grupo delictivo.
 - e) Operan y ejercen su área de control en una zona geográfica determinada.
 - f) Su actividad se desarrolla de acuerdo a la disciplina y a la división del trabajo.

De todas las características anteriores, entendemos que las más relevantes resultan ser la estructura organizada, y los demás delitos a los que recurre para sostener sus actividades y transformarse así en un proveedor de servicios y productos a la orden de las demás organizaciones criminales.

Independientemente de lo anterior, no debemos pasar por alto que, aquellas ganancias cuantiosas que se obtienen fruto de este tipo de delincuencia, deberán ser ocultadas, para posteriormente ser empleadas de dos modos diferentes: para ingresar al mercado lícito o para reinvertirse en actividades de profesionalización y delictivas de la organización.

Estas circunstancias junto con el proceso globalizador son aprovechadas por el desarrollo de las tecnologías de comunicación e información, para dar ocasión a todas aquellas condiciones necesarias para actuar y participar en negocios lucrativos, generando

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

una serie de oportunidades que se delimitan de la siguiente manera²¹⁵:

- a) La celebración de pactos de colaboración con otros grupos criminales.
- b) El crecimiento y la extensión de la gama de actividades delictivas en otras *plazas* diferentes a la que originalmente ocupaban.
- c) El negocio y comercio ilegal de productos debido a acontecimientos críticos, guerras o emergencias. Especulación, alza en el precio de productos y acaparamiento de los mismos.
- d) La elección de países cuyas leyes y condiciones generen mano de obra y coste de producción más barato.
- e) El aprovechamiento y apoyo para los flujos migratorios con el objetivo de obtener más recursos y poder aprovechar también para ocultar otras formas de tráfico o infiltración.
- f) La utilización de paraísos fiscales, a través de entidades que permitan ocultar sus ganancias, para posteriormente proceder a su blanqueo.
- g) Finalmente, cuentan con un abanico de posibilidades en cuanto a conseguir que sus actividades resulten impunes, puesto que las realizan entre distintos países con sistemas ineficientes, altos niveles de corrupción y con pocas posibilidades de enfrentar este tipo de criminalidad.

²¹⁵ Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, op. cit., págs. 382 y ss.

Por ello, los efectos de esta clase de delincuencia se expanden de forma tal que resulta muy difícil precisarlos y cuantificarlos con exactitud; sin embargo, podemos afirmar que los delitos económicos se caracterizan por su alto coste económico y social y parecen gozar de alta impunidad.

No se debe olvidar que en la vertiente de la delincuencia económica “la reinversión del producto de sus actividades delictivas puede ocasionar desviaciones en el mercado financiero, y perturbaciones graves en el sistema económico a través del control de sectores enteros de producción o servicios, con la consiguiente ralentización de la economía, alterando las reglas de la libre competencia con menoscabo de la autonomía y libertad del tráfico de los negocios legales, hasta el extremo de poder llegar a socavar los principios de la comunidad jurídica”²¹⁶.

Y es que las redes que se establecen son tan amplias e intrincadas que es complicado saber dónde empiezan y dónde terminan. Consecuentemente, es muy difícil atajarlas. Se crean de este modo, bolsas de impunidad que no solo son malas en sí mismas sino que producen sensación de ineficacia del gobierno y de desaliento en la población.

Por otra parte, la delincuencia organizada trae aparejadas consecuencias nocivas que pueden ser materiales y no materiales.

El efecto material por excelencia lo constituye el daño económico, pero para obtenerlo, también se pueden generar daños contra la vida, la integridad o la salud, por ejemplo. Sumado a esto y sin lugar a dudas, al tratar de precisar los efectos nos topamos con la característica que ya apuntábamos anteriormente sobre la difícil cuantificación y determinación que genera esta especie de delincuencia.

²¹⁶ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 109.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En cuanto a los efectos no materiales observamos, entre otros, el desequilibrio de los mercados, la lesión a la economía, la disparidad o incluso la ausencia de la competencia, efectos que como puede observarse resultan tan graves con los efectos materiales.

De lo anterior podemos inferir que estos efectos son como una espiral que presenta una reacción en cadena; o dicho en otras palabras, este tipo de delincuencia tiene efectos expansivos de grandes dimensiones.

Porque “la actividad criminal para resultar rentable ha de ser oficializada en algún momento, de tal manera que sus resultados puedan ser disfrutados con tranquilidad. Consecuentemente, el blanqueo de capitales constituye una de las áreas donde más se han aplicado las organizaciones criminales”²¹⁷. Produciendo un efecto en cascada o mejor dicho, un conjunto de efectos que generan la criminalidad organizada, que finalmente dan origen al complicado engranaje de delitos como el blanqueo de capitales.

Llegados a este punto no podemos por menos que constatar que la existencia de estos tipos penales emergentes no es más que la muestra del fracaso de las medidas para prevenir y sancionar los delitos originales. Fracaso que, como todos los fracasos debe ser evitado, pero que en este caso, la necesidad de invertir el proceso se hace más acuciante porque afecta a muchos más sectores y a muchas más personas, hasta el punto de que existen amplios grupos sociales que viven por y para la delincuencia sin conocer otra forma de vida.

¿Cómo evitar esta situación? Ya hemos dicho que es difícil pero la respuesta no nos satisface porque su dificultad no es motivo para dejar de intentar su control. ¿Será

²¹⁷ MARTÍN BARBERO, I., «Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera», *op. cit.*, pág. 26.

suficiente la aplicación de sanciones más o menos duras? A dilucidar esta cuestión dedicaremos el siguiente epígrafe.

I.2.3 Sanciones

Hablar de delito y de Derecho Penal nos conduce casi obligadamente a considerar la pena. Y es que “no podemos negar que la pena es un instrumento inseparable de la eficacia del Derecho Penal, tanto sustantivo, como instrumental y, en última instancia, ejecutivo”²¹⁸.

Toda actividad delictiva debe tener una sanción como respuesta por parte del Estado. No puede ser de otro modo puesto que tal actividad atenta contra los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. La exigencia de la pena viene determinada por el principio de legalidad penal que resumido en el brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege*, el cual determina que no debe imponerse ninguna pena a ninguna conducta que previamente no fuera establecida como delito y, extendido al ámbito de la pena implica que tampoco puede imponerse ninguna pena fuera de la ley; por extensión, también implica que no debe dejarse de imponerse cuando se comete el ilícito.

La legalidad de las penas deviene del atentado contra los bienes jurídicos, como se ha dicho, tutelados por el Derecho Penal. Tales bienes son considerados como primordiales y dignos de la máxima protección ya que resultan fundamentales para que pueda desarrollarse la vida pacífica de la colectividad.

²¹⁸ OCHOA ROMERO, R. A., *La justificación de la pena*, op. cit., pág. XVIII.

En este orden de ideas y para los efectos de esta investigación, utilizaremos el concepto que propone TAMARIT SUMALLA cuando defiende que por pena hay que entender “aquella desventaja en la relación social que el Estado inflige al infractor de la ley penal mediante la cual expresa el reproche jurídico del hecho y sobre la que se proyectan una pluralidad de expectativas, como la prevención de delitos futuros, la reinserción social del infractor o la restauración de la paz social”²¹⁹.

Nos apoyamos en esta definición intencionadamente para resaltar la importancia de la misión de la pena en cuanto a la criminalidad organizada y a la frustración de sus fines lucrativos. Lo relevante en este aspecto resulta de la privación de los provechos o ganancias que se obtengan con la comisión del ilícito, evitando así la reinversión de tales recursos en la comisión de nuevos delitos, o en la especialización y profesionalización de los delincuentes. En esencia, que el delito no resulte en provecho de los delincuentes²²⁰.

Sin embargo esta faceta, con ser importante, no es la única que interesa al Derecho Penal respecto de este tipo de criminalidad, puesto que a través de la aplicación de sanciones a este tipo de criminalidad también se logra reforzar la paz social.

Esto es así porque “ha de diferenciarse la pena siempre de la meta o fin por ella pretendida”²²¹, ya que no hacerlo nos conducirá a incluir en la propia pena el fin de la

²¹⁹ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Sistema de sanciones y política criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, pág. 2. El autor afirma que el reto consiste en lograr individualizar apropiadamente las condiciones del hecho y del sujeto responsable y mantenerse en los márgenes acotados por los principios de igualdad y proporcionalidad. Desafío que atribuye al sistema penal.

²²⁰ Los instrumentos internacionales aluden a esta idea básica de intervenir los patrimonios ilícitamente obtenidos. Por ejemplo el Convenio de Estrasburgo de 1990 (publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 252, 21 de octubre de 1998, págs. 34713-34726) puntualiza que un método de lucha contra los delitos graves consiste en “privar al delincuente del producto del delito”.

²²¹ GÖSSEL, K. H., *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*, Porrúa, México, 2002, pág. 15.

misma, y ello “no puede ser en absoluto realizable”²²². No podemos subsumir ambos conceptos; debemos analizar la pena por un lado y las finalidades de ésta por el otro. La cuestión que sí aplica para ambos conceptos es el reconocimiento de la dignidad humana. Dicho con otras palabras, en lo que sí son iguales es en la necesidad de respetar la dignidad humana en todo caso.

La respuesta estatal, traducida en una pena, se manifiesta de muchas formas diferentes, tales como la pena privativa de libertad, las penas privativas de derechos y la pena de multa. Y todavía más allá, pues no debemos olvidar las penas accesorias, las medidas de seguridad, la responsabilidad civil y las consecuencias accesorias.

Todo este abanico de posibilidades permite al Estado responder de forma individualizada ante la comisión de cada delito, tomando en consideración todas las características que lo rodean.

No en vano “la pena sirve para la estabilización de expectativas, expectativas que se pueden abrigar en la vida en sociedad”²²³. En este sentido, ciertamente que estas respuestas frente al delito generan esperanzas y caracterizan la forma en la que se actúa frente al delito en una determinada sociedad.

La pena propiamente dicha tiene múltiples funciones, y desde luego una de ellas es castigar el delito; por tanto, tiene una función punitiva propiamente dicha. Y por otro, tiene la misión de la reinserción social y de la tranquilidad del orden actuando como medida disuasoria que genera sensación de protección en la sociedad de referencia. Es así porque el delito afecta no solo a la víctima y al delincuente sino también a toda la sociedad en cuyo ámbito se produce. Y de la misma manera la pena presenta incidencia en la

²²² *Idem.*

²²³ LESH, H., *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 49.

sociedad en su conjunto.

Para que las penas sean justas deben respetar entre otros, el principio de proporcionalidad frente al hecho. En el caso concreto de la delincuencia organizada QUINTERO OLIVARES apunta que “el hecho no es la infracción concreta, sino la dedicación habitual al delito como forma de vida”. Y continúa afirmando que “en suma: todas las repercusiones que tiene el hecho delictivo en los sujetos directamente afectados, así como en el conjunto de la sociedad en la que se produce, ha de plasmarse en la especie y cantidad de la respuesta penal”²²⁴.

Y es que una de las principales cuestiones que plantea este tipo de delincuencia, es el bagaje punitivo aplicable ante la dimensión del fenómeno, que pueda ser eficiente y que esté alineado a los principios básicos de la pena y del Derecho Penal²²⁵.

Teniendo en cuenta la dificultad para conceptualizar la delincuencia organizada —situación que referimos en páginas precedentes—, es posible afirmar que “el problema de su apropiada delimitación conceptual no es sino el primero de los variados retos que plantea la intervención penal”²²⁶; así que otro de los retos a los que nos enfrenta este fenómeno, es el relativo a establecer la respuesta adecuada para este tipo de criminalidad.

En el caso específico de la criminalidad organizada frente a la pena privativa de

²²⁴ QUINTERO OLIVARES, G., «La derrota de la política criminal y del derecho penal en nuestro tiempo», *op. cit.*, pág. 52.

²²⁵ LANDROVE DÍAZ, G., «La represión de la delincuencia económica», *Jueces para la Democracia*, núm. 31, 1998, pág. 35. El autor refiere que la clave reside en encontrar sanciones que al mismo tiempo prevengan y repriman este tipo de delito, aunque no muy esperanzado refiere las características de los protagonistas en este tipo de delito y nos pinta un panorama que ya se percibe muy complicado, no solo en cuanto a su abordaje, si no en cuanto a su incursión en el ordenamiento jurídico.

²²⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, pág. 94.

libertad, se ha llegado a afirmar que “la sanción penal debe ir más allá”²²⁷, esto al hacer referencia a los costes de producción o costes de oportunidad del delito. Ésta no solo debe tender a la sanción del delincuente sino a evitar que éste obtenga beneficios económicos por la comisión del delito.

A nuestro juicio, no es la sanción la que debe ir más allá; sería más correcto afirmar que el Derecho Penal y el Derecho Procesal penal, a través del arsenal punitivo, deben conducirnos más allá y disponer todos los medios necesarios para que, además de alcanzar a las personas, la sanción alcance a las ganancias obtenidas como producto del delito.

En ese sentido, efectivamente se percibe que la actividad delictiva resultaría económica o barata —en caso de que se llegara a imponer la pena privativa de libertad a algún miembro o a algunos miembros de la organización—, idea que deriva en la concepción de que la sanción resultaría un riesgo que los delincuentes estarían dispuestos a asumir. Lo anterior en virtud de dos razones: por una parte, al considerar las cuantiosas ganancias obtenidas por la comisión del delito; y por la otra, la baja probabilidad de que todos los miembros de la organización pudieran ser condenados a una pena privativa de libertad.

Por ello, es muy importante que las reacciones punitivas que se impongan frente a este tipo de criminalidad logren alcanzar a los autores de la misma, incluso a través de la privación de las ganancias obtenidas como producto de la actividad delictiva²²⁸. Es decir, las penas deben producir un efecto realmente disuasorio y proporcionado al daño cometido. En otro caso, serán ineficaces por resultar *demasiado baratas*.

²²⁷ PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *La Ley Penal*, núm. 17, 2005, pág. 17.

²²⁸ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea», VV.AA., *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Colex, Madrid, 2006, pág. 214.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Para conseguir esta finalidad se requieren “acciones eficaces e imaginativas para descubrir y controlar los frutos financieros procedentes del narcotráfico y de otros crímenes graves²²⁹.”

A este tipo de delincuencia se le asocian menos garantías debido al “enorme potencial peligroso que contiene”²³⁰, por ello se torna como un punto de discusión muy álgido.

Si la principal finalidad de este tipo de fenómeno criminógeno resulta ser la obtención de ganancias, el Estado debe asegurar que retirará tales recursos a los delincuentes. Surge así el comiso, entendido como una medida totalmente apropiada a este tipo de criminalidad.

El decomiso de las ganancias que provienen de la comisión del delito se justificaría al invocar que las funciones de la pena no solo se refieren a la retribución, sino que también contemplan la prevención general y la prevención especial, y “estas dos últimas nunca se conseguirían si los beneficios de la actividad delictiva no fuesen incautados”²³¹.

Quizá no sirva de consuelo, pero es un hecho que debemos aceptar que “las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada ‘justicia’, pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor

²²⁹ BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *op. cit.*, pág. 57.

²³⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pág. 106.

²³¹ PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *op. cit.*, pág. 17.

número de ocasiones”²³².

En este aspecto no resulta posible concluir si la delincuencia organizada requiere sanciones especiales o le basta con las penas clásicas, puesto que su evolución y dinámica aún sigue desarrollándose y seguramente asistiremos a numerosos cambios en este sentido.

Lo cierto es que “sin reemplazar la idea reactiva de la sanción y la resocialización del delincuente, obligan a desarrollar un sistema que ponga el acento en la prevención delictiva y en el resguardo del orden público y la seguridad”²³³. La concepción de las sanciones en materia de delincuencia organizada debe abordar los aspectos de prevención, combate y sanción de los delitos al tenor de las garantías preestablecidas por la ley.

Entonces, resulta lógico buscar medidas que además de respetar los derechos y las garantías contemplados por la ley se adapten a las características actuales de este tipo de criminalidad y conduzcan a la intervención exitosa por parte del Estado cuando se comentan este tipo de delitos.

Es importante tener presente que “el problema de elegir la sanción adecuada en el ámbito de la criminalidad económica no constituye ningún problema nuevo”²³⁴. Se trata de una cuestión que se viene ya analizando desde hace tiempo, pero debido al dinamismo de este fenómeno criminal seguramente es un tema que no se agotará pronto. Y siguiendo con esta reflexión, perfectamente aplicable al fenómeno de la criminalidad organizada, debemos inclinarnos al desarrollo de consecuencias distintas a la pena y que permitan dar una respuesta creativa, y sobre todo adecuada, a la comisión de este tipo de delitos.

²³² PICÓ I JUNOY, J., «El derecho procesal entre el garantismo y la eficiencia: Un debate mal planteado», *Advocatus*, núm. 16, 2007, pág. 124.

²³³ KLASS, R., *Delincuencia Transnacional organizada*, *op. cit.*, pág. 50.

²³⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica», VV.AA., *Estudios de Criminología II*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, pág. 218.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

En gran medida los problemas de la pena se refieren a su eficacia y entendemos que no es eficaz una pena que no se dirige a evitar o disuadir la comisión del delito. Si la criminalidad organizada está en auge en la actualidad es evidente que se debe a circunstancias variadas y no exclusivamente a la ineficacia de las penas que la sancionan. Es cierto que las penas no pueden ser las únicas responsables del resultado el aumento de la criminalidad, pero también lo es que en todo caso no se han mostrado como muy efectivas. De ese modo el debate sigue abierto.

En sentido análogo, “las eventuales acciones, plenamente relevantes, son ejecutadas de un modo tan habilidoso que, o bien resulta imposible probarlas o bien hacerlo sería para el Estado demasiado costoso en comparación con los medios de que dispone el autor para impedirlo”²³⁵.

Ante esta situación nos preguntamos: ¿podemos o debemos olvidar esta circunstancia? Parece claro que la respuesta es no, tenemos que afrontar —casi con resignación— que frente al crimen organizado y sus exponenciales ganancias, el Estado siempre se quedará corto en recursos. Y justamente por esa razón, requerirá entonces de todas sus herramientas posibles, tales como el ordenamiento procesal. Y no solo de ellas sino también de mucha fuerza, originalidad y persistencia a la hora de aplicarlas a fin de procurar ir poco a poco revirtiendo el proceso.

Al igual que la legislación sobre este tipo de delitos, las respuestas frente a la delincuencia organizada también deberán ir mutando con el tiempo.

²³⁵ RUIZ VADILLO, E., «Algunas consideraciones sobre la delincuencia económica y la colaboración de los estados en la lucha contra este delito», VV.AA., *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pág. 643.

En virtud de las reflexiones que venimos haciendo, resulta atinado afirmar que “la localización, el seguimiento, la incautación o embargo provisional y final confiscación de los medios, instrumentos y productos del delito, probablemente sea la mejor y más efectiva manera de combatir el crimen organizado mermando, de manera inexorable, su capacidad operativa”²³⁶.

Adicionalmente, debemos observar el entorno de la criminalidad organizada en el sentido de su transnacionalidad; por ello, al hablar de respuestas frente a esta clase de delincuencia no podemos dejar de lado la cooperación entre países.

En efecto, “el fenómeno de la delincuencia transnacional, asociada generalmente a la criminalidad organizada, ha puesto en evidencia la insuficiencia de las diversas jurisdicciones nacionales, aisladas y estancas, para su efectiva persecución”²³⁷.

Por tanto, es indispensable promover la colaboración, pues, sin importar la creatividad del arsenal penal y la acertada normativa, este tipo de delincuencia no puede ser combatida desde frentes únicos y aislados a través de las jurisdicciones internas de cada Estado.

Muy al contrario, el tratamiento y la reacción frente a la delincuencia organizada debe constituir una actividad de conjunto, so pena de echar por tierra todo esfuerzo que se haga al establecer el marco jurídico para prevenirla, perseguirla y principalmente sancionarla²³⁸.

²³⁶ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011, pág. 94.

²³⁷ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 107.

²³⁸ *Vid.* BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 13, mayo 2007.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Este es un problema que sin duda ha traspasado fronteras y por eso su solución también debe ser internacional. Consciente de esta necesidad el ex Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, KOFI A. ANNAN, sostuvo que se debe “abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales”²³⁹.

No puede entenderse un posicionamiento frente a la delincuencia organizada, que carezca de esta dimensión transnacional y por consecuencia, de una concepción de la cooperación internacional y de armonización legislativa como condiciones *sine qua non* de enfrentamiento de este tipo de fenómeno.

Al hablar de delincuencia organizada, resulta indispensable tomar en consideración la dimensión del delito para trazar un panorama internacional estandarizado que permita y promueva la actuación conjunta de los diversos Estados y, con ello, concretar la concordancia de los distintos ordenamientos legales. Esta actuación no solo es precisa sino que es urgente, porque las redes internacionales cada vez se fortalecen y se expanden más de modo que el tiempo se convierte en un factor de extrema importancia para combatir las.

²³⁹ Vid. <http://3unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Prefacio, pág. iii.

I.3 Política criminal y delincuencia organizada

Estamos de acuerdo con la afirmación que establece que “uno de los principales debates dogmáticos y político-criminales versa sobre la expansión del Derecho Penal a nuevos ámbitos de protección”²⁴⁰.

Tales ámbitos de protección también implican el desarrollo de nuevas formas de criminalidad, así como el aumento de la magnitud de los efectos de una criminalidad cada vez más especializada y que aprovecha la era global para extenderse, produciendo ganancias muy altas y permaneciendo, como ya lo hemos analizado anteriormente, con muy altos niveles de impunidad.

En este entorno global surgen iniciativas en la comunidad internacional, principalmente en el seno de la Unión Europea, que dan lugar a “una política criminal dirigida a asfixiar económicamente a las organizaciones criminales”²⁴¹.

Evidentemente estas nuevas realidades representan un reto para el ordenamiento jurídico, que debe ser modificado de forma tal, que se adecue a las circunstancias que efectivamente corresponden al desarrollo de la vida cotidiana. En efecto, la política criminal está influida —y debe estarlo— por el fenómeno criminal a nivel transnacional y sus frutos económicos²⁴².

²⁴⁰ SERRANO TÁRRAGA, M. D., «La expansión del Derecho Penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros», *op. cit.*, pág. 213.

²⁴¹ BLANCO CORDERO, I., «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», *op. cit.*, pág. 351.

²⁴² *Vid.* ALBRECHT, H. J., «La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control», *Revista catalana de seguretat pública*, núm. 8, 2001, págs. 87-105. El autor plantea lo complejo de determinar los alcances de la delincuencia organizada, potenciada por la trascendencia de fronteras y un “intento desenfrenado de maximizar beneficios”, operando de forma muy similar a la economía convencional

Afirma BACIGALUPO SAGGESE que “la política criminal de la lucha contra la criminalidad organizada se encuentra orientada por el lema «donde no hay dinero, no hay criminalidad»”²⁴³; y parece que ésta es la base de todo planteamiento al respecto de la delincuencia económica.

Sin embargo, a la par que la afirmación referida en el párrafo que antecede, resulta contundente y clara la complejidad que encierra alcanza grandes dimensiones. Y es que muy diferente resulta predecir que sin recursos no se puede invertir en la comisión de nuevos delitos; que aterrizar estos fenómenos y conceptos, y plasmarlos en leyes que resulten de efectiva aplicación, las cuales, por un lado respondan al sistema de garantías que los limita, y por el otro, estén al nivel de esta compleja figura delictiva.

Si entendemos que el objetivo de la delincuencia organizada es la obtención de beneficio económico²⁴⁴, es atinado considerar que la reacción frente a este fenómeno contemple la pérdida, por parte de los delincuentes, de los recursos obtenidos con la comisión de los actos punibles²⁴⁵.

Tratar a la delincuencia organizada solo desde la perspectiva de los sujetos que integran el grupo criminal resultaría una visión miope de una realidad compleja, en la que debe incluirse la ventaja económica que como beneficio se obtiene a través de la ejecución

para evitar la acción de la ley.

²⁴³ BACIGALUPO SAGGESE, S., «El delito de blanqueo de capitales: cuestiones de política criminal y tipicidad», VV.AA., *La reforma de la justicia preventiva*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 287.

²⁴⁴ Vid. DURBÁN SICILIA, L., «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (Comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 316, mayo 2011, pág. 31.

²⁴⁵ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI afirma que la privación del patrimonio y ganancias delictivas, es una de las estrategias más eficaces de la política criminal. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», VV.AA., *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Cedma, Málaga, 2006, pág. 587.

de este delito.

Pero aunado esas dos perspectivas, debe tenerse presente también la dimensión que puede llegar a alcanzar el crimen organizado en cuanto a su aspecto transnacional. Estamos bosquejando así las complejas dimensiones que se deben tener en cuenta al establecer una política criminal correspondiente al tratamiento, prevención, legislación y reacción frente a la delincuencia organizada.

La estructura social y la relación entre los diferentes Estados ha ido modificándose y transformándose por virtud de un modelo global que ha generado la disminución de fronteras y límites y que se ha visto potenciado, como ya lo hemos mencionado anteriormente, por un desarrollo y avance en las tecnologías y los sistemas de comunicación.

No podemos negar que “a lo largo de las últimas décadas del segundo milenio se han producido cambios muy importantes en la vida interna de los Estados y en el plano internacional, que han puesto de manifiesto algunas debilidades del actual orden jurídico y socioeconómico”²⁴⁶.

Estas debilidades son aprovechadas por las organizaciones criminales a fin de llevar a cabo sus actividades ilícitas en un marco de impunidad elevada²⁴⁷. Ante un panorama de extensión de los confines y de aparente concurrencia de jurisdicciones —que en la práctica,

²⁴⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, pág. 124.

²⁴⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, F., «Los arrepentidos en el caso de criminalidad o delincuencia organizada», VV.AA., *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996. ROMERO MUÑOZ, R., «La impunidad como factor criminógeno», *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, núm. 8, 2012. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, núm. 86-87, 2008

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

parece traducirse en ausencia de leyes y controles—, la delincuencia organizada se abre así espacios para perpetrar delitos al margen de la ley y se asegura —o por lo menos eso intenta— su impunidad.

Visto de esta forma, es evidente que existe una estrecha relación entre el fenómeno de la delincuencia organizada y la globalización. Al respecto conviene señalar que “ante este panorama, denominado también de la «criminalidad de la globalización» (criminalidad organizada), la política criminal evoluciona hacia una importante restricción de derechos”²⁴⁸.

Constituiría una falacia establecer que la globalización ha generado la delincuencia organizada; no podemos —ni debemos—, llegar a ese extremo. Lo que sí resulta irrefutable es que la globalización ha generado condiciones que resultan favorables para la consolidación de este tipo de delincuencia, que encuentra en las características de este proceso un terreno propicio para extender sus márgenes de actuación y además para incursionar en la comisión de diversos delitos, ampliando su campo de acción.

O dicho de otra forma, la globalización como fenómeno no es malo ni bueno en sí mismo, sino por los efectos concretos que genera, que en algunos casos son buenos y en otros malos. Podríamos afirmar, en este sentido, que la globalización funciona de alguna manera como un amplificador de resultados. Si son buenos el resultado será muy beneficioso, pero si lo que se amplifica es malo —como es el caso de la delincuencia organizada— el desastre se multiplica igualmente.

De modo que la preocupación frente a la numerosa delincuencia organizada se genera “por el hecho de que la experiencia demuestra que los grupos y entidades

²⁴⁸ BACIGALUPO SAGGESE, S., «El delito de blanqueo de capitales: cuestiones de política criminal y tipicidad», *op. cit.*, pág. 287.

delincuentes manejan más ampliamente y con mayor eficacia los recursos técnicos de lo que lo hacen los Estados y las fuerzas de la policía para la prevención y represión de dicha delincuencia”²⁴⁹.

Para evitar que esto ocurra, además de desarrollar legislaciones adecuadas y establecer los medios procesales para enjuiciar tales conductas, debemos promover la colaboración entre los países de la comunidad internacional, para lograr un frente común contra este tipo de delincuencia, que hoy en día se encuentra tan dispersa y bien posicionada. La receta es *tolerancia cero* frente a los desmanes que producen este tipo de delitos, porque si de alguna manera existiera un *paraíso penal* el resto de los países del mundo estaríamos perdidos.

Debido al contexto transnacional que presenta la delincuencia organizada, surge, en ámbitos integrados como la Unión Europea, la concurrencia de normas supranacionales e internas. Lo anterior, como consecuencia de la dimensión y alcances que tiene este tipo de comportamiento criminal. Cuestión central para tales normas es la medida del comiso como instrumento muy útil desde la perspectiva de la política criminal²⁵⁰.

Frente a estas consideraciones, y tomando en cuenta que existen otros fenómenos relacionados con la delincuencia organizada —como el lavado de dinero—, la política criminal no puede ignorarlos. De este modo, “las nuevas medidas tanto penales como extrapenales ponen de manifiesto que la lucha frente al blanqueo de capitales es, o al menos pretende ser, una de las preocupaciones preferentes de la política criminal. Estamos sin lugar a dudas ante uno de los ámbitos tradicionalmente vinculados al concepto de delincuencia económica, con frecuencia además organizada, en los que resulta más difícil

²⁴⁹ BUENO ARÚS, F., «Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas», *Diario La Ley*, núm. 1, 1990, pág. 956.

²⁵⁰ *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea», *op. cit.*, págs. 209 y ss.

penetrar”²⁵¹.

La lucha contra el blanqueo de dinero es un paso fundamental para conseguir penas más eficaces. Pues no podemos olvidar que, con independencia de la importancia que tiene en sí mismo el cumplimiento de una pena, ésta puede devenir como hemos visto inútil e ineficaz. Sin embargo, si dentro de la propia pena —e incluso como prevención del delito—, se encuentra el cuidado especial de los incrementos dinerarios injustificados o de los flujos de dinero no identificables, la delincuencia en sí misma puede resultar frenada por la disminución o inexistencia de rentabilidad.

Y es que no es fácil establecer políticas criminales en torno a tantos fenómenos que en muchas ocasiones se verifican de forma conjunta o con una relación y límite tan estrecho, que brotan como si se tratara de un proceso expansivo del delito y que generan la expansión de la política criminal y eventualmente del ordenamiento jurídico.

Parece surgir ante nosotros una era expansiva tanto del delito, como de los ordenamientos penales y, por ende, de las respuestas que el Estado prescribe, sobre todo frente a fenómenos como el de la criminalidad organizada²⁵².

Contamos con ordenamientos que se reforman y que están en constante cambio, para adecuarse al ritmo de la cambiante realidad. Esto implica que “los objetivos político-criminales o simplemente políticos aducidos por los veladores de la reforma se sustenta(n)

²⁵¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *Diario La Ley*, núm. 7657, 2011, pág. 2.

²⁵² En este sentido, se habla del “vértigo de nuestra política criminal” relativo al blanqueo de capitales y que evidencia su materialización en el ordenamientos legal. Al respecto *vid.* ABEL SOUTO, M., «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1998 hasta la última reforma de 2003», *La Ley Penal*, núm. 20, 2005, págs. 12 y ss.

de forma subsidiaria (además de la supuesta imposición comunitaria), en su presunta «eficacia», eficacia para combatir la delincuencia económica, ejecutada desde ámbitos empresariales”²⁵³.

Asimismo, se observa que “cada vez se hace más patente, sobre todo en el Derecho Penal económico y en el medio ambiente, que los tradicionales presupuestos de la imputación jurídico-penal son un obstáculo para una política criminal eficaz”²⁵⁴.

La delincuencia organizada parece tener un matiz impersonal, razón por la que la tendencia actual sea la privación de los recursos al grupo criminal, aunque sin perder de vista la individualización y la imputación de los integrantes, colaboradores o partícipes de estos grupos criminales. Aún con todos estos esfuerzos, existen todavía grandes espacios de impunidad y muchas dificultades para detectar los recursos ilícitamente obtenidos.

Y es que “una vez más la patología social ha sorprendido al Derecho, con incuestionable merma de su eficacia” porque “el Derecho Penal —como casi siempre— llega tarde y llega mal”²⁵⁵.

El ordenamiento jurídico poco podrá anticiparse a estas novedosas conductas. Lo hará cuando tanto el legislador como los estudiosos de estos fenómenos pertenecientes a diversas disciplinas aprendan de la experiencia. Al aplicar la ley se debe buscar su eficacia. En el caso de la criminalidad organizada, la reforma del Código Penal llevada a cabo en España en 2010 intenta responder a una realidad social, dentro de parámetros internacionales y respetando el modelo de Estado que establece la Constitución Española.

²⁵³ *Ibidem.*, pág. 10.

²⁵⁴ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, *op. cit.*, pág. 34.

²⁵⁵ LANDROVE DÍAZ, G., «La represión de la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 36. Ya se anticipa en el texto una contundencia del autor al sostener que la legislación de la época resultaba ser “fruto mediocre de un largo proceso de elaboración no caracterizado precisamente por su ejemplaridad”.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Previo a la reforma citada, se afirmaba que “el problema mayor que tiene en estos momentos la política criminal española es el anticuado sistema de reacción penal que emplea, y que ha dado lugar a unas tasas de encarcelamiento insostenible”²⁵⁶. Cuestiones las anteriores que han tratado de ser subsanadas a través de la modificación del ordenamiento con el propósito de actualizarlo, adecuarlo a las políticas internacionales y hacerlo compatible con las condiciones actuales de la vida cotidiana.

Así las cosas, “los límites normativos del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal en un Estado de Derecho se debilitan ante el extendido sentimiento de amenaza y la extendida esperanza de que se puede con ayuda del Derecho Penal afrontar con eficacia estas nuevas amenazas que suponen la criminalidad organizada, la destrucción del medio ambiente y el narcotráfico”²⁵⁷.

No podemos perder de vista el hecho de que ante la criminalidad organizada debemos considerar seriamente la posibilidad de incluir nuevas técnicas penales con el único afán de evitar espacios de vacío legal, propicios para la comisión de conductas al margen de la ley. Sin embargo, tampoco se puede dejar de lado el sistema de garantías que debe respetar y hacer respetar el Estado. No hay justificación alguna que alcance para respaldar la disminución de los derechos fundamentales del ciudadano; por el contrario, el ordenamiento legal debe priorizarlos y permitir su efectiva vigencia.

Debe ser así porque “un cambio de rumbo a la política-criminal, preocupada fundamentalmente por la idea o la sensación de seguridad, aún a costa de los derechos y

²⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI», *op. cit.*, pág. 18. Fruto de un análisis y confrontación de datos, el autor concluye que resulta desmesurada la reacción ante la inseguridad y con ella la abundante dinámica reformista de los ordenamientos penales. Además propone centrarnos en el sistema de penas frente al delito, porque al incidir en este aspecto se logrará la eficiencia y eficacia de un sistema en expansión, pero con pocos resultados.

²⁵⁷ HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, *op. cit.*, pág. 25.

garantías de los ciudadanos”²⁵⁸ sería en extremo peligroso y aunque en un primer momento pudiera parecer que resolvería los problemas sociales, a la larga debilitaría al Estado y a la convivencia social, generando espacios de ausencia de derechos.

Sin embargo, también debemos reparar en que la vertiginosa dinámica cotidiana está contagiando a la política criminal, imprimiéndole ese matiz galopante, que puede degenerar en un Derecho Penal expansivamente convulsivo. Una cosa es la necesaria extensión del Derecho Penal y otra muy diferente su propagación, cual si de una epidemia se tratara.

Lastimosamente, pero de manera muy acertada, se dice que “estamos rondando terrenos muy resbaladizos y la consecuencia será siempre en contra del Derecho Penal garantista”²⁵⁹.

Por todo esto, debemos tener presente que una adecuada política criminal en torno a la delincuencia organizada deberá ser aquella que fomente una correcta intervención en materia sustantiva y adjetiva, que siempre deberá respaldarse a través de la cooperación internacional. De no ser así, todo esfuerzo para combatir este fenómeno sería en vano. Es fundamental en este sentido encontrar el punto de equilibrio entre un Derecho suficientemente garantista pero también eficaz, esto es, de manera que respete las garantías sin impedir que éstas se conviertan en un lastre para el efectivo disfrute de los derechos de todos.

Ante esta realidad y exigencias, se habla de la posible “involución” en la política criminal, cuestión que se atribuye a un proceso de “penalidad expresiva” que consiste en la

²⁵⁸ PÉREZ CEPEDA, A. I., «El código penal de la seguridad. Una involución en la política criminal de signo reaccionario», *op. cit.*, pág. 223.

²⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, G., «La derrota de la política criminal y del derecho penal en nuestro tiempo», *op. cit.*, pág. 55.

CAPÍTULO I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

elaboración de una política criminal basada en un modelo anímico, de índole “reaccionario” frente a las distintas manifestaciones del delito, pero también a la conveniencia del momento político o del partido en el poder. Dentro de los criterios de esta política criminal, resalta que se encuentra permeada por las ideas de protección y seguridad frente a los riesgos y además destaca el uso recurrente de la pena de prisión como sanción por excelencia, al lado de medidas represivas²⁶⁰.

Así las cosas, puede decirse que “lo razonable es, por todo lo anterior, buscar vías intermedias que, respetando los principios y garantías acuñados (principio de legalidad, principio del hecho, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, in dubio pro reo...), faciliten el éxito de la intervención adaptando si se quiere los principios a la nueva situación, pero sin merma de su contenido sustancial”²⁶¹.

Debemos tener presente que, pese a todo lo anterior, también observamos que “la evolución de la política criminal internacional está conduciendo a la disolución del concepto de organización criminal. La característica general es que la integración de cada vez menos personas, con menos estructura y durante menos tiempo se considera suficiente para apreciar la concurrencia de una organización”²⁶².

Toda esta situación clama por la necesidad de “una política criminal humanitaria”²⁶³ que se hace recaer en un conjunto de características típicas de un sistema democrático, respetuoso de la ley y que encuentra su base fundamental en el respecto de los derechos del

²⁶⁰ PÉREZ CEPEDA, A. I., «El código penal de la seguridad. Una involución en la política criminal de signo reaccionario», *op. cit.*, pág. 223.

²⁶¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, pág. 97.

²⁶² SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El contexto del anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *op. cit.*, pág. 27.

²⁶³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa», VV.AA., *La Reforma del Código Penal tras 10 años de Vigencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 78.

hombre; principalmente al “introducir un modelo armónico inspirado en los sistemas europeos para hacer frente eficazmente a la criminalidad organizada”²⁶⁴.

Ese sistema es ciertamente difícil de encontrar, porque debe ser eficaz y equilibrado, pero su dificultad no debe servir de óbice para no buscarlo en la certeza de que el problema que enfrentamos es muy difícil y afecta a todos los seres humanos como potenciales víctimas del delito y que precisan proteger sus derechos. La dignidad del ser humano, y la realización de la justicia, no pueden quedar al margen de este problema. No podemos ni debemos escudarnos en la dificultad para resolverlo y tampoco podemos retrasar perpetuamente la implementación de alternativas para remediarlo. No debemos demorarnos más en la construcción de este sistema.

²⁶⁴ *Idem.*

II.1 Consideraciones preliminares

En la actualidad nos encontramos en un ambiente de libre circulación de capitales y plagado de alternativas que facilitan la realización de operaciones comerciales y financieras, cada vez más ágiles e impersonales. Este panorama de intercambio de recursos, se encuentra potenciado por los medios electrónicos que le aportan mayor celeridad.

A día de hoy, disponemos de la posibilidad de realizar transacciones económicas sin la necesidad de estar presentes físicamente. Manifestamos nuestra voluntad para celebrar contratos con sólo *apretar un botón*. Esta situación, sin duda, hace más ágiles los negocios y más fácil e internacional el intercambio de bienes y servicios, pero como todo tópico tiene su vertiente positiva y negativa: igualmente posibilita la mayor facilidad para encubrir las actuaciones delictivas, haciéndolas más oscuras, más rápidas y, con todo ello, más difíciles de investigar y castigar²⁶⁵.

No podría resultar de otro modo, ya que todas estas realidades, que suponen el desvanecimiento de barreras y la despersonalización de actividades —incluso las más cotidianas—, se erigen frente a nosotros como enormes espacios de oportunidad para el intercambio. Tal intercambio, o libre circulación, abarca aspectos como las ideas, las

²⁶⁵ Por ejemplo, el caso de la Unión Europea, que sustenta su estructura en un conjunto de libertades “que constituyen sus pilares fundamentales: la libre circulación de personas, de mercancías y la liberalización de los movimientos de capitales”, circunstancias éstas que originan múltiples posibilidades para blanquear dinero de actividades delictivas”. BLANCO CORDERO, I., «La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 15, 2001, págs. 9 y ss.

mercancías, la cultura, la tecnología y por supuesto, la delincuencia²⁶⁶.

Y es que el nuevo espacio de relaciones acrecienta, por un lado, la sensación de incertidumbre e inseguridad ante este entorno en constante cambio, y por el otro, posibilita la impresión de que estas circunstancias pueden conducir a condiciones patrimoniales ilícitas.

El ordenamiento legal actual —como siempre e incluso más que nunca— precisa dar respuesta a los problemas sociales desarrollando estrategias que, a través de una adecuada política criminal, nos conduzcan a la prevención y lucha eficiente frente a una criminalidad que, al igual que otros aspectos de nuestro día a día, se ha extendido debido a las nuevas circunstancias tecnológicas, sociales y políticas²⁶⁷.

Los ordenamientos jurídicos no deben, a nuestro juicio, adelantarse excesivamente en el establecimiento de condiciones de la vida social, a fin de no correr el riesgo de dirigirla. Pero del mismo modo, no debe tampoco olvidarse de los constantes cambios que se producen en la convivencia humana porque si así lo hiciera se desfasaría deviniendo inútil para cumplir la función que le está encomendada y que resulta además de gran trascendencia social²⁶⁸.

En nuestros días la delincuencia se organiza y se estructura de tal manera que se puedan obtener cuantiosos beneficios a través del desarrollo de actividades al margen de la ley²⁶⁹. Los grupos criminales aprovechan los espacios y fluidez del mercado para ocultar

²⁶⁶ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., págs. 16 y ss.

²⁶⁷ Vid. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B., *Ética del legislador*, Porrúa, México, 2004.

²⁶⁸ Vid. OTERO PARGA, M., «La experiencia jurídica en el poder normativo», VV.AA., *Manual de Filosofía del Derecho*, Colex, Madrid, 2000. Al respecto también se puede consultar ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

²⁶⁹ En este sentido, debemos recordar que “una de las estrategias político-criminales más eficaces para

estos beneficios ilícitos y posteriormente insertarlos al mercado lícito.

Ante estas situaciones debemos construir un elenco de instrumentos útiles para ponerlos a disposición de los órganos encargados de la persecución penal, para así contribuir a eliminar las ventajas patrimoniales del delito²⁷⁰.

No es suficiente con desarticular una organización delictiva. Resulta indispensable atacar su fuente de financiación, que sirve para retroalimentar sus actividades, y que además constituye un motor para profesionalizar sus procesos y extender sus actividades ilícitas. Porque no sirve con tratar de eliminar los frutos de ese árbol, es preciso tratar de erradicarlo cortándolo de raíz a fin de que no dé más frutos.

Para hacerlo sin incurrir en el mismo fallo que se pretende evitar se pone en evidencia la necesidad de acudir al ordenamiento legal y a todos aquellos instrumentos de que dispone el Estado de Derecho para poder hacer frente a este tipo de delincuencia, reprimiéndola y previniéndola a medio y largo plazo.

Nos hemos referido, en el capítulo anterior, a las diversas dimensiones que inciden para que una política criminal se construya y también a las consideraciones, tanto internas como externas, que se tienen que tomar en cuenta para desarrollar un ordenamiento jurídico que responda a las condiciones, derechos y exigencias legítimas de la colectividad en un momento determinado.

A lo escrito nos remitimos, pero eso no es suficiente. En efecto, tampoco debemos

combatir la delincuencia organizada consiste en privar a los delincuentes —y por ende a la organización— del patrimonio delictivo y de las ganancias obtenidas con el delito”. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», *op. cit.*, pág. 587.

²⁷⁰ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», VV.AA., *El juez de instrucción y juez de garantías: posibles alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, 42, Madrid, 2002, pág. 112.

perder de vista que uno de los fundamentos de la lucha contra la delincuencia organizada es precisamente la necesidad de privar al delincuente de las ganancias que obtenga por la comisión del ilícito²⁷¹ y sostener el equilibrio de la convivencia y la solidez de las instituciones del gobierno.

Es preciso ir cerrando caminos al delincuente, de modo que si no deja de delinquir por cuestiones de ética social o de moralidad personal, lo haga al menos por sentirse acorralado y sin posibilidad de obtener beneficios teniendo en cambio que asumir muchos riesgos.

Es necesario que la prevención y el combate contra la criminalidad, especialmente en la versión de delincuencia organizada, desempeñen un papel protagónico. Debemos recurrir a cualquier instrumento o mecanismo que nos dirijan a la afectación del patrimonio ilícitamente obtenido²⁷².

Para llevar a cabo esta tarea surgen alternativas de diferentes clases, que deben adecuarse a los principios y garantías del ordenamiento legal a nivel interno, pero al mismo tiempo deben también observar las bases para lograr la colaboración internacional y cumplir con el objetivo de combatir la criminalidad organizada²⁷³. Porque si los delincuentes se necesitan los unos a los otros para poder hacer el negocio del crimen, resulta evidente que también para poder combatirlo la necesidad será, cuando menos,

²⁷¹ Al respecto *vid.* FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 46, fasc. 2, 1993, pág. 602, quien afirma, al referirse al tráfico de drogas, que el no privar de los beneficios a las organizaciones dedicadas a esta actividad, constituye “un lujo que los Estados no pueden permitirse”. Aseveración que bien podría extenderse a todas las actividades ilícitas desarrolladas por organizaciones criminales y cuyo propósito esencial es, precisamente, la obtención de cuantiosos beneficios.

²⁷² BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, págs. 79 y ss.

²⁷³ *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, Colex, Madrid, 2007, págs. 36 y ss.

similar.

Históricamente la batalla frente a este tipo de actuaciones delictivas no resulta muy antigua. Entendemos que es a partir de los años ochenta del siglo pasado cuando la producción legislativa penal, sustantiva y procesal, ha centrado su atención en la lucha contra la delincuencia organizada.

Específicamente, los dispositivos legales se han dirigido a delitos que se consideran nocivos y perjudiciales para el orden social en su conjunto; estas conductas tienen que ver principalmente con actividades como el narcotráfico, la corrupción y el terrorismo²⁷⁴ de reciente producción aunque de virulento resultado.

Para abordar este tipo de delitos, y en general todos aquellos contemplados por el los códigos penales, es necesario que la ley se adecue a la realidad a la que debe aplicarse y para ello debe mantenerse en constante actualización y reformarse cuantas veces se requiera. Esta necesidad es sin duda, uno de los motivos que hace que los códigos penales estén modificándose continuamente, así como las recopilaciones de distinto tipo de Derecho del trabajo, administrativo o financiero por ejemplo, mientras que otras, sustancialmente las de carácter civil, son mucho más estables en el tiempo²⁷⁵.

No podría ser de otro modo ya que al toparnos con un fenómeno muy dinámico y que se mantiene en constante cambio, tal como el crimen organizado, se hace patente la necesidad de realizar las modificaciones que se requieran a fin de preservar de manera

²⁷⁴ Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Presente y futuro de la cooperación judicial penal en la Unión Europea», VV.AA., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, vol. I, Coimbra, 2009, págs. 897 y ss.

²⁷⁵ Esto explica por ejemplo, que la parte sustancial del Código Civil español actualmente en vigor, es todavía heredada del siglo XIX; concretamente del Real Decreto de 24 de julio de 1889 publicado en la “Gaceta”, núm. 206 de 25 de julio del mismo año. Este cuerpo legal ha sido modificado en partes concretas pero no ha sido aún derogado.

vigente y operativa el texto legal.

Ahora bien, los procesos de cambio deben trazarse dentro del marco de los derechos fundamentales y al amparo del conjunto de principios y garantías consagrados por el ordenamiento legal. Además, deben implicar diversos aspectos. Por ello las transformaciones que se propugnan alcanzan a todos los niveles de la intervención penal, tanto al plano sustantivo como procesal y a la cooperación internacional²⁷⁶.

Sería imposible lograr este propósito de no contar con el conjunto de instituciones, organismos y técnicas de actuación tanto en la legislación interna como en los acuerdos y tratados celebrados con la comunidad internacional. El aislamiento y las medidas individuales no tienen ningún efecto y no sirven de nada. Ante la globalización de la delincuencia, debe responder la globalización de las medidas para combatirla²⁷⁷.

Hacerlo de otro modo sería desconocer la realidad y dotarla de gran cantidad de medidas de escasa eficacia e inútil cumplimiento, que vendrían a engrosar los ya de por sí abultados ordenamientos jurídicos de los distintos países sin ayudar para nada al combate del crimen organizado²⁷⁸.

Resulta por eso muy atinado y pertinente afirmar que “vivimos en una era de globalización económica y cultural, donde se comparten las ideas, los pensamientos y, sin

²⁷⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, pág. 95.

²⁷⁷ VERVAELE, J. A. E., «Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el derecho penal?», *Revista Penal*, núm. 2, 1998, pág. 78. El autor sustenta que es fundamental la armonización de los ordenamientos legales para permitir la cooperación entre los Estados; pero además puntualiza que “no basta con una reglamentación legal radical; las adaptaciones que afecten a los fundamentos del Derecho (procesal) penal y del Estado de Derecho, no pueden hacerse sin reequilibrar la balanza entre la lucha contra la criminalidad y las garantías jurídicas”.

²⁷⁸ *Vid.* CANO LINARES, M. A., «Una aproximación a la cooperación judicial en materia penal en el espacio iberoamericano: aspectos normativos e institucionales», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 2, núm. 2, 2008, págs. 43-56.

duda y por desgracia también, se comparte la criminalidad”²⁷⁹. Criminalidad, que centra sus objetivos en obtener recursos cuantiosos y que utiliza esta era global para ampliar su alcance. En esta era del sistema penal de la globalización, el comiso se nos presenta como una alternativa frente a la criminalidad organizada²⁸⁰.

Y es que, en un contexto de estas características, con la pluralidad por nota distintiva, lograr un espacio de uniformidad y colaboración²⁸¹ resulta una cuestión fundamental para alcanzar el objetivo de generar una plataforma homogénea, frente a la proliferación de la criminalidad organizada y principalmente para unificar y fortalecer el ataque contra los beneficios que ésta produce. El aceptar las dimensiones transfronterizas del fenómeno criminal nos permite dar paso al trabajo colaborativo entre los diversos países que conforman el orbe mundial²⁸². Al percatarnos de esta característica de la delincuencia que ocurre más allá de los límites establecidos por las fronteras, recurrimos al recurso de la cooperación internacional²⁸³ como medio de contención de tal fenómeno criminógeno²⁸⁴.

²⁷⁹ MONTEIRO GUEDES VALENTE, M., «La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales», *Diario La Ley*, núm. 6914, 2008, pág. 1.

²⁸⁰ *Vid.* RESTREPO MEDINA, M. A., «Instrumentación cautelar del comiso», *Revista estudios socio-jurídicos*, vol. 8, núm. 2, 2006, págs. 152 y ss. El autor plantea que el proceso globalizador y en respuesta el derecho correspondiente a esa misma etapa se caracteriza por la previsión de nuevos tipos penales en el ordenamiento jurídico, la relevancia de la asistencia y cooperación judicial internacional y el uso de instrumentos que ya existían, pero que pueden adquirir un nuevo papel importante en la respuesta estatal frente a los delitos, como la extradición y el comiso. Así mismo resalta que las medidas precautorias se tornan fundamentales para dar paso a un eventual comiso de las ganancias ilícitamente obtenidas.

²⁸¹ *Vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Presente y futuro de la cooperación judicial penal en la Unión Europea», *op. cit.*, págs. 899 y ss.

²⁸² *Idem.* Por ello, hacemos nuestra la afirmación que establece que “a día de hoy está comúnmente aceptada la idea de que cualquier forma de lucha —y de prevención más a largo plazo— tenga que pasar por la colaboración entre los Estados”. No cabe ya otra forma de actuar, resultaría obsoleta e ineficaz.

²⁸³ Conviene recordar que “la cooperación judicial penal europea, tal como hoy la concebimos, tiene su origen en la segunda mitad del siglo XX, con el nacimiento del Consejo de Europa, a través del Estatuto de Londres de 5 de mayo de 1949”. PALOMO DEL ARCO, A., «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 21, mayo 2010, pág. 119.

²⁸⁴ *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 36 y ss.

Durante mucho tiempo, el interés más grande del Derecho Penal se centró en sancionar el delito y, como consecuencia, el proceso penal se ha venido dedicando casi únicamente a obtener la imposición de sanciones a los delincuentes.

En este estado de cosas, poco importaba la recuperación de los beneficios obtenidos con la comisión del ilícito²⁸⁵. Si se lograba alcanzar esos beneficios, sólo era como resultado de la investigación criminal, pero no por un interés específico en ellos, si no como una consecuencia lógica del proceso de investigación. Además, era impensable que el centro de la investigación fueran tales beneficios y no el delito en sí; éste último era el motor fundamental en torno al que se movilizaba la maquinaria judicial²⁸⁶.

Quizá por ello no hace mucho tiempo se afirmaba el papel marginal que el decomiso ha tenido a lo largo de la historia²⁸⁷. La investigación de los beneficios obtenidos por la comisión del delito “merecía escasa atención en nuestro Derecho Penal y era materia por desarrollar en el Derecho Procesal penal”²⁸⁸.

Sin embargo, esta situación ha cambiado radicalmente. El interés y vigencia de la institución del comiso ha cobrado una importancia impensable hace menos de una década. Lo ha hecho hasta el punto de que día a día esta institución se ha transformado en una figura esencial. No podía ser de otro modo, ya que a pesar de su *accesoriedad* el decomiso es un instrumento básico en la lucha contra el crimen organizado y que además resulta más disuasorio que la pena principal, incluso aunque fuera la privativa de libertad²⁸⁹.

²⁸⁵ VERVAELE, J. A. E., «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos», *Actualidad Penal*, núm. 14, 1999, págs. 291 y ss.

²⁸⁶ Cfr. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, págs. 92 y ss.

²⁸⁷ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas», *op. cit.*, págs. 331 y ss.

²⁸⁸ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 93.

²⁸⁹ Cfr. VERVAELE, J. A. E., «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el

Al respecto FERNÁNDEZ APARICIO atinadamente observa que el comiso “es una vieja figura que el llamado Derecho Penal globalizado ha venido a revitalizar como instrumento para luchar contra nuevas formas de delincuencia organizada que se lucra ilegalmente. Se busca a través del comiso lograr que el beneficio ilícito no quede en manos de quienes lo han generado”²⁹⁰.

Y es que si partimos del concepto de que estas organizaciones delictivas tienen como fin primordial obtener beneficios económicos, podremos entender que sus miembros se sentirán más amenazados con la pérdida de las ganancias ilícitas producto de sus actividades que con una eventual pena de prisión. Si su motor es la obtención de beneficios, la mejor disuasión —general y especial— será perderlos²⁹¹.

En realidad, se trata no sólo de castigar una conducta delictiva sino también de buscar la manera de luchar realmente contra ella, tratando de erradicarla. Y desde esta perspectiva resulta esencial averiguar cuáles son los elementos que de verdad *lastiman* a la organización en su estructura vital. Quizá sean precisamente sus ganancias. Y si ese es su punto neurálgico, es ahí donde se debe atacar.

Por este motivo, el comiso se ha transformado en una medida valiosa contra este tipo de delincuencia, convirtiéndose en una figura que actualmente está en pleno desarrollo y que es pilar fundamental de la lucha contra la criminalidad organizada a nivel interno, supranacional e internacional, como constaremos con posterioridad. Su razón de ser,

derecho de los Estados Unidos», *op. cit.*, págs. 291-315.

²⁹⁰ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «El comiso en los delitos urbanísticos», *La Ley Penal*, núm. 94-95, 2012, pág. 1.

²⁹¹ *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso y cooperación internacional. Aplicación del principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 3.

encuentra su cimiento en dos elementos²⁹²:

- a) La influencia del sistema norteamericano.
- b) Las medidas que han surgido de instrumentos internacionales.

En relación con esta situación, no está de más apuntar que hemos sido afortunados testigos de la evolución que ha experimentado la figura del comiso, que de ser considerada como una institución *marginal* ha pasado a cobrar relevancia. Ojalá también nos convirtamos en testigos afortunados de su perfeccionamiento y consolidación, traducidos en resultados efectivos.

Mientras que esta situación no llegue a producirse, podemos constatar la evolución y creciente presencia que ha adquirido la figura del comiso por ser la medida por excelencia que impide que el delito implique una ventaja para el delincuente²⁹³.

El combate a la delincuencia organizada trae aparejados sistemas de investigación y recuperación de recursos obtenidos ilícitamente, pero no sólo dentro de un Estado determinado, sino en un plano internacional, más allá de fronteras²⁹⁴.

Como ya hemos puesto de relieve, aunque creemos que conviene repetirlo, en este contexto no podemos dejar de lado la importancia y necesidad de la colaboración entre países para hacer realidad un espacio uniforme. Este espacio requiere una actuación común, coordinada, para abordar el fenómeno de la delincuencia organizada y lograr de

²⁹² JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 93.

²⁹³ A las ganancias del delito, se les considera como el botín del delito. Al respecto *vid.* VERVAELE, J. A. E., «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos», *op. cit.*, págs. 291-315.

²⁹⁴ *Idem.*

manera colaborativa sancionarla y contrarrestar sus efectos, principalmente la integración a mercados lícitos de ganancias obtenidas a través de la comisión de ilícitos. No hacerlo de este modo, transforma en inútil el trabajo de cualquier país de forma independiente.

Y es que la dinámica actual “que exige a los operadores jurídicos una intervención rápida, útil y adecuada, no se limita a unas fronteras terrestres determinadas, ya que vivimos en una época en que el crimen y los criminales circulan a una velocidad supersónica, sin límites de espacio ni de tiempo”²⁹⁵. Insistimos en que no puede —ni debe— plantearse un escenario aislado de lucha contra el crimen organizado, pues representaría un fracaso.

Muy al contrario, el abordaje eficaz del fenómeno de la delincuencia organizada solamente puede basarse en los principios de colaboración y apoyo internacionales; de otra forma, se ubicaría siempre por detrás de una clase de delincuencia que no entiende de límites ni de fronteras, que se aprovecha de su ausencia o flexibilización, por lo que en la transnacionalidad encuentran un espacio de cultivo próspero para sus actividades²⁹⁶. Esta circunstancia ha generado que la cooperación internacional revista cada vez más importancia como táctica para combatir este tipo de criminalidad y para posibilitar la realización del decomiso transfronterizo de bienes. Todo esto ha tenido como consecuencia el surgimiento de una relevante producción normativa supranacional²⁹⁷.

Consecuentemente, para estudiar la figura del decomiso desde la perspectiva

²⁹⁵ MONTEIRO GUEDES VALENTE, M., «La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales», *op. cit.*, pág. 2.

²⁹⁶ *Vid.* ALBRECHT, H. J., «La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control», *op. cit.*, págs. 88 y ss.

²⁹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pág. 36. En cuanto a la necesidad y justificación de la supranacionalidad del Derecho Penal (sustantivo y procesal), como característica necesaria para permitir y consolidar la cooperación entre Estados, se puede consultar MONTEIRO GUEDES VALENTE, M., «La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales», *op. cit.*, págs. 2 y ss.

española haremos alusión a las directrices generadas en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y, como no podría ser de otra manera, a las impulsadas en el Viejo Continente en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

En ambos casos, las iniciativas y proyectos se dirigen hacia la colaboración y su finalidad consiste en establecer pautas uniformes en aquellas cuestiones que resulten de interés común. En el caso que estudiamos, analizaremos aquellas que vayan dirigidas a evitar a toda costa que el delito genere ganancias.

Posteriormente realizaremos un recorrido por la legislación, para así observar cómo han impactado —o no— las pautas y estándares internacionales en el texto legal. Lo haremos así por elemental congruencia, porque si hablamos de una colaboración internacional frente a una delincuencia que no entiende de fronteras y que traspasa los límites del Estado y con ellos, la misma ley, es preciso atender igualmente a la influencia que esto debe suponer en los ordenamientos legales de cada Estado.

No podría ser de otro modo, porque la colaboración internacional es parte fundamental de cualquier planteamiento que se haga respecto al combate a la delincuencia organizada. Prescindir de esta dimensión transformaría cualquier intento de enfrentar al fenómeno en un absoluto fracaso.

El plano internacional para abordar estas cuestiones está encabezado principalmente por la Organización de las Naciones Unidas y por la Unión Europea. En efecto, a través de estas dos perspectivas combinadas, una global y otra continental, se establecen pautas y principios internacionales que paulatinamente se han ido integrando al ordenamiento legal interno. Dirigimos nuestra atención sobre este último extremo, es decir, la incorporación legal al ordenamiento interno. Estos, debido a que es un paso que

muchas veces queda relegado al olvido o al mero trámite, pensando que el ámbito internacional es más importante. Y no es así, más bien a veces puede ser al revés, dependiendo del tipo de norma internacional a la que nos estemos refiriendo. O dicho de otro modo, es imprescindible la colaboración porque si las normas están sólo en el ámbito internacional se corre el peligro de que se conviertan en simples declaraciones que no lleguen a ser efectivas. Y si solo están en el ámbito nacional pueden ser excesivamente sectarias.

Por este motivo, el proceso de integración representa un reto muy grande, debido principalmente, a que hablamos de distintos Estados, con ideas, cultura jurídica, tradiciones y conceptos fundamentales diversos. Lograr consenso ante un entorno tan variopinto es una tarea difícil. Pero aún más complicado resulta adoptar estos acuerdos en los ordenamientos internos de cada país.

En efecto, todas las iniciativas internacionales, sin importar el organismo o el continente del que provengan, deben contemplar un marco básico de respeto a los derechos fundamentales.

En consecuencia, la legislación penal que acoja estas pautas internacionales, deberá respetar tales principios y su propio sistema de garantías²⁹⁸, demarcado por sus principios constitucionales²⁹⁹, porque en la medida de lo posible deben armonizarse perfectamente a fin de tratar de cumplir con el principio de coherencia al que aspira todo ordenamiento

²⁹⁸ Respecto a los derechos cuya vigencia y protección puede generar conflictos frente a las medidas de respuesta estatal —sustentada en iniciativas supranacionales e internacionales—, frente a provechos ilícitos, se puede consultar BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *op. cit.*, págs. 113 y ss.

²⁹⁹ *Vid.* PINTO, M., «Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario», VV.AA., *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, págs. 13-30.

jurídico³⁰⁰.

En cuanto al combate a la delincuencia organizada dirigida a generar beneficios, resulta de vital importancia comprender que si el sistema penal no incide en el patrimonio criminal se hace *rentable* el delito. Dicho en otras palabras: si las sanciones que se establecen a los delitos que tienden a obtener ganancias económicas se reducen a la privación de la libertad o a la multa, no estarán abordando de forma adecuada este tipo de criminalidad. Todo esto, sin dejar de lado la colaboración de la comunidad global³⁰¹.

Si los delincuentes, acostumbrados a obtener beneficios, sólo son sancionados, pero no privados de las ganancias, dispondrán de las mismas para hacer frente a las sanciones, si éstas son de carácter pecuniario, o para *comprar voluntades* para hacer más benigno —o eludir— el cumplimiento de otro tipo de consecuencias jurídicas del delito; y de no ser así, para beneficiarse de esos bienes, ya sea introduciéndolos a la economía legal o bien invirtiéndolos en sus actividades delictivas. De modo que en realidad no estarán suficientemente castigados por un lado, y por el otro se les dejará posibilidad real de seguir delinquiendo y preparando delitos desde la misma cárcel, pues tendrán recursos para poder pagar a alguien que delinca por ellos. Así, las redes que conforman la estructura de los grupos criminales lejos de desaparecer, se multiplican.

A continuación expondremos los intentos internacionales de lucha contra la delincuencia organizada, centrándonos especialmente y como queda señalado en el ámbito Europeo y en el de Naciones Unidas respecto de la figura del comiso.

³⁰⁰ Vid. OTERO PARGA, M., *Las fuentes del Derecho*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2001.

³⁰¹ Cfr. MUÑOZ ROJAS, T., «La prevención y la represión del contrabando (Ley 12/1995)», *Diario La Ley*, núm. 5, 1999, págs. 1397-1399.

II.2 La Organización de las Naciones Unidas

La Organización de Naciones Unidas, fundada tras la Segunda Guerra Mundial, es un organismo internacional que ha enfocado sus actividades hacia el fomento de los derechos humanos, la promoción de la paz, la cooperación entre la comunidad internacional, la asistencia humanitaria y el desarrollo de modelos para el mejoramiento de la calidad de vida de los seres humanos.

Dentro de las actividades de cooperación internacional que propone, se encuentran todas aquellas tendientes a luchar contra el delito de manera global y, más puntualmente, tratándose de crimen organizado, a retirar el patrimonio ilícitamente obtenido por los delincuentes, que es también, como queda dicho una forma de lucha contra el delito si bien más específica.

La ONU, en su misión de fomento de la colaboración internacional, ha sido incubadora de numerosos proyectos en torno a temas que, relacionados con la prevención o persecución de la delincuencia económica, se convierten en fundamentales en un momento dado³⁰².

Así mismo, los esfuerzos realizados por este organismo se han encaminado a propiciar la armonización de los ordenamientos legales con el objetivo de fomentar y promover la cooperación entre Estados³⁰³.

³⁰² En este sentido se considera que “el primero de los entornos en que se han llevado a cabo iniciativas normativas que han hecho posible el decomiso transfronterizo de bienes ha sido la Organización de las Naciones Unidas”. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pág. 37. Si bien, no resultan las iniciativas mejor desarrolladas, son las pioneras en la materia y por ello resultan de vital importancia para este trabajo de investigación.

³⁰³ *Vid.* BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *op. cit.*, págs. 70 y ss. Estos objetivos han despertado el interés de los

A pesar de que son muchos los temas objeto de interés es posible establecer sin miedo a la exageración que dentro de la agenda de Naciones Unidas la lucha contra la delincuencia organizada y el decomiso han ido cobrando cada vez mayor protagonismo. Tal interés se ve materializado en diferentes Convenios como el de Viena (1988 sobre narcotráfico), Palermo (2000 sobre delincuencia organizada transnacional) y Mérida (2003 contra la corrupción) de los que pasamos a ocuparnos brevemente.

II.2.1 Convenio de Viena de 1988 sobre narcotráfico

El Convenio de Viena relativo al tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas³⁰⁴ de 20 de diciembre de 1988, es el antecedente que consideramos más importante para el tema que abordamos en esta investigación doctoral³⁰⁵. Afirmamos esto porque con la aparición de este instrumento nace formalmente la asistencia y la cooperación internacional para combatir la delincuencia, y además constituye la base fundamental de instrumentos posteriores en los que se amplía y perfecciona esta forma colaborativa de enfrentar fenómenos criminales que impactan al mismo tiempo en distintos países o que tienen dimensión internacional o transfronteriza y por ello atraen la atención mundial y requieren la acción conjunta, consensuada y coordinada.

Tal es la importancia de este instrumento, que se le considera como un antecedente

países integrantes del organismo y como ya veremos en los apartados siguientes, este interés quedará plasmado en los esfuerzos de armonización legislativa y las iniciativas de colaboración interestatal.

³⁰⁴ Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 270, 10 de noviembre de 1990, págs. 33062-33074.

³⁰⁵ Podemos encontrar un análisis pormenorizado de este instrumento en BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *op. cit.*, págs. 77 y ss.

destacado de las diversas iniciativas internacionales posteriores, que a partir del mismo se encaminan a la promoción, efectiva implantación y funcionamiento permanente de procesos internacionales de asistencia judicial³⁰⁶.

En el texto de este Convenio se resalta la preocupación surgida en Naciones Unidas en cuanto al crecimiento y dimensiones del tráfico de drogas, como fenómeno que pone en peligro la salud del individuo. Pero más allá de eso, también se refleja el temor de que este tipo de actividades perjudique a las estructuras sociales en sus dimensiones cultural, política y/o económica.

Y es que, siendo muy importante el aspecto de la adicción a las drogas, su importancia se multiplica exponencialmente cuando se refleja en el ámbito colectivo. Es así porque entran en juego todos los problemas de compra, distribución, redes mafiosas, pagos, sobornos, reinversión de beneficios en otros negocios, penalización o no penalización de su tráfico, o incluso distinta pena en función de los ordenamientos jurídicos de los países a los que nos referimos³⁰⁷.

Tal como establece artículo 2 del Convenio, el principal propósito de este instrumento legal consiste en “promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional”³⁰⁸. Esta circunstancia resulta previsible si tomamos en cuenta la magnitud de las actividades

³⁰⁶ Vid. PALOMO DEL ARCO. A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, págs. 105 y ss.

³⁰⁷ Vid. VV.AA., *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

³⁰⁸ En el preámbulo de la Convención se hace hincapié en aspectos como la preocupación por las dimensiones de la farmacodependencia, tanto por las actividades de producción, distribución y consumo, como fenómenos que afectan la salud personal y colectiva y que desembocan en un conjunto de actividades delictivas organizadas que “socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados”.

relativas al tráfico de drogas, que como hemos dicho, no sólo tienen impacto en la salud individual, sino que constituyen un problema para la colectividad al afectar a la salud pública.

Aunado a lo anterior, el fenómeno del narcotráfico socava y agreda los principios básicos del Estado y con ello su seguridad, estabilidad y soberanía. Por sus dimensiones, implica una cuestión que debe atenderse a nivel supranacional³⁰⁹.

Establecida la envergadura del problema, y alertados de sus dimensiones, no resulta difícil comprender la magnitud de las soluciones que se debe diseñar, implementar y monitorear. El combate contra este tipo de conducta delictiva no puede entenderse sin una dimensión internacional en la que rijan un ideal de *colaboración*, puesto que sus beneficios alcanzan jugosas sumas de dinero que sirven para corromper las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus niveles³¹⁰.

Tanto es así, que las consecuencias del narcotráfico alertaron a la comunidad global de aquellos tiempos y deben mantenernos alerta a nosotros, pues los alcances de este fenómeno pueden llegar a desestabilizar las instituciones del Estado y quebrar los principios que sustentan al sistema democrático.

Al analizar los alcances y puntos principales de esta Convención, se afirma que “uno de los mecanismos a utilizar en la lucha contra el ámbito económico de este fenómeno, se centra en el comiso”³¹¹. El narcotráfico, la delincuencia organizada y, en general, cualquier

³⁰⁹ En este sentido se afirma que el Convenio de Viena constituye un “instrumento que en el ámbito de la cooperación internacional abrió una nueva era al contemplar por primera vez el aspecto patrimonial del delito”. PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 108.

³¹⁰ Preámbulo de la Convención.

³¹¹ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «El comiso de bienes en el delito de tráfico ilegal de drogas: el artículo 374 del

delito que traiga aparejado un beneficio económico, pueden ser enfrentados a través del comiso de las ganancias, que se traduce en la privación de cualquier provecho que pudiera representar la comisión de un ilícito.

Así también esta Convención nos aporta diversos conceptos que, además de proporcionarnos una idea más clara de las figuras a las que aluden, también nos permiten apreciar su alcance y aplicación. Concretamente, en el artículo 1 encontramos, entre otras, las siguientes definiciones³¹²:

- “f) Por «decomiso» se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente.”.

- “p) Por «producto» se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.”.

- “q) Por «bienes» se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”.

Estos conceptos ponen de manifiesto que al referirse al comiso —el instrumento que analizamos— implica una traslación del dominio del patrimonio sujeto a la medida y que puede recaer sobre bienes de toda clase, cuyo denominador común sea la comisión de delitos relativos a la producción, venta y distribución de estupefacientes y sustancias

Código Penal», VV.AA., *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 80.

³¹² Artículo 1. Definiciones.

psicotrópicas. La traslación de dominio a la que hacemos alusión opera a favor del Estado y en perjuicio del titular de los bienes decomisados.

A través de esta Convención quedan sentadas las bases, por cuanto hace al comiso, de la solicitud para la obtención de mandamiento de comiso o la aplicación de una resolución de comiso dictada en un país extranjero. Ambos son, sin duda, puntos medulares en cuanto a la colaboración y reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

En este sentido, se establece la obligación de los Estados para disponer “las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso”³¹³. Podemos observar las medidas precautorias que se proponen para garantizar la ejecución del decomiso.

Para hacer efectiva la aplicación del comiso, también se establecen disposiciones precisas en materia procedimental referidas a la solicitud de obtención de un mandamiento de decomiso al Estado en el que se encuentren los bienes materia del comiso, o al cumplimiento de una orden de decomiso dictada por el Estado competente para enjuiciar el delito relativo al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas³¹⁴.

Establecida la figura del comiso es preciso ahora estudiarla de forma pormenorizada pues no presenta un tipo único universalmente aceptado. Por el contrario, se prevén distintas clases de comiso como el equivalente, el ampliado o el parcial. Todos ellos, con sus similitudes y diferencias, coinciden en su función básica que no es otra que estar enfocados

³¹³ Artículo 5, apartado 2.

³¹⁴ Artículo 5, apartado 4, incisos i) y ii).

principalmente a alcanzar los provechos generados a través del tráfico ilícito de drogas.

Además del comiso, y siempre con la intención de dificultar la comodidad de quienes practican la delincuencia económica y el crimen organizado, esta Convención contempla la creación del delito de blanqueo de capitales. Este delito permite erigir un muro para evitar que las ganancias obtenidas por la comisión de delitos se integren al mercado lícito y los delincuentes puedan disfrutar de ellas. De esta forma, también se impide que tales recursos sean reinvertidos en la comisión de nuevos delitos³¹⁵.

El surgimiento del delito de blanqueo sirve como auxiliar para enfrentar al narcotráfico y su tipificación resulta de vital interés porque no hay otra forma de introducir las ganancias del delito a la economía lícita. El lavado es el único medio a disposición de los delincuentes para lograrlo. De otro modo, este patrimonio no podría ser utilizado por aquellos criminales que lo hayan obtenido, o aquellos que pretendan ponerlo en circulación³¹⁶.

Si la delincuencia —que en el caso de esta Convención se refiere al tráfico ilícito de drogas—logró actuar al margen de la ley y burlar la acción de la justicia con la comisión del delito originario, y si con ello generó beneficios ilícitos, no queda más remedio que levantar un nuevo obstáculo para impedir que el resultado del delito beneficie a quienes lo cometieron³¹⁷.

La respuesta estatal ante tal circunstancia se materializa a través del surgimiento del

³¹⁵ *Vid.* PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 110. El autor resalta la importancia de los mecanismos utilizados por los delincuentes para poder gozar de los beneficios producidos por el delito al “hacer desaparecer las huellas de su origen”.

³¹⁶ *Cfr.* FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 603.

³¹⁷ *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 33 y ss.

delito de blanqueo de capitales. Nos explica LAMPE que se trata, “*grosso modo*, de la transformación de capitales ilegales en bienes legales”³¹⁸.

Esta clase de delitos se tipifican como auxiliares en el ordenamiento jurídico. No desde luego porque sean de menos importancia, sino porque son coadyuvantes a la realización de otros delitos, facilitando la asunción de sus consecuencias.

Además, se traducen en una segunda barrera frente a la obtención de ganancias. Sin embargo, hay quienes los consideran un fallo en el sistema legal, y por eso afirman que “la existencia de un delito de blanqueo implica el fracaso de la Administración de Justicia, puesto que si el delito previo hubiera sido juzgado, sancionado y las ganancias decomisadas, no hubiese sido posible su comisión”³¹⁹. Recogemos esta crítica pues ha sido reiteradamente formulada por la doctrina, pero no podemos por menos que cuestionarla en el sentido de que todo delito, y no sólo el del blanqueo de dinero, suponen un fallo de la Administración Pública y precisamente por eso la propia Administración debe procurar corregir sus resultados, debe enfrentarse a la realidad y no disimularla, pues de otro modo en vez de *un* fallo estaría cometiendo fallos *en cadena*.

Y es que la existencia de tipos penales como el blanqueo de capitales, lejos de ser de poca monta, dota a los administrados de la certeza de que la ley alcanza los resquicios que la delincuencia genera y por los que intenta evadirse de su cumplimiento. Se trata de una norma *auxilium post factum*, dirigida específicamente contra la inserción subrepticia en el

³¹⁸ LAMPE, E. J., «El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 20, 1999, pág. 109. El autor cuestiona sobre el respeto de los principios del Estado de Derecho con la creación de este tipo penal.

³¹⁹ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 110. Ya en el capítulo uno planteamos la tendencia de las organizaciones criminales al blanqueo, y en consecuencia, el interés de retirar —a toda costa—, las ganancias que provienen de la comisión de un delito. Por ello afirma el autor de referencia que el delito de blanqueo constituye una especie de *tipología residual* para sancionar la obtención de beneficios por la comisión de *actividad delictiva primigenia*.

mercado legal de ganancias obtenidas ilícitamente. Esta delincuencia que tiene el objetivo de obtener beneficios económicos debe ser contrarrestada a través del comiso de tales provechos para evitar su efecto *espiral y de resaca*, y con ello evitar su utilización en otras actividades ilícitas. Por ello, el surgimiento del delito de blanqueo de capitales no puede quedar reducido a un deber internacional o comunitario, sino que constituye una necesidad político criminal del cada uno de los Estados³²⁰.

No es posible ignorar que “es un hecho contrastado que la intensidad de las medidas aplicadas para prevenir el blanqueo mantiene una relación inversa con el nivel de delincuencia económica de cualquier país. Cuanto más eficaces sean los sistemas de prevención del blanqueo, cuanto mayor sea el grado de cumplimiento de las medidas, más complicado resultará disfrutar de los beneficios por parte de quien los generó”³²¹. Y esto es lo realmente importante para el estudio que nos ocupa. La perspectiva del blanqueo de capitales —y de cualquier otro instrumento—, interesa especialmente como medida adecuada para privar al delincuente de los beneficios obtenidos por la comisión del delito.

Por lo anterior, esta convergencia de medidas contra la obtención y manejo de ganancias que provengan de la comisión de delitos nos demuestra la importancia de la lucha que se lleva a cabo para evitar y sancionar estos actos, ya sea por virtud del comiso o a través del surgimiento de otros instrumentos; en este caso el delito de blanqueo de capitales. La finalidad es lo que debe quedar clara, y se resume en dificultar tanto el delito como las consecuencias beneficiosas del mismo a fin de que sean los propios delincuentes los que, si no es por *virtud* al menos sea por *inutilidad*, se den cuenta de que su actividad delictiva ya no es provechosa en términos económicos —y jurídicos—.

Además, resulta innegable que ante la dimensión que el fenómeno del narcotráfico

³²⁰ Cfr. LAMPE, E. J., «El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero», *op. cit.*, pág. 121.

³²¹ ALIAGA, J. A., «Europa estrecha el cerco contra el blanqueo», *Escritura Pública*, núm. 58, 2009, pág. 28.

iba adquiriendo y que fue el punto central de las decisiones de aquel entonces, había que proponer la consideración de medidas contundentes que hicieran posible la privación de las ganancias provenientes de ilícito a través de una estructura que estableciese una barrera tras otra a fin de combatir este tipo de delincuencia. El Estado tiene que dificultar la realización del delito, y si eso no es posible al menos el saneamiento del lucro obtenido por el mismo³²².

Atendiendo a esta necesidad, las disposiciones del Convenio de Viena se basan en la inquietud que comparten los Estados por las dimensiones cada vez más extendidas del fenómeno del tráfico ilícito de estupefacientes y su relación con diversas actividades de la criminalidad organizada. Así se expresa en su preámbulo la preocupación por “la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad” como actividades que deben evitarse y combatirse por las consecuencias nefastas que traen aparejadas y que amenazan no sólo la escala individual sino la colectiva, poniendo en peligro, inclusive la supremacía del Estado.

Como podemos observar, el texto de la Convención resalta dos vertientes del fenómeno del tráfico de estupefacientes. Por una parte, la salud de los seres humanos y su repercusión en el orden social y por otro, el efecto nocivo para la economía que dicho delito produce. El narcotráfico no se reduce a un problema de salud pública sino que tiene aparejadas consecuencias que afectan la vida política y económica del Estado.

³²² Vid. CARDENAL MURILLO, A., «El régimen específico del comiso en materia de tráfico de drogas», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 11, 1993, págs. 277-298. También se puede consultar DELGADO LÓPEZ, L. M., «El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas», VV.AA., *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 281-366.

Por eso estimamos que el interés en este fenómeno no es casual ni repentino, sino que brota justo en una etapa en la que el apogeo del tráfico ilícito de drogas y su expansión resultaron inversamente proporcionales al desarrollo normativo para evitarlo. Circunstancia lógica, por otro lado, ya que, cuanto más baja esté la guardia mayor será la posibilidad de delinquir y de hacer daño socavando las estructuras del Estado.

El momento histórico en el que surge la Convención a la que nos hemos referido en este apartado se encuentra caracterizado por el “déficit normativo que en el seguimiento de los bienes en cuanto instrumentos, productos o ganancias del delito existía en los diferentes ordenamientos del Derecho comparado”³²³.

Así lo confirma el texto del propio instrumento, puesto que establece como prioridad “privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”³²⁴. Por primera vez, de común acuerdo y formalmente, se sientan bases para enfrentar esta problemática y se reconoce la “responsabilidad colectiva”.

De este modo, queda sembrada la semilla que hará que en los siguientes años el decomiso cobre mayor importancia, no sólo como una forma de combate del tráfico de estupefacientes, sino como el instrumento por excelencia de privación de ganancias obtenidas a través de la comisión de un ilícito.

Por otro lado, y al mismo tiempo, quedan sentadas las bases que disponen una flexibilización de la carga probatoria, ampliamente analizada por la doctrina y la jurisprudencia en cuanto al origen ilícito de los bienes sujetos a blanqueo y respecto de aquellos sobre los que se propone que recaiga el decomiso, misma posibilidad. que

³²³ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 112.

³²⁴ Preámbulo de la Convención.

abordaremos en el capítulo IV de este trabajo. La posibilidad de mitigación probatoria se comprende en el artículo 5 inciso 7 que a la letra dice: “cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos”³²⁵.

La Convención que estamos analizando es la pionera en cuanto a este tipo de disposiciones y que eventualmente son las que nos han conducido a la presunción *iuris tantum* relativa a la procedencia ilícita de los bienes que ostenta una persona jurídica o física que ha sido condenada o está siendo investigada como parte del crimen organizado. Esta presunción ha sido establecida por la legislación española vigente en materia de comiso³²⁶.

Dicha presunción, que estudiaremos más ampliamente en el capítulo IV de esta investigación, surge como una decisión político-criminal controvertida, que en la actualidad tiende a evitar que la comisión de un delito pueda implicar un beneficio económico para el delincuente, por pequeño muy que sea. Su aplicación pretende facilitar la acreditación del origen ilícito del patrimonio y con ello, hacer posible la aplicación efectiva del comiso relativa a las ganancias obtenidas por la comisión de delitos³²⁷.

Su planteamiento es controvertido, tal como ponen de manifiesto las palabras de

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ Artículo 127.1 párrafo 2 del Código Penal en vigor que dispone: “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”.

³²⁷ *Vid.* BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», VV.AA., *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 145-185.

PALOMO DEL ARCO, que nos recuerdan que este tipo de medidas no deben juzgarse a la ligera, ni percibirse como mecanismos de quiebra de las garantías implantadas por el ordenamiento jurídico. Para evitar este peligro estas presunciones deben concebirse “no como se ha entendido a veces para eludir el principio de presunción de inocencia, sino una vez superado este, si el delito es de naturaleza que genera grandes beneficios, sea el imputado quien deba justificar el origen ilícito de su patrimonio, en aras de evitar el decomiso”³²⁸.

Mas allá de la discusión doctrinal en torno a esta medida, lo que si podemos afirmar es que esta Convención representa un primer paso muy importante y decidido frente a un fenómeno delincencial específico como el narcotráfico. Los fundamentos y principio tomados en cuenta son ahora base también en la lucha contra el crimen organizado en todas sus vertientes.

II.2.2 Convenio de Palermo de 2000 sobre delincuencia organizada transnacional

Con este nombre conocemos a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000, hecha en Nueva York y abierta a la firma en Palermo en el mismo año³²⁹.

En su texto, se entra de lleno a la declaración del interés por lograr la colaboración en la lucha contra el crimen organizado transnacional. La importancia de su contenido se manifiesta desde las primeras líneas de su texto de modo que queda reflejada en el artículo

³²⁸ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 146.

³²⁹ Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 233, 29 de septiembre de 2003, págs. 35280-35297.

1, al establecer como propósito del Convenio “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”³³⁰.

Esta Convención implica también un intento por generar un concepto armónico de la definición de un grupo delictivo organizado como aquel “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concretamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”³³¹.

Asimismo, quedan sentadas las bases para desarrollar el concepto de criminalidad organizada, en torno a elementos esenciales tales como la estructura y el concierto para delinquir, de forma que su aparición no sea casual, sino que contenga en su base el afán de generar lucro³³².

El intento es loable, pero es preciso desarrollarlo de forma más completa a fin de que sea efectivo. De modo que en este instrumento se acuerda tipificar conductas como la participación en grupos delictivos y la corrupción tanto activa como pasiva. Se amplía el alcance del blanqueo de capitales y se describen las medidas para combatirlo. Por otro lado, surge la propuesta de generar un tipo penal auxiliar relativo a la obstrucción a la justicia³³³.

Además de lo anterior, resulta de gran importancia la medida tendiente a establecer

³³⁰ Preámbulo de la Convención.

³³¹ Artículo 2 inciso a).

³³² Vid. BLANCO CORDERO, I., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *Revista Penal*, núm. 6, 2000, págs. 3-14.

³³³ Tal como se desprende del propio texto de la Convención. Al respecto, se puede consultar RUBIO PARDO, M., «La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada», *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, núm. 25, 2001, págs. 93-102.

responsabilidad a las personas jurídicas en la comisión de delitos graves o relacionados con la delincuencia organizada, el blanqueo y la corrupción³³⁴. En este aspecto, se prevé que tal responsabilidad pueda ser de naturaleza penal, civil o administrativa. De esta forma, las condiciones sociales, políticas, históricas y económicas en las que se desenvuelve esta delincuencia organizada con fines económicos —que actúa en plena libertad y con un alto margen de impunidad³³⁵— ha dado lugar a instituciones como el decomiso, y a una variedad de medidas aplicables a la responsabilidad de las personas jurídicas como iniciativas para evitar este flujo de recursos y que el delito sea económicamente rentable.

Este entorno y la amplitud en cuanto a la responsabilidad y sus alcances tiene que ver con la dificultad en cuanto a la confrontación de esta disposición con el principio *societas delinquere non potest*, pues tradicionalmente se había concebido la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir y ser sancionadas. Sin embargo, este tipo de disposiciones han trastocado los principios establecidos históricamente y han ido dando paso a grandes transformaciones. Grandes transformaciones sin duda aun en curso pues nos hallamos ante un proceso en evolución que dista mucho de haber concluido³³⁶, especialmente en el ámbito procesal en el que tiene que quedar perfectamente definido y regulado el estatuto de la persona jurídica³³⁷.

³³⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2006, en el que el autor realiza un análisis anterior a la reforma de 2010 respecto a las consecuencias aplicables a las personas jurídicas, en el que resalta qué estas son necesarias para enfrentar la criminalidad de las empresas. Por otro lado, y al margen de los delitos relativos a la criminalidad organizada y el terrorismo, se transmite la inquietud por la poca utilización de las medidas accesorias aplicables a las personas jurídicas.

³³⁵ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones», VV.AA., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, págs. 303 y ss.

³³⁶ Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La obligada reforma del sistema penal español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 24, 2011, págs. 1 y ss.

³³⁷ Vid. BACHMAIER WINTER, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*», *La Ley*, núm. 7938, 2012, págs. 1-5. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «XII. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales», VV.AA., *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Las Rozas, 2012, págs. 349-372. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.,

Por lo que respecta al decomiso, los conceptos que se establecen son idénticos a la Convención de Viena³³⁸. Sin embargo, se extiende su aplicación más allá del narcotráfico a los delitos materia de la Convención, es decir, a la delincuencia organizada, al blanqueo de productos del delito y a la corrupción de funcionarios públicos.

A través de este instrumento, el comiso se dirige a la ganancia obtenida por la comisión de los delitos consignados en la Convención, así como a los bienes, equipo e instrumentos utilizados o destinados para perpetrar tales delitos³³⁹.

Se resalta, de nueva cuenta, la importancia de la colaboración entre países para llevar a cabo un comiso. Tal cooperación se concibe, como ya lo disponía el Convenio de Viena, de dos formas diferentes: la primera, que consiste en la solicitud, por parte de un Estado extranjero de que se dicte una orden de decomiso; y la segunda, en la que se pide la ejecución de una orden de decomiso que proviene del país extranjero³⁴⁰. Aunada a la

«La persona jurídica en el proceso penal. Un análisis desde la perspectiva procesal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 29, 2013. DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Cuadernos digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 31, 2011.

³³⁸ En el artículo 2 de la Convención de Palermo se establecen los siguientes conceptos:

“d) Por «bienes» se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”

“e) Por «producto del delito» se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito.”

“g) Por «decomiso» se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.”

³³⁹ Artículo 12, apartado 1.

³⁴⁰ “Artículo 13. Cooperación internacional para fines de decomiso

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

cooperación, se prevé la asistencia jurídica recíproca en la investigación, los procesos y las actuaciones judiciales relativos a los delitos que alude el texto de la Convención (art. 18). Esta colaboración tiene la posibilidad de reforzarse a través de la realización de investigaciones conjuntas (art. 19), el flujo de información (art. 26, apartado 1 y art. 28) y la capacitación y asistencia técnica (art. 29).

Como consta y se desprende de su propio texto, este Convenio implica una mayor profundización en la figura del comiso y representa la incursión de esta medida en otros delitos, más allá del tráfico de drogas³⁴¹. Además, prevé las situaciones de decomiso ampliado cuando los provechos del delito se hayan transformado o convertido y no se encuentren a disposición del delincuente. Por otro lado, también se prevé la imposición del comiso cuando tales provechos se hubieran mezclado con bienes adquiridos con recursos lícitos. Inclusive, también se reconoce el decomiso parcial para el caso de que se hubieran mezclado bienes lícitamente obtenidos, con aquellos que implican un beneficio ilícito³⁴². Y finalmente, se establece un régimen de la forma en la que los Estados dispondrán de los bienes producto de la aplicación del comiso³⁴³.

La medida del comiso es, en sí misma, restrictiva del derecho de propiedad y por lo mismo sólo debe ser utilizada ante la certeza de la ilicitud de los bienes objeto del mismo. Por lo mismo, y para evitar la cercenación injustificada de un derecho hoy más que nunca es necesario insistir en la posibilidad de exigir al delincuente que demuestre el origen lícito de los bienes que ostenta como propios³⁴⁴.

b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.”

³⁴¹ Artículo 3.

³⁴² Artículo 12.

³⁴³ Artículo 14.

³⁴⁴ Al respecto, se puede consultar JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de

La posibilidad y amplitud del comiso se ha convertido en una moneda de curso legal, de modo que de ser un perfecto desconocido e incluso una figura cuya legalidad despertaba dudas ha pasado a ser una figura normalmente aceptada por los beneficios que supone³⁴⁵. No obstante lo dicho es preciso seguir trabajando para que su regulación proporciones la eficacia que precisa.

De hecho, en el Convenio de Palermo se observa una importante mejoría en cuanto a redacción se refiere, ya que se opta por evitar el término “inversión” de la carga de la prueba. En lugar de eso, muy atinadamente se establece la facultad por parte del Estado de requerir al delincuente la demostración del origen lícito de su patrimonio. De este modo, se deja la puerta abierta a la vigencia sin fisuras de la presunción de inocencia, cuando menos en el plano teórico, garantizando así de una forma más completa los derechos de los individuos, que sólo deben ser limitados cuando existan probadas razones para ello.

Esta técnica de redacción se lleva a cabo con el propósito de permitir a los Estados insertar la facultad de referencia, sin que implique una violación a los principios dispuestos por los sistemas jurídicos de cada país.

Como queda dicho, no se transgrede el principio de presunción de inocencia sino que en su lugar se procede a fijar una presunción frente a la que pueden oponerse pruebas que acrediten el origen lícito de los bienes que se ostentan y que permiten la conservación del sistema de garantías y principios en el orden penal, encabezados precisamente por el principio de presunción de inocencia.

decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, págs. 91-116.

³⁴⁵ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas», *op. cit.*, págs. 329-370.

Con todas estas consideraciones creemos oportuno defender que esta Convención se traduce en una mejora y extensión de la figura del comiso a otras conductas delictivas no contempladas por su antecesora, la Convención de Viena, que se refería exclusivamente al narcotráfico, y que pone en evidencia que la cooperación internacional no es exclusiva del momento mismo de la ejecución del comiso, pues para que verdaderamente sea efectiva debe extenderse desde el momento de la detección y localización del patrimonio, el aseguramiento del mismo, la verificación del decomiso y hasta la decisión sobre el destino de los bienes sujetos a la medida.

Más allá de todo lo que hemos afirmado hasta aquí, esta Convención constituye un instrumento de gran relevancia puesto que estructura disposiciones fundamentales en materia procesal necesarias para dirimir posibles conflictos derivados de la nueva estructura social, política, tecnológica y cultural, presentes en la investigación y eventual enjuiciamiento de delitos como los relacionados con la corrupción³⁴⁶, materia en la que pocos meses más tarde Naciones Unidas profundizó de manera monográfica.

De modo que no es pretencioso ni apresurado afirmar que en la nueva regulación se observan progresos en cuanto al papel de la cooperación internacional y la institución del decomiso. Progresos que, sin embargo, no deben conducirnos a la acrítica complacencia sino a la certeza de la necesidad de seguir trabajando para mejorar esta situación a fin de garantizar los derechos de los individuos de la mejor manera posible, dificultando para ello las prerrogativas que hasta ahora tenían los delincuentes y que facilitaban la realización del delito minimizando las consecuencias del ilícito.

Esto también se puede afirmar porque las Convenciones de Viena y Palermo

³⁴⁶ En este sentido, se afirma que “la incidencia de mayor calado en relación con otros instrumentos internacionales precedentes estriba en su previsión adjetiva o procesal”. PALOMO DEL ARCO. A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 116. Concretamente, este repertorio de medidas en materia procesal se observa en los artículos 13, 15, 18, 19, 20, 27, 28 de la Convención.

implementan pautas generales de colaboración, pero carecen de un desarrollo profundo por cuanto hace a cuestiones procedimentales³⁴⁷, las cuales requieren de un compromiso claro, serio y comprometido de los distintos Estados parte.

II.2.3 Convención de Mérida de 2003 contra la corrupción

Consciente de la necesidad de seguir avanzando y perfeccionando la efectiva realización de los derechos, la ONU no cesó en sus esfuerzos por promover la colaboración de los diversos países por lo que a la lucha contra la delincuencia compleja se refiere. Por este motivo, propuso la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción³⁴⁸, celebrada en Mérida el 9 de diciembre de 2003, abierta para la firma en Nueva York a partir del día 12 del mismo mes y año.

Ya desde el Preámbulo este nuevo instrumento legal se anuncia como una herramienta dedicada a tratar el fenómeno de la corrupción como una cuestión que incide perjudicialmente en las instituciones democráticas y que desestabiliza la sociedad³⁴⁹. Dentro de su texto, nos alerta sobre la relación entre la corrupción, la delincuencia

³⁴⁷ Al referirse al papel que desempeña la cooperación entre Estados en las Convenciones de Viena y de Palermo, GASCÓN INCHAUSTI afirma que “su margen de acción ante nuestros tribunales tenderá a ser residual: habrá que acudir a ellas para instrumentar la cooperación con las autoridades de Estados con los que no nos ligue un instrumento normativo de ámbito y/o de contenido más específico —que es precisamente lo que sucede con los aprobados en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea—. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., págs. 38 y ss.

³⁴⁸ Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 171, 19 de julio de 2006, págs. 27132-27153.

³⁴⁹ Sobre la corrupción y sus efectos se puede consultar MALEM SEÑA, J. F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002. También para ver distintas perspectivas y dimensiones de la corrupción vid. VV.AA., *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

organizada, la delincuencia económica y el blanqueo de capitales³⁵⁰. También establece la *asistencia técnica* como un elemento que puede servir de apoyo a los Estados para prevenir y combatir la corrupción³⁵¹.

Al hablar sobre la corrupción, se afirma dentro del texto de la Convención que ésta, como fenómeno transnacional, atañe a todos los países y por ello debe ser combatida a través de la cooperación internacional³⁵² a fin de evitar el enriquecimiento ilícito personal que resulta dañino para las instituciones del Estado y el imperio de la ley.

El momento en el que se realizó la Convención fue crucial y no podía ser desaprovechado. Los entes nacionales e internacionales debían ser conscientes de la necesidad de aclarar estas conductas y perseguirlas con toda la dureza de la ley³⁵³. Por eso no es de extrañar que se afirme que este Convenio “se caracteriza por su gran extensión, su amplio listado de conductas sancionables, los instrumentos internacionales de cooperación que de manera abundante recoge y por su preocupación por la recuperación de activos provenientes de actuaciones corruptas”³⁵⁴.

³⁵⁰ Vid. CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», VV.AA., *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, op. cit., 2004, págs. 213 y ss.

³⁵¹ Afirmamos esto, porque la asistencia técnica, tal como la prevé la Convención de Mérida a la que nos estamos refiriendo, permite que los países cuenten con instituciones y personas que compartan sus conocimientos y experiencia relativos a la corrupción y que contribuyan a que los Estados, además de fomentar una cultura anticorrupción, sienten las bases estructurales para la prevención y combate de la misma a través del ordenamiento legal, instituciones y recursos materiales y personales expertos y adecuados para enfrentar este complejo fenómeno. Esta asistencia técnica se encuentra descrita en el capítulo VI de la Convención en comento.

³⁵² Textualmente, el preámbulo de la Convención dispone que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.

³⁵³ En este sentido, afirma SOKOL que existen razones que demuestran la “nueva” actitud de los Estados frente al fenómeno de la corrupción, como la institucionalización de la democracia, la liberalización de los mercados, el uso —y no abuso— eficiente de los recursos públicos dedicados al desarrollo y la multiplicidad de medios para la investigación y combate a la misma. Cfr. SOKOL, M., «Presentación», VV.AA., *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, op. cit., págs. 9-11.

³⁵⁴ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», op. cit., 2004, pág. 122.

No podía haber sido de otra manera. Porque para abordar el fenómeno de la corrupción y su entorno era necesario establecer objetivos, armonizar conceptos y disponer pasos a seguir. Y es que este problema se está generalizando en las sociedades actuales y ganando territorio en todos los aspectos, de manera que casi podríamos afirmar que hoy en día la corrupción abarca todos los ámbitos —públicos y privados— de poder³⁵⁵. Parece que poder y corrupción son conceptos que van indisolublemente unidos³⁵⁶.

En este sentido y tal y como se desprende del propio texto de la Convención, su finalidad, entre otros puntos, consiste en “promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos”³⁵⁷.

Esto último resulta de vital importancia para nuestro estudio, porque precisamente el comiso es uno de los instrumentos primordiales con los cuenta el Estado para retirar las ganancias obtenidas ilícitamente a los delincuentes. Y en este sentido, resulta fundamental la importancia que se imprime a la recuperación de activos en el texto de la Convención, pues este aspecto se ha llegado a considerar como la novedad más importante que se introduce en un acuerdo de esta envergadura³⁵⁸.

³⁵⁵ En cuanto a este fenómeno se afirma que “los comportamientos corruptos con los que se busca el interés personal por encima del interés de otros son inherentes a la condición humana; esta cultura de la exaltación del dinero, a mayor o menor nivel, desde el comienzo de los tiempos ha existido y seguirá existiendo, tanto a nivel público como privado”. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción», *op. cit.*, pág. 73.

³⁵⁶ Así, por ejemplo se afirma que “la corrupción puede ser la vía más rápida para lograr el poder”. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio», VV.AA., *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, *op. cit.*, pág. 20.

³⁵⁷ Artículo 1 b).

³⁵⁸ Así, al realizar un análisis del contenido de la Convención de Mérida, se afirma que “la mayor innovación se encuentra en su Capítulo V dedicado a la Recuperación de Activos, que lo erige principio fundamental del Convenio, para lo cual insta a la adopción de medidas tendentes al logro de la Prevención y detección de transferencias del producto del delito”. PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 124.

En otro orden de cosas y continuando con el análisis de este texto legal, de su lectura observamos diversas estipulaciones en cuanto a las medidas para prevenir el blanqueo de capitales, así como la creación de distintos tipos penales, entre los que se encuentran el soborno de funcionarios públicos tanto nacionales como extranjeros, la malversación de fondos públicos, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el encubrimiento, la obstrucción de la justicia, el soborno y la malversación o peculado en el sector privado y el enriquecimiento ilícito. Conviene prestar especial atención como decimos a estas figuras porque todas ellas ayudan a perfilar el prototipo de delincuente que estamos analizando, que difícilmente se contenta con realizar un ilícito aislado³⁵⁹.

Esta es una de las diferencias sustanciales entre la Convención de Mérida y sus antecesoras. En efecto, la Convención de Viena centra su atención en el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y a este tipo de delincuencia dirige el comiso. Por su parte, la Convención de Palermo se dirige esencialmente a la criminalidad organizada.

Con el estudio de los nuevos delitos a los que hace referencia la Convención de Mérida (blanqueo de capitales, soborno de funcionarios públicos tanto nacionales como extranjeros, malversación de fondos públicos, tráfico de influencias, abuso de funciones, encubrimiento, obstrucción de la justicia, soborno, malversación o peculado en el sector privado y enriquecimiento ilícito) se reafirma la necesidad de fincar responsabilidad a las personas jurídicas, la recuperación de los beneficios ilícitamente obtenidos y la importancia de la investigación y el seguimiento de los mismos. Esto resulta de gran importancia, puesto que la cooperación ya no sólo se limita al ámbito público sino que se extiende al sector privado y a los organismos internacionales.

Además se incluye la asistencia judicial recíproca, los procesos de extradición, la

³⁵⁹ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, op. cit., págs. 46 y ss.

remisión de actuaciones penales, y las investigaciones conjuntas; en este sentido, el texto de la Convención establece que “la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces³⁶⁰. Las iniciativas aisladas en materia de combate al crimen organizado están destinadas a fracasar. La dimensión internacional y la característica transnacional de este tipo de delincuencia, obligan a los Estados a fomentar la colaboración y participación en una respuesta frente al delito.

Mención especial merecen las disposiciones relativas al embargo preventivo, incautación y decomiso que establecen modalidades de comiso relativas al valor equivalente, ampliado o parcial, cuando se conmina a los Estados a adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo el decomiso de bienes. El texto de la Convención dispone el comiso: “4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo. 5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación. 6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito”³⁶¹.

Siguiendo esta misma política de ampliación y en la línea de lo hasta ahora

³⁶⁰ Preámbulo de la Convención.

³⁶¹ Artículo 31.

estudiado, conviene aclarar que en este Convenio se suman al decomiso las figuras de embargo preventivo del producto del delito (medida previa al comiso) y la recuperación de activos (medida posterior al comiso). De modo que para llevar a cabo un comiso, se conservan las dos opciones que ya venían proponiendo las Convenciones de Viena y de Palermo; es decir, que un país extranjero solicite a otro dictar una orden de decomiso, o bien que el país extranjero solicite a otro dar cumplimiento a una orden de decomiso dictada por aquél³⁶². Y además, se promueven mecanismos de recuperación de activos basados en la cooperación³⁶³. Efectivamente, esta Convención hace especial referencia a la recuperación de activos como una forma de prevención, detección y rescate de patrimonio que constituya producto de la actividad delictiva³⁶⁴. Para llevar a cabo este fin se imponen un conjunto de deberes a las instituciones financieras que se centran en la identificación de los clientes y de los beneficiarios de los flujos de capital, principalmente cuando se trate de personas relacionadas con la función pública.

Estas medidas, que se definen como una forma de *escrutinio intensificado*, se deben llevar a cabo con la misión de “descubrir transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes”, pero evitando siempre obstaculizar o desmotivar la actividad inherente a tales instituciones, cuya función esencial se circunscribe al flujo de capitales³⁶⁵.

³⁶² Artículos 54 y 55.

³⁶³ “Capítulo V. Recuperación de activos. Artículo 51. Disposición general. La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí al respecto.”.

³⁶⁴ Vid. BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, págs. 145 y ss.

³⁶⁵ Artículo 52. Entre las actividades que se sugiere desarrollar para verificar el desarrollo de los intercambios y flujos de capitales, se encuentra el establecimiento de directrices para alertar a las instituciones financieras sobre aquellas cuentas y transacciones que puedan requerir mayor supervisión. Así mismo, se requiere que tales instituciones conserven registros de las cuentas y transacciones de referencia. Por su parte, los Estados deberán establecer sistemas “eficaces de divulgación de información financiera” a fin de transparentar, en la medida de lo posible, las actividades de flujos de capitales, con posibilidad de compartirla para fines de investigación o recuperación de activos.

En suma, los instrumentos de las Naciones Unidas a los que nos hemos referido reflejan una preocupación constante por la delincuencia, primero en la modalidad de tráfico de estupefacientes y posteriormente respecto a la criminalidad organizada, como fenómenos cuyas dimensiones además de afectar la esfera individual, la trascienden llegando al plano colectivo. Los alcances de este tipo de delincuencia incluso minan las instituciones del Estado y desestabilizan la convivencia adecuada, de ahí la relevancia de iniciativas de la comunidad internacional en torno a su abordaje y combate.

Este tipo de esfuerzos de colaboración, no sólo se observa en organismos como las Naciones Unidas. En este sentido, en Europa también se ha abordado el tema de la delincuencia organizada y por ello, pasamos a continuación a analizar los instrumentos y decisiones marco, fruto de este interés creciente.

II.3 Consejo de Europa

Como ya hemos dicho, la Europa no podía permanecer ajena a este fervor legislativo dirigido a prevenir y reprimir la delincuencia compleja. De modo que fraguó, a lo largo de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial y hasta nuestros días, múltiples proyectos de armonización y colaboración en sentido similar a los que se estaban ensayando fuera del viejo continente.

Tal como nos recuerda PALOMO DEL ARCO, “la cooperación judicial penal europea, tal como hoy la concebimos, tiene su origen en la segunda mitad del siglo XX, con el nacimiento del Consejo de Europa, a través del Estatuto de Londres de 5 de mayo de

1949”³⁶⁶. Europa precisaba moverse, precisaba modernizarse y adaptarse a las nuevas necesidades. De modo que, fruto de una experiencia histórica y de la voluntad por edificar un continente más homogéneo, dentro de su gran diversidad, comenzaron a surgir ámbitos de colaboración y apoyo entre los países situados en el Viejo Continente³⁶⁷. Con el paso de los años esta colaboración ha tendido progresivamente a ampliarse, pero está especialmente presente en algunos ámbitos de actuación entre los cuales destaca el ámbito penal.

Los esfuerzos realizados en Europa dieron sus frutos con la aparición del Consejo de Europa y con el surgimiento de la Unión Europea con la construcción de un “espacio de libertad, seguridad y justicia”³⁶⁸, que establece los cimientos del proyecto comunitario y entre los cuales se observa “la idea de incrementar y mejorar la cooperación judicial penal entre los Estados miembros”³⁶⁹.

Este espacio es el fruto maduro de la colaboración internacional elevada hasta la más amplia cooperación³⁷⁰, que se extiende al reconocimiento y libre circulación de decisiones judiciales en la Unión Europea.

En este ambiente de colaboración y participación europea, y a modo de ejemplo,

³⁶⁶ PALOMO DEL ARCO, A., «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo», *op. cit.*, pág. 119.

³⁶⁷ Por eso “en los últimos años se han llevado a cabo iniciativas para lograr el marco adecuado en el cual desarrollar la cooperación judicial tanto en la Unión Europea, como en el Consejo de Europa. Ello no obsta para que los Estados tengan que seguir ejerciendo las responsabilidades que les competen en relación con el mantenimiento del orden público y la salvaguardia del interior”. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Asistencia judicial penal para luchar contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada. Algunos apuntes sobre el convenio de la Unión Europea de 2000», VV.AA., *Corrupción y delincuencia económica*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2008, pág. 324.

³⁶⁸ *Vid.* MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», VV.AA., *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 382 y ss.

³⁶⁹ DURBÁN SICILIA, L., «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (Comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)», *op. cit.*, pág. 31.

³⁷⁰ *Vid.* DELGADO LÓPEZ, L. M., «El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas», *op. cit.*, págs. 342 y ss.

comienzan a surgir acuerdos entre los países que se plasman en Decisiones Marco. Estas decisiones constituyen instrumentos que contienen los principios básicos en materia penal y que los Estados miembros de la Unión adoptarán con la finalidad de ir integrándolas a sus respectivos ordenamientos internos.

Por ello, coincidimos con GALLEGO-CASILDA GRAU cuando afirma que “establecer normas mínimas comunes en cuanto a las garantías procesales en la UE es la mejor manera de asegurar una protección homogénea de los derechos individuales”³⁷¹. Todo espacio de participación y colaboración que se pretenda en Europa, debe comprenderse en un marco de legalidad y de reconocimiento y respeto a la dignidad del ser humano.

Entre estas normas mínimas se encuentran sin duda todas las que se refieren al objeto de estudio de este trabajo. Pero antes de realizar un repaso de algunos de los instrumentos que se refieren al comiso y al reconocimiento de su imposición entre los países que integran la Unión Europea, debemos recordar, conviene resaltarlo de nuevo, que la base en la que reposan las ideas en torno a la lucha contra la delincuencia organizada consisten en retirar las ganancias que produzca el delito.

Decimos que conviene significarlo nuevamente a fin de poder contrarrestar el principal objetivo que persiguen las organizaciones criminales y que es, precisamente, la obtención de beneficios traducibles en dinero. Y por otro lado, evitar que el delito implique beneficios económicos y se dé lugar a situaciones patrimoniales ilícitas. No podemos por menos que repetir esta idea pues es la base sobre la que gira el hilo expositivo que sirve de base para este trabajo. No entenderlo así priva de sentido a toda la argumentación que estamos esgrimiendo arriesgándonos con ello a restar eficacia a este estudio.

³⁷¹ GALLEGO-CASILDA GRAU, Y., «El libro verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea», VV.AA., *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pág. 240.

Pero al mismo tiempo es preciso recalcar que el combate contra el delito, como muestra del poder punitivo, requiere el respeto a un conjunto de garantías y principios que equilibran y limitan la fuerza del Estado. La Constitución, como ley suprema precisa y define todos aquellos preceptos que constituyen los presupuestos y condiciones del *ius puniendi* a cargo del Estado, siempre ubicándolo dentro de los confines de los derechos ciudadanos³⁷². Las define porque es muy importante que una sociedad luche contra el delito y contra los delincuentes que lo propician; pero debe hacerlo respetando el Estado de Derecho puesto que de otro modo parte de la sociedad se convertirá en una banda de delincuentes mayores, con más medios y más capacidad de acción.

Para evitar este efecto, es preciso buscar el equilibrio. Y en este equilibrio la detección, investigación y el eventual decomiso de las ganancias provenientes del delito resultan ser el punto medular de la lucha frente al fenómeno de la criminalidad organizada³⁷³.

Es así porque si se evita que la organización criminal cuente con recursos para operar o para filtrar a la economía lícita, se evitará también que continúe delinquiendo, puesto que su objetivo, que es el de obtener recursos, estará frustrado³⁷⁴. Y no olvidemos que es preciso garantizar los derechos de los individuos, pero de todos los individuos y el Estado con su amplia máquina de poder está para proteger a los individuos de los delincuentes que amenazan su convivencia pacífica.

³⁷² Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., «Consideraciones críticas sobre la reforma procesal penal de 2002», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, núm. 7, 2003, pág. 622.

³⁷³ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, págs. 109-156.

³⁷⁴ Vid. BLANCO CORDERO, I., «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVII, 2007, págs. 39-75.

En la historia reciente muchos cambios ocurren en todos los aspectos de la vida del ser humano. Hemos referido, por ejemplo, la modificación social, política y económica que ha operado en virtud del proceso globalizador.

El Derecho Penal es especialmente sensible a estos cambios, y “junto al legislador nacional nos encontramos con una pluralidad de fuentes legislativas penales de orden internacional, un fenómeno que se ha explicado como la internacionalización del derecho penal o, incluso, la globalización del derecho penal”³⁷⁵.

Resulta así preciso adaptar las normas a esta situación, pues sería imposible y además poco deseable escapar de este proceso de mutación. El Derecho no puede mantenerse al margen de un fenómeno que incluso ha *potenciado* la delincuencia³⁷⁶. Si los criminales han franqueado las fronteras, el marco jurídico debe construirse más allá de éstas.

De ahí la importancia de la responsabilidad colectiva entre los Estados. Se deben promover y construir espacios de participación y armonización para unificar —en la mejor medida posible—, las estrategias para enfrentar este proceso y *no morir en el intento*³⁷⁷.

Una de las mejores —si no es que la mejor—, muestra de este tipo de plataforma de convergencia y homogeneización, resulta ser Europa. Un conjunto de países de distinta tradición, idioma, cultura e incluso moneda, que han confluído en un esfuerzo mutuo por

³⁷⁵ VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho Penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *op. cit.*, pág. 2.

³⁷⁶ *Vid.* MONTEIRO GUEDES VALENTE, M., «La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales», *op. cit.*, págs. 1-12.

³⁷⁷ *Vid.* JARILLO ALDEANUEVA, A., «Globalización: concepto y papel del Estado», *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 18, 2001, págs. 215-234. Esta estrategia no puede entenderse si no es a la luz de la armonización, al respecto se puede consultar ROPERO CARRASCO, J., «La necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada», *op. cit.*, págs. 65-123.

crear plataformas estandarizadas a nivel económico, político y jurídico.

Compartimos la opinión de que Europa a través de su estructura y sus bases fundamentales, representa, en nuestros días, el modelo más avanzado de armonización y cooperación. No es casual que se le considere como “la más prolífica de todas las instituciones internacionales en el diseño de políticas de prevención y lucha contra las formas graves de la delincuencia”³⁷⁸.

Sin embargo, esta convergencia también genera complicaciones y por ello, respecto a la dinámica de cambio de ordenamientos y disposiciones, en la Unión Europea, se afirma que “la falta de previsión y de visión global de las autoridades comunitarias y acumulación de instrumentos normativos aplicables surgidos de sistemas que debieran ser incompatibles en esta efervescente construcción del espacio de justicia europeo, está dando lugar al desuso de normas recién transpuestas”³⁷⁹.

Las dificultades son ciertas, pero a pesar de ellas creemos que esta dinámica obedece más a las mutaciones constantes que experimenta la delincuencia y que obligan a actuar en consecuencia que a una falta de previsión de las autoridades. Además, a este compás de múltiples cambios se une la convergencia de diversos sistemas jurídicos con tradiciones diversas y estructuras propias, que deben armonizarse en la medida de lo posible, sin menoscabar el sistema de principios y garantías al interior de cada Estado. El resultado es una armonización difícil que se va consiguiendo aunque justo es decir que tiene planteados a día de hoy múltiples conflictos de difícil solución que serían en realidad de imposible

³⁷⁸ Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Presente y futuro de la cooperación judicial penal en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 909, quien afirma además que el modelo de la Unión Europea es único en el mundo, y constituye un *laboratorio* en el que se realizan proyectos para consolidar un derecho *común pluralista*.

³⁷⁹ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 104.

subsanción si no fuera por el interés superior que debe ser mantenido³⁸⁰.

Así las cosas, y aunque en ocasiones puede ser que el aglutinamiento de leyes parezca conducirnos hacia un despropósito³⁸¹, lo cierto es que la forma de organización y de colaboración propuesta tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea resulta un modelo deseable que debería aplicarse en otras latitudes planetarias, siguiendo la experiencia europea acuñada con los años.

Hoy en día, no se puede entender el mundo sin la existencia de políticas de cooperación internacional que permitan la construcción de espacios homogéneos de lucha contra la delincuencia grave que arrasa incluso a las instituciones más sólidas de cualquier país. Por eso deben ser *copiados* y mejorados.

Sin embargo y a pesar de los grandes esfuerzos que realizan los Estados miembros de la Unión Europea³⁸², aún parecen existir obstáculos difíciles de superar, debido a la diversidad de sistemas jurídicos que representan.

Y es que, a pesar de existir puntos de acuerdo e intereses comunes, aún no podemos hablar de un *Derecho Penal y Procesal penal comunitario*, en toda la extensión de la expresión, puesto que la Unión Europea no cuenta, hasta este momento, con una competencia penal y no existen las condiciones de consenso necesarias para ello. Es difícil

³⁸⁰ Sobre la complejidad de la armonización, principalmente en el derecho penal, como expresión de soberanía nacional, se puede consultar TIEDEMANN, K., «La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, fasc. 2, 1996, págs. 385-405.

³⁸¹ La armonización es un proceso deseable y posible entre los diferentes miembros de la Unión Europea, lo cual no implica que puedan coexistir ordenamientos de cuño interno con los internacionales. Al respecto se puede consultar ALONSO PÉREZ, F., «Blanqueo de bienes de origen ilegal: aspectos penales y criminológicos», *Diario La Ley*, núm. 3, 2003, págs. 1644-1649.

³⁸² Vid. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *op. cit.*, págs. 586 y ss.

que se produzcan porque en muchos momentos nos topamos con problemas de soberanía de los Estados, complicados de resolver³⁸³.

Pero más allá de esto, la uniformidad y similitud entre los sistemas penales de los países miembros de la Unión resulta compleja, debido a las múltiples tradiciones jurídicas de las que se derivan³⁸⁴.

Probablemente aún resulte utópico concebir a la Unión Europea configurada a través de un ordenamiento legal unificado y aplicable sin reservas en todo el territorio que abarca los diversos países que la integran. Quizá, eventualmente esto puede ser una realidad, pero mientras eso no suceda, se tiene que seguir en el camino del consenso. Además, dar continuidad y consolidar el proceso de armonización para ir preparando el camino de esa unificación que conduzca hacia un sólo orden jurídico europeo.

Esta es la nota valiosa, pero al mismo tiempo el reto que enfrenta la Unión Europea. Los países que la integran han logrado encontrar puntos de convergencia en un contexto caracterizado por la diversidad, no sólo de ideas sino de tradiciones jurídicas.

Si esto es a nivel comunitario, en el Derecho interno el panorama no resulta menos complicado. Se requieren ordenamientos capaces de prevenir y combatir la delincuencia local o de poca envergadura. Además, se deben abordar las especificidades que requiere cada país, de acuerdo a su idiosincrasia. Por si fuera poco, se deben asumir compromisos externos adquiridos no sólo con la Unión Europea sino con la comunidad internacional.

³⁸³ Cfr. TIEDEMANN, K., «La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 386.

³⁸⁴ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 15, 2001, págs. 40 y ss.

Todo esto, nos sitúa en cuanto a las altas exigencias a las que se somete al orden legal, para poder dar respuesta a este cúmulo de requisitos que debe solventar. Por ello, no resulta extraño, que la legislación se encuentre en constante proceso de mutación.

Estas modificaciones mantienen vigente el orden jurídico y le permiten adaptarse a las necesidades de todas las dimensiones que hemos referido en los párrafos que anteceden. Y que no por resultar complicadas resultan más emocionantes y estimulantes. Nos encontramos ante la certeza de la necesidad de la colaboración unida a la evidencia de las grandes dificultades que ésta genera. ¿Qué hacer entonces? A nuestro juicio es preciso aislar la necesidad mayor y el fin a conseguir y después buscar los medios para lograrlo removiendo obstáculos y apuntalando logros. El camino es difícil pero no imposible y la meta a alcanzar sustancialmente merecedora de tan grande esfuerzo.

Así las cosas, se observa que en comparación con los instrumentos generados por la Organización de las Naciones Unidas, Europa ha resultado un espacio más fructífero, pues en su seno se ha dado vida a Convenios “mucho más concretos, debido al carácter regional de la organización, así como al mayor grado de homogeneidad existente entre los sistemas políticos y jurídicos de los Estados miembros”³⁸⁵.

Sin embargo, debemos puntualizar que justamente por lo prolíficas que han resultado las actividades normativas derivadas tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea, también nos enfrentamos a un complejo sistema jurídico, precisamente fruto de la coexistencia e interrelación de instrumentos legales de carácter internacional, supranacional y nacional³⁸⁶. A continuación nos referiremos a algunos de ellos, que

³⁸⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pág. 38.

³⁸⁶ Vid. TINOCO PASTRANA, Á., «La cooperación y la asistencia judicial penal en la Unión Europea. La orden europea de detención y entrega», *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, vol. 12, núm. 1, 2009, págs. 59-80. El autor se refiere al proceso de armonización de los sistemas de enjuiciamiento europeos como un problema complejo que afecta “una parcela de soberanía muy importante, el ejercicio del *ius puniendi* por

resultan fundamentales para este trabajo.

II.3.1 Convenio de Estrasburgo sobre asistencia judicial de 1959 y sobre blanqueo, seguimiento y decomiso de productos del delito de 1990

Señalada la importancia y versatilidad del sistema jurídico del Consejo de Europa en cuanto a la colaboración de los distintos países, resulta de vital importancia responder a las disposiciones que establece, y sobre todo en el aspecto penal, que es el más desarrollado. Coincidimos con PALOMO DEL ARCO al afirmar que “el Convenio de Asistencia judicial penal de 1959 del Consejo de Europa (STE 030), además de ser el instrumento original en este ámbito, en nuestros días continúa siendo el texto fundamental y primordial en la cooperación penal en Europa”³⁸⁷.

El Convenio³⁸⁸, que pasamos a analizar sucintamente a continuación, fue firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 y ratificado por España en 1982. Su contenido representa la voluntad de generar una relación construida a través de lazos estrechos basados en la colaboración de los países europeos.

Su finalidad es alcanzar el objetivo claro de generar “asistencia judicial más amplia posible”³⁸⁹ entre los países integrantes, misma asistencia que hoy ha evolucionado y se ha consolidado sólidamente. Y es que no puede concebirse una organización como el Consejo

un Estado”.

³⁸⁷ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 127.

³⁸⁸ Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 223, 17 de septiembre de 1982, págs. 25166-25174.

³⁸⁹ Preámbulo del Convenio.

de Europa si no se ubica sobre una base caracterizada por la armonización y la colaboración³⁹⁰.

Este es el punto de partida de todos aquellos avances que a día de hoy observamos en el campo de la asistencia y cooperación judicial. El común denominador de todos ellos se cimienta sobre la cooperación y colaboración como piedra angular de todo el proceso. Bajo estas bases de actuación se establecen las obligaciones para los Estados europeos de prestarse asistencia judicial mutua, en procedimientos del orden penal.

Merece la pena resaltar la excepción a la asistencia que se establece en el texto de la Convención para todas aquellas infracciones del orden militar, político o fiscales y que se ubiquen fuera de la esfera del Derecho Penal o que vulneren la soberanía, la seguridad o el orden público del país en el que pretenden llevarse a cabo³⁹¹. Éstas quedan fuera por expreso deseo de los Estados parte, que consideran que no es precisa la injerencia en estos aspectos concretos, situación ésta que tampoco debe interpretarse como una falta de colaboración en los mismos sino que constituye una muestra de respeto a los principios de derecho interno de cada Estado europeo.

³⁹⁰ Convendría puntualizar el papel fundamental de la cooperación entre los Estados y el control del patrimonio ilícitamente obtenido. Esta cooperación puede revestir diversas modalidades: “reconocimiento de sentencias extranjeras, extradición, asistencia judicial recíproca en materia penal, transferencia de procedimientos penales, transferencia de prisioneros y, más recientemente, la incautación y comiso de los productos ilícitos del crimen”. BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *op. cit.*, pág. 66. Concretamente en Europa, tanto en el marco del Consejo de Europa, como en el de la Unión Europea, observaremos la evolución que a lo largo de los años ha tenido la figura de la cooperación hasta llegar a su estatus más alto en virtud de la normalización de las resoluciones de comiso. En los apartados que aparecen a continuación acompañaremos esta evolución hasta llegar a la que se ha considerado como la consolidación de la cooperación que no debe limitarse a la simple declaración del reconocimiento por la autoridad competente sino que debe “darle cumplimiento forzoso”. BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *op. cit.*, pág. 10.

³⁹¹ Tales condiciones quedan previstas por el apartado 2. del artículo 1 y el artículo 2 del Convenio en comento.

El mecanismo básico que se utiliza para llevar a cabo esta colaboración opera a través de comisiones rogatorias. No cabe duda de que se trata de un primer paso en la construcción de una plataforma de colaboración en materia penal, que si bien ya está establecida y aceptada como tal, dista aún de estar perfeccionada en cuanto a su realización eficaz.

A partir de 1959 y hasta 1990 transcurrieron muchos años de evolución y desarrollo de estas relaciones y lazos entre los países europeos signatarios de los Convenios de Estrasburgo. Uno de los frutos más relevantes en este sentido, lo constituye precisamente el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de productos del crimen, celebrado en Estrasburgo el 8 de Noviembre de 1990³⁹².

Este Convenio constituye el primer instrumento que específicamente aborda la materia que resulta de nuestro interés en esta investigación³⁹³. A más de treinta años de haber iniciado la creación de un espacio de colaboración en materia penal, al fin encontramos un instrumento que se dirige particularmente al decomiso de los productos del delito³⁹⁴. Bien es cierto que este documento todavía no ofrece una protección total,

³⁹² Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 252, 21 de octubre de 1998, págs. 34713-34726.

³⁹³ Este Convenio ha sido calificado como “la más importante disposición internacional sobre medidas de cooperación procesal internacional en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones de decomiso en el ámbito europeo”. Además de que “regula pormenorizadamente la cooperación internacional dirigida a la confiscación de tales instrumentos (instrumentos y productos del delito o bienes cuyo valor corresponda a esos productos) permitiendo el auxilio en la investigación, la adopción de medidas provisionales, la confiscación a solicitud de otro Estado parte, la posibilidad de denegar o aplazar la cooperación, la protección de derechos de terceros, entre otros aspectos de gran interés”. BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *op. cit.*, pág. 11.

³⁹⁴ Sobre este instrumento, se afirma que es un “convenio de gran trascendencia y que no lleva el apellido «europeo», porque en el comité *ad hoc* encargado de su redacción no sólo participaron representantes del viejo continente”, dato que si bien no es relevante para nuestro estudio, conviene saber por cuestiones de cultura general. Sin embargo, para efectos de este trabajo, este Convenio reviste de gran trascendencia puesto que se encamina a la “privación patrimonial ilícita, con diferentes momentos procesales: el seguimiento y embargo como medidas tendentes bien a la incautación de pruebas o bien al aseguramiento cautelar de bienes susceptibles de ulterior decomiso o confiscación; el comiso mismo en el momento de la sentencia; y en su

eficaz y debidamente terminada, pero resulta de innegable interés para combatir el crimen organizado. Procederemos a explicar su contenido de forma sintética.

El texto de este Convenio nos proporciona la definición de diversos conceptos relativos al comiso y que revisten importancia para el presente estudio. Concretamente, en el artículo 1 se definen algunos términos utilizados en el texto del instrumento, tales como “producto”, “bienes”, “instrumentos”, “confiscación” y “delito principal”, todos los cuales resultan interesantes y de uso recurrente en este trabajo de investigación³⁹⁵.

Dentro de su Preámbulo, se resalta que uno de los objetivos del Consejo de Europa es precisamente fomentar la estrecha unión que debe existir entre los Estados parte para poder contribuir a la protección de la sociedad a través de la lucha contra los delitos graves de tinte internacional.

Establecidas las bases anteriores que funcionan como premisas guía del contenido del Convenio, éste puntualiza que uno de los mecanismos de lucha contra este tipo de

defecto, un segundo escalón como criminalización secundaria, la privación patrimonial de las ganancias provenientes del delito a través de la tipificación del blanqueo de capitales”. PALOMO DEL ARCO, A., «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo», *op. cit.*, pág. 137.

³⁹⁵ “CAPÍTULO I. Términos utilizados. Artículo 1. Términos utilizados. 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;
- e) por «delito principal» se entenderá todo delito penal que genere un producto que, a su vez, pueda ser el objeto de un delito en la forma establecida en el artículo 6 del presente Convenio.”. Estas definiciones, también nos sitúan en cuanto a la concepción que se pretende en la Unión Europea sobre determinados conceptos, así se muestra la omnicompreensión de la palabra “bien” sin tener en cuenta su corporeidad, naturaleza o incluso presencia, pues se toma en consideración también el título de propiedad del cual deriva.”.

delincuencia lo constituye precisamente la privación del producto del delito, objetivo que sólo podrá alcanzarse a través de la eficacia de la cooperación a nivel internacional³⁹⁶.

Históricamente este texto legal encuentra sus antecedentes en la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1988³⁹⁷, aunque va más allá, pues no sólo se limita al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas como sucedía con su referente global. Por el contrario, el nuevo texto se extiende a todas aquellas que se consideren como delitos graves transnacionales, que atenten contra la sociedad y cuya comisión tenga como objetivo la generación de ganancias económicas³⁹⁸.

Conviene destacar que estas ganancias, a las que se refiere el instrumento, se conocen como productos y se definen como “todo provecho económico derivado de un delito”³⁹⁹. En el artículo 2 se establece la obligación de imponer el comiso sobre los instrumentos y productos del delito, incluso prevé la posibilidad de imponer la medida de decomiso por valor equivalente.

Claramente observamos que uno de los principales motores de este Convenio consiste en evitar que el delincuente obtenga un beneficio económico ilícito, circunstancia ésta que como ya hemos explicado no se refiere tanto a la obtención de la ganancia en sí sino más bien a tratar de restar alicientes al propio delincuente.

En el texto de este instrumento podemos observar varios criterios que se deberán tomar en consideración para su aplicación. En primer término, es necesario destacar que el

³⁹⁶ Preámbulo del Convenio.

³⁹⁷ Vid. ALBRECHT, H. J., «La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control», *op. cit.*, págs. 87-105.

³⁹⁸ Vid. BLANCO CORDERO, I., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *op. cit.*, págs. 3-14.

³⁹⁹ Artículo 1 inciso a).

Convenio centra su objetivo en promover y reforzar la colaboración entre Estados. Ya hemos insistido en que la colaboración es una pieza fundamental en la respuesta institucional frente al crimen organizado internacional. Lo hemos dicho, pero conviene insistir en ello y sobre todo que lo haga el propio texto legal, pues la colaboración se convierte sin duda en la base sobre la que bascula no sólo el contenido íntegro del Convenio sino también y quizá especialmente la eficacia de su aplicación.

Todo lo anterior se refleja en el compromiso por parte de los Estados europeos, quienes “cooperarán entre sí todo lo posible en lo relativo a las indagaciones y procedimientos cuyo objeto sea la confiscación de instrumentos y productos”⁴⁰⁰.

Los objetivos parecen estar claros pero es preciso establecer los medios necesarios para alcanzarlos. En relación con este extremo, y según la doctrina existen en la actualidad, múltiples opciones para reaccionar frente a las ganancias obtenidas por la comisión de algún ilícito. PALOMO DEL ARCO, propone una perspectiva de los mecanismos para privar al delincuente del patrimonio ilícito y los clasifica en tres grupos, que atribuye a diferentes momentos procesales. Comienza por el seguimiento y embargo para preservar pruebas, como una medida preventiva. Continúa con el comiso, que relaciona con el procedimiento y, ante la imposibilidad de imponer el comiso o como complemento del mismo, finaliza con la creación de tipos penales específicos contra la obtención de ganancias que provengan de la conducta delictiva, por ejemplo, el blanqueo de capitales⁴⁰¹.

El establecimiento de los fines del Convenio parece que va aclarándose por

⁴⁰⁰ Capítulo III, Cooperación Internacional, Sección 1. Principios de cooperación internacional, artículo 7, apartado 1.

⁴⁰¹ Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 129. De este modo y a través de los instrumentos propuestos por la Convención, el autor califica como mecanismos eficaces para la cooperación entre Estados. Además, nos recuerda que esta Convención no sólo se circunscribe al ámbito del narcotráfico sino que se extiende a todo tipo de delitos. Tales delitos, deben reunir todos los requisitos que resalta el texto del propio Convenio y que ya hemos referido en el texto de esta tesis.

momentos, del mismo modo que se delimitan las formas concretas para hacerlos posibles. Resta todavía incidir nuevamente en la forma de conseguir su eficacia. Por eso el Convenio recuerda una vez más que la colaboración entre los Estados es la única vía, reconociendo que su mejor elemento potenciador es precisamente la armonización⁴⁰². Para hacer posible la colaboración entre los Estados “las partes cooperarán entre sí todo lo posible en lo relativo a las indagaciones y procedimientos cuyo objeto sea la confiscación de instrumentos y productos”⁴⁰³.

En torno a tal colaboración, se deberán potenciar acciones como prestar auxilio o ejecutar solicitudes de auxilio y suministrar información. Se contempla la obligación de establecer medidas adecuadas para ubicar los bienes que puedan resultar decomisados, para lo que se proponen las órdenes de seguimiento, vigilancia, intervención de las telecomunicaciones, acceso a sistemas informáticos y ordenes de presentación de documentos⁴⁰⁴.

Como podemos observar entre las dos Convenciones, de 1959 y 1990, ambas celebradas en Estrasburgo existe mucha diferencia. El lapso de tiempo transcurrido entre la elaboración de ambas, permitió madurez y lazos más estrechos para poder implementar medidas y acuerdos de comiso ágiles.

Hemos pasado de un convenio básico de auxilio en materia penal, a un acuerdo específico sobre combate de la delincuencia considerada grave, de dimensión transnacional y con objetivos primordialmente económicos. Además también encontramos un avance en cuanto al desarrollo de disposiciones en materia procesal, relativas a las condiciones en torno a las cuales se debe desarrollar la colaboración entre Estados para fines de

⁴⁰² Vid. BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *op. cit.*, págs. 59 y ss.

⁴⁰³ Artículo 7.1.

⁴⁰⁴ Artículos 8, 9 y 10.

investigación y recuperación de bienes susceptibles de la medida de comiso (art. 7), medidas cautelares de aseguramiento de tales bienes (arts. 3 y 4), la ejecución del mismo (arts. 11 y 12) e incluso el destino de los bienes sometidos a la medida (arts. 13 y 14).

II.3.2 Convenio de Varsovia sobre blanqueo, embargo y comiso de productos del delito y financiación del terrorismo de 2005

Este instrumento, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, se firmó en Varsovia el 16 de mayo de 2005⁴⁰⁵. En la actualidad sustituye al Convenio de Estrasburgo de 1990, que se había quedado obsoleto.

Nos encontramos ante un caso de sustitución por efectos del tiempo y no ante una situación de rechazo. Por ello, ambos Convenios comparten las mismas bases y fundamentos. En otras palabras, en el nuevo instrumento se observan ciertas similitudes de las cuales la más importante se refiere sin duda, a la identidad del objetivo primordial que se traduce en evitar la proliferación de la delincuencia internacional dedicada a cometer delitos graves, con el fin de obtener provechos económicos.

En el caso específico de la definición de términos empleados en el texto del Convenio (art. 1), se conservan algunos dispuestos en su antecesor —el de Estrasburgo—, sin embargo y para los efectos de nuestro estudio, conviene resaltar la ampliación del

⁴⁰⁵ Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 155, sec. I, 26 de junio de 2010, págs. 56174-56215.

alcance en cuanto al *producto*⁴⁰⁶ pues se contempla que el provecho económico derive directa o indirectamente del delito. Por otro lado, el vocablo *confiscación* se transforma en *comiso*, que conserva su flexibilidad en cuanto a que no se establece su naturaleza jurídica para dar cabida a los diversos sistemas y concepciones relativas a este fin y que pueden surgir dentro de la rama civil o la rama penal del Derecho⁴⁰⁷.

Se describe un interés primordial en evitar la financiación del terrorismo a través del comiso de los instrumentos, los bienes blanqueados y los productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos (art. 2). También se sugiere imponer esta medida en el caso de delitos como el blanqueo, el tráfico de estupefacientes y la trata de seres humanos, entre otros.

El Convenio dispone la conveniencia de estipular las medidas necesarias para llevar a cabo la congelación, el embargo y el comiso de los siguientes bienes⁴⁰⁸:

- a) Los instrumentos los bienes blanqueados y los productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos.
- b) Aquellos en los que haya sido transformada la ganancia obtenida ilícitamente con la comisión del delito.
- c) Aquellos que se adquirieron legítimamente pero que han sido mezclados con las ganancias ilícitas, hasta el valor estimados de éstas.

⁴⁰⁶ Artículo 1. inciso a) “por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado u obtenido directa o indirectamente de un delito.”.

⁴⁰⁷ Artículo 1. inciso d) “por «comiso» se entenderá una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien.”.

⁴⁰⁸ Capítulo III, artículo 3, apartado 1 y artículo 5.

-
- d) Cualquier beneficio derivado del producto de los bienes en que se haya transformado o convertido el producto del delito, o de los bienes con los que se haya mezclado el producto del delito, hasta el valor estimado del producto mezclado.

Para garantizar el derecho de las personas afectadas por la investigación, congelación, embargo o comiso, se deberán establecer todos los mecanismos necesarios para que puedan ejercer su derecho a la defensa⁴⁰⁹.

Además de lo visto, es apropiado resaltar que este Convenio se completa con una cláusula de salvaguardia para los Estados parte consistente en la posibilidad de aplicar el comiso ampliado solamente en la medida en que dicha figura no contravenga los principios dispuestos por sus ordenamientos internos.

Otra prioridad de este Convenio es la tipificación del delito de blanqueo de capitales, que hace consistir en diversas conductas⁴¹⁰:

- a) Ocultar o disimular la procedencia ilícita de bienes o ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
- b) Ocultar o disimular la verdadera naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento, los derechos relativos a los bienes o la propiedad

⁴⁰⁹ El artículo 8 del Convenio dedicado a los recursos jurídicos dispone textualmente: “cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para garantizar que las partes interesadas que resulten afectadas por las medidas previstas en los artículos 3, 4 y 5 y cualesquiera otras disposiciones contenidas en la presente Sección dispongan de recursos jurídicos eficaces para defender sus derechos”.

⁴¹⁰ Artículo 9.

de los mismos, a sabiendas de que dichos bienes son ganancias ilícitamente obtenidas.

- c) Adquirir, poseer o usar bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos del delito.
- d) Participar, asociarse o conspirar para cometer un delito de blanqueo, aun tratándose de tentativa, auxilio, complicidad, ayuda o asesoramiento para su comisión.

En relación con el blanqueo, también se conmina a las partes a establecer la responsabilidad de las personas jurídicas que lleven a cabo actividades alusivas a esta clase de delito.

Además, el artículo 12 de este Convenio prevé la creación de las “Unidades de Inteligencia Financiera” (UIF) que se constituirán como centros de investigación con atribuciones para tener acceso a información financiera y administrativa, y aquella que provenga de autoridades policiales o judiciales, necesaria para llevar a cabo su función. Estas Unidades deberán colaborar entre sí intercambiando información, ya sea de forma espontánea o mediante solicitud.

Igualmente resulta interesante constatar que esta Convención establece como base para prevenir el blanqueo las recomendaciones adoptadas por el “Grupo de Acción Financiera Internacional sobre Blanqueo de Capitales” (GAFI)⁴¹¹.

⁴¹¹ Vid. CANCIO MELIÁ, M., «La normativa española sobre el blanqueo de capitales. EL GAFI y las Directivas europeas», VV.AA., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, vol. III, Coimbra, 2009, págs. 253-288.

Finalmente, la presunción en cuanto al origen ilícito de los bienes, contemplada anteriormente por la Convención de Viena de 1988 de las Naciones Unidas, hace su incursión en un instrumento de manufactura europea. En efecto, dentro del artículo 3, en el apartado 4, la Convención dispone “cada parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para exigir, en el caso de uno o varios delitos graves definidos por su derecho interno, que el autor demuestre el origen de sus bienes sospechosos de ser producto o de otros bienes que puedan ser objeto de comiso, en la medida en que tal exigencia sea compatible con los principios de su derecho interno”.

Se trata en su conjunto, de una Convención cuyo aspecto medular se resume en el objetivo de evitar que los delincuentes obtengan ganancias por la comisión de ilícitos, o en todo caso, si ya las ostentan en su poder, proceder a retirárselas.

La aportación e importancia de este instrumento radica en el perfeccionamiento de los medios de investigación en cuanto al origen de los bienes, la ampliación del terreno y posibilidades de cooperación entre los países europeos y la creación de las Unidades de Inteligencia Financiera, además de dar continuidad a los esfuerzos de prevención del delito, siempre en torno al objetivo de evitar que el delito implique aun el mínimo beneficio económico para el delincuente.

Ya habíamos referido anteriormente que al comparar la acción normativa de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea, la emitida por ésta última resulta ser, en opinión de GASCÓN INCHAUSTI la *más intensa*⁴¹². Por esto, y debido a que dentro de esta fructífera producción existen instrumentos trascendentes relativos tanto al comiso como a la cooperación, a continuación analizaremos aquellos que consideramos fundamentales para la realización de este trabajo.

⁴¹² GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pág. 39.

II.4 Unión Europea

Una vez estudiados los principales Convenios surgidos en el seno de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, ha llegado ahora el turno de exponer las Decisiones Marco surgidas en el ámbito de la Unión Europea, tratamiento que haremos por orden cronológico de aparición.

Sin embargo, antes de referirnos a ellas individualmente, podemos adelantar que una de las notas características de las mismas resulta ser el fomento de la cooperación entre los Estados miembros de la Unión, misma que no puede entenderse separada del proceso de armonización⁴¹³, que se traduce en la imposición a los países que la constituyen de “la obligación de que protejan de manera homogénea, y en su caso con sanciones penales, determinados intereses”⁴¹⁴. Una vez resaltada la trascendencia e importancia que tiene la cooperación⁴¹⁵ como uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea para construir un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, también el ámbito penal⁴¹⁶, pasamos a referir los instrumentos que, bajo nuestro punto de vista merecen especial atención, principalmente en materia de decomiso y de cooperación para su implementación

⁴¹³ Se afirma que “la cooperación y la asistencia judicial en la U.E. implica por una parte el reconocimiento mutuo de resoluciones jurisdiccionales emanadas de órganos judiciales penales de otros Estados de la Unión Europea, y por otra la aproximación entre sus sistemas procesal penales y el Derecho sustantivo”. TINOCO PASTRANA, Á., «La cooperación y la asistencia judicial penal en la Unión Europea. La orden europea de detención y entrega», *op. cit.*, págs. 59 y ss.

⁴¹⁴ DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual», *op. cit.*, pág. 45.

⁴¹⁵ Sobre la cooperación judicial y los instrumentos orgánicos que la posibilitan, *vid.* ESCALADA LÓPEZ, M. L., «La cooperación judicial en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos que la posibilitan», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 45, 2007, págs. 101 y ss.

⁴¹⁶ El sistema basado en tres pilares fundamentales data del Tratado de Maastricht, la aparición del espacio de libertad, seguridad y justicia, nace formalmente con el Tratado de Ámsterdam y ambos mecanismos son transformados por el Tratado de Lisboa. http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/eu_pillars_es.htm consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013. Ante la desaparición de los pilares, con el Tratado de Lisboa, “la cooperación judicial penal pasa a ser una política común más”. PALOMO DEL ARCO, A., «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo», *op. cit.*, pág. 115.

transfronteriza⁴¹⁷.

II.4.1 DM 2001/500/ JAI sobre blanqueo, embargo y decomiso de los instrumentos y productos del delito

Esta Decisión Marco de fecha 26 de junio de 2001 se refiere al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito⁴¹⁸. El antecedente inmediato de esta Decisión lo podemos encontrar en la Acción Común 98/699/JAI, de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito⁴¹⁹, instrumento que encuentra dedicado a “institucionalizar y agilizar

⁴¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI resalta la importancia del Acuerdo Schengen, que a pesar de no contener disposiciones específicas sobre la figura del decomiso, resulta de aplicación supletoria y además nos proporciona “el marco genérico en que se desenvuelve la cooperación judicial penal entre Estados miembros de la Unión: y lo hace partiendo de la base del CCE/1959 (Convenio de Estrasburgo de 1959), introduciendo mejoras y refuerzos en su régimen jurídico”. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes, op. cit.*, págs. 39 y ss.

⁴¹⁸ DM 2001/500/JAI 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. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 182, 5 de julio de 2001, págs. 1-2.

⁴¹⁹ Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 333, 9 de diciembre de 1998, págs. 1-3. Esta Acción Común zanjó las reservas establecidas en cuanto a la determinación de los delitos respecto de los cuales procedería la medida de comiso, tal como lo dispone en su artículo 1. Además encontramos que el calado más importante y punto de influjo de este instrumento, es precisamente la cooperación al disponer en su artículo 3 que “los Estados miembros darán la misma prioridad a todas las peticiones de otros Estados miembros que se refieran a la identificación, el seguimiento, el embargo, la incautación y el decomiso de ingresos, que reciban estas medidas en los procedimientos nacionales”. Y es que nos parece que no hay mejor manera de plantear la cooperación, que asimilándola a procedimientos de carácter interno y propio. Asemejar los procedimientos nacionales de identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de bienes con las solicitudes de cualquier Estado miembro, es la muestra más clara de agilización y consolidación de colaboración. Adicionalmente a este avance de carácter adjetivo, también en materia procesal se dispuso en el artículo 4 la conveniencia de promover el contacto directo entre “investigadores, magistrados encargados de las investigaciones y fiscales de los Estados miembros” para agilizar la comunicación y asegurar la fluidez del trabajo colaborativo reservando de esta forma las peticiones de asistencia oficiales cuando el caso lo amerite, mismas que deberán apegarse a todos los requisitos establecidos por el Estado al que se le

la cooperación entre los Estados miembros”⁴²⁰.

La Decisión Marco a la que nos referimos se considera como una “estrategia penal contra el blanqueo de la Unión Europea”⁴²¹. Surge ante la deficiencia de la cooperación internacional y en atención a que la respuesta a la delincuencia económica requiere de la colaboración, pues implica numerosas cuestiones aduaneras y fiscales.

En ella se aconseja una reforma en materia penal, tanto a nivel sustantivo como procesal, para uniformar las disposiciones relativas al delito del blanqueo de capitales y las conductas que lo integran.

Conviene hacer hincapié que a lo largo de sus páginas se resalta la importancia del decomiso como instrumento indispensable para lograr la aprehensión de los beneficios ilícitamente obtenidos por la comisión de delitos graves, especialmente el blanqueo. En efecto, este delito queda ubicado en el centro mismo de la criminalidad organizada, que tiende a generar altos rendimientos de los que deben ser privados los delincuentes.

Así las cosas, de muy poco —o de nada— le serviría a los criminales obtener beneficios a través de su actividad criminal si no pudiera utilizarlos posteriormente. Para evitar esta situación, el delincuente debe primero borrar la sombra del origen delictivo de tales recursos; en otras palabras, “de lo que se trata es de ‘maquillar’ los beneficios de origen delictivo para que parezca que tienen un origen lícito”⁴²².

requiere apoyo y colaboración.

⁴²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pág. 41. Además, el autor resalta que esta efectividad se hace posible, al prohibir a los Estados mantener las reservas configuradas en torno al Convenio de Estrasburgo de 1990.

⁴²¹ BLANCO CORDERO, I., DEL CERRO ESTEBAN, J. A., «Blanqueo de capitales», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2015, 2006, pág. 77. Los autores afirman que esta estrategia, propiamente comenzó con la Acción común de 3 de diciembre de 1998, que posteriormente cristalizó a través de la DM/2001/500/JAI.

⁴²² BLANCO CORDERO, I., «La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en

De este modo se hace evidente, por un lado, la necesidad, y por el otro lado, la utilidad de propiciar la persecución del delito de blanqueo de capitales, a pesar de que exista controversia en torno al bien jurídico protegido por esta clase de delito que deriva de otros⁴²³. Se trata, en todo caso, de dificultades técnicas que nada tienen que ver con la firme voluntad de erradicar la figura. Son más bien, una muestra del fracaso de la tipificación de los delitos principales, de los que derivan los beneficios ilícitos.

Para tratar de aliviar este fracaso perfeccionando la figura se solicita que, para el caso en que las ganancias ilícitas provenientes del delito no puedan ser aprehendidas, se pueda contemplar dentro de la legislación referente al decomiso del producto del delito, la figura del decomiso del valor⁴²⁴. Ésta medida será obligatoria, excepto en los casos en que ese valor del producto del delito no exceda los 4000 (cuatro mil) euros, en los que el Juez tendrá la facultad de decidir sobre su imposición⁴²⁵.

Esta Decisión Marco surge para reforzar y hacer posible el efectivo cumplimiento del Convenio de Estrasburgo de 1990, poniendo énfasis en la asistencia y cooperación entre los Estados para lograr el decomiso de las ganancias obtenidas por la comisión de delitos⁴²⁶.

el marco de la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 9.

⁴²³ Vid. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998. Además FARALDO CABANA, P., «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 21, 1998, págs. 117-166. Al respecto, la autora nos explica las dos teorías en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido por este delito. Por un lado la *teoría del mantenimiento* y por el otro la *teoría del aprovechamiento*.

⁴²⁴ La figura del decomiso de valor, permite alcanzar bienes que no se encuentren directamente relacionados con la infracción penal, aquellos que hayan sufrido alguna transformación o mezcla e inclusive aquellos que pertenezcan aparentemente a terceros y así asegurar que el comiso cumpla efectivamente “con los objetivos político-criminales que está llamado a desempeñar”. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 65 y ss.

⁴²⁵ Artículo 3.

⁴²⁶ Podemos observar una relación de supletoriedad y de remisión a las definiciones y conceptos entre esta Decisión Marco y el Convenio de Estrasburgo de 1990, razón por la cual, al hablar de ganancias nos volvemos a constreñir al sentido restringido del término, al limitarlo solamente a aquellas derivadas directamente del delito y no al sentido amplio que se adoptó en la Convención de Varsovia de 2005. En este sentido podemos

Dos años después en 2003 se aprobó una nueva Decisión relativa a esta cuestión, que pasamos a exponer de inmediato.

II.4.2 DM 2003/577/JAI sobre ejecución de resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas

La Decisión Marco 2003/577/JAI, de fecha 22 de julio de 2003 se refiere a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas⁴²⁷.

Este instrumento marca un hito⁴²⁸ en cuanto a la cooperación, pues su eje fundamental de aplicación es el principio de reconocimiento mutuo⁴²⁹, “llamado a ser piedra angular de la cooperación judicial tanto en materia civil como penal en el seno de la Unión Europea”⁴³⁰ y que deberá ser aplicado en los procedimientos, aún antes de que se haya dictado sentencia, para facilitar el aseguramiento de pruebas y el embargo de bienes

hablar de un retroceso en los alcances del concepto de ganancia o provecho obtenido del delito, reducido a su mínima expresión.

⁴²⁷ DM 2003/577/JAI DEL Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 196, 2 de agosto de 2003, págs. 45-55. Este instrumento se incorporó al ordenamiento español a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 134, 6 de junio de 2006, págs. 21218-21229. Y además de su ley complementaria LO 5/2006, de 5 de junio.

⁴²⁸ *Vid.* MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «La decisión marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas», *op. cit.*, págs. 61-73.

⁴²⁹ Este principio supone “la superación de (estos) los instrumentos clásicos de cooperación”. PALOMO DEL ARCO, A., «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo», *op. cit.*, pág. 145.

⁴³⁰ Preámbulo de la Decisión.

como medidas precautorias⁴³¹.

Esta Decisión Marco tiende a extender el alcance de la colaboración en cuanto a la ubicación y recuperación de bienes que eventualmente puedan ser susceptibles de medidas de embargo y aseguramiento.

Las disposiciones que se estipulan en la Decisión Marco posibilitan a las autoridades judiciales a llevar a cabo actuaciones de forma ágil, generando así un espacio para la impartición de justicia eficiente en un ambiente de confianza y de respeto a los principios de legalidad, proporcionalidad y subsidiariedad⁴³². No podría ser de otra forma, puesto que a estas alturas queda rebasada la concepción original de la cooperación “—que aún mantiene ciertos resquicios gubernamentales— para convertir los procedimientos en estrictamente judiciales”⁴³³, arribando a un sentido más amplio y mejor estructurado que tiene su máxima expresión en el reconocimiento mutuo⁴³⁴.

El marco a que da lugar este acuerdo, cimentado en la confianza, también se afirma como garante de los derechos fundamentales, evitando respaldar medidas que se hubieran tomado en contra de una persona por razones de género, etnia, raza, nacionalidad, credo, inclinación política o cualquier otra circunstancia que evidencie objetivamente motivos suficientes para considerar que la medida o resolución ha sido tomada sin fundamentos

⁴³¹ Esta Decisión Marco responde “al principio de reconocimiento mutuo consagrado en la Cumbre de Tampere” TINOCO PASTRANA, Á., «La cooperación y la asistencia judicial penal en la Unión Europea. La orden europea de detención y entrega», *op. cit.*, pág. 62.

⁴³² *Vid. ibidem.*, págs. 59-80. Además tales principios se declaran y reconocen dentro del preámbulo de la Decisión Marco.

⁴³³ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «La decisión marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas», *op. cit.*, págs. 61-73.

⁴³⁴ *Ibidem.*, pág. 63. Esta simplificación en materia de cooperación, también reditúa en menor cantidad de trámites *burocráticos* que resultan engorrosos y que aportan presteza y agilidad en las solicitudes correspondientes.

⁴³⁴ *Vid.* GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., «El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros», *op. cit.*, págs. 155-178.

legítimos⁴³⁵.

Esta confianza sólo podría desarrollarse en un ambiente de fomento a valores comunes y trascendentes para todos los participantes. En el caso de la Unión Europea, este ambiente se logra porque los Estados miembros comparten “principios de libertad, democracia, Estado de Derecho y respeto a los derechos y libertades fundamentales”⁴³⁶. Sin estos ingredientes, no podría concebirse un principio de la categoría del reconocimiento mutuo⁴³⁷.

Específicamente, el Convenio parte de la certidumbre de que las resoluciones en la Unión Europea en materia de embargo y aseguramiento se dictan de acuerdo a los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad, y por ello se hace posible la figura del reconocimiento mutuo.

Además, se garantizan mecanismos para que las partes y los terceros involucrados en los procedimientos en los que se dicten medidas de embargo y/o aseguramiento, puedan hacer valer sus derechos⁴³⁸.

Y es vital contar con esta colaboración, cuando se intenta que la respuesta judicial se lleve a cabo de forma ágil y pueda constituir una verdadera realización de la justicia, sin importar la jurisdicción de la que se trate⁴³⁹.

⁴³⁵ Preámbulo de la Decisión.

⁴³⁶ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «La decisión marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas», *op. cit.*, pág. 62.

⁴³⁷ Pasamos ya de la etapa de la simple asistencia a la “era” del reconocimiento mutuo. La diferencia entre estas dos figuras se explica claramente en TINOCO PASTRANA, Á., «La cooperación y la asistencia judicial penal en la Unión Europea. La orden europea de detención y entrega», *op. cit.*, págs. 64 y ss.

⁴³⁸ Artículo 11.

⁴³⁹ *Cfr.* PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., «Consideraciones críticas sobre la reforma procesal penal de 2002», *op. cit.*, pág. 617.

En términos generales, la importancia de esta Decisión Marco, además de promover el reconocimiento mutuo, se centra en la celeridad que se imprime en las actuaciones judiciales al permitir la ejecución inmediata de resoluciones de embargo y aseguramiento. En otras palabras, esta Decisión Marco refuerza las medidas preparatorias necesarias para asegurar la efectiva imposición del comiso⁴⁴⁰.

Situación ésta que no es de menor importancia habida cuenta de que la lentitud en los procesos judiciales a todos los niveles constituye uno de los principales problemas que acechan a la administración de justicia en nuestros días, hasta el punto de comprometer la posibilidad de su realización. Pues una justicia que llega tarde es injusta con independencia del resultado del fallo concreto⁴⁴¹.

Resulta de vital interés, entender el alcance y límite de este reconocimiento, constreñido únicamente a toda “resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas” que queda definida como “cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso o constituir elementos de prueba”⁴⁴².

El objeto al que se dirige el reconocimiento plasmado en esta Decisión Marco es:

- a) El aseguramiento de todos aquellos medios de convicción útiles dentro de un procedimiento penal.

⁴⁴⁰ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pág. 42.

⁴⁴¹ Vid. PUY MUÑOZ, F., «Sobre demora y puntualidad judicial». Discurso leído el día 16 de Febrero de 2001 en la solemne sesión de ingreso del Académico de Número Ilmo. Sr. D. Francisco Puy Muñoz, y contestación del Ilmo. Sr. D. José Bonet Correa, Académico de Número, A Coruña, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 2005.

⁴⁴² Artículo 2 inciso c).

- b) El eventual decomiso de bienes.

La obligación de reconocimiento trae aparejada, en este caso, la inmediata ejecución; por ello, es posible afirmar que nos encontramos ante el instrumento más prolífico en la materia. A pesar de esto, aún no supone el máximo nivel de cooperación al que se puede llegar. Resta aún extender sus alcances a las resoluciones de decomiso, aunque en virtud de estas medidas, se avanza en garantizar su efectiva realización.

El proceso se muestra ya imparable de modo que sigue avanzando. Dos años más tarde, esto es, en 2005, se produce la siguiente Decisión que afecta al contenido de este estudio.

II.4.3 DM 2005/212/JAI sobre decomiso de instrumentos y productos del delito

Esta Decisión Marco realizada el 24 de febrero de 2005, se refiere al decomiso de los instrumentos y productos del delito y de bienes relacionados con el delito⁴⁴³.

Finalmente se da vida a un instrumento cuya figura protagónica es el comiso⁴⁴⁴. La misión de esta Decisión Marco es la armonización⁴⁴⁵ de la normativa penal en cuanto al

⁴⁴³ DM 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 68, 15 de marzo de 2005, págs. 49-51.

⁴⁴⁴ Vid. RUEDA GARCÍA, L., «La reforma del comiso y su adaptación al Derecho Europeo», VV.AA., *La adecuación del Derecho Penal Español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 215-230.

⁴⁴⁵ Sobre la armonización vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Armonización penal en la Unión Europea», VV.AA., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, vol. I, Coimbra, 2009, págs. 647-686.

concepto y formas de comiso de los distintos ordenamientos de los países miembros de la Unión⁴⁴⁶.

Concretamente, en su artículo 1, este instrumento define al decomiso como “toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia de privación definitiva de algún bien”⁴⁴⁷.

Nos encontramos, pues, en un momento en el que se reconoce la importancia de la institución del comiso y por eso, esta Decisión Marco resulta todo un acontecimiento. En ella, y después de un largo recorrido histórico, se prevé el decomiso como una figura central y fundamental en el combate al delito. Lejos quedan ya las necesidades de justificación de la figura. Ahora ya plenamente reconocida, solo resta su eficaz regulación.

Conviene advertir de entrada que de entre las especies y los bienes sujetos a comiso resalta precisamente aquel dirigido a evitar que el delincuente pueda obtener ganancias derivadas de la comisión de delitos. Cuestión ésta que resulta totalmente justificada y necesaria pues surge en un momento en el que la delincuencia organizada ha alcanzado dimensiones transfronterizas y produce cuantiosos beneficios ilícitos para quienes participan de ella⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ *Vid.* VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho Penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *op. cit.*, pág. 14.

⁴⁴⁷ De esta definición deducimos que si bien no se afirma la naturaleza penal de la medida de comiso, pues cabe la posibilidad de que ésta se considere como pena o medida, a fin de aglutinar todas las figuras semejantes que de acuerdo al sistema legal del que deriven tienen carácter distinto, como el civil o el administrativo si se le relaciona con un proceso de índole penal, que en todo caso —sea medida de carácter civil, penal o administrativo—, supone la transmisión definitiva de la titularidad del bien en perjuicio del propietario del bien sujeto a la medida de comiso.

⁴⁴⁸ En el preámbulo de la Decisión Marco se afirma que “el principal objetivo de la delincuencia transfronteriza organizada es el beneficio económico. Por tanto, para ser eficaz, la prevención de la delincuencia organizada y la lucha contra ella deben centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito. No obstante estas actuaciones se ven dificultadas, en particular, por las

Ante la necesidad de hacer más eficiente la colaboración transfronteriza para lograr el decomiso de los productos de delito, a todas luces queda clara la relevancia de esta Decisión; que plantea la exigencia de evitar que las discrepancias entre las leyes sustantivas y procesales impidan la imposición de la medida del decomiso. Extremo éste, sin duda, importante, porque de no tenerlo en cuenta se podría producir la curiosa circunstancia de que una vez más una cuestión formal impida realización de la justicia.

La necesidad de colaboración estrecha entre los Estados es otro de los puntos actualmente incontrovertibles. Sin embargo, resulta de difícil implementación práctica. En efecto, las diferencias entre los ordenamientos legales de los Estados complican su colaboración toda vez que éstos no cuentan con disposiciones armónicas de modo que resulta muy complejo la detección, investigación y aprehensión de los bienes que constituyen un patrimonio ilegal⁴⁴⁹. Sin embargo, y tal como a todas luces se desprende de su dimensión corta y su redacción, esta Decisión Marco resulta insuficiente y sobre todo omisa en el ámbito procesal y de realización efectiva de las pautas de cooperación implementadas en su texto.

Por lo que hace al comiso, éste queda definido como “toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que

divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito”. Esta evolución del comiso se aprecia en que la institución se transforma a lo largo de la historia de la lucha contra la delincuencia organizada con fines económicos, pues de considerarse una medida más del arsenal punitivo, en este instrumento pasa a considerarse como el eje central de la respuesta estatal frente al fenómeno de la delincuencia transfronteriza organizada, pues incide directamente en los provechos o ganancias que provienen de ese tipo de criminalidad y que al mismo tiempo constituyen el principal incentivo para llevar a cabo esa clase de comportamiento delictivo.

⁴⁴⁹ Por estas razones, todavía tendríamos que esperar a 2006 para ver nacer a un instrumento que no fuera tan limitado y tan corto en cuanto a la efectiva realización del comiso. En efecto, la DM 2006/783/JAI y que referiremos en el siguiente apartado. Pero conviene adelantar que esta Decisión Marco basa sus disposiciones en el reconocimiento mutuo, extremo éste que solo puede surgir en un ambiente de confianza mutua, puesto que implica la ejecución directa e inmediata de una resolución dictada por una autoridad extranjera, con el único requisito de acompañar un certificado expedido por la autoridad competente del Estado solicitante.

tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien⁴⁵⁰; medida que deberá imponerse⁴⁵¹ total o parcialmente respecto de los *instrumentos*⁴⁵² y *productos*⁴⁵³ de *infracciones penales* cuya sanción tenga aparejada una pena privativa de libertad cuya duración sea superior a un año⁴⁵⁴.

El sesgo al que nos conduce esta Decisión Marco en cuanto a la potestad de decomiso ampliada⁴⁵⁵, constituye para los efectos de este trabajo, su aspecto más relevante, ya que a través de esta opción se “facilita la prueba del carácter ilícito de ciertos bienes”⁴⁵⁶.

Además de una definición del comiso, esta Decisión Marco contiene “la obligación de previsión de decomiso del equivalente y de la posibilidad de consideración del decomiso ampliado”⁴⁵⁷. Muy importante resulta la extensión de esta clase de decomiso decretada también respecto de personas físicas o jurídicas allegadas a quien haya cometido la conducta ilícita, puesto que no extender esta figura propiciaría, sin duda, el fraude de ley, permitiendo que muchas personas que cometiesen actos ilícitos pudiesen liberarse de su responsabilidad —o de la carga de la prueba— simplemente creando una figura jurídica *ad*

⁴⁵⁰ Artículo 1.

⁴⁵¹ Artículo 2 apartado 1.

⁴⁵² Se definen como “todo bien utilizado o destinado a ser utilizado de cualquier forma, total o parcialmente, para la comisión de una o varias infracciones penales”. (art. 1).

⁴⁵³ Se definen como “todo beneficio económico derivado de una infracción penal” relativo a cualquier bien (“de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes”). (art. 1).

⁴⁵⁴ Esta disposición tiene que ver con la armonización relativa al *ámbito de aplicación* del comiso, es decir, se debe delimitar o esclarecer qué infracciones y/o delitos deberán sancionarse con la imposición del comiso. A través de este precepto, se tiende a armonizar el ámbito de aplicación del comiso en la Unión Europea, lo que resulta de vital importancia para lograr una efectiva cooperación entre Estados, y aunque no se desarrolla una lista de conductas acreedoras de la imposición del decomiso, este *salto cualitativo* posibilita “un amplio margen de operatividad de los instrumentos de cooperación para el decomiso transfronterizo, pues reduce el radio de acción como causa de denegación a la consistente en la ausencia de previsión a nivel interno del decomiso para la infracción”. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 58 y ss.

⁴⁵⁵ *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», *op. cit.*, pág. 592.

⁴⁵⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pág. 42.

⁴⁵⁷ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 103.

hoc, sin contenido alguno o con contenido falseado.

Digna de mencionar resulta la disposición que establece la posibilidad para los Estados de integrar a su ordenamiento la figura del comiso ampliado o la posibilidad de recurrir a otra clase de procedimientos, de naturaleza no penal, con el objeto de privar al delincuente de los beneficios obtenidos por la comisión del ilícito.

Del texto de esta Decisión Marco, en su artículo 3, se desprende la “potestad de comiso ampliada”⁴⁵⁸. Las disposiciones que se estipulan en cuanto a la reglamentación del comiso ampliado se han calificado como *minuciosas*, puesto que además de establecer la potestad de esta figura ampliada se delimita su objeto y su ámbito de aplicación⁴⁵⁹.

No puede procederse de otra forma. Una medida de este alcance, debe revestir todas las garantías necesarias para mantener a salvo los principios clásicos del Derecho, pues como queda advertido, implican una privación o al menos limitación del derecho de propiedad. Por ello, deben existir todos los mecanismos adecuados para que las personas relacionadas con la delincuencia organizada o el terrorismo puedan hacer valer lo que a su interés convenga.

Esta medida de potestad de comiso debe aplicarse en tres diferentes modalidades cuando:

⁴⁵⁸ BLANCO CORDERO, I., «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», *op. cit.*, pág. 355.

⁴⁵⁹ *Cfr.* BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 149. Respecto de esta Decisión Marco, el autor resalta que no basta que se cometa una infracción relativa al crimen organizado o al terrorismo para que proceda el decomiso, puesto que se establece la condición de que tal infracción produzca ganancias económicas.

-
- “a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien
- b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien
- c) se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada.”⁴⁶⁰.

Estos supuestos no deberán circunscribir al comiso únicamente al patrimonio derivado —directa o indirectamente— del delito, sino que podrá abarcar también aquellos bienes que “se hubieran obtenido con anterioridad a la comisión del mismo y que tenga su origen en actividades delictivas idénticas o similares”⁴⁶¹.

Para poder aplicar esta potestad de comiso respecto de la infracción o delito, es necesario que concurran ciertas circunstancias o presupuestos⁴⁶²:

- a) Que la persona (física o jurídica⁴⁶³) haya sido condenada por una infracción

⁴⁶⁰ Artículo 3 apartado 2. Respecto a las modalidades de la potestad del comiso ampliado *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Capítulo V. Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal», VV.AA., *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010; del mismo autor «Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes», *Cuadernos digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 6, 2010, págs. 15 y ss.

⁴⁶¹ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «La política europea en materia de comiso», VV.AA., *Las sanciones penales en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 405.

⁴⁶² Artículo 3. Al respecto *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 71 y ss.

⁴⁶³ En el artículo 1 de la Decisión Marco se define como *persona jurídica* a “toda entidad que tenga dicha condición con arreglo a la legislación nacional aplicable, excepto los Estados u otros organismos públicos en

y/o delito.

- b) Que la infracción y/o delito se hubiera cometido en el seno de una organización delictiva y se refiera a delitos contemplados por las siguientes Decisiones Marco⁴⁶⁴: 2000/383/JAI⁴⁶⁵, 2001/500/JAI⁴⁶⁶, 2002/475/JAI⁴⁶⁷, 2002/629/JAI⁴⁶⁸, 2002/946/JAI⁴⁶⁹, 2004/68/JAI⁴⁷⁰ y 2004/757/JAI⁴⁷¹.
- c) Que la infracción y/o delito (diverso al blanqueo de capitales) tenga aparejada una pena privativa de libertad de entre cinco y diez años en su grado máximo.
- d) Si la infracción y/o delito corresponde al blanqueo de capitales, que tenga aparejada una pena privativa de libertad por lo menos de cuatro años en su grado máximo.
- e) Que la infracción genere beneficios económicos⁴⁷².

En este sentido, y por razones de eficiencia, se plantea si dentro del texto del instrumento y tomando en cuenta los derechos fundamentales podría existir “la posibilidad de mitigar, en virtud del Derecho penal, civil o fiscal, según el caso, la carga de la prueba en

el ejercicio de la potestad pública y las organizaciones públicas internacionales”.

⁴⁶⁴ Artículo 3, inciso a) del apartado 1. Excepto el terrorismo, que será considerado para la imposición del comiso ampliado, aun cuando se realice fuera de la organización delictiva.

⁴⁶⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 140, 14 de junio de 2000, págs. 1-3.

⁴⁶⁶ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 182, 5 de julio de 2001, págs. 1-2.

⁴⁶⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 164, 22 de junio de 2002, págs. 3-7.

⁴⁶⁸ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 203, 1 de agosto de 2002, págs. 1-4.

⁴⁶⁹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 328, 5 de diciembre de 2002, págs. 1-3.

⁴⁷⁰ Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 13, 20 de enero de 2004, págs. 44-48.

⁴⁷¹ Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 335, 11 de noviembre de 2004, págs. 8-11.

⁴⁷² En este sentido, afirma GASCÓN INCHAUSTI que esta disposición se establece, puesto que la medida de la potestad de comiso ampliado solamente procederá respecto a las ganancias que proviene del delito y no así para los efectos e instrumentos del mismo. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., págs. 72 y ss.

lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada”⁴⁷³.

Esta posibilidad resulta muy complicada y parece limitar a su mínima expresión —si no es que anula del todo— algunos principios básicos del sistema penal. Entendemos la dificultad probatoria en estas circunstancias, pero consideramos que admitir de lleno una inversión de la carga de la prueba sería un *exceso* difícil de conjugar con los postulados básicos del Estado de Derecho. En realidad, también pondría en entredicho el derecho de propiedad, dificultando con ellos el eficaz disfrute de los derechos fundamentales. Ante la imposibilidad de sacrificar arbitrariamente unos derechos frente a otros, urge encontrar las vías procedimentales adecuadas que en la medida de posible respeten el ejercicio completo de los derechos de todos los ciudadanos⁴⁷⁴.

Para matizar esta posibilidad y paliar sus efectos nocivos para las garantías y principios básicos, se ha introducido una presunción *iuris tantum*, que permite al juzgador solicitar la acreditación lícita del origen del patrimonio pero que no rompe de lleno con el principio de presunción de inocencia y sobre todo que permite a cualquier persona ofrecer todos los medios de convicción disponibles para acreditar la legitimidad de los bienes que ostenta como propios.

⁴⁷³ Preámbulo de la Decisión.

⁴⁷⁴ Por su parte GASCÓN INCHAUSTI propone tres maneras de abordar la complejidad probatoria en cuanto al origen ilícito de los bienes. En primer lugar, el autor plantea la opción de romper del todo el nexo entre el proceso penal y las resoluciones relativas a la imposición del decomiso, a través de un proceso autónomo de carácter primordialmente civil, para poder equilibrar la carga probatoria. La segunda forma de salvar las dificultades probatorias es precisamente la figura del “decomiso ampliado”, que posibilita el decomiso de bienes que se encuentren relacionados con delitos semejantes al que se esté enjuiciando; en esta segunda alternativa, el autor nos advierte que “lo relevante, más bien será probar la «similitud» entre el delito enjuiciado y el delito base, extremo éste sobre el que resultará más sencillo formar la convicción del juzgador”. De esta manera, aunque no de forma total, se supera la complejidad probatoria al suavizarse la carga. Finalmente, la tercera manera de salvar esta complicación en cuanto al material convictivo, es la utilización de presunciones y de inversión de la carga de la prueba. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», *op. cit.*, págs. 591 y ss.

La finalidad que persigue la Decisión Marco es precisamente la de dotar a los Estados pautas para que sus ordenamientos jurídicos regulen de forma efectiva el decomiso de las ganancias ilícitamente obtenidas y que permitan, en los casos de criminalidad organizada, requerir al propietario del bien para que proceda a acreditar su origen.

Con la armonización y profundización en cuanto al aspecto sustantivo de la figura del comiso se pretende propiciar un terreno más homogéneo en cuanto al reconocimiento y de resoluciones que ordenen esta medida.

La creación de una perspectiva estandarizada de la institución del comiso permite que la uniformidad de las legislaciones penales de los diferentes Estados que conforman la Unión Europea genere un entorno más consolidado, en el que la concepción de la figura del comiso y su imposición en la práctica forense sea similar.

Por otro lado, una cuestión novedosa y que amplía los alcances del comiso es la posibilidad de decomisar el patrimonio de terceros allegados al condenado, así como de personas jurídicas que se encuentren bajo su control. Esta disposición no es de obligatoria adopción, por lo que resulta decisión de cada Estado integrarla a su ordenamiento legal.

Nos encontramos, de nuevo, ante la figura del fraude de ley o de abuso de derecho entendidas como situaciones en las que se utiliza la ley formal para vulnerar el contenido material de la eficaz realización de los derechos⁴⁷⁵.

Como ya manifestamos con respecto a la facultad del comiso ampliado, estas medidas expansivas del alcance del comiso deben estar acompañadas por todo el elenco de garantías disponibles en el ordenamiento jurídico.

⁴⁷⁵ Vid. PUY MUÑOZ, F., *Teoría Tópica de los Derechos Humanos*, Colex, Madrid, 2009, págs. 40 y ss.

No se trata de combatir el delito a cualquier precio. Hacerlo, deslegitimaría al Estado y al *ius puniendi* que éste ejerce monopolísticamente. Independientemente de la naturaleza del comiso que estudiaremos con posterioridad, debemos tener presente que a fin de cuentas esta figura implica una especie de castigo, que como tal, debe someterse a las garantías que lo caracterizan⁴⁷⁶.

En resumen, esta Decisión Marco resulta muy productiva en cuanto a que sienta los pilares para poder definir la figura del comiso, determinar los bienes que pueden estar sujetos a esta medida y además plantea bases para estandarizar los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión en cuanto a cuestiones sustantivas y procesales.

Con este instrumento el comiso experimenta, por un lado, el impulso como una medida fundamental en el combate a la delincuencia, principalmente frente al crimen organizado o el terrorismo. Además, gracias a su concurso, se estandarizan las medidas de orden sustantivo y procesal para facilitar el comiso en la dimensión transnacional del delito. Por otro lado, se desarrollan nuevos alcances y especies de comiso, que tienen como finalidad constituir medidas eficaces de cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia.

En su dimensión local debemos admitir que quizá el comiso todavía no ha sido tomado tan en serio como otras medidas, pero supranacionalmente, esta figura alcanza límites incluso discutidos por cuanto hace al sistema de principios clásicos del sistema penal.

⁴⁷⁶ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., págs. 30 y ss. El autor se refiere al *ius puniendi* como un “conjunto de potestades que tienen atribuidos los poderes públicos para reaccionar ante la infracción por las personas físicas y jurídicas de los deberes que el propio poder público les ha impuesto”.

De modo que, con todos estos ingredientes, el desarrollo de la institución del comiso comienza a ser una realidad en los ordenamientos internos y pasa de figura marginal a pieza fundamental de la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea. Ha llegado el momento en que la cooperación a través del reconocimiento mutuo alcance su plenitud.

II.4.4 DM 2006/783/JAI sobre reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso

La Decisión Marco 2006/783/JAI, de fecha 6 de octubre de 2006, se refiere a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso⁴⁷⁷.

Este instrumento se inspira en la Decisión Marco de 2005 que consolidó la uniformidad en cuanto a la concepción del comiso, cuestión fundamental para lograr la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión⁴⁷⁸.

Hasta antes del surgimiento de esta Decisión⁴⁷⁹ y a pesar de existir voluntad por parte de los Estados miembros de la Unión y de los grandes esfuerzos para fomentar la

⁴⁷⁷ DM 2006/783/JAI del Consejo de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 328, 24 de noviembre de 2006, págs. 59-78.

⁴⁷⁸ Cfr. DURBÁN SICILIA, L., «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (Comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)», *op. cit.*, pág. 32.

⁴⁷⁹ Se considera que esta Decisión Marco está “llamada, sin duda a desempeñar un papel destacado en la lucha contra la criminalidad organizada”. GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J., «Ejecución de resoluciones de decomiso», VV.AA., *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch-Universidad de Brugos, Barcelona, 2007, pág. 391. Sin embargo, afirma el autor que se echa en falta una delimitación del principio *ne bis in idem* como causa de denegación.

colaboración, ésta aún no se encontraba —y probablemente no se encuentra hoy en día— a la altura de una delincuencia organizada transnacional, perfectamente estructurada y dotada de recursos.

Frente a este panorama, la cooperación internacional se calificó como *poco activa, lenta y excesivamente formalista*⁴⁸⁰, así que los esfuerzos de colaboración y armonización solamente podían dirigirse a un objetivo fundamental: el del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

He aquí la materialización del progreso en aras de la colaboración y del fruto de esfuerzos realizados a lo largo de los años. Ya no estamos ubicados ante un entorno de suave colaboración, sino de estrecho compromiso de cooperación. El avance en este sentido es innegable.

Sin embargo, a pesar del actual panorama homogéneo existente y contando con todos los avances de unificación en materia sustantiva y procesal, resulta necesario —casi de forma obligada— dar un paso más en el desarrollo de la institución del comiso y su efectiva aplicación.

Esta posibilidad de desarrollo y evolución encontró su lugar en la forma del reconocimiento. La consumación de esfuerzos de aproximación por fin ha visto la luz. Tuvieron que transcurrir más de cuatro décadas para que el auxilio en materia judicial nacido en 1959 diera paso a la máxima expresión de la colaboración. Coincidimos con GASCÓN INCHAUSTI cuando al referirse a esta Decisión Marco afirma que “con esta norma culmina la acción normativa de la Unión Europea en relación específica con el decomiso de

⁴⁸⁰ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco», VV.AA., *Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 384.

bienes, pues se aplica la técnica del reconocimiento mutuo a las resoluciones finales por las que se decreta esta medida y se consagra, por tanto, la normalidad del decomiso transfronterizo en el contexto europeo”⁴⁸¹.

Debemos entender que el objetivo principal de este instrumento se traduce en la obligación que se impone a los Estados miembros a reconocer y ejecutar en su territorio las resoluciones de decomiso dictadas por un tribunal competente en materia penal de otro Estado miembro.

Bien es cierto que este reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso era una situación deseable y esperada. De hecho, era comúnmente aceptado que ésta tenía que ser realidad algún día⁴⁸². Así que la doctrina acogió con satisfacción esta Decisión Marco que, finalmente, hizo posible el reclamo de esta colaboración en plenitud, traducida en la figura del reconocimiento.

Un reconocimiento que viene acompañado también de la figura de la ejecución. Ambas herramientas, entendidas de forma complementaria, son indispensables para hacer posible el decomiso. Si por alguna razón en cuanto a las personas involucradas o a los bienes susceptibles de aplicar esta medida se encuentran involucrados diferentes Estados, a través del reconocimiento y la ejecución se hace posible y efectiva la imposición del decomiso⁴⁸³.

⁴⁸¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pág. 43.

⁴⁸² *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea», VV.AA., *op. cit.*, pág. 246.

⁴⁸³ El texto de esta Decisión Marco concibe la cooperación en su más amplio alcance, por ello entiende que ésta se compone de dos etapas a saber: por un lado el reconocimiento de la resolución que impone la medida de comiso y por otro la ejecución de tal resolución. Por eso, se dispone en el preámbulo de este instrumento que la Decisión Marco “pretende facilitar la cooperación entre Estados miembros en lo referente al reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones de decomiso de los bienes, de manera que se obligue a los Estados miembros a reconocer y ejecutar en su territorio las resoluciones de decomiso dictadas por un tribunal competente en materia penal de otro Estado miembro.”. Sería absurdo pretender tan solo el

Quedan superados los tiempos en los que un país tenía que solicitar a otro que dictara una orden de decomiso y la ejecutara. Nos ubicamos en otros terrenos más allá de la emisión y ejecución de una resolución de comiso: estamos frente al reconocimiento mutuo, y en consecuencia ejecución forzosa de la misma.

Y es que resultaban insuficientes las medidas de reconocimiento de embargo e incautación. Era menester avanzar y no ceñirse sólo a medidas preventivas. Tal y como establece el propio Preámbulo de este instrumento normativo europeo, es insuficiente en la Unión Europea el reconocimiento de las medidas de embargo e incautación, puesto que “el control efectivo de la delincuencia económica también exige el reconocimiento mutuo de las resoluciones de decomiso de los productos del delito”⁴⁸⁴.

Dicho reconocimiento no es más que “la aceptación en cada uno de los Estados de la resolución adoptada por los órganos jurisdiccionales competentes de otro Estado de la Unión Europea”⁴⁸⁵.

De vital importancia resulta evitar la obtención de beneficios económicos a través de la delincuencia organizada. Por ello, se hace necesario que se obligue a los Estados miembros a reconocer y ejecutar en su territorio las resoluciones de decomiso dictadas por

reconocimiento de la resolución sin pretender su efectiva implementación. Reconocimiento y ejecución son un binomio que a estas alturas debe resultar inseparable. En otras palabras, se trata de dos figuras *independientes pero ordinariamente complementarias*. BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *op. cit.*, págs. 9 y ss.

⁴⁸⁴ En el texto de la Decisión Marco se insiste en lo importante que resulta evitar que la delincuencia organizada genere beneficios económicos.

⁴⁸⁵ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «La Decisión Marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas», *op. cit.*, pág. 62. Por su parte PALOMO DEL ARCO establece que por reconocimiento mutuo se debe entender la aceptación automática de una resolución dictada fuera del país en el que habrá de cumplirse, pero siempre salvaguardando los derechos fundamentales de las personas. *Vid.* PALOMO DEL ARCO, A., «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo», *op. cit.*, pág.146.

un órgano judicial competente en materia penal de otro Estado miembro.

En este espacio homogéneo podemos observar el proceso evolutivo transcurrido entre una tímida y simple asistencia⁴⁸⁶, y la ejecución lisa y llana de una resolución dictada en un país distinto al de su aplicación: “nos encontramos ante una concreción de los postulados del reconocimiento mutuo”⁴⁸⁷.

Para MORÁN MARTÍNEZ, el reconocimiento mutuo de resoluciones “no es más que la incorporación del principio de libre circulación a las resoluciones judiciales. Colocando el sello de calidad europeo en las resoluciones judiciales se acude a su ejecución sin fronteras en territorio europeo”⁴⁸⁸.

Podemos considerar que este reconocimiento no sólo implica el más amplio sentido de la colaboración en materia penal al admitir y ejecutar resoluciones dictadas en cualquier país miembro de la Unión. También constituye la certeza de que tales resoluciones han sido dictadas de acuerdo a los principios y derechos fundamentales y, por ello, no deben someterse a revisión alguna. Y es que, de algún modo, esta colaboración entre países funciona como un principio de legitimidad porque cada uno de ellos hace de “controlador” de la legalidad y legitimidad de los demás.

De modo que esta colaboración es una respuesta sin precedentes entre diferentes países que tienen el interés común de establecer un espacio homogéneo de respuesta contundente contra el crimen organizado⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Vid. BUJOSA VADELL, L. M., «La asistencia judicial en materia penal en la Unión Europea», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. 12, 2009, págs. 76-83.

⁴⁸⁷ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 143.

⁴⁸⁸ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», *op. cit.*, pág. 396.

⁴⁸⁹ Cfr. BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *op. cit.*, pág. 55.

Es importante a nuestro juicio resaltar que esta es la verdadera importancia del reconocimiento, pues más allá de la cooperación implica la garantía de que las resoluciones de decomiso dictadas en cualquier Estado de la Unión Europea están dictadas al amparo de la ley⁴⁹⁰.

Por ello, gozan de suficiente confianza como para ser aceptados y ejecutados sin necesidad de ser sometidos a ningún tipo de verificación. La confianza se conduce a su más amplia expresión cual si se tratara de imponer un “sello de calidad europeo en las resoluciones judiciales”⁴⁹¹. Esta calidad, se tiene por acreditada en cuanto respeta los derechos fundamentales y a la dignidad humana.

Los principios de equivalencia y confianza se utilizan no sólo en cuanto a la armonización de los ordenamientos legales de los países de la Unión Europea respecto del comiso, sino también en cuanto a la aplicación exacta y cabal de tales normas.

Sin embargo, surge un problema que delimita BLANCO CORDERO, al considerar que “esta Decisión marco parece ser de aplicación exclusivamente a las resoluciones de decomiso dictada en una causa penal”⁴⁹². En este punto parece estar de acuerdo también BUJOSA VADELL, pues puntualiza que la Decisión Marco de 2006 a la que nos referimos en este apartado no centra su atención en la definición del término *comiso* sino que trata de definir el término *resolución de decomiso*⁴⁹³. Situación ésta que como es fácilmente

⁴⁹⁰ Respecto al reconocimiento de resoluciones de decomiso, se puede consultar GASCÓN INCHAUSTI, F., «Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes», *Cuadernos digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 6, 2010.

⁴⁹¹ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», *op. cit.*, pág. 396.

⁴⁹² BLANCO CORDERO, I., «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», *op. cit.*, pág. 361.

⁴⁹³ Así pues el autor realiza una crítica a la definición del término *resolución de decomiso* que propone la DM

constatable limitaría mucho su eficacia real.

Efectivamente, en la Unión Europea se ha admitido que la naturaleza de los procedimientos a los que se recurra con el objetivo de retirar los beneficios ilícitamente obtenidos puede ostentar carácter civil, penal o administrativo.

Con lo anterior, se logra dar cabida a todas las instituciones similares dedicadas a aprehender las ganancias que produce el crimen organizado y con ello abarcar todas las disposiciones establecidas por los países miembros de la Unión.

Sin duda alguna, esta circunstancia implica una dificultad, pues no extiende sus alcances a las providencias de privación de la ganancia obtenida por la comisión de ilícitos que no tengan naturaleza penal. Cuestión ésta que resulta muy compleja, puesto que la cooperación entre los Estados miembros de la Unión se extiende únicamente a la materia penal.

El reto que supone la colaboración y el reconocimiento de medidas de decomiso encuentra uno de sus límites en las tradiciones y sistemas jurídicos diversos, con arraigados principios dispares⁴⁹⁴. Sin embargo, no estamos ante una cuestión agotada. Debemos tener presente que aún queda mucho camino por recorrer, pues aunque la generación normativa ha sido constante, la implantación efectiva de las fuentes adoptadas adolece de un ritmo

2006/783/JAI y que textualmente establece que por tal expresión debemos entender “la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes”. Definición, que a decir de BUJOSA VADELL, resulta deficiente, cuestión que justifica en tanto que el término debe dar cabida “a las diversas sensibilidades penales y procesales penales europeas”. BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *op. cit.*, pág. 6.

⁴⁹⁴ IRURZUN MONTORO, F., «Últimos avances y propuestas de la Unión Europea en la cooperación judicial penal», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 10, 2002, pág. 118.

pausado, desigual y casi anárquico⁴⁹⁵.

Queda, sin embargo, establecida la obligación de imponer medidas de decomiso a personas jurídicas⁴⁹⁶, a pesar de que en el ordenamiento legal del país de ejecución no se contemplan medidas contra tales entidades. Esta situación ha quedado zanjada en España, a partir de las últimas reformas del Código Penal. Por fin se reconoce la tan discutida responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁹⁷, situación ésta que como ya queda apuntado, es de vital importancia en el estudio que estamos realizando a fin de evitar los fraudes de ley y abusos de derecho que, sin duda, se producirían de no existir la regulación ampliada hacia la responsabilidad de las personas jurídicas. Finalmente, debemos

⁴⁹⁵ PALOMO DEL ARCO, A., «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo», *op. cit.*, pág. 119.

⁴⁹⁶ La justificación y necesidad de imponer sanciones a las personas jurídicas, o dicho en otros términos, de reconocer la su responsabilidad penal se sostiene a fin de evitar “caer en la impunidad o en un desmembramiento de los fines de prevención general de algunos tipos penales”. y debemos tener presente además que “el tratamiento de la criminalidad organizada a nivel internacional ha sido la principal fuente de influencia para la admisión de esta responsabilidad”. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones», *op. cit.*, pág. 304.

⁴⁹⁷ Existe gran cantidad de material respecto a la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas y aunque no se trata específicamente en esta tesis, resulta interesante consultar autores como RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Análisis de la regulación legal de la responsabilidad de las personas jurídicas en España», VV.AA., *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, Servicio de Publicacións da Universidade da Coruña, España, 2012, págs. 197 y ss. El autor asegura que el tema es novedoso y controvertido, pues el reconocimiento de la responsabilidad penal ha topado con el recelo de los estudiosos del derecho. Más allá de esto, se ha consolidado tanto en el aspecto sustantivo como procesal, y por *pura coherencia jurídica* se les debe someter a estas entidades al imperio de la ley. A pesar de esto, se observan falencias en la ley y un déficit de consenso doctrinario y jurisprudencial, evidenciando que el legislador actúa “a golpe de impulsos”. Por otra parte, Díez Ripollés, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *In Dret Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2012, págs. 1-33. El autor hace énfasis en la relevancia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del ordenamiento legal español, resaltando que resulta aún insuficiente. En su estudio, analiza las incongruencias de la política criminal al abordar este novedoso esquema de responsabilidad y explica los tres sistemas de imputación de personas jurídicas que existen en nuestros días. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, págs. 7-42. El autor advierte, desde el título, la visión crítica sobre el tema, llegando al límite de cuestionar la correcta aplicación de la legislación en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas; mismo que adolece de un defecto de *fabricación*, al considerar que los propietarios de la sociedad, son los socios y accionistas y deben controlar a los gestores de la sociedad y relaciona a esta medida con el *fracaso* del modelo de las consecuencias accesorias. Tal como lo hace RODRÍGUEZ GARCÍA, reclama la omisión de reformas procesales en cuanto al régimen de responsabilidad de las personas jurídicas.

mencionar también que a través de esta Decisión Marco se precisan circunstancias que habían complicado la aplicación efectiva de las medidas impuestas a personas jurídicas, tales como precisar a quién corresponden los gastos de ejecución, y por otro lado, a qué Estado debe corresponder el bien decomisado⁴⁹⁸.

Y evidentemente, un contexto de estas características sería insuficiente de no existir una creación con las disposiciones del “Acuerdo de Schengen”⁴⁹⁹, que facilita aún más la colaboración y la consolidación de espacios comunes y que va más allá de los límites de la Unión Europea⁵⁰⁰, al no constreñirse únicamente a los miembros de la Unión por ser extendible a terceros países que se han adherido al mismo⁵⁰¹.

Así las cosas, y observando los avances que hasta ahora se han producido, entendemos que el camino está abierto y parcialmente desbrozado. Ciertamente es que creemos que la evolución debería ser más amplia y más concreta. Y en esta misma dinámica de crecimiento y desarrollo nace la Ley 4/2010 de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso⁵⁰².

En cualquier caso, debemos afirmar que el nacimiento de una ley española de

⁴⁹⁸ Estas dos cuestiones que observa RODRÍGUEZ PUERTA, se encuentran íntimamente relacionadas con los artículos 20 y 16 respectivamente de la Decisión Marco en comento. RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «La política europea en materia de comiso», *op. cit.*, pág. 407.

⁴⁹⁹ Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 181, 30 de julio de 1991, págs. 25108-25111.

⁵⁰⁰ A través de este acuerdo, “la cooperación judicial internacional recibió un impulso definitivo”. PALOMO DEL ARCO, A., «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo», *op. cit.*, pág. 120.

⁵⁰¹ La integración que promueve la realización de operaciones comerciales sin fronteras, requiere normas que favorezcan la cooperación. Al respecto *vid.* BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *op. cit.*, págs. 2 y ss.

⁵⁰² Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 61, sec. I, 11 de marzo de 2010, págs. 24473-24495.

reconocimiento y ejecuciones de resoluciones de decomiso⁵⁰³ resulta un enorme avance y un gran logro en cuanto a la consolidación de la cooperación, y también por lo que respecta a la respuesta estatal frente al delito⁵⁰⁴.

En el texto de su Preámbulo se realiza un recorrido por todos aquellos instrumentos relacionados con la cooperación internacional que encuentra su sustento en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales⁵⁰⁵, a través de los cuales logramos comprender la situación actual. Por otro lado, se refiere el objeto de la ley, que “consiste, en primer lugar en regular el procedimiento a través del cual se van a transmitir, por parte de las autoridades judiciales españolas, aquellas sentencias firmes por las que se imponga un decomiso, a otros Estados miembros de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, en establecer el modo en el que las autoridades judiciales españolas van a reconocer y a ejecutar tales resoluciones cuando le sean transmitidas por otro Estado miembro”⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Nos advierte RODRÍGUEZ PUERTA sobre la conveniencia de adaptar el código penal español a las tendencias político-criminales impuestas por la Unión Europea pero “sin quebrantar principios penales y procesales básicos”. RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «La política europea en materia de comiso», *op. cit.*, págs. 433 y ss.

⁵⁰⁴ Sin embargo, a pesar del enorme progreso que esto significa, se nos alerta también sobre los problemas que puede traer aparejada su aplicación. Al respecto de puede consultar RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., «Embargo preventivo y decomiso en la Unión Europea: problemas prácticos», *Estudios jurídicos*, núm. 2011, 2011, págs. 1-15.

⁵⁰⁵ Este recorrido se expresa de la siguiente forma: “de manera progresiva, la Unión ha venido adoptando instrumentos jurídicos en los que se plasma el principio de reconocimiento mutuo. El primero de ellos fue la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, que se incorporó al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y de la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior. A las citadas normas siguieron la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, incorporada a nuestro Derecho mediante la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, complementada por la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio. Y después la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, cuya transposición se ha realizado en la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y complementaria a la Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias”.

⁵⁰⁶ Esta manifestación del preámbulo, se encuentra estrechamente relacionada con el artículo 1 de la misma ley, que a la letra dispone: “Artículo 1. Objeto.1. Esta ley tiene por objeto regular el procedimiento que deben

Ya anunciábamos anteriormente que el sentido extenso de la cooperación es el reconocimiento; sin embargo, para que este reconocimiento esté completo, debe considerarse siempre al lado de la ejecución puesto que sin ella el reconocimiento quedaría sin frutos. Para ello, es necesario tener en cuenta varios conceptos útiles para poder entender y precisar el procedimiento que debe seguirse para alcanzar la ejecución de una resolución. Para ello, el texto legal define en el artículo 2 los términos de “Estado de emisión” (Estado miembro en el que se ha dictado la resolución de decomiso en relación con una causa penal) y “Estado de ejecución” (El Estado miembro al que se ha transmitido la resolución de decomiso para su reconocimiento y ejecución)⁵⁰⁷. Conviene puntualizar y distinguir ambos conceptos, porque al tratarse de reconocimiento, también debemos diferenciar las actividades que se llevarán a cabo en cada Estado⁵⁰⁸.

- a) Desde la perspectiva de emisión, será competente para transmitir una resolución de decomiso firme impuesta a una persona natural o jurídica a otro

seguir las autoridades judiciales españolas para transmitir a las autoridades correspondientes de los demás Estados miembros de la Unión Europea, una resolución de decomiso firme impuesta como consecuencia de la comisión de una infracción penal.

2. Se regula, asimismo, la actuación que han de desarrollar las autoridades judiciales españolas cuando reciban una resolución de decomiso firme emitida por la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea e impuesta como consecuencia de la comisión de una infracción penal, para su reconocimiento y ejecución.

3. Las disposiciones de esta ley se entenderán sin perjuicio de la aplicación de aquellos Convenios con otros Estados miembros de la Unión Europea celebrados por España que contribuyan a una mayor simplificación y agilidad en los procedimientos de ejecución de resoluciones de decomiso”.

⁵⁰⁷ Como puede observarse, los conceptos que se establecen en la ley, resultan “idénticos a los ofrecidos por la normativa europea más reciente para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales” CEREIJO SOTO, A., «Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de Marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso», *Diario La Ley*, núm. 7457, 2010, pág. 3.

⁵⁰⁸ Para un análisis preciso sobre el procedimiento de reconocimiento, desde la perspectiva del Estado emisor o desde la perspectiva del Estado receptor o de ejecución se pueden consultar: BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *op. cit.*, págs. 1-33. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso y cooperación internacional. Aplicación del principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea», *op. cit.*, págs. 1-41.

Estado miembro de la Unión Europea en el que se encuentren los bienes objeto de decomiso, el juez o tribunal penal competente para su ejecución en España (art. 4.1). En el caso concreto las autoridades competentes “serán los juzgados de lo penal y las audiencias provinciales, órganos de enjuiciamiento y ejecución por esencia”⁵⁰⁹.

El presupuesto necesario para que opere la transmisión de una resolución es precisamente la existencia de motivos fundados para afirmar que los bienes sobre los que debe recaer el comiso impuesto por autoridad competente, se encuentran en otro país de la Unión Europea (apartado 1 art. 6), que será eventualmente receptor de la solicitud de ejecución por parte del Juez o Tribunal español⁵¹⁰. En caso de que la autoridad española desconozca a la autoridad competente del Estado ejecutor de la resolución de comiso, realizará las investigaciones pertinentes⁵¹¹, recurriendo incluso a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea (apartado 2 art. 6). De no existir convicción de la ubicación de los bienes, la autoridad española deberá transmitir la resolución al país de residencia de la persona física o al del domicilio social de la persona jurídica en contra de la que se haya dictado la medida del comiso (apartado 3 art. 6). Finalmente, si la transmisión deriva de una resolución de embargo “el Juez de lo Penal recabará los antecedentes al Juez de Instrucción a los efectos de continuar su tramitación” (segundo párrafo del apartado 1 art. 6).

⁵⁰⁹ DURBÁN SICILIA, L., «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (Comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)», *op. cit.*, pág. 35. Sin embargo, el autor vislumbra la posibilidad en casos puntuales de que también pueda considerarse como autoridades competentes al Tribunal Supremo y con menor probabilidad, incluye a los Juzgados de instrucción. Por otra parte observa GASCÓN INCHAUSTI que en España la autoridad competente será “el tribunal sentenciador” y nos remite a los artículos 794, 985 y 986 de la LECrim, que se refieren a la obligación de los Jueces y Tribunales a ejecutar las sentencias firmes y a la competencia que corresponde en caso de que se hubiere interpuesto recurso de casación.

⁵¹⁰ Debemos recordar que la comunicación entre autoridades judiciales de países miembros de la Unión Europea, deberá ser directa, evitando interferencia de autoridades del poder ejecutivo.

⁵¹¹ Para facilitar esta actividad, se cuenta con el “Atlas Judicial Europeo”, que puede consultarse en http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Home.aspx y que resulta un instrumento de gran ayuda.

Una vez acontecidas las circunstancias referidas en el párrafo antecedente, la autoridad judicial competente adoptará la decisión de transmitir la resolución de decomiso a otro (u otros) Estado⁵¹² en pos de obtener su reconocimiento y ejecución, y para ello deberá acompañar un certificado “firmado por la autoridad judicial penal española que, conforme a la legislación interna, fuere competente para su ejecución”⁵¹³ (apartado 1 art. 7).

Satisfechos todos estos requisitos, la autoridad receptora deberá proceder al reconocimiento y ejecución inmediata de la resolución de decomiso, excepto que existan causas de denegación o suspensión.

- b) Desde la perspectiva de recepción, la autoridad competente en España para ejecutar resoluciones de comiso corresponderá a los Jueces de lo Penal⁵¹⁴, quienes previo informe del Ministerio Fiscal deberán acodar su reconocimiento inmediato y por consecuencia la ejecución de la resolución de decomiso en el término de 15 días a partir de su recepción. Las solicitudes no

⁵¹² Los documentos que envía el Estado emisor (resolución de decomiso y certificado) deberán traducirse a la lengua oficial del Estado ejecutor (apartado 3 art. 7); la transmisión puede realizarse a través de “correo certificado, fax o medios informáticos o telemáticos que permitan acreditar la autenticidad del contenido, la certeza de la fecha y la identidad del remitente” (apartado 2 art. 7).

⁵¹³ La propia ley contempla en anexo el formato del certificado de referencia. En ese documento se recaban “todos los datos necesarios para que la autoridad judicial de destino pueda resolver con elementos suficientes de juicio” DURBÁN SICILIA, L., «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (Comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)», *op. cit.*, pág. 36.

⁵¹⁴ *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso y cooperación internacional. Aplicación del principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 19. Sin embargo, a decir de DURBÁN SICILIA surgen ciertos inconvenientes para que los juzgados de lo penal sean competentes para ejecutar las resoluciones de decomiso, debido en primer lugar a la carga de trabajo que estos tienen, además habiendo tantos jueces que pueden resultar competentes, la dispersión y la falta de criterio uniforme para interpretar las peticiones de resolución constituirán también un problema y por ello propone como deseable que “se optase por una autoridad judicial de naturaleza centra”. DURBÁN SICILIA, L., «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (Comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)», *op. cit.*, pág. 37. La competencia territorial se establecerá en concordancia con la ubicación de los bienes o, si no se logra ubicarlos, el de residencia habitual del condenado (apartado 2 art. 4).

estarán sujetas a control de doble tipificación respecto a los siguientes delitos (art. 14.1):

- Pertenencia a una organización delictiva.
- Terrorismo.
- Trata de seres humanos.
- Explotación sexual de menores y pornografía infantil.
- Tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas.
- Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos.
- Corrupción.
- Fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.
- Blanqueo de los productos del delito.
- Falsificación de moneda, con inclusión del euro.
- Delitos informáticos.
- Delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas.
- Ayuda a la entrada y a las estancias irregulares.
- Homicidio y agresión con lesiones graves.
- Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos.
- Secuestro, retención ilegal y toma de rehenes.
- Racismo y xenofobia.
- Robos organizados o a mano armada.
- Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte.
- Estafa.
- Chantaje y extorsión de fondos.

- Violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías.
- Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos.
- Falsificación de medios de pago.
- Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento.
- Tráfico ilícito de materias nucleares y radiactivas.
- Tráfico de vehículos robados.
- Violación.
- Incendio provocado.
- Delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.
- Apoderamiento ilegal de aeronaves y buques.
- Sabotaje⁵¹⁵.

Solamente en caso de que proceda, el Juez competente denegará el reconocimiento y la ejecución solicitados (art. 19.1), también en los casos de imposibilidad de ejecución (art. 20) o cuando proceda la suspensión (art. 21).

Para ejecutar el comiso, se deben llevar a cabo diversas actuaciones que pueden, en un momento dado, deparar perjuicio. En tales circunstancias “el sujeto pasivo del decomiso se encuentra jurídicamente obligado a soportar los daños que su ejecución le ocasionen”⁵¹⁶. Independientemente de esto, el artículo 5 de la Ley dispone que: “1. El Estado español reembolsará al Estado al que se haya transmitido la resolución las cantidades abonadas en concepto de reparación de daños y perjuicios causados a los titulares de derechos e intereses legítimos, siempre y cuando éstos no se debieran exclusivamente a la actividad de dicho Estado. 2. El Estado español reclamará al Estado de la autoridad judicial de emisión

⁵¹⁵ Todos los delitos que se enuncian en la ley, deberán estar sancionados en el Estado solicitante con una pena privativa de libertad “cuya duración máxima sea de al menos tres años”.

⁵¹⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso y cooperación internacional. Aplicación del principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 37.

el reembolso de las cantidades abonadas en concepto de reparación de daños y perjuicios causados a los titulares de derechos e intereses legítimos, siempre y cuando éstos no sean consecuencia exclusivamente del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o de error judicial.”.

En términos generales, esta ley se califica como una transposición adecuada de la DM 2006/783/JAI y que ha dado cumplimiento a las exigencias establecidas por la Unión Europea en materia de cooperación judicial⁵¹⁷.

Todavía queda mucho camino por recorrer y nos parece muy complicado —al menos por ahora— extender la figura del reconocimiento de decisiones de decomiso al reconocimiento de medidas de naturaleza civil relativas a la extinción de dominio.

No parece que tal circunstancia pueda tener verificativo en un futuro a corto o mediano plazo, y como todavía asistimos al desarrollo del potencial de la figura del comiso podríamos correr el riesgo de empantanar el terreno ya recorrido.

Para concluir, nos resta observar el desarrollo y madurez del alcance de la medida de decomiso en cuanto a este régimen de responsabilidad; pero para los fines de este trabajo, consideramos satisfactoria su aplicación y reconocimiento como una muestra más de la importancia de esta institución y figura protagonista en el combate de la delincuencia y “medio eficaz para cercenar su financiación”⁵¹⁸.

No debemos perder de vista que la idea de que una manera de combatir la delincuencia organizada es precisamente privando a los delincuentes de las ganancias

⁵¹⁷ Cfr. DURBÁN SICILIA, L., «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (Comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)», *op. cit.*, pág. 40.

⁵¹⁸ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 145.

ilícitas que esperan obtener al participar en dicha criminalidad se constituye como elemento central para la lucha contra este tipo de delincuencia.

Pese a los fallos y ausencias detectadas, justo es decir que consideramos que se han hecho grandes progresos en cuanto a la armonización y a la cooperación en la Unión Europea desde dos perspectivas distintas —y en realidad complementarias—: por un lado, la aproximación por lo menos mínima de legislaciones internas entre los diversos Estados miembros y, por otro, el perfeccionamiento de medidas de cooperación procesal efectiva⁵¹⁹.

II.5 La regulación del comiso en el sistema penal español

Entendemos que la forma en la que se estructura la gama de derechos y obligaciones, y el catálogo de delitos y sanciones de una legislación penal dirigidas a la protección del individuo y a la preservación de la colectividad, deben guardar estrecha relación con el sistema político y el modelo de Estado en el que se aplican.

De modo que, al surgir un cambio en un régimen político determinado necesariamente deberá corresponderle una modificación del ordenamiento penal que vaya acorde con sus principios y garantías. En palabras de BUENO ARÚS, “a cada régimen político, su Código penal”⁵²⁰. La coherencia entre la legislación y la forma de gobierno es un presupuesto.

⁵¹⁹ BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *op. cit.*, pág. 4.

⁵²⁰ BUENO ARÚS, F., «El sistema de penas en el Derecho Penal español desde la guerra civil hasta la democracia», *op. cit.*, pág. 151.

Esto es así porque resulta impensable que exista incongruencia entre el sistema legal de un país y su forma de gobierno. Necesariamente deben corresponderse el uno con la otra. No olvidemos que el orden legal nos permite deducir las características del sistema de gobierno y es el reflejo de una sociedad en un momento determinado.

Sin embargo, los cambios ocurridos a nivel social, cultural, histórico, político y hasta económico, se ven reflejados en la ley, que experimenta constantes mutaciones. Estas constantes modificaciones, deben estar a la altura de la realidad de las circunstancias en las que se impondrá el ordenamiento legal. Sin embargo, en ocasiones, estos procesos de constante variación afectan su estructura técnica y ponen en duda su racionalidad⁵²¹.

II.5.1 Antecedentes legislativos

España no es la excepción en esta vorágine de transformaciones en los ordenamientos legales⁵²². Tal como se ha modificado la forma de gobierno y el partido político a la cabeza de éste con el transcurso de los tiempos, así mismo se ha visto modificada la legislación. Por ello, es evidente que la codificación penal en España ha sido muy prolífica, y ha estado marcada por los distintos momentos sociales y políticos que han

⁵²¹ Vid. MARCILLA CÓRDOBA, G., «Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional (A propósito del libro de J. L. Díez Ripollés. 'La racionalidad de las leyes penales')», *Jueces para la Democracia*, núm. 52, 2005. Este fenómeno, nos dice la autora, viene potenciado por el aumento de leyes fruto del Estado asistencial, la consolidación de un derecho supranacional, la distribución de competencias y el pliegue del Poder Legislativo ante el poder económico.

⁵²² Sobre la evolución legislativa del comiso se puede consultar VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 6, 2006.

discurrido a lo largo de su historia⁵²³.

Concretamente, la institución del comiso ha experimentado esta constante metamorfosis, desde sus entrañas, variando su naturaleza jurídica y con ella, su estructura y principios rectores.

Actualmente la figura *genérica* del comiso se encuentra prevista por el artículo 127 del Código Penal, dentro del título VI relativo a las consecuencias accesorias. Además, en el artículo 128 del mismo cuerpo legal se encuentra establecido el principio de proporcionalidad respecto de la figura genérica del comiso. Junto a estas manifestaciones existen también diversas alusiones al comiso *específicas*. De estas últimas, la relativa al delito de tráfico de drogas y el blanqueo de los recursos derivados de esta actividad constituyen la referencia más importante. Además, existen especialidades en cuanto a los delitos de blanqueo de capitales, cohecho, tráfico de influencias y contra la seguridad vial; y el comiso contemplado en leyes penales especiales⁵²⁴.

A día de hoy, el comiso reviste una gran importancia, especialmente cuando se le considera como un instrumento eficaz para la aprehensión de las ganancias obtenidas por la comisión de ilícitos penales.

Sin embargo, no siempre ha sido así. Tal como hemos afirmado, el comiso era una figura de poco interés, que ocupaba un lugar marginal y que no se había utilizado como

⁵²³ La evolución reciente del comiso y el estudio de las etapas de su configuración asociada a las legislaciones penales se toma de la clasificación que en ese sentido formula por FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)», VV.AA., *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 111 y ss.

⁵²⁴ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., págs. 19 y ss. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., págs. 85 y ss.

herramienta indispensable en el combate a la criminalidad organizada⁵²⁵. La importancia de esta institución es muy reciente y los derroteros que ha tomado se analizarán a partir del siguiente capítulo de este trabajo. A ese momento nos remitimos, quede sin embargo señalada ahora su importancia.

Por lo que a su historia se refiere, el comiso nació hace mucho tiempo como una medida para dotar de recursos al Estado. Su inicio histórico data del tiempo de los romanos, momento en el que se consideró que la privación de bienes del delincuente (*confiscatio*⁵²⁶) podía ser un instrumento útil para combatir algunos de sus delitos.

No obstante lo dicho, es cierto que los antecedentes más remotos de esta institución provienen de la época más antigua del Derecho Romano. Creemos que esta pena encaminada a la desposesión parcial o total del patrimonio de la persona surgió en tiempos de César⁵²⁷. Su ejecución se imponía cuando se llevaban a cabo actos que atentaran contra los intereses colectivos. A esta clase de comiso, que además se dictaba sobre la totalidad del patrimonio del condenado, se le denominó *publicatio*. Con el paso del tiempo, surgió una nueva modalidad de la misma que se denominó *publicatio bonorum*, entendida como una figura autónoma del delito que no recaía sobre la totalidad de los bienes del condenado sino únicamente sobre una parte de ellos. Después de ésta, surgió aún una nueva forma conocida como *ademptio bonorum*, que se aplicó accesoriamente a la pena de exilio⁵²⁸.

En relación con ella, afirma MOMMSEN que “en la época posterior de la República y

⁵²⁵ Por su parte CEREZO DOMÍNGUEZ denuncia la escasez de estudios sobre el comiso, debidos a la falta de atención doctrinaria que se ha dado a esta figura. También y en profundidad, estas especialidades del comiso se pueden consultar en CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., págs. 3 y ss.

⁵²⁶ Cfr. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 13.

⁵²⁷ Vid. MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, op. cit., págs. 620 y ss.

⁵²⁸ Cfr. PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999, págs. 399 y ss.

en la primera del Principado, la punición de los individuos no sirvió a menudo para otra cosa sino para enriquecer al Estado, y hasta no raras veces se acudía a ella con el preferente propósito de conseguir apoderarse de los bienes del penado”⁵²⁹.

Posteriormente, en el periodo visigodo el comiso se utilizó para debilitar a los adversarios políticos del rey a través de la apropiación por parte de éste de grandes fortunas, situación que incluso prevaleció en la Edad Media. A partir del siglo XIII y en concordancia con los cambios sociales y políticos, el comiso se utilizó también como el castigo a través del cual el delincuente resarcía al poder político, por lo que la medida revestía un gran nivel de discrecionalidad. La pena de confiscación del patrimonio, que hasta el momento había sido impuesta como medida potestativa de los monarcas, fue abolida por la Constitución española de 1812⁵³⁰.

Efectivamente, en cuanto a la legislación española se refiere, la figura del comiso ha estado presente desde hace mucho tiempo y aunque no con el protagonismo que reviste actualmente, ha tenido ya una larga historia como una pena accesoria⁵³¹.

Afirma CORTÉS BECHIARELLI que sin temor a equivocarse, “el instituto jurídico-penal del comiso ha estado buscando su verdadera identidad desde que apareció en el Código penal de 1822”⁵³². Justamente es a partir de esa legislación de 1822 en la que se

⁵²⁹ MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, *op. cit.*, pág. 620.

⁵³⁰ *Idem*. En este mismo orden de ideas, BECCARIA realiza una feroz crítica respecto a la confiscación, puesto que este tipo de medidas “ponen un precio a las cabezas de los débiles, hacen sufrir al inocente la pena del reo, y colocan a los mismos inocentes en la desesperada necesidad de cometer delitos”. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, *op. cit.*, pág. 69.

⁵³¹ *Cfr.* FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «El comiso de bienes en el delito de tráfico ilegal de drogas: el artículo 374 del Código Penal», *op. cit.*, págs. 85 y ss. Al respecto, el autor explica que la figura del comiso nacida en el código de 1822 se conservó de esa forma durante más de un siglo y excepto por el código de 1928 que la transformó en medida de seguridad, el comiso sostuvo su naturaleza de pena hasta la entrada en vigor del código de 1995. A partir de ese ordenamiento jurídico, el comiso ha cobrado cada vez mayor importancia y es en estos, más de tres lustros, que ha tenido un importante desarrollo.

⁵³² CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)»,

ubica el nacimiento de la figura del comiso en la legislación española, que prevalece como pena hasta 1995⁵³³.

Esta institución que vio la luz en la legislación penal como pena, posteriormente se transformó en medida de seguridad, a continuación retomó su naturaleza de pena y al final y hasta nuestros días es considerada como consecuencia accesoria del grupo de penas que se impone a los delincuentes reos de delitos de delincuencia organizada en el más amplio sentido del término.

La evolución que se ha operado en torno al combate del crimen organizado, y específicamente la relativa al comiso, ha alcanzado gran importancia en nuestros días. Situación ésta que conduce a que el comiso se profile como una institución variopinta, que a lo largo de su presencia en el ordenamiento legal ha provocado la reformulación de conceptos y principios y que, al menos así lo estimamos, seguirá desarrollándose en este camino de independencia y autonomía, que ya algunos plantean como el camino hacia el nacimiento de la figura de la extinción de dominio⁵³⁴.

Como no podría ser de otro modo, la realidad muestra que la figura del comiso en las últimas décadas ha estado plagada de reformas, precedidas de enconadas discusiones en cuanto a su naturaleza, a su extensión, a su concepción en el ordenamiento legal, a su uniformidad con figuras similares en los países que conforman la Unión Europea y la

VV.AA., *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pág. 110.

⁵³³ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 34, fasc. 2 y 3, 1981, págs. 617 y ss.

⁵³⁴ En este sentido se ha posicionado BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 165. Al referirse a la extinción de dominio, MORÁN MARTÍNEZ observa que en algunos países esta figura ha surgido como una alternativa no penal a la institución del comiso, y que debido a su naturaleza no requiere reunir todas las exigencias, en cuanto a principios y garantías se refiere, del Derecho Penal. Vid. MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», *op. cit.*, pág. 381.

comunidad mundial. En resumen, es una institución en constante mutación.

En vista de lo anterior, se proponen cambios cada vez más estructurales, y se afirma que “las transformaciones que se propugnan alcanzan a todos los niveles de la intervención penal, tanto al plano sustantivo como procesal y a la cooperación internacional”⁵³⁵.

En cuanto a su historia más próxima, debemos situarnos en el inicio de la década de los setenta, caracterizada principalmente porque en España prevalecía una dictadura como forma de gobierno. El comiso era considerado para entonces como una pena accesoria.

Así lo disponía el Código de 1973 en su artículo 27⁵³⁶. Entendemos que la asignación de esta naturaleza a dicha institución resultaba poco acertada, puesto que, como ya lo veremos con más detalle, la condición de pena limitó al comiso a su mínimo potencial. Y es que no podía ser de otro modo, ya que el carácter de pena imponía al comiso límites tan estrechos que su imposición era muy complicada y esto generaba la consecuencia de que su eficiencia se viera severamente disminuida.

Por ello, y para los efectos de esta investigación, hemos decidido ubicar como punto de partida el Código Penal de 1995. Creemos que no será aventurado en exceso, puesto que éste cuerpo legal fue el primero que se promulgó a partir de la Constitución de 1978, incluyendo esta figura que ya venía gestándose con anterioridad debido al nacimiento de un régimen democrático que se produce en España a partir de 1975⁵³⁷.

BACIGALUPO describe a esta ley suprema —la Constitución de 1978— como “el

⁵³⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, pág. 95.

⁵³⁶ Decreto 3096/1973 de 14 de septiembre de 1973 publicado en el Boletín Oficial del Estado, (BOE), núm. 297, 12 de diciembre de 1973, págs. 24004-24018.

⁵³⁷ *Cfr.* BUENO ARÚS, F., «El sistema de penas en el Derecho Penal español desde la guerra civil hasta la democracia», *VV.AA., op. cit.*, pág. 151.

mayor acontecimiento jurídico ocurrido en los últimos (quince) años”⁵³⁸. Y por su parte MIR PUIG afirma que “la aprobación en 1978 de la Constitución española abrió las puertas a una nueva etapa para el Derecho Penal español”⁵³⁹.

Estas y otras muchas afirmaciones del mismo cariz muestran que este ordenamiento legal marca el nacimiento de la vida democrática española y pone en evidencia la necesidad de una legislación penal acorde con las nuevas condiciones sociales, políticas, técnico-jurídicas y económicas en el país⁵⁴⁰.

Ya hemos referido antes que el sistema jurídico debe necesariamente corresponderse con el sistema político, a reserva de generar un abismo entre el uno y el otro como reflejo de la incongruencia entre ambos. Por ello, debemos tomar en cuenta que la Constitución Española de 1978 se considera como el texto a través del que se “se han definido o recogido los rasgos básicos de un modelo jurídico-político singular al que se viene denominando Estado constitucional de derecho”⁵⁴¹.

A partir de estas ideas, al hablar de la evolución histórica del comiso MANZANARES SAMANIEGO refiere que “con todo, su extendido rechazo, incluso a nivel constitucional, ha convertido al comiso en el único representante indiscutido de la confiscación”⁵⁴². Y es que debemos entender que el comiso es una medida apegada a los principios clásicos del

⁵³⁸ BACIGALUPO, E., «Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa», VV.AA., *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 1.

⁵³⁹ MIR PUIG, S., «Constitución, Derecho penal y globalización», *op. cit.*, 2007, pág. 3.

⁵⁴⁰ Cfr. JORGE BARREIRO, A., «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *op. cit.*, pág. 487.

⁵⁴¹ PEÑA FREIRE, A. M., «Garantismo y derechos fundamentales», VV.AA., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 749. El autor refiere la forma en la que la constitución debe garantizar derechos fundamentales y enmarcar todos los cuerpos legales para garantizar la protección de tales derechos. A pesar de esto, el sistema de derechos y garantías no debe imprimirse “a golpe de cincel”, sino a través de la apertura, transparencia e inclusión.

⁵⁴² MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», *op. cit.*, pág. 252.

Derecho Penal y respetuoso de las garantías fundamentales, diferente a la confiscación abandonada al arbitrio de la autoridad facultada para imponerlo.

Podemos afirmar que nada tienen ya en común las expoliaciones surgidas en tiempos de los romanos y bien explotadas por los monarcas en contra de sus adversarios políticos y el decomiso de nuestros días.

Sin embargo “la democracia española instaurada en 1977 heredaba un viejo código penal”⁵⁴³. A pesar del nacimiento de una nueva Constitución, la legislación penal que provenía de la Dictadura se conservó. Para hacerlo, se realizaron las modificaciones necesarias que posibilitaban su aplicación en el sistema democrático naciente. Y a pesar de que se ha ubicado a la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo que reformó el Código Penal⁵⁴⁴, como el punto de partida del “desarrollo normativo de la institución del comiso”⁵⁴⁵, lo cierto es que creemos que resulta más correcto referirnos a las condiciones históricas y al Código de 1995 como el origen de la expansión de la figura del comiso.

No es sino hasta después de la época de la Dictadura, concluida a finales de los años setenta y con el arribo del sistema democrático a España, cuando se plantea la necesidad de una legislación penal que reflejara las nuevas condiciones sociales, políticas y tecno-jurídicas del momento⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Díez Ripollés, J. L., «La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006, pág. 2.

⁵⁴⁴ Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 74, 26 de marzo de 1988, págs. 9498-9499.

⁵⁴⁵ Jiménez-Villarejo Fernández, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 99. Además se afirma también que este desarrollo de la figura del comiso se debe al combate contra el delito de narcotráfico.

⁵⁴⁶ A este respecto se resalta la necesidad de acompañar la Constitución española de 1978 con un ordenamiento penal que respondiera a las nuevas condiciones democráticas del país. Sobre este tema *vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Introducción al nuevo Código Penal español: líneas directrices y contenido fundamental», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 10, octubre 1997, pág. 9.

Este lapso de tiempo es descrito por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE como un período lleno de diversas reformas parciales, en el que se *reinterpretaron* los preceptos del Derecho penal a la luz de las decisiones del Tribunal Constitucional. El Código de 1995 llega “precedido de un amplio debate en especial en lo que afecta a los aspectos dogmáticos de su parte general”⁵⁴⁷.

Hasta este momento, justo es reconocer que en el anterior arribo de la reforma de 1995 la figura del comiso presentaba un problema evidente. El más importante de ellos es quizá que al tratarse de una pena —como ya hemos señalado— se encontraba sometida a los principios y garantías penales, entre otros, el principio de personalidad, que implicaba que su imposición debía derivarse necesariamente del fijamiento de la responsabilidad penal del sujeto. Resultaba una así una medida poco práctica y de difícil materialización en la realidad por tratarse de un instrumento demasiado rígido⁵⁴⁸. De modo que aunque existía no se aplicaba en la profundidad que el caso requería, deviniendo por lo mismo bastante inútil.

Sin embargo, es hasta 1995 que las aspiraciones de un nuevo ordenamiento penal se hacen realidad. Es hasta este momento que nace un Código Penal producto del sistema democrático instaurado más de quince años atrás⁵⁴⁹. Este ordenamiento penal se sometió a las bases sentadas por el orden constitucional, pues, a fin de cuentas, el impacto más

⁵⁴⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Algunos problemas dogmáticos y su solución en el nuevo Código Penal español», *Revista Penal*, núm. 11, 1998, pág. 17.

⁵⁴⁸ *Vid.* RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*

⁵⁴⁹ GIMENO SENDRA califica al Código Penal como “un buen texto penal sustantivo” que se apoya en una filosofía que lo ha hecho dejar atrás el sistema penas-escala; sin embargo “toda esta filosofía humanista sobre la que descansa el nuevo CP puede irse al traste si llega demasiado tarde, si para su aplicación cuenta con una LECRIM que, en consonancia con el anterior Código Penal retribucionista, autoritario y, en no pocas ocasiones, inhumano”. GIMENO SENDRA, V., «La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia a los delitos contra el orden socio-económico», *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pág. 31. Esta reflexión puede bien aplicarse a toda norma penal sustantiva, en la medida en que para su efectiva realización requiere siempre estar acompañada de una norma penal adjetiva adecuada.

importante que tiene la Constitución sobre el Código Penal lo constituye un principio básico, relacionado con la democracia: el principio de legalidad⁵⁵⁰.

Efectivamente, a más de tres lustros de haber visto la luz el nuevo régimen democrático español, vigente hasta nuestros días, fue publicado en 1995 el “Código Penal de la democracia”⁵⁵¹, más acorde con las nuevas circunstancias y necesidades sociales. Nace un ordenamiento “de nueva planta, de nuevo cuño”⁵⁵².

En relación con este asunto, resalta BUENO ARÚS que a pesar de que “los últimos Gobiernos españoles se percataron desde luego de la urgencia de esa pareja quijotesca, Constitución+Código penal, éste ha tardado solamente veinte años en promulgarse a partir del cambio constitucional. Menos da una piedra”⁵⁵³.

La llegada tardía del Código Penal no es óbice para que éste se profile como un ordenamiento que basa su estructura en los principios de legalidad, de intervención mínima, de proporcionalidad, de culpabilidad, de tipicidad y de todos aquellos que corresponden a un sistema democrático.

Un ordenamiento contrario a estos principios no podría concebirse en la España actual. Es que, aun admitiendo muchas cuestiones perfectibles, lo cierto es que urgía un ordenamiento jurídico de manufactura totalmente democrática que viniese a suplir estos fallos. Dicho esto, sin que se entienda que pretendemos menospreciar el esfuerzo que se

⁵⁵⁰ BACIGALUPO, E., «Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa», *op. cit.*, pág. 2.

⁵⁵¹ *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., «Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad», VV.AA., *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, España, 2004, págs. 1197-1226.

⁵⁵² JORGE BARREIRO, A., «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *op. cit.*, pág. 487.

⁵⁵³ BUENO ARÚS, F., «El sistema de penas en el Derecho Penal español desde la guerra civil hasta la democracia», *op. cit.*, pág. 151.

realizó con la reforma de 1983⁵⁵⁴ o en reformas posteriores. Nada más lejos de nuestra intención. No obstante, y con la única voluntad de no falsear la realidad, nos parece necesario mencionar algunas de las ausencias que encontramos injustificadas y que nos alegramos que estén siendo modificadas y tomadas en cuenta actualmente.

Fruto de todos estos condicionantes, ve la luz el Código Penal de 1995⁵⁵⁵. No cabe duda de que “la entrada en vigor de un nuevo Código Penal constituía una necesidad histórica”; sin embargo “resulta difícilmente admisible la tardanza con la que el mal llamado ‘Código Penal de la Democracia’ ha nacido”⁵⁵⁶.

Muchos años después de la llegada de la democracia, al fin se ponía en marcha el Código Penal, también relacionado con la democracia. Era ya insoslayable. Todos los cambios que habían operado en España a partir de la caída de la Dictadura no habían sido capaces de impulsar también el nacimiento de un nuevo ordenamiento de carácter penal. Pero ya había llegado el momento y su nacimiento era imparable.

Al principio, con la reciente llegada de la democracia, podía justificarse la demora debido a la necesidad de un amplio estudio y de una profunda reflexión que diera vida a un nuevo Código Penal. Pero este lapso de tiempo se extendió en demasía. El *Código de la democracia* se hacía esperar.

⁵⁵⁴ LO 8/1983. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 152, 27 de junio de 1983, págs. 17909-17919. En la exposición de motivos se establece la necesidad de un periodo de tiempo para realizar un proyecto de reforma guiado por la reflexión, la doctrina y el nuevo sistema democrático. Sin embargo, existen cuestiones que no pueden esperar por esa reforma y requieren solución inmediata. Apremia la aplicación del principio de culpabilidad y el de concreción del hecho. En resumen, se trata de una modificación transitoria, en aras de la promulgación de un nuevo código penal, pero que debido a la premura tienen que realizarse sin esperar tal legislación.

⁵⁵⁵ LO 10/1995. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 281, 24 de noviembre de 1995, págs. 33987-34058.

⁵⁵⁶ CARBONEL MATEU, J. C., PRATS CANUT, J. M., «Observaciones generales sobre el código penal de 1995», *op. cit.*, pág. 67.

Sin embargo, parece ser que el transcurso de tantos años de espera también generó altas expectativas. Tal como si el paso del tiempo fuera garantía de una legislación brillante. Pero quizá no fue así, o al menos eso defienden algunos autores que como, LANDROVE DÍAZ, afirman que el Código de 1995 resultó ser “escasamente democrático”⁵⁵⁷.

Esta opinión dura —sin lugar a dudas— es matizada por otra parte de la doctrina que entiende que este calificativo de democrático referido al nuevo Código se asignó de acuerdo al momento que se vivía, no porque el nuevo Código constituyera una versión democrática del ordenamiento penal.

Más allá de esto, se trató de una legislación que extendió sus límites hasta llegar a aspectos ambientales, económicos y de nuevas tecnologías. A pesar de su técnica de remisión a otras normas y la existencia de normas en blanco, este ordenamiento legal logró preservar los principios del Estado de Derecho⁵⁵⁸.

En este mismo sentido, BUENO ARÚS afirma que “el nuevo Código penal y su entorno no entusiasmaron aunque, fríamente, creo que sí convencieron”⁵⁵⁹. Sin embargo y contrariamente a esto, en opinión de LANDROVE DÍAZ “el Código penal de la democracia es el fruto mediocre de un largo proceso de elaboración no caracterizado precisamente por su ejemplaridad”⁵⁶⁰.

En este mismo tenor, pero con una visión más dulcificada, TAMARIT SUMALLA

⁵⁵⁷ LANDROVE DÍAZ, G., «La represión de la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 31.

⁵⁵⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., «Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008», *Revista Penal*, núm. 25, 2009, pág. 109.

⁵⁵⁹ BUENO ARÚS, F., «El sistema de penas en el Derecho Penal español desde la guerra civil hasta la democracia», *op. cit.*, pág. 152.

⁵⁶⁰ LANDROVE DÍAZ, G., «La represión de la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 31. El autor se refiere a una muy pobre exposición de motivos, en la que lejos de resaltar la técnica jurídica y las bases y principios de la democracia, se hace un ejercicio de falsa modestia para cubrir un “injustificado triunfalismo”, reconociendo la imperfección del ordenamiento e invitando a las fuerzas políticas y a los ciudadanos a perfeccionarla.

afirma que éste Código no logró satisfacer las expectativas que se habían generado respecto a la reforma penal aunque a su juicio optó por una “línea político-criminalmente acertada con innovaciones”⁵⁶¹.

A pesar de que se le asigna una característica eminentemente expansiva al Código penal de 1995, se afirma que “la valoración positiva que importantes sectores doctrinales han realizado del mismo, pone de relieve cómo la tónica “huida (selectiva) al Derecho penal” no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos”⁵⁶². Sin embargo, y en contraposición con esta afirmación, también hay quien afirma que “el CP de 1995 fue objeto no ya de las lógicas críticas, sino de diversas descalificaciones de muy diversa naturaleza”⁵⁶³.

Todo lo anterior refleja la polarización que generó en el ánimo de los estudiosos del Derecho este nuevo texto penal. Parece que además de muchos años de tardanza en su llegada el Código Penal de 1995 acumuló feroces críticas y, frente a estas, valoraciones positivas. Situación ésta que confirma la expectativa que generó su creación, y la posible politización de su contenido.

Sea como fuere, lo cierto es que al tenor de esta legislación se llevó a cabo una reestructura del sistema de penas español, considerándolo más allá de una lista de posibles respuestas sancionadoras frente al delito. Coincidimos con la concepción de este sistema de penas como “el conjunto de mecanismos en virtud del cual, en el marco de la Constitución de 1978, el Código penal se adecuaba a aquel momento histórico”⁵⁶⁴. Pues bien, tanto el

⁵⁶¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., «La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma», *op. cit.*, pág. 79.

⁵⁶² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*, pág. 5.

⁵⁶³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa», *op. cit.*, pág. 53.

⁵⁶⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y estado de derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010,

momento histórico como el ordenamiento penal de 1995 resultan cruciales para el decomiso.

En efecto, para la institución del comiso este ordenamiento penal marcó un verdadero hito, al fabricarle una novedosa y —hasta ese momento— desconocida naturaleza jurídica.

A los efectos de este trabajo de investigación, podemos afirmar que el Código Penal español de 1995 resulta ser el ordenamiento legal más innovador de los hasta ahora estudiados. Merece esta calificación porque trastocando la condición de pena del comiso cambió radicalmente su estructura y naturaleza, y con esta decisión prolongó y extendió un amplio debate doctrinario que se encuentra vigente hasta nuestros días⁵⁶⁵.

El artículo 127 del Código Penal dispone textualmente que “toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

Esta legislación independizó al comiso de todo el cerco de garantías y principios relativos a la pena, liberándolo de esa extrema rigidez y convirtiéndolo en una figura más

pág. 86.

⁵⁶⁵ Vid. VV.AA., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepin, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2006, págs. 755 y ss.

sencilla de aplicar⁵⁶⁶.

De su calidad como pena, el comiso se transforma en consecuencia accesoria de ésta⁵⁶⁷. Por ello afirmamos que en 1995 se transformó esta institución y se revolucionó la esencia del comiso. Y se hizo de modo que esta modificación y determinación de la naturaleza de consecuencia accesoria del comiso prevalezca hasta nuestros días.

A través de esta mutación, se pretendió dar un alcance y un impulso distintos a la figura del decomiso. Se extrajo del catálogo de penas y fue trasladado a un nuevo capítulo, adquiriendo así su nueva denominación. Se fincó así el primer paso para que el comiso iniciara su proceso de crecimiento.

De este modo, el comiso debuta como consecuencia accesoria al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad⁵⁶⁸. A partir de este momento, surgió una tercera clase de sanción penal, un *tertium genus*⁵⁶⁹.

La figura del comiso se erigió entonces como una sanción derivada del delito pero distinta de la pena⁵⁷⁰. En este momento legislativo, el comiso se emancipó —por lo menos hasta el día de hoy—de su naturaleza de pena y con ello se dio inicio a una constante discusión doctrinal en cuanto a su condición.

⁵⁶⁶ Sin embargo VIZUETA FERNÁNDEZ opina que a pesar de la profunda modificación sufrida por el comiso en la legislación de 1995, no se solucionó el problema de la exigencia de la imposición de la pena a fin de decretarlo. Vid. VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007.

⁵⁶⁷ Vid. RAMÓN RIBAS, E., «Título VI. De las consecuencias accesorias», VV.AA., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 659 y ss.

⁵⁶⁸ GUINARTE CABADA, G., «Título VI. De las consecuencias accesorias», VV.AA., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 657.

⁵⁶⁹ Vid. GRACIA MARTÍN, L., (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996 y MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, págs. 1-17.

⁵⁷⁰ DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 214.

Sin embargo, a pesar de esta metamorfosis, se afirma que “si bien el cambio fue aplaudido, pronto se vislumbraron sus limitaciones, ya que seguía manteniéndose el presupuesto para la aplicación del comiso de la imposición de un delito o falta doloso”⁵⁷¹. El legislador, por tanto, se resiste a romper el lazo entre la imposición de la pena y la del comiso, así que decide conservar a aquélla como presupuesto de éste.

En tales circunstancias, no cesan los problemas existentes en cuanto a la inflexibilidad de la figura del comiso y continúa la problemática de su aplicación cuando no se logre imponer alguna pena⁵⁷².

Esta situación nos permite percatarnos de que la modificación que propició el Código Penal de 1995, aunque muy innovadora y de gran envergadura, no es suficiente para resolver todas las complejidades de la institución del comiso.

Sin embargo, el cambio de naturaleza de esta medida, operado por el Código de 1995, trajo consigo una extensión de los bienes susceptibles de ser decomisados, pues además de instrumentos y efectos del delito, esta medida alcanza igualmente a las ganancias obtenidas por la perpetración del mismo y a las transformaciones que tales bienes hubieran experimentado⁵⁷³.

Además, dentro del texto legal también se limita la imposición de la figura cuando los bienes sobre los que recaiga el comiso pertenezcan a un tercero que debe reunir las siguientes cualidades:

⁵⁷¹ CEREIJO SOTO, A., «Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de Marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso», *op. cit.*, pág. 7.

⁵⁷² GUINARTE CABADA, G., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 657.

⁵⁷³ Artículo 127.

-
- a) De buena fe.
 - b) No responsable del delito.
 - c) Que haya adquirido legalmente el bien.

Es decir, que este dispositivo legal abre la posibilidad de que el comiso pudiera alcanzar bienes propiedad de terceros no responsables del delito en los casos en los que no sea posible acreditar la buena fe y la adquisición legal de tales bienes⁵⁷⁴. Sin embargo, sí se requiere la imposición de una pena para poder decretar el comiso⁵⁷⁵.

Por todo lo anterior, se reconoce que la renovada pena pecuniaria del comiso puede llegar a ser un instrumento valioso especialmente en cuanto a la materia económica. Esto es así debido a la extensión de esta medida respecto de cualquier provecho o ventaja patrimonial obtenida por la comisión del delito⁵⁷⁶. Posiblemente esta es la cuestión que representa la expansión de mayor dimensión de esta figura.

Conviene igualmente advertir que en este periodo podemos observar que el comiso se aleja poco a poco de esa posición marginal que ocupaba dentro de la legislación. Es así puesto que a pesar de que se estructuró como una figura rígida que requería la declaración de responsabilidad penal de alguna persona y la imposición de una pena, al menos se perfilaba hacia una limitada flexibilización en cuanto a su imposición.

Aun así, la figura estaba limitada porque de no haber sido así hubiera resultado imposible aplicar la medida a una persona jurídica o ante un delito culposos. Esos pasos

⁵⁷⁴ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El Comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal», *Boletín de Información, Ministerio de Justicia*, núm. 1342, 1984, págs. 4 y ss.

⁵⁷⁵ Artículos 127 y 128.

⁵⁷⁶ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., «La represión de la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 41.

tendrían que ser dados por el legislador en futuras modificaciones.

Además de la mutación de su naturaleza, el comiso de ganancias en el Código de 1995 se extendió por vez primera, de forma general, a todos los delitos. Antes de la reforma, solamente las ganancias derivadas de los delitos de tráfico de drogas y de cohecho eran sujetas de decomiso⁵⁷⁷.

Ya se tomaba en cuenta, desde entonces, el principio de equidad en cuanto a considerar que el delito no puede representar un beneficio económico y que por ello las ventajas o provechos que se deriven de la comisión de aquel deben ser retirados por disposición legal. Es una razón de equidad. La ley no debe permitir una situación patrimonial ilícita.

A partir de la entrada en vigor del *Código democrático*, el comiso ve extendidas sus dimensiones a todo tipo de delitos con el objeto de retirar las ganancias obtenidas por la comisión de ilícitos, con excepción de aquellos bienes pertenecientes a terceros de buena fe, que ya hemos mencionado anteriormente, y que requieren que la adquisición de tales bienes se haya realizado legalmente⁵⁷⁸.

Como podemos observar, la metamorfosis experimentada por el comiso se dirige esencialmente a facilitar su aplicación, puesto que se trataba de una medida tan rígida que su efectiva aplicación resultaba poco operativa en la realidad⁵⁷⁹.

Y es que aun admitiendo la novedad que aportó en su momento la regulación del

⁵⁷⁷ GUINARTE CABADA, G., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 657.

⁵⁷⁸ *Ibidem.*, pág. 660. El autor refiere que la extensión del comiso a las ganancias, había sido un reclamo constante de la doctrina, que había dado sus primeros frutos respecto de los delitos de tráfico de drogas y cohecho.

⁵⁷⁹ *Cfr.* RAMÓN RIBAS, E., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, págs. 661 y ss.

comiso el texto legal requería perfeccionarse y replantearse en algunos aspectos. Según la perspectiva de AGUADO CORREA, esta figura era considerada como *obsoleta y deficiente*, en términos generales, pero específicamente por lo que respecta al decomiso de las ganancias; por ello advertía de la urgencia a las autoridades competentes para que se realizaran las reformas necesarias para acoplar la legislación a la realidad, siendo sin embargo consciente de la posibilidad de que en una modificación no se lograsen sortear todas las críticas existentes. Tanto es así que la misma autora anunciaba que surgirán más críticas⁵⁸⁰, como de hecho sucedió y sigue sucediendo.

Además de las especificidades de la figura general del comiso, nace también, con el Código de 1995, la disposición relativa al principio de proporcionalidad que le corresponde a esa institución. Así lo dispone el artículo 128 del Código Penal, en el que se establece que “cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”.

El antecedente de esta disposición lo encontramos en el artículo 48 del Código Penal de 1983 y la única diferencia que se observa consiste en la posibilidad de garantizar el cumplimiento de la responsabilidad civil a través de los bienes decomisados.

Bajo estas circunstancias nació el nuevo Código Penal de 2003⁵⁸¹, en un momento en el que “la idea de seguridad preside las iniciativas represivas que se imponen en la política penal de nuestro país”⁵⁸². Y esto porque a raíz de la globalización y el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación se difunden a través de los medios de

⁵⁸⁰ AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 05-04, 2003, pág. 2.

⁵⁸¹ LO 15/2003. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 283, 26 de noviembre de 2003, págs. 41842-41875.

⁵⁸² MAQUEDA ABREU, M. L., «Crítica a la reforma penal anunciada», *op. cit.*, pág. 6.

comunicación noticias que causan alarma social y que potencian una sensación de temor creciente. También se observa en esta reforma el ansia de *prevenir* el eventual riesgo que pueda llegar a surgir.

Tal como BECK alerta, nos hemos encaminado hacia una concepción de la *sociedad de riesgo* en la que todo puede representar una potencial amenaza, aunque ésta no se materialice realmente⁵⁸³. La tendencia a visualizar el riesgo surge de la falta de confianza en la seguridad⁵⁸⁴.

El Código de 2003 muestra esta propensión a la cultura de la prevención de las amenazas que implican los riesgos⁵⁸⁵. Con críticas de este calibre es recibida la reforma de 2003, que resultó extremadamente represiva en cuanto a la extensión y a las modalidades de la institución del comiso dispuestas en el ordenamiento legal, y que analizaremos en los siguientes párrafos. Si el Código de 1995 se relacionó con la democracia, el Código de 2003 fue tildado como el “código de la seguridad”⁵⁸⁶.

En cuanto al comiso, este fenómeno de expansión y represión también dejó su huella. Esta huella se manifiesta de diferentes maneras. En primer lugar, en la ampliación de la figura hasta alcanzar a los bienes y medios con los que se haya preparado el delito; y en segundo término, la previsión del comiso de bienes por valor equivalente⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Cfr. BECK, U., «Retorno a la teoría de la sociedad de riesgo», *op. cit.*, págs. 10 y ss. Esta teoría perfectamente aplica al contexto en el que se desarrolló el proyecto de reforma del código penal de 2003.

⁵⁸⁴ Vid. OTERO PARGA, M., *A seguridade no Direito*, *op. cit.*

⁵⁸⁵ TÉLLEZ AGUILERA realiza un análisis de las implicaciones penológicas operadas en la reforma de 2003. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, núm. 1, Enero 2004, págs. 1 y ss.

⁵⁸⁶ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., «Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad», *op. cit.*, págs. 1197 y ss.

⁵⁸⁷ VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho Penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *op. cit.*, pág. 16.

Respecto a este proceso de modificación de la ley, ABEL SOUTO afirma categóricamente que antes de éste no había observado “cotas tan altas de deficiencia en la técnica de tipificación”, y aún, más severo, continúa refiriendo que existe “una ausencia absoluta del mínimo cuidado a la hora de redactar esta reforma, dejadez que genera abundantes discordancias y errores”⁵⁸⁸.

A través de la mayoría absoluta en el Congreso, se infiltraron múltiples reformas en el sistema jurídico español, que había sido tradicionalmente liberal, alterando con ellas la política criminal vigente hasta esos días. En otras palabras, se operó un “cambio de rumbo en la política criminal española, una verdadera contrarreforma del Derecho Penal”⁵⁸⁹, caracterizado por la influencia internacional, dejando de lado el fenómeno de la delincuencia propiamente dicho.

Concretamente el artículo 127 del Código Penal —reformado en 2003— textualmente dispone:

“1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

⁵⁸⁸ ABEL SOUTO, M., «Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que antes de su entrada en vigor deben ser erradicados del Texto punitivo», *Revista Xurídica Galega*, núm. 42, 2004, págs. 37 y ss. El autor hace una férrea crítica del texto punitivo y refiere que se trata de un retroceso. Lo anterior, con todas las implicaciones que esto supone: menos garantías, más severidad.

⁵⁸⁹ MIR PUIG, S., «Contexto internacional y español de la contrarreforma del Derecho penal español», VV.AA., *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 15.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. 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 estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

Como se puede apreciar, este nuevo artículo 127 se dividió en cuatro apartados. En el numeral 2 da vida, dentro del Derecho Penal español, al *comiso equivalente* cuando por alguna razón los bienes susceptibles de ser decomisados no se encuentren disponibles. Esta medida resulta vital, puesto que permite la efectiva realización del comiso a pesar de que el delincuente al tratar de evadir la imposición de esta medida oculte o transforme los bienes sujetos a dicha imposición. También resulta adecuada la aplicación de esta disposición cuando las ganancias ilícitas se mezclen con otros bienes lícitamente obtenidos con el objetivo de evitar que éstos últimos, es decir, los que fueron lícitamente adquiridos sean decomisados. Por otro lado, en el apartado 3 se rompe el nexo entre la pena y la imposición del comiso: basta con que se realice la conducta ilícita para recurrir al comiso.

Sin embargo, con la expansión y la mayor severidad, también parece haber surgido una limitación al sistema de garantías. Esto puede deberse a que las personas encargadas de llevar a cabo las iniciativas y la eventual reforma del ordenamiento penal, a decir de BUENO ARÚS, “trataron de poner en pie una política criminal basada exclusivamente en la

prevención general negativa, reduciendo las garantías en aras de la seguridad”⁵⁹⁰.

Esa circunstancia ha provocado, entre otros, los efectos de que en torno a esta legislación existen feroces críticas debido a que se materializa el fenómeno expansivo, y además porque “se ha producido un auténtico y total cambio del sistema de penas y éste no es acorde con una política criminal humanitaria, eficaz, avanzada y proporcional (justa)”⁵⁹¹.

Aun admitiendo que estas críticas puedan ser de calado, y a pesar de esta restricción de garantías, no podemos olvidar que esta nueva regulación del comiso surge por la necesidad de cumplir España los acuerdos internacionales a los que se había comprometido en años precedentes y en los ámbitos señalados⁵⁹². Además de que el texto legal se construye en un contexto marcado por la sensación de inseguridad o *una psicosis de miedo en la sociedad*, que los Estados intentan solucionar con una respuesta de endurecimiento de las penas, creando nuevos delitos y estrechando el cerco de garantías concernientes a los imputados.

Así las cosas, y en la opinión de una parte de la doctrina, la realidad fue que se generó un entorno propenso al *autoritarismo penal* derivado de diversas inclinaciones político-criminales caracterizadas, en algunos casos, por la *tolerancia cero* y en otras ocasiones por el *Derecho Penal del enemigo*⁵⁹³, ideas de protección extrema en contextos de limitación de garantías que también ha calado en el campo procesal con el llamado *Derecho*

⁵⁹⁰ BUENO ARÚS, F., «El sistema de penas en el Derecho Penal español desde la guerra civil hasta la democracia», *op. cit.*, págs. 174 y ss.

⁵⁹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa», *op. cit.*, pág. 55.

⁵⁹² *Vid.* FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *op. cit.*, págs. 585 y ss.

⁵⁹³ *Cfr.* MUÑOZ CONDE, F., «Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008», *op. cit.*, págs. 108 y ss.

*Procesal penal del enemigo*⁵⁹⁴.

Ante esta situación, recordamos las palabras de BECCARIA al afirmar que “una útil injusticia no puede ser tolerada por aquel legislador que quiera cerrar todas las puertas a la vigilante tiranía”⁵⁹⁵.

En nuestra opinión, frente a esta situación extrema hay que responder con un rotundo *no* a la disminución irrestricta de garantías en aras de imponer una justicia a toda costa, negando que esta materia el legislador tenga que operar por el criterio economicista de encontrar un resultado positivo posterior al calculado análisis de coste/beneficio. El ordenamiento legal, y principalmente la legislación penal, debe ser muy estricta en cuanto a la defensa de garantías fundamentales se trata. Ni por razones de eficiencia, ni para hacer de una figura como el comiso una medida efectiva, y ni siquiera para cumplir con los estándares que impone la comunidad internacional, debe quebrarse el sistema de principios básicos que justamente se diseñaron en razón del respeto a la dignidad humana y que encuentran reconocimiento expreso en las constituciones y en los tratados supranacionales e internacionales sobre derechos humanos.

En este sentido se observa, más allá del establecimiento de una visión política en un momento determinado, la incursión en un sistema *incriminador* que refleja en sus contenidos una muestra del proceso expansivo del Derecho, caracterizado por un adelgazamiento de la plataforma de principios y garantías sobre las que reposa el Derecho Penal⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Vid. DAMIÁN MORENO, J., *El Derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)*, Reus, Madrid, 2009, págs. 123 y ss. Del mismo autor «¿Un derecho procesal de enemigos?», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 61, 2004, págs. 305-322.

⁵⁹⁵ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, *op. cit.*, pág. 69.

⁵⁹⁶ *Cfr.* DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal», VV.AA., *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 11 y ss. El autor enumera las reformas llevadas a

Siguiendo con estos argumentos, y en este mismo tenor, se afirma que esta evidente expansión también se reviste de ciertos matices del Derecho Penal del enemigo y por ello es banco de innumerables críticas⁵⁹⁷.

Se apunta a una transición efectuada desde un Código *democrático* hacia un Código de la *seguridad*, que además se considera como un fracaso en términos de la lucha contra el delito⁵⁹⁸. La restricción de garantías de ninguna manera implica en sí misma una exitosa batalla frente al delito. Dicho con otras palabras: la lucha contra el crimen debe plantearse desde la legalidad y no saltándose ésta en aras de conseguir mayor seguridad o de alcanzar unos determinados estándares de orden público. Ceder ante este impulso, por otro lado explicable en casos extremos, sería minar el Estado de Derecho y abrir la vía hacia la arbitrariedad absoluta. Moneda que, aunque pudiera parecer que resuelve el problema en un primer momento, acabaría sin duda volviéndose en contra del sistema establecido al propiciar el triunfo del más fuerte solo por el hecho de serlo.

Por lo que respecta a la figura del comiso, parece no realizarse una reforma a la altura de esta institución y de las características de la criminalidad organizada. No se distingue el comiso de instrumentos y efectos del comiso de ganancias, a pesar de que se trata de medidas que se rigen por principios diferentes y que además se dirigen a fines diversos⁵⁹⁹.

cabo en 2003 y alerta sobre el quebrantamiento de principios que el Derecho Penal español había afianzado. Realiza una crítica generalizada a la avalancha reformista caracterizada por el cerco a los principios fundamentales del Derecho Penal y se lamenta por la implicación “criminalizadora, moralizante, simbólica, represiva y sectaria” de estas reformas.

⁵⁹⁷ Cfr. CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 121 y ss.

⁵⁹⁸ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., «Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad», *op. cit.*, págs. 1197 y ss.

⁵⁹⁹ Cfr. AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, pág. 3. Esta misma objeción podría plantearse actualmente, puesto que aún sigue sin separarse la figura

Ubicamos a este ordenamiento⁶⁰⁰ como aquel que “incide en la ampliación de esta consecuencia accesoria”⁶⁰¹, pues aumenta la capacidad de esta figura hasta dar alcance a los medios e instrumentos, incluidas tanto la fase de preparación, como la de ejecución, del delito.

Efectivamente, con respecto al texto que antecedió al Código reformado en 2003 — nos referimos al de 1995— observamos múltiples diferencias basadas primordialmente en la extensión de los alcances de esta medida: el aumento de los bienes susceptibles de ser decomisados es evidente.

Además, nace el comiso de bienes por valor equivalente como una medida específicamente dirigida a no permitir que el delito represente un beneficio económico para el delincuente a pesar de que los beneficios se hayan transformado o se intenten ocultar.

Por otro lado, se afirma que el legislador trata de librar al comiso del yugo de su nexos con la pena. Sin embargo, la redacción del precepto legal resulta a nuestro juicio desafortunada pues parece tener otro sentido, debido a su peculiar redacción: “aun cuando

del comiso de efectos e instrumentos y la figura del comiso de ganancias, a pesar de que evidentemente son medidas distintas en su fundamento, sus principios y en el fin que se pretende con su aplicación. De esta diferencia hablaremos en el capítulo III de esta tesis.

⁶⁰⁰ Que implica la transposición de la DM 2005/212/JAI (referida en apartado anterior), cuyo cumplimiento se califica como “muy elevado, al menos en lo que respecta al denominado «decomiso común» que se encuentra delimitado como aquel que comprende “los efectos, instrumentos, productos y ganancias obtenidas o derivadas de las infracciones penales”. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Decomiso y embargo de bienes», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2015 suplemento, 2006, pág. 15. Sin embargo, el autor nos alerta sobre el peligro que implica la figura de la potestad de decomiso ampliada, que eventualmente puede transformarse en una inspección del patrimonio total de una persona, para lo cual debe existir convicción en cuanto al origen ilícito de tales bienes. Y también propone la incorporación de un apartado en el artículo 127 en el que se prescriba la imposición del decomiso respecto de los delitos imprudentes que tengan aparejada una pena privativa de libertad superior a un año. Reforma ésta que, como veremos más adelante, efectivamente se llevó a cabo.

⁶⁰¹ SAAVEDRA RUIZ, J., *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 844.

no se imponga pena a alguna persona”⁶⁰². Esta composición gramatical genera muchas dudas en su interpretación y por ende en su aplicación⁶⁰³. Pasamos a explicar brevemente las razones de esta afirmación.

En cuanto a la redacción de esta disposición, se estableció que se pudiese aplicar el comiso a pesar de que no se decretara pena a alguna persona, “y a pesar de su dicción tan imperativa, la declaración del comiso no es una consecuencia indefectible de un hecho delictivo”⁶⁰⁴.

Si se tratara de destruir el vínculo entre la imposición de la pena y el comiso, lo correcto hubiera sido que en el texto el legislador invirtiera el orden las palabras. En este caso, el comiso podría acordarse aun cuando “no se impusiera pena a persona alguna”. De este modo, no cabría la menor duda del alcance de la disposición legal.

Al respecto, AGUADO CORREA propone que la redacción correcta del texto legal se debió estipular disponiendo “aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad”⁶⁰⁵, y como presupuesto establece que debe acreditarse la situación patrimonial ilícita.

Esta propuesta nos parece del todo correcta, puesto que por un lado zanja las dudas interpretativas en cuanto a la estructura gramatical, pero por otro lado también supedita la medida a la demostración de que efectivamente existen bienes ilícitamente obtenidos. Esta limitación representa una forma adecuada de hacer prevalecer el conjunto de principios y garantías que debe respetar cualquier disposición jurídica.

⁶⁰² Artículo 127.

⁶⁰³ *Vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?», *op. cit.*

⁶⁰⁴ DE URBANO CASTRILLO, E., «Especialidades de las sentencias en los delitos económicos», *op. cit.*, pág. 95.

⁶⁰⁵ AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, pág. 7.

Por otro lado y también con referencia a la redacción de este artículo 127 del Código Penal, PUENTE ABA dice que “evidentemente, la intención del legislador es esta última, la de lograr una desvinculación absoluta entre comiso e imposición de pena”⁶⁰⁶. Por otro lado, en la Exposición de Motivos de esta reforma se establece la posibilidad de decretarlo cuando existan varios imputados y alguno esté exento de responsabilidad.

No cabe duda que la redacción del numeral de referencia efectivamente resulta desafortunada, y como cualquier disposición legal puede generar confusión y complicar así su aplicación. Si en la Exposición de Motivos del Código se dispuso que éste constituía una forma de actualizar y corregir cuestiones de las que la legislación anterior adolecía, debió cuidarse la nueva redacción para evitar generar desconcierto en lugar de realmente mejorar el texto legal que enmendó.

Con las reformas de 2003 la imposición del comiso deja de supeditarse a la pena y se transforma en una medida que depende de que se verifique una acción típica. De ser accesorio de la pena, el comiso se transforma en accesorio de la conducta típica, aun cuando no proceda la pena por existir causas de exención de responsabilidad.

Esta medida se explica en términos de conveniencia, puesto que este nuevo nexo, ya no con una conducta típica, antijurídica y culpable sino solamente con la tipicidad, flexibiliza las condiciones de aplicación del comiso a los casos en los que intervengan organizaciones criminales.

⁶⁰⁶ PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *CIIDPE Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2009, pág. 8.

Desde esta perspectiva el decomiso “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”⁶⁰⁷.

Por otro lado, en cuanto al decomiso de ganancias procedentes de delitos y faltas la reforma simplemente introduce una precisión. El dispositivo legal se vuelve más descriptivo, aunque ya se entendía de antemano que las faltas estaban incluidas en el ámbito de aplicación de esta institución⁶⁰⁸.

A pesar de la relevante modificación del Código Penal operada en 2003, se echa en falta, dentro de su nueva redacción, ciertas matizaciones respecto a la figura del comiso, como la de incluir el *objeto* sobre el que recae la acción, el *coste* del delito o las *ganancias* de grupos organizados criminales⁶⁰⁹.

Ante la expansión de la normativa penal del comiso, observamos la *desproporción* que existe entre la dimensión de la reforma y su Exposición de Motivos. Por toda razón ésta dispone que, a través de su articulado, su función consiste —al prever medidas como el comiso— en evitar el “más mínimo enriquecimiento” para quienes cometan algún ilícito. Y por otro lado, revela su tendencia a la “represión” de todo tipo de delincuencia, pero resaltando dos delitos en especial: el narcotráfico y el blanqueo de dinero.

La delincuencia organizada, en su vertiente de tráfico ilícito de estupefacientes o de blanqueo de capitales, constituye la suma de diferentes fenómenos delictivos que asolan el orden jurídico y cuyos efectos no se reducen a un solo sector. Muy al contrario, el conjunto

⁶⁰⁷ AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, pág. 7.

⁶⁰⁸ Cfr. PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 15.

⁶⁰⁹ Cfr. RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «5. Novedades introducidas por la reforma de 2003», VV.AA., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 670 y ss.

de estos fenómenos puede llegar a minar la convivencia estable y pacífica de la colectividad, generando falta de equidad en cuanto a la producción y al aprovechamiento de bienes y servicios, contaminando así el mercado y la economía no sólo de un país, sino a nivel regional —como constatamos en estos días en Europa— o mundial.

Por ello, es indiscutible que todo mecanismo que tienda a prevenir y contrarrestar este tipo de criminalidad debe considerarse como un elemento valioso para el orden jurídico. Sin embargo, tal mecanismo debe tamizarse a la luz del sistema de garantías que ineludiblemente debe corresponder a un sistema que se precie de ser considerado como democrático y respetuoso de la dignidad humana.

La impaciencia por combatir una delincuencia cada vez más extendida y que produce ganancias millonarias, aunada a las exigencias de la comunidad internacional, parece haber influenciado la reforma de 2003 del Código Penal, aportándole ese halo de severidad y represión que sólo es *acceptable* en su justa medida, pero que puede correr el riesgo de convertirse en *inacceptable* si transgrede los límites infranqueables de la dignidad humana y de respeto por los derechos humanos.

II.5.2 Régimen jurídico vigente

La normativa del comiso actualizada en 2003 no fue capaz de solventar los múltiples problemas que plantea su aplicación práctica. De esta forma, una vez más la realidad ha estado por encima y caminado más rápido que la propia legislación. Así las cosas, era preciso plantear una modificación de calado, perspectiva bajo la cual se armó un nuevo intento de

cambio en el marco general de reforma del Código Penal, el cual vería la luz en con la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio⁶¹⁰.

En cuanto al contexto del proyecto de reforma, se afirma que éste encuentra su base y fundamento en las tendencias internacionales que persiguen y privilegian la seguridad; nuevamente la *seguridad* en el frontispicio del quehacer del legislador. Es decir, nos encontramos ante una propuesta de regulación con una marcada orientación preventiva, y que a la vez trata de armonizar la legislación penal de los países miembros de la Unión Europea.

La legislación vigente responde a criterios de seguridad y eficiencia, pero también se ajusta a las políticas y pautas de la Unión Europea junto con otras de carácter internacional. En el momento en el que surge, esta política criminal dirige su mirada hacia las ganancias obtenidas por las organizaciones criminales derivadas de sus actividades ilícitas.

El principal reto que se enfrenta actualmente se refiere a toda aquella delincuencia organizada dirigida a generar recursos cuantiosos, en múltiples vertientes como el narcotráfico, el tráfico de personas, el contrabando, etcétera. La proliferación de este tipo de criminalidad también ha impactado en el aumento del blanqueo de capitales como única manera de legitimar las ganancias ilícitamente obtenidas. En esta tesitura “el 2010 ha sido un año clave en el contexto de las reacciones jurídicas frente al blanqueo de capitales”⁶¹¹.

Se dice de este proyecto que “ha sucumbido como anteriores proyectos de reforma

⁶¹⁰ Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 152, sec. I, 23 de junio de 2010, págs. 54811-54883.

⁶¹¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *op. cit.*, pág. 1. El autor afirma que un análisis al conjunto de disposiciones legales, demuestra un aumento paulatino en los mecanismos de investigación, seguimiento y sanción de las conductas relativas al blanqueo de capitales.

de nuestra legislación penal, a la tentación de los incrementos de pena”⁶¹². Lo anterior, busca su justificación en el aumento de la delincuencia organizada y en los cuantiosos beneficios que produce que sobrepasan, por mucho, la capacidad de respuesta individual del Estado.

La reforma que dio origen a la legislación vigente en nuestros días⁶¹³ sigue marcada por la sensación de un clima de inseguridad en cuanto a los riesgos potenciales. Además se caracteriza, entre otras cosas, por tomar en cuenta las tendencias internacionales y concretamente las propuestas por la Unión Europea.

En esta legislación reformadora se pueden apreciar sanciones más severas. Además, contiene novedades entre las cuales resalta el surgimiento de la organización criminal y sus especies, así como la delimitación de las concepciones de grupo criminal y asociación ilícita⁶¹⁴. No cabe la menor duda de que las novedades planteadas en esta reforma fueron potenciadas e impulsadas por virtud de las tendencias internacionales, en especial las derivadas de la Organización de las Naciones Unidas y de la Unión Europea⁶¹⁵.

Se afirma además que la propuesta de reforma del Código Penal se encuentra marcada “básicamente por el sentimiento de inseguridad y de vindicación que surge como consecuencia de los delitos sexuales, financieros, de la corrupción, así como de la

⁶¹² SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El contexto del anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *op. cit.*, pág. 21. El autor describe la tendencia seguida en el proyecto de reforma como un “modelo de agravación de penas”, que relaciona con el surgimiento de problemas con la proporcionalidad y afirma categóricamente que tal agravación responde únicamente a “objetivos de la intimidación individual y la inocuización”.

⁶¹³ Que ha sido calificada como *amplia*, que evidentemente también ha impactado a la institución del comiso, por ejemplo en los casos de vehículo de motor y ciclo motor. ORTIZ DE ZÁRATE HIERRO, F. J., «La pena de comiso de vehículo de motor y ciclomotor en los delitos contra la seguridad del tráfico en el código penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2011, 2011, pág. 1.

⁶¹⁴ *Cfr.* JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, págs. 96 y ss.

⁶¹⁵ *Idem.*

criminalidad organizada y terrorista”⁶¹⁶.

No puede cabernos la menor duda que las dimensiones alcanzadas por el fenómeno criminológico de la delincuencia cuyos objetivos son los provechos económicos resultan desmesuradas. El crecimiento de las organizaciones dedicadas a toda clase de delitos que buscan a toda costa obtener beneficios y minimizar riesgos, apareciendo en espacios de impunidad, resulta alarmante⁶¹⁷.

Por ello se afirma que “en sus distintos aspectos normativos, de formación del proceso de legitimación social, y en el modelo penal en el que se inspira, el proyecto de reforma penal del ejecutivo español para discusión en las Cortes Generales, da cuenta de una orientación político criminal que privilegia una ideología de la seguridad por encima de la garantista que prevalece aún en nuestros días, al menos en sus aspectos formales”⁶¹⁸.

Y es que tal como parece, el sistema de garantías cada vez se comprime más ante la extensión de los alcances del crimen organizado de carácter transnacional. Los complicados entramados que caracterizan este fenómeno delincuencial enturbian los mecanismos de investigación y complican la respuesta efectiva del Estado.

Por ello, se ha tratado de adecuar el ordenamiento jurídico a las nuevas condiciones sociales, culturales y políticas, pero siempre con el riesgo de estrangular el sistema de principios clásicos construido para la defensa de la dignidad del ser humano frente al imperio del Estado⁶¹⁹. En general, se han intentado modificaciones que logren estar a la

⁶¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El contexto del anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *op. cit.*, pág. 15.

⁶¹⁷ Para ver datos estadísticos y cifras se puede consultar DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, *op. cit.*

⁶¹⁸ PARRA GONZÁLEZ, A. V., «La orientación político-criminal del proyecto de reforma del Código Penal», *op. cit.*, pág. 34.

⁶¹⁹ *Vid.* ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos*

altura de la realidad cotidiana.

Concretamente respecto del comiso se observan diversas modificaciones tanto en el plano sustantivo como en el procesal, que tienden a hacer más operativa esta figura. Ahondando en esta realidad, DE LA CUESTA ARZAMENDI aduce que “razones de eficiencia llevan a proyectar nuevas modalidades procesales, cuya compatibilización con las reglas del Estado de Derecho se presenta muchas veces como muy cuestionable”⁶²⁰.

Frente a esta afirmación, ya podemos vislumbrar la magnitud de cuestiones a considerar frente a las novedades establecidas en la reforma del Código Penal y que está vigente en nuestros días.

Y es que toda modificación o creación legislativa en cualquier rama del Derecho debe ser concebida a través de los parámetros del tipo del Estado al que corresponde. En el caso que nos ocupa, deben prevalecer los principios de todo Estado de Derecho. Concretamente, en el sistema penal, en aras de combatir al crimen organizado o cuando se pretenden criterios de eficiencia en la impartición de justicia, en múltiples ocasiones surgen dificultades para alinear todos los conceptos a estos principios fundamentales.

Debemos admitir que a pesar de que puede resultar sencillo tener presente la jerarquía de valores jurídicos, lo cierto es que muchas veces éstos son difíciles de mantener en la práctica, situación que ha suscitado numerosas polémicas por parte de la doctrina jurídica a lo largo del tiempo. A tal tenor explica FERRAJOLI que las garantías penales deben encaminarse a estrechar, en la medida de lo posible, la intervención del Estado en cuanto a

Fundamentales. Modelos y evolución, Grijley, Perú, 2007, págs. 31 y ss.

⁶²⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, pág. 96. Así, por ejemplo, el autor considera como medidas que se ubican entre la eficiencia y el Estado de Derecho a la inversión de la carga de la prueba, las presunciones de culpabilidad y las intervenciones contrarias a la intimidad, entre otras.

las conductas dignas de considerarse como delito. Por otro lado, las garantías procesales centran su quehacer en evitar excesos en la ejecución de la política criminal represora, esto es, los márgenes de discrecionalidad y arbitrio en dicha intervención estatal⁶²¹.

Y es que no se puede olvidar que al Derecho Penal se le exige más allá de la prevención y la sanción de actividades delictivas, ya que ante la criminalidad se espera que además evite a toda costa la obtención de ventajas o provechos económicos que provengan de la comisión de delitos.

A partir de las modificaciones del Código Penal de 2003 se afirma que “la escalada de la delincuencia organizada precisa de una reforma en profundidad de nuestro sistema legal, pues gran parte de las medidas aportadas por la reformas de 2003 constituyen instrumentos legales vetustos e ineficaces, claramente superados y abandonados por las legislaciones de nuestro entorno”⁶²².

Una reforma, en cualquier sentido o dimensión, debe ser realizada en el momento preciso, debe llegar puntualmente para corresponder así a la realidad cotidiana. Si esta reforma se retrasa, lo más probable es que desde su nacimiento se quede ya anticuada.

Además de esto, debemos recordar que en la lucha contra el crimen organizado, y en general, frente a cualquier conducta delictiva, “las garantías penales y procesales son otras tantas condiciones sine qua non para limitar la potestad punitiva”⁶²³.

⁶²¹ Cfr. FERRAJOLI, L., *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, op. cit., pág. 23. El autor afirma que el camino para conducir al Derecho Penal a la eficacia y a la eficiencia es la minimización, caracterizada por intervenir solamente cuando los delitos implican una real ofensa a los bienes que merecen protección penal, distinguiéndolos de conductas que son bagatelas o que pueden sancionarse pecuniariamente, respetando así la característica clásica de *extrema ratio* del Derecho Penal.

⁶²² GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa», op. cit., pág. 76.

⁶²³ FERRAJOLI, L., *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, op. cit., pág. 26.

Nos ubicamos, pues, más allá de las sanciones de carácter económico. El interés actual se centra no sólo en la imposición de penas, si no que va más allá; ahora cobran relevancia todos aquellos “mecanismos que permitan la inmediata aprehensión y congelación de los bienes y ganancias”⁶²⁴.

Tanto es así que sin duda quedaríamos cortos o incompletos si solamente pugnáramos por la imposición de la sanción a los delincuentes, olvidando las ganancias que el delito produce. De ahí la importancia que ha cobrado actualmente la figura del comiso. Y no es para menos, pues ésta nos ayuda a conservar el equilibrio en la convivencia social, evitando que el delito implique el mínimo beneficio económico.

Permitir que la situación patrimonial ilícita prevalezca, implicaría un fracaso para el sistema penal. Sin embargo, evitar esta realidad exige mucho más que deseo de hacerlo, requiere diseñar los mecanismos idóneos para este fin, entre ellos y con destacada presencia, la institución del decomiso.

¿Y qué decir de la actual legislación? Parece que a través ella, como señala JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, “se va abriendo paso en nuestro país una nueva regulación del decomiso armonizada desde el punto de vista material y basada en el principio de reconocimiento mutuo y libre circulación de las resoluciones judiciales que acuerden embargos y ulteriores decomisos en su dimensión transnacional”⁶²⁵.

Solamente expandiéndose tal como lo hace la delincuencia transnacional el decomiso logrará consolidarse como una medida efectiva de privación de las ganancias

⁶²⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, pág. 119.

⁶²⁵ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 95.

ilícitamente obtenidas. La realización de este fin evidentemente requiere de una legislación uniforme y del reconocimiento de una tendencia a la libre circulación de decisiones que impongan el decomiso. De lo contrario, esta medida en sí misma no será capaz de evitar que el delito sea rentable, y quedará reducida en la práctica en cuanto a su potencial.

Actualmente podemos afirmar que la legislación penal vigente en materia de comiso constituye una transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI, de fecha 24 de febrero de 2005⁶²⁶, que finalmente ve la luz en España, después de pasado un lustro desde su publicación.

Respecto a este régimen normativo, CORTÉS BECHIARELLI afirma que constituye “un exponente más de ese Derecho Penal funcionalista que venimos padeciendo, por la acogida legal, primero, del comiso equivalente o sustitutivo introducido por la Ley de 2003, y, en segundo término, por la extensión de sus efectos a los delitos imprudentes y lo que podría denominarse comiso prospectivo”⁶²⁷.

Las Decisiones Marco se han convertido en “el instrumento privilegiado de armonización de las legislaciones nacionales en algunos ámbitos”⁶²⁸. A través de estos instrumentos se han conseguido y consolidado las aspiraciones de armonización entre las legislaciones —tanto sustantivas como procesales— de los diferentes países que integran la Unión Europea.

Así las cosas no resulta aventurado afirmar que podemos aplicar perfectamente la

⁶²⁶ Vid. HAVA GARCÍA, E., «Capítulo 18. Comiso (art. 127 y Disposición Final Sexta)», VV.AA., *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 159 y ss.

⁶²⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Comiso», VV.AA., *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, pág. 93.

⁶²⁸ MANES, V., «La incidencia de las “decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-07, 2007, pág. 3.

aseveración realizada por CEREIJO SOTO en cuanto que las legislaciones que nacen fruto de una propuesta que se plasma en una Decisión Marco no implican más que la continuación de un trabajo previo, de una labor en conjunto que se consolida y enriquece al ingresar a un ordenamiento jurídico determinado. Se trata pues, de la incorporación de directrices con dimensión internacional a un ordenamiento interno⁶²⁹.

Bajo estos augurios y con estas experiencias previas nació la reforma del Código Penal de 2010. Esta nueva legislación vuelve a incidir en la figura del comiso, que a lo largo de su historia como parte del ordenamiento penal ha escapado de las sombras marginales y ocupa un lugar protagónico como un instrumento del Estado para poder enfrentar al crimen organizado. En la reforma de 2010 observamos que se “ha alterado profundamente la concepción extensiva de la pena de comiso”⁶³⁰.

En efecto, se han acogido e integrado en esta figura los principios y bases propuestos por la Unión Europea. Como podemos observar, la adopción de estas directrices internacionales enriquece y complementa las tendencias locales. Tal es el caso del Código Penal reformado en 2010, vigente hasta nuestros días y que se dirige primordialmente a la aprehensión del patrimonio criminal⁶³¹.

He aquí el valor de esta nueva legislación. Dentro de su texto logra combinar los parámetros externos de armonización y colaboración, añadiéndoles el amplio bagaje de la cultura jurídica española.

⁶²⁹ CEREIJO SOTO, A., «Efectos judiciales, instrumentos del delito y piezas de convicción. Nuevas perspectivas a partir de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales», *Diario La Ley*, núm. 6596, 2006, pág. 1.

⁶³⁰ MAGRO SERVET, V., «La pena de comiso del vehículo automotor y ciclomotores en los delitos contra la seguridad del tráfico tras la Ley Orgánica 5/2001», *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 146, 2011, pág. 1.

⁶³¹ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas», *op. cit.*, págs. 332 y ss.

Esta reforma se ha encargado de complementar la legislación existente relativa al comiso y ha transpuesto una Decisión Marco, cuya motivación principal parte de la necesidad de desposeer a la organización criminal de las ventajas económicas fruto de su actividad. Este proceso hace patente la influencia *penetrante y sutil* del Derecho comunitario sobre el derecho español⁶³².

¿Y cómo lo ha hecho? En la Exposición de Motivos de la Ley 5/2010 se nos recuerda que la única forma de mejorar la vida de las personas y de lograr una convivencia social de buena calidad consiste en circunscribir el ordenamiento jurídico dentro de los límites que establecen los derechos fundamentales. La promoción de la libertad y la seguridad implican un sustento sólido para el Estado de Derecho.

Teniendo en cuenta estos parámetros, en esta reforma se anuncia la imposición de la medida de comiso sobre los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas por una organización criminal, o relativas a delitos de terrorismo. También se advierte sobre la presunción de procedencia ilícita respecto de patrimonios cuyo monto o corresponda a ingresos legales de quienes los ostentan. Y, finalmente, se extiende el alcance del decomiso para el caso de delitos imprudentes que contemplen una pena privativa de libertad superior a un año⁶³³.

Las reformas sufridas por la institución del decomiso en la reforma de 2010 se pueden resumir de la siguiente manera⁶³⁴:

- a) En la extensión de los bienes susceptibles de ser decomisados.

⁶³² Cfr. MANES, V., «La incidencia de las “decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo», *op. cit.*, pág. 2.

⁶³³ Exposición de motivos.

⁶³⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)», *op. cit.*, pág. 113.

- b) En la incursión de los objetos para preparar el delito y las ganancias provenientes de faltas como bienes sujetos al comiso.
- c) En el nacimiento del comiso de bienes por valor equivalente.
- d) En la prevalencia del comiso, en los supuestos de situaciones patrimoniales ilícitas, a pesar de la exención o extinción de responsabilidad penal.
- e) En el régimen del destino de los bienes decomisados.

Al adoptar la Decisión Marco 2005/212/JAI el legislador español ha traspasado sus fronteras, pues no restringe la imposición de la figura del comiso extendido a los delitos a que se refiere el instrumento ni toma en cuenta el límite mínimo de la pena para su imposición. Por el contrario, resulta ambiciosa la forma en la que el ordenamiento español hace suya la Decisión Marco, tomando como punto central la participación en una organización criminal y terrorista⁶³⁵.

Y es que desposeer a una organización criminal de los beneficios obtenidos por la comisión de ilícitos resulta de vital importancia para combatir este tipo de delincuencia, para prevenir la comisión de otros delitos y en general para restablecer el orden social. Así el comiso “permite desapoderar al grupo organizado de su activo patrimonial”⁶³⁶.

⁶³⁵ Cfr. MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», *op. cit.*, pág. 393. En el mismo sentido *vid.* HAVA GARCÍA, E., «Capítulo 18. Comiso (art. 127 y Disposición Final Sexta)», *op. cit.*, pág. 160.

⁶³⁶ MAGRO SERVET, V., «La pena de comiso del vehículo automotor y ciclomotores en los delitos contra la seguridad del tráfico tras la Ley Orgánica 5/2001», *op. cit.*, págs. 4 y ss. El autor continúa afirmando que sólo a través de la *aprehensión* de su patrimonio, es posible el desmantelamiento de los grupos de delincuencia organizada para evitar así *vías operativas económicas* que contribuyan con su desarrollo y crecimiento.

Otro destinatario fundamental en esta reforma de 2010, es la persona jurídica, pues se finca su responsabilidad penal en concordancia con la institución del comiso. Se tiende así a evitar que una ficción como la persona jurídica sirva como instrumento para la comisión de delitos o como medio para beneficiar a personas físicas como fruto de la comisión de los mismos.

A este respecto, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 dispone lo siguiente:

“TÍTULO VI. De las consecuencias accesorias. Artículo 127.

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

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.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes

del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. 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 estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

La figura se encuentra limitada a través del principio de proporcionalidad que el Código de 2010 adopta exactamente como se encontraba dispuesto en las legislaciones que lo antecedieron y que a la letra dispone:

Artículo 128.

“Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”⁶³⁷.

En torno a este texto legal podemos observar que, al igual que sucedía con el de 2003, se observa una gran expansión por lo que a la figura del comiso se refiere. Además, se adopta la Decisión Marco 2005/212/JAI para apuntalar la aparición del comiso ampliado

⁶³⁷ Así se ha conservado el texto desde la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

con el fin de facilitar la aplicación de esta medida incluso cuando se trate de patrimonios que resulten desproporcionados respecto de los ingresos que se acrediten como legales.

Finalmente, arriba a la legislación española la presunción sobre el origen ilícito del patrimonio cuanto éste resulte desproporcionado en relación con la capacidad económica del conjunto de personas que han sido condenadas por delitos cometidos dentro de una organización criminal. Así, se mitiga la carga de la prueba a la que nos referimos al hablar de la Decisión Marco que la prescribe, y que retomaremos a partir del siguiente capítulo. Esta modificación del ordenamiento legal, a pesar de ser novedosa, parece estar inspirada y destinada únicamente al combate de la criminalidad organizada, pues se define como prioridad el decomiso de los productos del delito.

Analizada la normativa estamos en condiciones de afirmar que resaltan dos innovaciones que aporta la nueva redacción del texto legal y que resultan de gran relevancia⁶³⁸: la primera es la figura del comiso respecto a los delitos imprudentes, pero únicamente aquellos que se sancionen con una pena privativa de libertad mayor de un año; y la segunda, el comiso ampliado de las ganancias derivadas de los delitos cometidos por grupos organizaciones criminales o terroristas⁶³⁹.

Se reafirma también una medida que resulta discutible por su tinte expansionista. Nos referimos al decomiso fruto de la comisión de delitos imprudentes. Esta medida, como queda dicho, es ciertamente discutida en clave teórica. Si embargo, “en la práctica la importancia de esta previsión será mayor de lo que puede parecer a primera vista”⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Cfr. AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 508.

⁶³⁹ Cfr. BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 146.

⁶⁴⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *op. cit.*, pág. 7.

Resulta evidente que la incorporación de ésta, tiene como fin, extender los efectos del comiso incluso para los casos de blanqueo imprudente.

En cuanto a la previsión de esta clase de comiso para delitos culposos, se establece dos límites a los que debe ceñirse esta figura⁶⁴¹:

- a) Sólo se dirige a aquellos delitos imprudentes para los que se contemple una pena privativa de libertad mayor a un año.
- b) No existe una obligación de imponerla, se trata de una medida potestativa para el órgano judicial⁶⁴².

Estas restricciones buscan amoldar la medida al sistema de garantías y principios del Derecho, pues no debemos olvidar que es fundamental preservar el derecho de los ciudadanos y limitar el poder del Estado.

II.5.3 Legislación *pro futuro*

Para terminar este repaso a la regulación del comiso en el sistema penal español no podemos dejar de mencionar el Anteproyecto de reforma del Código Penal, presentado ante al Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2011, en la que se propone “una revisión

⁶⁴¹ Cfr. HAVA GARCÍA, E., «Capítulo 18. Comiso (art. 127 y Disposición Final Sexta)», *op. cit.*, pág. 161.

⁶⁴² Vid. VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, págs. 950 y ss.

técnica de la regulación del comiso⁶⁴³; cuya última versión fue enviada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013⁶⁴⁴.

En primer lugar, se sugiere una nueva forma sistematizada de regularizar el comiso a través de la cual se desarrolla una figura común y genérica aplicable a todos los delitos⁶⁴⁵ —incluyendo los relativos a la salud pública y al blanqueo del producto⁶⁴⁶— haciendo especial énfasis en la recuperación de los activos procedentes del delito y su gestión económica. Se anuncia también una expansión en los supuestos del comiso ampliado, para actividades —además de las relacionadas a las organizaciones criminales y relativas al terrorismo— que generan cuantiosas ganancias. Por otro lado, se prevé la regulación del comiso sin condena.

Estas medidas se llevarán a cabo a través de la modificación del artículo 127⁶⁴⁷ y de la creación de los artículos 127 bis⁶⁴⁸, 127 ter⁶⁴⁹, 127 quáter⁶⁵⁰, 127 quinquies⁶⁵¹ y 127 seis⁶⁵².

⁶⁴³ Exposición de motivos del Anteproyecto, págs. 1 y ss.

⁶⁴⁴ El texto del Anteproyecto se puede consultar en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/MJjusticia/1292386980035?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DTexto_enviado_al_Consejo_de_Estado_%285_abril_2013%29.PDF

⁶⁴⁵ El proyecto de reforma contempla la modificación del artículo 127 y la creación de los artículos 127 bis, 127 ter, 127 quáter, 127 quinquies y 127 seis. El artículo 128 se mantiene idéntico.

⁶⁴⁶ La exposición de motivos del anteproyecto, en su página 13, refiere específicamente los artículos 374 y 368 al 373 del Código Penal en vigor, como aquellos que se subsumirán a los artículos 127 relativos al comiso.

⁶⁴⁷ El artículo 127 pierde sus apartados 3 y 4. El apartado 1 deja de referirse a “delitos o faltas” para únicamente aludir a los delitos; además se omite la cláusula de salvaguarda de los bienes propiedad de terceros; y finalmente, se deja la enunciación de la potestad de comiso ampliada para el artículo 127 bis.

⁶⁴⁸ La expansión de la figura del comiso ampliado contenida en este artículo se puede considerar como positiva, aunque se eche en falta que se hubieran incluido los delitos relacionados con la corrupción pública *vid.* ZÁRATE CONDE, A., «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8019, 2013, pág. 3. Aunado a lo anterior y como complemento, se afirma que la disposición “*incurre de nuevo en una muy discutible práctica de seleccionar delitos*”. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV), de la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad criminal (artículos 109 a 137)», *Diario La Ley*, núm. 8003, 2013, pág. 2.

⁶⁴⁹ Esta disposición se refiere al comiso sin condena, en dos supuestos: a) si el sospechoso o acusado falleció o padece una enfermedad crónica que no permite impedir que pueda ser enjuiciado; y b) si el sospechoso o acusado se encuentra en rebeldía. En ambos casos debe existir riesgo de prescripción de los hechos. La

Esta reforma acontece en un periodo que se ha descrito como de “efervescencia legislativa”⁶⁵³.

En general, se realizan observaciones en cuanto a la adecuada utilización de términos que pueden resultar demasiado abstractos⁶⁵⁴ o violatorios de las garantías penales reconocidas por el sistema jurídico español, pues “todo queda en una nebulosa donde el derecho de defensa se esfuma a favor de una confiscación basada en presunciones”⁶⁵⁵.

En general, podemos considerar que la expansión en cuanto a la redacción y aparición de nuevos artículos referidos al comiso resulta positiva en el sentido de reflejar la importancia y vigencia de la figura, aunque existan cuestiones que aún pueden perfeccionarse. Además, resta someter el texto del anteproyecto a las fases de revisión y enmienda previas a su aprobación y publicación definitiva.

Las condiciones que se establecen respecto de la institución del comiso reflejan un atinado esfuerzo de sistematización y concentración de todas las medidas relativas al decomiso, frente a la dispersión que existía respecto a figuras específicas; por ello se afirma

utilización de la palabra “sospechoso” nos parece más propia de un sistema inquisitorio.

⁶⁵⁰ Relativo al decomiso de bienes transferidos a terceros, precisamente traspasados de propiedad con el fin de frustrar el decomiso de los mismos.

⁶⁵¹ Este artículo prevé el comiso equivalente, que resulta reiterativa de los artículos 127.3 y 127 bis.2. *Vid.* ZÁRATE CONDE, A., «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de reforma del Código Penal», *op. cit.*, pág. 4.

⁶⁵² Este numeral se relaciona con los delitos contra la salud pública y se considera como una medida de sistematización del código penal, que se califica como de *marcado acento procesal*. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV), de la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad criminal (artículos 109 a 137)», *op. cit.*, pág. 4.

⁶⁵³ ZÁRATE CONDE, A., «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de reforma del Código Penal», *op. cit.*, pág. 2.

⁶⁵⁴ Concretamente expresiones como “que permitan presumir” o “similares”. *Idem.*

⁶⁵⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV), de la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad criminal (artículos 109 a 137)», *op. cit.*, pág. 2.

que las figuras específicas devienen *inútiles* dada la expansión en la previsión de la figura genérica⁶⁵⁶.

Sin embargo, en el intento de establecer un catálogo de delitos respecto de los cuales procede la modalidad de comiso ampliado, nos sorprende que no se hayan incluido las conductas relacionadas con la corrupción pública, cuando esta actividad genera ingentes ganancias ilícitas⁶⁵⁷ y además está generando fuertes dosis de alarma social. Resulta frustrante que un texto de modificación del aparente talante del que estamos analizando deje al margen delitos del calado de la corrupción pública⁶⁵⁸; sobre todo si —como ya hemos mencionado anteriormente—, la modalidad de comiso ampliado se aplica para solucionar las dificultades probatorias.

Aún con sus limitaciones, es de valorarse el Anteproyecto de reforma en comento, pues trae aparejado un desarrollo de la figura del comiso que, seguramente perfectible, tendrá como consecuencia la posibilidad de realización de la misma, además de responder a las directrices internacionales relativas a la materia⁶⁵⁹.

Otro aspecto valioso a destacar es la *centralización* de la figura del comiso para evitar su dispersión a lo largo del texto legislativo y, con ello, lograr una aplicación uniforme y mejor sistematizada del mismo.

⁶⁵⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Delitos contra la seguridad vial», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-02, 2011, pág. 11.

⁶⁵⁷ Vid. CASTILLO MONTERREY, M. A., «Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos producto de la corrupción», VV.AA., *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, págs. 403-417.

⁶⁵⁸ ZÁRATE CONDE, A., «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de reforma del Código Penal», *op. cit.*, pág. 3.

⁶⁵⁹ Además de esto, “la nueva regulación tiene por virtud adelantar la adaptación de la legislación española a la nueva regulación del decomiso que prevé la propuesta de Directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, que se está en estos momentos negociando”. *Ibidem.*, pág. 5.

Finalmente, debemos llamar la atención sobre algunas cuestiones que no se tomaron en cuenta en el anteproyecto relativas a la naturaleza del comiso o a la diferencia de justificación y finalidad que existe entre las distintas modalidades, conservando ese *cajón de sastre* en el cual se trata de aglutinar a todas las especies de comiso, aun cuando su motivación, objeto y finalidad supongan cuestiones muy distintas entre sí.

Debemos evadirnos a la tentación de vivir en el optimismo ingenuo que nos impida apreciar las cuestiones que pueden —y deben— mejorarse en el texto de la ley; pero al mismo tiempo debemos evitar ser presas del pesimismo desolador que nos conducirá a vaticinar al fracaso, sin haber iniciado la labor legislativa.



III.1 Concepto

Llegados a este punto, debemos estudiar la teoría que sirve de basamento para aplicar a la práctica la institución del comiso, y así dar cumplida respuesta a los intereses de los individuos que reclaman la protección de sus derechos y de los Estados que tienen la obligación de proporcionársela. Una tarea que no resulta sencilla ni por la regulación jurídica ni por las posiciones doctrinales —encontradas— que con relación a la misma se vienen formulando en los últimos años, y que llevadas hasta sus últimas consecuencias derivan en planteamientos paralelos en los aspectos nucleares de la institución que difícilmente se entrecruzan. Ahí es donde está el reto, identificar los planteamientos existentes, posicionarse y mantener una coherencia en el estudio que se realice.

Esta aseveración esencial en estos momentos iniciales la realizamos al haber podido constatar cómo esta figura se ha caracterizado por su constante mutación, lo que ha derivado en discusiones doctrinales de alto nivel en aspectos tales como la naturaleza, el objeto, el fundamento, el alcance, etcétera. Debido a esta pluralidad de consideraciones y a legislaciones en cambio constante —tanto nacionales como extranjeras— el estudio de la figura del comiso resulta muy complejo.

Pese a esta dificultad que confesamos en primer término resulta evidente que no se puede ceder ante el desconocimiento de la institución del comiso. De modo que una vez más, como tantas otras, la dificultad no exime de la obligación de intentar alcanzar el

resultado buscado. Simplemente lo hace más difícil. El primer paso para culminar este estudio con provecho sería conceptualizar la institución del comiso.

Para ello, conviene puntualizar que debido a que el comiso tiene distintas manifestaciones en los ordenamientos jurídicos en los que aparece, también reviste de la naturaleza jurídica que tales sistemas normativos le asignen y, por ello, no existe una concepción universal del mismo. En el caso específico de España podemos observar, por ejemplo, que existe una figura genérica de comiso y que adicionalmente se prevén comisos especiales⁶⁶⁰.

Sin embargo y a pesar de esta pluralidad denotativa de la presencia permanente que desde distintas perspectivas muestra esta figura, lo cierto es que el ordenamiento legal español no nos proporciona ninguna definición de comiso, simplemente lo describe como la pérdida de ciertos objetos⁶⁶¹.

Sin embargo, tal y como hemos podido constatar en el capítulo precedente a nivel supranacional e internacional el panorama es totalmente distinto porque existen múltiples instrumentos que nos ofrecen definiciones en términos precisos y claros sobre lo que es el comiso, principalmente dedicadas a establecer las características que permiten uniformidad al concepto del comiso, para poder con ello armonizar los diversos ordenamientos legales y propiciar las bases de la cooperación internacional que asegure éxito en el momento de aplicarlo.

Concretamente, la Organización de las Naciones Unidas, en las citadas

⁶⁶⁰ Al respecto se puede consultar GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 19 y ss.; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, págs. 85 y ss.

⁶⁶¹ Tal como lo analizamos en el capítulo II de este trabajo, recordemos que el artículo 127 del Código Penal vigente describe al comiso como la pérdida de los efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias relacionadas con el delito o falta; sin embargo tal descripción de poco nos sirve para lograr un conocimiento profundo de la institución.

convenciones de Viena (1998 sobre narcotráfico), Palermo (2000 sobre delincuencia organizada transnacional) y Mérida (2003 contra la corrupción), ha definido al comiso como “la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente”. Aunque guardan silencio respecto a la naturaleza jurídica del comiso, estas definiciones genéricas precisamente derrochan austeridad y resultan tan abstractas que son capaces de dar cabida a instituciones de naturaleza variada⁶⁶², dirigidas a la transmisión de dominio de uno o varios bienes en perjuicio de la persona que se ostenta como su dueño.

En el seno de la Unión Europea, surgen también definiciones conceptuales del comiso dignas de reseñar:

- a) En el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990⁶⁶³, se define la confiscación como “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”.

En primer lugar, debemos observar que se emplea el término *confiscación* como sinónimo de *comiso*. Por otro lado, a pesar de que se conserva esa neutralidad en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución, tal como ocurría en la definición ofrecida por la Organización de las Naciones Unidas a través de las diversas Convenciones que referimos anteriormente, se establece un nexo entre la pérdida del bien y la comisión de un delito; por tanto, se va sembrando la idea de analizar si el comiso puede ser o no *autónomo* con relación a un delito antecedente.

⁶⁶² Como puede ser civil, penal e incluso administrativa.

⁶⁶³ Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 252, miércoles 21 de octubre de 1998, págs. 34713-34726.

-
- b) En el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005⁶⁶⁴, se dice sobre el comiso que es “la sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien”. Como podemos observar, el concepto resulta idéntico al anterior y lo único que se modifica es que se deja de utilizar el término confiscación como sinónimo de comiso.
- c) En la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito⁶⁶⁵, se define al decomiso como “toda pena o medida dictada por un tribunal a raíz de un proceso penal relativo a una o varias infracciones penales, que tenga como consecuencia la privación definitiva de algún bien”. En esta definición, se aproxima el proceso penal a la imposición del comiso, aunque no se declara abiertamente la naturaleza jurídica de la institución.
- d) En la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso⁶⁶⁶, se establece que la resolución de decomiso es “la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tenga como resultado la privación definitiva de bienes”.

Por tratarse de un instrumento que promueve el reconocimiento y ejecución de

⁶⁶⁴ Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 155, sec. I, 26 de junio de 2010, págs. 56174-56215.

⁶⁶⁵ Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 68, 15 de marzo de 2005, págs. 49-51.

⁶⁶⁶ Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 328, 24 de noviembre de 2006, págs. 59-78.

resoluciones, a través de la definición de la institución del comiso se hace especial referencia al carácter definitivo de la privación del bien. Además, con el propósito de concretar el reconocimiento de la imposición de la *sanción* o *medida*, también se estipula el carácter definitivo que debe revestir la resolución que la ordena.

En el plano supranacional y tomando como base los textos expuestos, podemos concluir afirmando que la esencia del comiso reside en que se trata de una privación de bienes. Sin embargo, y a pesar de esta primera delimitación, también debemos tener presente que existe una ausencia de uniformidad en cuanto a la naturaleza, designación y alcance de la medida.

La incertidumbre en cuanto a la categoría jurídica o a la autoridad encargada de imponer el comiso nos conducen a un terreno abstracto, que dificulta establecer una definición más específica de la figura del comiso. Prueba de la afirmación que acabamos de realizar se encuentra en el hecho, fácilmente constatable, de la utilización de distintas palabras como sinónimos que se refieren todas ellas a realidades similares de importancia crucial para el tema objeto de estudio. Nos referimos a los términos como *decomiso*, *comiso* y *confiscación* que tradicionalmente se han utilizado como sinónimos. La falta de concreción respecto del nombre avisa de entrada la posible dificultad de concretar un concepto único. Pero los problemas son más.

Por lo que hace a su naturaleza jurídica, tampoco se observa uniformidad, puesto que indistintamente se concibe como una sanción, una pena, y una medida estatal de género distinto al de la pena y la medida de seguridad. Esta pluralidad no es casual. Se ha dispuesto así porque de esta forma se puede dar cabida a los diferentes modelos que existen en Europa y a nivel mundial en cuanto al comiso o instituciones similares.

Sin embargo, estas consideraciones no deben restar importancia a una institución que ha adquirido mayor protagonismo como respuesta institucional frente a la delincuencia, principalmente a aquella que genera ganancias por sus actividades ilícitas.

Por otro lado la doctrina, como no podía ser menos, también presenta un sin número de definiciones acerca del comiso, lo que refleja un esfuerzo e interés de los estudiosos de la materia. Por ejemplo, MANZANARES SAMANIEGO se refiere a esta figura como “el comiso —o más exactamente, la «pérdida» o comiso de los instrumentos y efectos del delito”⁶⁶⁷, afirmación de la que podemos derivar la equiparación que realiza el autor utilizando como sinónimo del término comiso, la *pérdida*⁶⁶⁸. Además este autor puntualiza que *la pena* de comiso es una “sanción de este orden consistente en la pérdida de la propiedad de cosas concretas relacionadas con una infracción criminal”⁶⁶⁹.

Desde esta perspectiva, se nos plantea una institución genérica de *confiscación*, con varias especies, entre las que podemos ubicar al comiso:

- a) Si la medida recae sobre la totalidad del patrimonio nos encontramos frente a una *confiscación general total*.
- b) Si por el contrario, la medida afecta solamente a una porción del patrimonio, hablaremos de una *confiscación general parcial*.

⁶⁶⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Aproximación al comiso del nuevo artículo 344 bis e) del Código Penal (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. «B.O.E.» de 26 del mismo mes», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núms. 1500, 1501 y 1502, 1988, pág. 3796.

⁶⁶⁸ Tal como lo confirma el propio MANZANARES SAMANIEGO al afirmar que los términos *pérdida* y *comiso* se han utilizado como sinónimos en el texto legal. *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 253.

⁶⁶⁹ *Ibidem.*, pág. 251. El autor nos advierte que para definir al comiso no es necesario tomar en cuenta diversas circunstancias tales como el instante en que la propiedad es transferida, el destino final del bien o la determinación de aquellos objetos que serán sometidos a la medida.

- c) En cambio, si la medida recae sobre bienes específicos y determinados del patrimonio, se conoce como confiscación *específica, individual o comiso*⁶⁷⁰.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA concibe al comiso como una medida cuya característica principal consiste en privación de la propiedad de determinados bienes⁶⁷¹. Este concepto, más que una definición doctrinaria que nos aclare cuestiones sustanciales de la figura del comiso, simplemente nos aclara lo que ya sabemos: que se trata de la extinción de la propiedad de ciertos bienes y con ello la transmisión del dominio de los mismos. Sin embargo, desconocemos precisiones tales como los bienes objeto de la medida, el nuevo titular de los bienes y la autoridad o instancia encargada de imponerlo.

Por su parte, MUÑOZ CUESTA define al decomiso como “la pérdida de los efectos del delito, los bienes, medios o instrumentos utilizados en la preparación o ejecución del mismo y de las ganancias que se hubieran podido derivar de la comisión del delito o falta”⁶⁷². A través de esta definición podemos establecer un nexo entre Derecho Penal Sustantivo y Procesal y comiso. También vislumbramos aquellos bienes que pueden ser susceptibles de comiso, con lo que queda determinado el objeto de esta medida.

A decir de PÉREZ CEBADERA, el decomiso es una sanción consistente en *privar* a una persona de bienes de su propiedad que tengan alguna vinculación o nexo con un hecho delictivo⁶⁷³. Esta definición no solamente vincula al comiso con la materia penal, sino que le otorga la naturaleza jurídica de una sanción. Al considerar al comiso como una pena, se le

⁶⁷⁰ Cfr. *idem*.

⁶⁷¹ Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, La Ley, Las Rozas, 2010, pág. 329.

⁶⁷² MUÑOZ CUESTA, F. J., «El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 6, 2004, pág. 293.

⁶⁷³ Cfr. PÉREZ CEBADERA, M. A., «Presunción de inocencia y decomiso: ¿es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes?», VV.AA., *La justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Majadahonda, 2008, pág. 72.

atribuyen principios y garantías específicas, tales como la personalidad, la culpabilidad y la proporcionalidad, entre otras⁶⁷⁴.

Por otro lado, CAZORLA PRIETO entiende que el decomiso es “la confiscación de una cosa que proviene del delito o ha sido utilizado para su ejecución, privando de ella a su titular o detentador, que puede ser persona física en los casos más corrientes, o jurídica en supuestos de mayor complejidad, ligados generalmente a la delincuencia económica”⁶⁷⁵. Esta definición aporta elementos que las anteriores no contemplaban. En primer lugar, utiliza los términos *comiso* y *confiscación* como sinónimos. Además, precisa el objeto del comiso como aquellos bienes que provengan del delito o que hayan sido empleados en su comisión. También precisa los sujetos a quienes puede imponerse la medida, entre los que incluye a las personas físicas y jurídicas —lo que presupone que las mismas pueden ser responsables penalmente, lo cual ya es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico—. Y finalmente, relaciona al comiso como una medida característica —aunque no excluyente— de la delincuencia económica.

Según nos dice GASCÓN INCHAUSTI, al comiso puede definírsele como “la privación definitiva de un bien o derecho, padecida por su titular y derivada de su vinculación con un hecho antijurídico”⁶⁷⁶. En este caso, el nexo se establece entre el comiso y la conducta antijurídica, con lo cual se le libera al comiso de la necesaria existencia de la culpabilidad o incluso la eventual imposición de una condena derivada del hecho antijurídico. Según esta definición la titularidad del bien se refiere no sólo a la tenencia sino a la propiedad del mismo. Y no debemos perder de vista el carácter absoluto y permanente de la figura del comiso. No se trata de una medida provisional, por el contrario es una medida definitiva.

⁶⁷⁴ En el caso específico de la legislación actual en España respecto del comiso, difícilmente quedarían satisfechos estos principios, por lo que sería muy complejo considerarlo como una pena.

⁶⁷⁵ CAZORLA PRIETO, S., «El comiso. Ganancias provenientes del delito en relación con la sentencia de 29 de julio de 2002. Caso Banesto», VV.AA., *Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, tomo I, Madrid, 2004, pág. 80.

⁶⁷⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pág. 23.

Sin embargo hay autores que consideran que la precisión en cuanto a esta característica sobra, puesto que va intrínseca en el comiso, ya que si no revistiera de esta nota de ser definitivo no deberíamos hablar de comiso y sí de una medida cautelar real, como puede ser el embargo preventivo⁶⁷⁷.

Por su parte DELGADO LÓPEZ lo define como “la pérdida de cosas poseídas ilícitamente en cuanto proceden de una infracción penal a través de uno de aquellos dos contactos (prepararla o ejecutarla, provenir de ella)”⁶⁷⁸. En este caso, el comiso se hace depender de una posesión ilícita de bienes, lo cual parece incluir a toda persona que hubiera intervenido o no en la comisión del hecho. También describe los bienes que pueden ser objeto de la medida, como aquellos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción, o incluso los que provengan de ella.

Así las cosas, y ante la multitud de esfuerzos definitorios del comiso, nos parece adecuado seleccionar algunos elementos de las anteriores concepciones y e intentar construir una con ciertos visos de ser propia, según la cual el comiso es la figura de carácter jurisdiccional que impone la pérdida definitiva de la titularidad, a favor del Estado, de los bienes relacionados con la preparación y ejecución del ilícito o del beneficio económico que resulta de éste. Sin embargo, entendemos que si bien ésta agrupación de elementos de las diferentes definiciones tampoco puede resultar perfecta, por lo menos sí es útil para describir la institución a la que nos hemos venido refiriendo.

Una vez realizado este recorrido por algunas de las definiciones derivadas tanto del texto legislativo como de la doctrina, debemos decir que la consecuencia básica del comiso

⁶⁷⁷ Según argumenta MANZANARES SAMANIEGO “nos parece una redundancia acentuar el carácter definitivo de la transmisión, moviéndonos, como nos movemos, en el derecho real de dominio”. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, op. cit., pág. 251. En el mismo sentido, AGUADO CORREA afirma que el carácter definitivo inherente al comiso es lo que la distingue de otras figuras jurídicas como el secuestro. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, op. cit., pág. 39.

⁶⁷⁸ DELGADO LÓPEZ, L. M., «El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas», op. cit., pág. 289.

es, precisamente, la privación del dominio sobre los bienes sujetos a la medida y su traslación a otra persona⁶⁷⁹; es decir, que con su imposición el efecto inmediato que se genera es un cambio de propiedad. Esta consecuencia, que implica el cese de la titularidad sobre un bien y la consecuente transmisión del dominio de éste a favor del Estado⁶⁸⁰, opera por ministerio de ley⁶⁸¹.

Este dominio sobre los bienes encuentra su límite de acuerdo al destino de los mismos, y que consiste en sufragar el importe de las responsabilidades civiles que se encuentren a cargo de la persona condenada⁶⁸². Por eso, debemos evidenciar la distinción que existe entre el comiso y la responsabilidad civil, que a diferencia de aquél, tiene como objetivo la restitución de un bien o la reparación o indemnización por daños y perjuicios⁶⁸³.

Con todo lo anterior podemos afirmar que por virtud del decomiso el Estado adquiere la titularidad de los bienes⁶⁸⁴, debido a un traslado coactivo de la misma. Para que este traslado de la propiedad pueda ser verificado, se requiere la existencia de dos requisitos⁶⁸⁵:

⁶⁷⁹ Dicho de otro modo, en palabras de CHOCLÁN MONTALVO, “el comiso es una causa de expropiación, porque desde la firmeza de la sentencia que lo decreta se pierde legalmente la propiedad”. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., pág. 67.

⁶⁸⁰ Titularidad, que en todo caso se encontrará sujeta a la realización de algunos fines, como puede ser alguna indemnización derivada de responsabilidad civil, llegando en algunos extremos hasta cubrir costas procesales, o si se trata de bienes de ilícito comercio, deberán inutilizarse.

⁶⁸¹ A decir de AGUADO CORREA “este cambio de titularidad tiene lugar *ipso iure*”. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, op. cit., pág. 39.

⁶⁸² Artículo 127 apartado 5 del Código Penal vigente.

⁶⁸³ MAPELLI CAFFARENA, B., «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *Revista Penal*, núm. 1, 1998, pág. 49.

⁶⁸⁴ En el caso de la legislación española, la regulación del decomiso genérico establecida en los artículos 127 y 128 del Código Penal, omite establecer la titularidad del Estado respecto de los bienes decomisados y se recurre de manera supletoria al artículo 374.3 para superar esta carencia. Nos sorprende que una norma relativa a un tipo de comiso específico, como lo es el ámbito del delito de tráfico de drogas, resulte más precisa y atinada que la figura genérica, que por evidentes razones debería resultar más clara. Al respecto *vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., pág. 67.

⁶⁸⁵ *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pág. 23.

- a) En primer lugar, una relación entre el hecho antijurídico y el bien sometido al decomiso. Existirá una relación directa cuando los bienes sometidos a la medida de comiso sean instrumentos, efectos o productos del delito. Pero si nos referimos a bienes en los que se han transformados tales objetos se establece una relación indirecta.

- b) Por otro lado, debe también verificarse una relación entre el propietario de los bienes y el delito que se castiga. Sin embargo, el comiso puede aplicarse a bienes propiedad de personas que no fueron condenadas por la comisión del delito.

Todo lo anterior nos va conduciendo hacia un conocimiento más completo respecto de la figura del comiso. Sin embargo, como ya nos anuncian la pluralidad de definiciones y formas de concebir esta institución, seguiremos encontrando multiplicidad de opiniones en cuanto a su justificación, naturaleza jurídica, sus modalidades, etcétera.

III.2 Distinción de figuras jurídicas similares

En este sentido y debido a la complejidad que representa encontrar una definición que abarque la magnitud de características que reúne el comiso, los estudiosos de la materia han optado por discernirlo de otras figuras semejantes y así, al deslindarlo de instituciones que en apariencia puedan resultar similares, pero que en esencia se diferencian de aquél, se podrá delimitar de mejor forma la concepción del comiso. Por eso, y al estudiar esta institución, debemos deslindarla de aquellas figuras con las que a pesar de

compartir características similares, resulta diferente; de este modo, evitaremos confusiones y la utilización errónea de conceptos, lo que a su vez nos proporcionará una imagen más detallada y precisa del comiso⁶⁸⁶.

III.2.1 Confiscación

El Diccionario de la Real Academia Española asimila los conceptos *comiso* y *decomiso*, y define a la institución como una “pena accesoria a la principal que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito o falta”⁶⁸⁷. Por otra parte, por confiscar entiende “penar con privación de bienes, que son asumidos por el fisco”, y nos remite al término *decomiso* como su sinónimo⁶⁸⁸.

Un sector de la doctrina afirma que la confiscación, aunque considerada el más remoto antecedente del comiso⁶⁸⁹, ha quedado totalmente exiliada de la legislación actual.⁶⁹⁰ En ese mismo sentido también se ha llegado a afirmar que la institución de comiso que conocemos actualmente a través de la norma penal en nada se asemeja a la confiscación, pues no existe ya, ningún nexo entre ellas⁶⁹¹.

⁶⁸⁶ Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., pág. 6.

⁶⁸⁷ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española <http://buscon.rae.es/drae/?val=decomiso> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

⁶⁸⁸ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española <http://buscon.rae.es/drae/?val=confiscar> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

⁶⁸⁹ Vid. MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, op. cit., pág. 620 y ss.

⁶⁹⁰ Vid. PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, op. cit., pág. 407.

⁶⁹¹ Así lo sostiene CEREZO DOMÍNGUEZ, al afirmar que “en primer lugar, el comiso que se recoge actualmente en el Código penal ha quedado completamente desvinculado de la antigua pena de la confiscación general de bienes”. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., pág. 6. Además la autora asevera que la confiscación ha dejado de tomarse en cuenta en las legislaciones modernas.

Sin embargo, otra parte de la doctrina distingue el comiso de la confiscación, de acuerdo al objeto sometido a la medida. Por ello, algunos autores consideran que el matiz entre comiso y confiscación permite distinguir dos clases de una misma especie, con naturaleza jurídica y características diferentes⁶⁹².

En este caso y a modo de ejemplo, PLAZA SANJUAN sostiene que a pesar de que la legislación no establece diferencia entre ambos conceptos, vale la pena distinguirlos para poder entender sus características y sus efectos. Así, por un lado, el autor plantea que respecto de los instrumentos y efectos del delito procede el comiso, mientras que para las ganancias provenientes del ilícito procede la confiscación. Por ello se explica la complejidad de definir una única naturaleza jurídica de la institución del comiso⁶⁹³.

En este mismo orden de ideas y como ya lo referíamos en párrafos anteriores, otro sector doctrinal distingue al comiso de la confiscación de acuerdo a la porción del patrimonio que se afecta, resultando el comiso una especie de la confiscación general⁶⁹⁴.

Por otro lado, aunque GASCÓN INCHAUSTI parece considerar los términos *comiso* y *confiscación* como sinónimos, también realiza una matización entre ambos, al afirmar que “una vez reconocida la resolución extranjera de decomiso, el tribunal deberá proceder a realizar las actuaciones propias de confiscación de los bienes afectados por la medida: se trata de proceder a la búsqueda del bien y a la toma de su posesión, que estará amparada

⁶⁹² En este sentido, JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones del código penal español de 1995», VV.AA., *La reforma de la Justicia Penal*, Publicaciones de la Universitat Jaume I, España, 1997, pág. 119. DE ALFONSO LASO, D., BAUTISTA SAMANIEGO, C., *El Código Penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, pág. 234. PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 5. AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, pág. 3.

⁶⁹³ Cfr. PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *op. cit.*, págs. 3 y ss.

⁶⁹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, *op. cit.*, pág. 251

por el cambio de titularidad contenido en la resolución de decomiso”⁶⁹⁵. Esta afirmación nos conduce a visualizar al decomiso como el nombre de la medida y por otro lado a la confiscación como a todos los actos relativos a la ejecución de la medida. Lo anterior dibuja un escenario en el que el comiso encarna al sustantivo y, en cambio, la confiscación da vida al verbo o acción.

A partir de estas consideraciones generales podemos concluir estableciendo la estrecha relación que ha existido a lo largo de la historia entre el comiso y la confiscación. Relación que, dicho sea de paso y tal como podemos observar, seguirá vigente, manifestándose con una delgada línea, perceptible a los ojos de la doctrina⁶⁹⁶.

De este modo, podemos ya comprender que aunque con características similares nos encontraríamos en suma ante figuras con contenido diferente. Sin embargo conviene tener presente desde ahora que cada vez hay más opiniones doctrinarias que distinguen el comiso de efectos e instrumentos y la confiscación de las ganancias⁶⁹⁷.

III.2.2 Expropiación

Otra figura que se ha llegado a relacionar con el comiso es la expropiación. Sin embargo, consideramos que en este caso, la diferencia es más evidente. Afirmamos esto

⁶⁹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes», *op. cit.*, pág. 23.

⁶⁹⁶ Distinción que el texto legal español ignora, pues no contempla la figura de la confiscación y a toda medida de despojo de la titularidad de los bienes relacionados de alguna manera con la preparación o perpetración del delito, sus ganancias o incluso las modalidades de tal extinción del dominio, se consideran como *comiso*.

⁶⁹⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, págs. 118 y ss.

porque, en primer término, ambas figuras revisten de una naturaleza jurídica distinta y, en segundo lugar, porque la justificación que les da razón de ser es diametralmente diferente también.

Pasaremos entonces a profundizar en estas diferencias, que ya desde ahora advertimos muy claras, entre estas dos instituciones. Debemos comenzar invocando el significado de ambas figuras. El término expropiar, propio del ámbito de las Administraciones Públicas, significa “privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes”⁶⁹⁸.

En cambio, y como ya dijimos en párrafos anteriores, el comiso está definido por la Real Academia como una pena⁶⁹⁹. Aunque en el momento oportuno analizaremos al comiso como una figura que no reúne las características de la pena, sí implica una respuesta estatal frente al delito que a todas luces se contrapone con la indemnización que recibe el afectado por la medida en caso de expropiación.

Específicamente en el sistema legal español debemos comenzar recordando que el derecho a la propiedad privada se encuentra recogido —de forma genérica— en el artículo 33 de la Constitución, disposición legal en la cual además halla su límite, pues según el texto jurídico: “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”⁷⁰⁰. Como puede observarse, y vamos a tratar de

⁶⁹⁸ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española <http://buscon.rae.es/drae/?val=expropiar> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

⁶⁹⁹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española <http://buscon.rae.es/drae/?val=decomiso> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

⁷⁰⁰ Artículo 33. 3 de la Constitución Española en vigor.

demostrar, se trata de una figura diferente en fondo y forma al comiso⁷⁰¹.

De forma errónea, en el sistema jurídico español, la expropiación se ha llegado a percibir más allá de una garantía que corresponde a los administrados, como una potestad inherente a la Administración⁷⁰². De esta afirmación deriva la primera diferencia entre comiso y expropiación y que salta a la vista: el comiso es, en efecto una medida derivada de la facultad del *ius puniendi* propio y exclusivo del Estado frente a la expropiación que únicamente implica una excepción al derecho de la propiedad privada a cargo de los particulares.

Es cierto que en la figura expropiatoria ocurre una transmisión de dominio de un bien al Estado, situación que también ocurre en el comiso. Se debe a esta nota común que ambos institutos jurídicos se relacionen. Sin embargo, esta transmisión de dominio no tiene su origen en el mismo fundamento, por ello, esta situación compartida por el comiso y por la expropiación debe ser entendida en dos contextos bien distintos.

La utilidad pública o el interés social son condiciones *sine qua non* para que la expropiación pueda verificarse. Resultan un presupuesto necesario y al mismo tiempo la justifican. En el caso del comiso, nada interesan estas condiciones, ya que para imponerlo no es necesario invocar ni establecer tales razones de utilidad o interés.

La justificación del comiso se encuentra, como ya analizaremos con mayor profundidad y detenimiento en el momento oportuno, en cuestiones relativas a la prevención⁷⁰³, la peligrosidad o incluso la evitación del beneficio o provecho económico

⁷⁰¹ Sobre la diferencia entre expropiación y comiso se puede consultar RESTREPO MEDINA, M. A., *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pág. 33.

⁷⁰² Cfr. REY, F., «El devaluado derecho de propiedad privada: STC 37/1987, 26 de marzo», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 55, 2006, pág. 963.

⁷⁰³ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley*

producida por la comisión de un delito. En otras palabras, la causa de la expropiación tiene que ser el interés general o la utilidad pública. En el comiso la causa es más bien una mezcla de pena y medida de seguridad para desalentar al delincuente que sabrá que no puede disfrutar de los beneficios económicos de su delito.

Por otro lado, debemos tener presente que la realización de la expropiación se caracteriza porque va acompañada de una indemnización que la Administración compensa al sujeto afectado por la ejecución de la medida, contraprestación que no podría estipularse en el comiso, por tratarse de una cuestión relacionada con la comisión del delito. Resultaría incongruente que el Estado ejerciendo la potestad del *ius puniendi* debiera indemnizar a los titulares de los bienes relacionados con el ilícito o incluso fruto de éste. Ante la ejecución del decomiso, no existe pago al titular de los bienes por parte del Estado para llevar a cabo la traslación de dominio sobre éstos.

Además de todo lo que hemos mencionado, respecto de la distinción que existe entre el comiso y la expropiación también debemos observar la ubicación de estas en la legislación. En el caso específico de España, el comiso se encuentra enclavado — mayoritariamente—, en el ordenamiento penal y la expropiación corresponde, generalmente al ordenamiento administrativo⁷⁰⁴.

Por último, pero no por ello menos importante y a pesar de que la Constitución no lo establezca literalmente, en la expropiación debe existir un justiprecio y una imposibilidad absoluta de alcanzar el mismo resultado de interés social por otro medio. De

orgánica 8/1983, op. cit., pág. 254. El autor extiende los límites del comiso hasta producir casi una mezcla con la expropiación; sin embargo, aún ante esta desdibujada frontera, reconoce las diferencias que existen entre el comiso y la expropiación y así reafirma la diversa finalidad de ambas instituciones.

⁷⁰⁴ *Vid.* RESTREPO MEDINA, M. A., *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar, op. cit.*, págs. 33 y ss.

nuevo, las diferencias con el comiso resultan evidentes⁷⁰⁵.

Por todo lo que hemos expuesto, podemos concluir, sin temor a equivocarnos, que a pesar de que el comiso y la expropiación comparten una nota común, como es el traspaso de la propiedad de un bien al Estado, ambas figuras deben apreciarse al tenor de otras características propias que las delimitan y las distinguen y que hacen de cada una instituciones de naturaleza y fines propios muy distintos entre sí.

III.2.3 Multa

También se ha comparado al comiso con la pena de multa, en la medida en que ambas instituciones pueden recaer en el patrimonio⁷⁰⁶. Al respecto, y en primer término, podemos afirmar que se distinguen desde su esencia misma⁷⁰⁷, ya que la multa es una pena y el comiso ha sido despojado del nexo con la pena, quedando reducido a la accesoriedad, por lo que no alcanza tal consideración.

La multa es la más importante de las sanciones pecuniarias y consiste en la imposición del pago de una cantidad en dinero al Estado, derivada de la comisión de un delito o falta. Esta institución se describe como una sanción pecuniaria de *carácter aflictivo*⁷⁰⁸. Por su parte, el comiso no persigue estos fines *retributivos-vindictivos*⁷⁰⁹, puesto que pretende evitar en unos casos el beneficio económico que pueda resultar del delito, en

⁷⁰⁵ Al respecto se puede consultar PUY MUÑOZ, F., *Derechos Humanos*, op. cit., págs. 265 y ss.

⁷⁰⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, op. cit., pág. 252.

⁷⁰⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *Diario La Ley*, núm. 2, 1996, págs. 1535-1541.

⁷⁰⁸ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., pág. 9.

⁷⁰⁹ BERISTAIN, A., *La multa en el derecho penal español*, Reus, Madrid, 1976.

otros casos desincentivar al sujeto en la comisión de delitos, o inclusive pretende la prevención general.

Así que aunque ambas representan la traslación de dominio de patrimonio al Estado, tienen naturaleza, motivación y finalidad distinta. En la legislación española, la multa se considera como una pena⁷¹⁰, mientras que el comiso se ubica dentro de las consecuencias accesorias⁷¹¹. El texto legal dispone que “la pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria”⁷¹². De esta consideración podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- a) En primer lugar, la condición inequívoca de pena que se le asigna a la multa.
- b) Debe existir, como requisito indispensable una sentencia que condene a la persona a la que se impondrá la multa y por ello deben quedar excluidas de su imposición las personas que resulten exentas de responsabilidad penal⁷¹³.
- c) Se trata de una sanción pecuniaria que se impone al condenado por la comisión del delito⁷¹⁴.

Todas estas características apuntadas sobre la multa pierden su vigencia en cuanto al comiso se refiere⁷¹⁵, en primer lugar porque el propio Código Penal distingue la naturaleza jurídica del comiso y no lo concibe como pena sino como medida accesoria⁷¹⁶. No

⁷¹⁰ Artículo 32 del Código Penal vigente.

⁷¹¹ Artículo 127 del Código Penal vigente.

⁷¹² Artículo 50 apartado 1 del Código Penal vigente.

⁷¹³ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *op. cit.*, pág. 1.

⁷¹⁴ La multa recae sobre la persona condenada, sin embargo el comiso trasciende a la persona y alcanza al bien. Vid. RAMÓN RIBAS, E., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 662.

⁷¹⁵ VV.AA., *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, Madrid, 2011, págs. 611 y ss.

⁷¹⁶ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 9.

olvidemos que el comiso no puede considerarse como una pena⁷¹⁷, ni toda la problemática en cuanto a su naturaleza ha quedado agotada.

Finalmente, debemos resaltar que el comiso representa la transmisión inmediata de la titularidad de un bien y no tiene por objeto producir un crédito o deuda a cargo del delincuente, tal como ocurre con la imposición de la multa⁷¹⁸, pues en el caso del comiso lo que ocurre es una pérdida o traslación de dominio sobre el bien⁷¹⁹.

En palabras de MANZANARES SAMANIEGO, tanto el comiso como la multa constituyen sanciones patrimoniales, pero se diferencia de ésta en afectar de manera inmediata a la propiedad⁷²⁰.

III.2.4 Embargo preventivo

Otra figura jurídica con la que se encuentra estrechamente relacionado el comiso es precisamente el embargo preventivo. Esta relación estrecha entre ambas medidas se debe a que recaen sobre objetos que pueden considerarse semejantes⁷²¹.

El embargo preventivo, tal como su propio nombre ya nos anuncia, es una medida

⁷¹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», *op. cit.*, pág. 621.

⁷¹⁸ *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El Comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal», *op. cit.*, pág. 8.

⁷¹⁹ *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *op. cit.*, pág. 2.

⁷²⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, *op. cit.*, pág. 252.

⁷²¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 11. La autora se refiere a tres figuras: el comiso, el secuestro y el embargo.

precautoria o cautelar, por lo que adolece de un carácter definitivo, cuestión que en líneas anteriores ya hemos referido exactamente como inherente al comiso. Es decir, el comiso en sentido opuesto que el embargo siempre constituye una medida definitiva, mientras que el embargo y el secuestro, se consideran como medidas de carácter transitorio y “de función profiláctica”⁷²².

En la Unión Europea se define a la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas como “cualquier medida tomada por una autoridad judicial competente del Estado de emisión para impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso o constituir elementos de prueba”⁷²³.

Los elementos que nos interesan de esta definición y que nos acercan a las características del embargo son los siguientes:

- a) Es una medida judicial y bajo tal caracterización no resulta definitiva, sino que se trata de una decisión provisional.
- b) Esa decisión provisional también tiene carácter de precautoria, en el sentido en el que permite evitar que los bienes que eventualmente pueden servir para respaldar otras medidas.

Más allá de lo anterior, creemos necesario precisar que, de acuerdo al ordenamiento legal español, parece errado el texto de la Decisión Marco de referencia, pues se ha utilizado

⁷²² MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983, op. cit.*, pág. 254.

⁷²³ Artículo 2 c) de la DM 2003/577/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 196, 2 de agosto de 2003, págs. 45-55.

el término *embargo* en lugar de la palabra *secuestro*⁷²⁴. A pesar de que estas dos instituciones (el secuestro y el embargo⁷²⁵) resultan muy similares en cuanto a que ambas constituyen medidas cautelares, deben precisarse y distinguirse para evitar confusiones⁷²⁶. Esta diferencia que evidenciada plenamente en cuanto a los fines que se persigue con su imposición.

Por un lado, el embargo tiene como misión respaldar el cumplimiento de una obligación pecuniaria relativa a la responsabilidad civil que pudiera derivar de la comisión de un delito, el pago de las costas y hasta posibles multas; por su parte el secuestro se dirige a asegurar los bienes sobre los que eventualmente podría recaer una resolución de decomiso.

Tal como afirma CEREZO DOMÍNGUEZ al referirse al embargo, “estamos, por tanto ante una medida cautelar real, cuya finalidad es la de asegurar, a través del control de los bienes del inculpado, el pago de las posibles responsabilidades pecuniarias que se declaren procedentes en sentencia”⁷²⁷.

Teniendo en cuenta esta afirmación, debemos realzar otra diferencia importante entre el comiso y el embargo, puesto que el primero puede recaer sobre los bienes no sólo propiedad del responsable del delito sino de terceros, mientras que en el embargo estamos ante una medida que se refiere concretamente a bienes de los que es titular el probable

⁷²⁴ Vid. MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «La decisión marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas», *op. cit.*, págs. 66 y ss.

⁷²⁵ El embargo y secuestro revisten una finalidad *facilitadora*, mientras que el comiso tiene una finalidad *sancionadora*. ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El comiso de bienes», VV.AA., *Corrupción y delincuencia económica*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2008, págs. 407 y ss.

⁷²⁶ En ese sentido argumenta MANZANARES SAMANIEGO que “no han de confundirse el secuestro, como ocupación del cuerpo del delito, en sentido amplio, dirigida al aseguramiento de pruebas, y el embargo, como acto subsidiario de la fianza de responsabilidad civil”. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, *op. cit.*, pág. 255.

⁷²⁷ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 12.

responsable del delito con el fin específico de garantizar las responsabilidades civiles que pudieran surgir por la comisión del mismo⁷²⁸.

Para concluir con estas consideraciones sobre el embargo, resulta conveniente resaltar que su relación con el decomiso no es casual o fruto sólo de una concepción de términos con significado similar, pues incluso se ha llegado a afirmar que el embargo puede resultar una medida capaz de asegurar el comiso *del valor sustitutorio o de reemplazo*⁷²⁹.

III.2.5 Secuestro judicial

En párrafos anteriores ya adelantábamos algunas cuestiones sobre esta figura, cuya finalidad se ha considerado *esencialmente procesal*⁷³⁰, puesto que se concibe como una medida precautoria que recae sobre bienes que puedan considerarse como material de convicción en un juicio o proceso y respecto de los que eventualmente pueda ejecutarse la medida de comiso.

Debido a su carácter procesal⁷³¹, esta institución jurídica puede ser adoptada en cualquier momento y su duración estará íntimamente relacionada con la sentencia, pues será en ese momento en el que la medida quede extinguida y, en su caso, sustituida por otra.

⁷²⁸ Así lo dispone el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente.

⁷²⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, op. cit., pág. 95.

⁷³⁰ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., pág. 12.

⁷³¹ Además de las consideraciones doctrinales que así lo conciben, se desprende de lo dispuesto por el artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente.

Además de esto, por su estructura el secuestro presenta dos coincidencias principales con el comiso:

- a) Puede recaer sobre bienes que sean propiedad del responsable del delito, pero también de terceros.
- b) En ambos casos (secuestro y comiso) debe existir un nexo entre los objetos sobre los que recaiga la medida y la acción criminal⁷³².

Al igual que el embargo, esta medida tiene carácter provisional e instrumental⁷³³ frente al comiso como una figura definitiva. Sin embargo el secuestro se encuentra más próximo al comiso, puesto que tal como afirma MANZANARES SAMANIEGO “el secuestro desempeña respecto al comiso un papel parecido al del arresto preventivo frente a las penas privativas de libertad”⁷³⁴. Es así porque a través del secuestro se aseguran las circunstancias que posibilitan un eventual comiso.

Concretamente, para que pueda aplicarse el comiso, se deben tener en cuenta diversas circunstancias⁷³⁵:

- a) Lo principal es que debe existir un nexo entre el bien sujeto al comiso y un hecho antijurídico, que puede ser de varios tipos puesto que puede considerarse como efecto, instrumento, medio o ganancia del delito.

⁷³² Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., pág. 14.

⁷³³ Por *provisional* entendemos que no se trata de una medida definitiva y se considera como *instrumental* porque tal medida carece de un fin en sí misma y se encuentra vinculada estrechamente a la sentencia que se dicte dentro del juicio o proceso. Al respecto se puede consultar AGUADO CORREA, T., *El comiso*, op. cit., pág. 39.

⁷³⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, op. cit., pág. 255.

⁷³⁵ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., págs. 23 y ss.

- b) Como consecuencia de lo anterior, debe existir necesariamente un nexo entre el titular del bien y la actividad delictiva que se castiga y por virtud de la cual se impone la medida de comiso. En este aspecto existe el límite de toda persona tercera de buena fe y que acredite que ha adquirido el bien de forma lícita.

En resumen, todas estas precisiones en cuanto al comiso y otras figuras que se relacionan con el mismo (confiscación, expropiación, multa, embargo preventivo y secuestro judicial) nos permiten ir delimitando esta institución con mayor claridad, conociendo sus características específicas.

Por otro lado, también nos plantean algunas dudas, principalmente en cuanto a la diferencia entre confiscación y comiso derivadas de las opiniones doctrinarias —cada vez más generalizadas— que distinguen entre el comiso de efectos e instrumentos y la confiscación de ganancias⁷³⁶. Estas cuestiones seguramente seguirán generando opiniones de todo tipo y se anuncian como interminables, por lo menos a corto plazo.

A pesar de que somos partidarios de la distinción que debe haber de acuerdo a los objetos en los que recaiga el comiso, el fundamento y los fines que pretenda alcanzarse con la imposición de esta medida, quizá evidenciar esta distinción utilizando términos que en ocasiones se consideran sinónimos o cuyos límites no son del todo nítidos, no resulte la mejor opción. Sin embargo, esperamos que la tendencia continúe por estos derroteros.

⁷³⁶ Sólo a manera de ejemplo, se puede consultar JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones del código penal español de 1995», *op. cit.*, pág. 119. DE ALFONSO LASO, D., BAUTISTA SAMANIEGO, C., *El código penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*, *op. cit.*, pág. 234. PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 5. AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, pág. 3.

III.3 Sujetos

En principio, y por regla general, el comiso es una medida que puede ser impuesta sobre los bienes de cualquier sujeto. La estructura del ordenamiento legal actual da lugar a que además, se imponga esta medida sin importar si el delito con el que se relacionan los bienes tiene carácter doloso o culposo.

Debemos recordar que, en el caso concreto de la legislación española⁷³⁷, toda pena que se estipule por la comisión de delitos o faltas dolosos deberá estar acompañada de la pérdida de los objetos utilizados para preparar y perpetrar tales conductas, así como las ganancias obtenidas.

Para el caso de que el delito cometido sea imprudente, la imposición del comiso se sujeta a los siguientes parámetros:

- a) El comiso resulta facultativo, por lo que el órgano jurisdiccional competente, de acuerdo a las circunstancias del caso, será quien determine si debe o no proceder el decomiso, caso contrario de lo que ocurre en los delitos dolosos, pues la pena deberá seguir la imposición de esta medida.
- b) Que el delito imprudente tenga prevista una pena privativa de libertad superior a un año. Esta condición limita y vincula la imposición del comiso con la penalidad que corresponda al propio delito.
- c) El comiso comprenderá los bienes con que se haya preparado y perpetrado el

⁷³⁷ Como ya hemos mencionado anteriormente, la figura *genérica* del comiso se encuentra reglamentada por el artículo 127 del Código Penal vigente.

delito, aquellos que provengan del mismo y las ganancias obtenidas, sin importar las transformaciones que hayan sufrido.

La imposición de la medida de comiso, aún en delitos imprudentes, ha sido calificada por una parte de la doctrina como una necesidad para evitar *resultados disfuncionales* tales como la imposibilidad de decretarlo en el caso del delito de blanqueo imprudente de bienes⁷³⁸.

Sin embargo, en contra de esta opinión, se afirma que se debe restringir la extensión del comiso, evitando su aplicación en el caso de conductas imprudentes, puesto que no existen razones de política criminal que justifiquen su existencia, cuestión que transforma al comiso en una medida *desmesurada*⁷³⁹.

En la legislación española se pone atención especial en aquellos delitos cometidos *en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista*⁷⁴⁰; sin embargo, se insiste⁷⁴¹ en que resultaría *congruente*⁷⁴² y *conveniente*⁷⁴³ extender el comiso a todos los delitos. Y su efecto respecto de los bienes consiste precisamente en la “transmisión inmediata y definitiva al Estado desde el momento de la firmeza de la sentencia que lo imponga”⁷⁴⁴.

Concordamos con el hecho de que existan algunas cautelas relativas a la imposición

⁷³⁸ Cfr. FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, pág. 261.

⁷³⁹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª de., Civitas, Madrid, 1996, págs. 215 y ss.

⁷⁴⁰ Artículo 127.1 apartado segundo del Código Penal vigente.

⁷⁴¹ En la parte final del capítulo II, al referirnos a la legislación *por futuro* profundizamos en la importancia de incluir a todos los delitos en la aplicación del comiso ampliado, principalmente la corrupción.

⁷⁴² Vid. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 621.

⁷⁴³ Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, *op. cit.*, pág. 330.

⁷⁴⁴ GUINARTE CABADA, G., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 662.

del comiso por la comisión de delitos imprudentes, pues con ellas se pretende introducir un grado de proporcionalidad entre el delito y la respuesta estatal a fin de garantizar la racionalidad⁷⁴⁵, justicia y legitimidad de una medida que incide profundamente el derecho de propiedad⁷⁴⁶. Y es que sabido que los derechos pueden ser limitados e incluso impedidos, pero cuando esto sucede, es preciso que sea con todas las garantías y cautelas posibles a fin de que la medida correctiva no se convierta en un uso indiscriminado de la fuerza.

La posibilidad de que el comiso pueda aplicarse sobre los bienes de cualquier persona —tanto física como jurídica—, también genera la facultad de que quienes directamente vean afectados sus bienes con la aplicación de tal medida, puedan impugnar la imposición del comiso⁷⁴⁷. De modo que existe un ámbito claro de protección de derechos, que debe ser tenido en cuenta pues, como hemos dicho en párrafos anteriores, este sistema de protección legitima y justifica la imposición de la medida en caso de que sea necesario hacerlo valer.

En el mismo orden de ideas, podemos concluir que estas circunstancias constituyen la manifestación de la *proyección subjetiva del comiso*⁷⁴⁸ y que consiste en que éste pueda afectar bienes que pertenezcan a personas que no han llevado a cabo alguna conducta típica, pero además a aquellos que han resultado absueltos por no existir *antijuridicidad*,

⁷⁴⁵ Sobre el principio de proporcionalidad y sus características *vid.* GIMENO SENDRA, V., «Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal», VV.AA., *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, Universidad Da Coruña, A Coruña, 2012, págs. 81 y ss.

⁷⁴⁶ *Vid.* CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», VV.AA., *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, págs. 113 y ss.

⁷⁴⁷ *Vid.* FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *op. cit.*, págs. 256 y ss.

⁷⁴⁸ RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, pág. 228.

*culpabilidad o punibilidad*⁷⁴⁹. En otras palabras, el comiso se extiende más allá de las circunstancias del sujeto, con el objetivo de alcanzar aquellos bienes que estén relacionados con un hecho delictivo, independientemente de las condiciones de su titular.

Ante esta amplitud y extensión del comiso, no puede cabernos la menor duda de que esta institución ha dejado de ser consecuencia accesoria de la pena y se ha transformado en consecuencia de la acción típica, lo cual permite hacer efectivo el comiso aun cuando la persona titular de los bienes sujetos a decomiso no sea culpable o punible⁷⁵⁰.

Esto se debe a que el comiso⁷⁵¹ encuentra justificación derivada de la *peligrosidad* que pueden revestir los objetos relacionados con un delito, misma que no se reduce a la que por naturaleza puede desplegar el bien y que se designa como *absoluta*, sino que se prolonga hasta el extremo de aquella peligrosidad del bien en manos de un determinado sujeto o peligrosidad *relativa*⁷⁵².

En cuanto al alcance del comiso, VIZUETA FERNÁNDEZ afirma que “es tarea de doctrina y jurisprudencia dotar de contenido a esta locución, esto es, fijar los límites del comiso de los efectos, instrumentos y ganancias cuando éstos, en el momento de adoptar la decisión por parte del juez, pertenecen a una persona que no ha intervenido en el delito ni como autor ni como partícipe”⁷⁵³.

Otra limitación a la imposición del comiso, además de la que ya hemos mencionado

⁷⁴⁹ RAMÓN RIBAS, E., «La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, 2002-2003, pág. 535 nota 47.

⁷⁵⁰ Cfr. AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal», *op. cit.*, pág. 7.

⁷⁵¹ Principalmente nos referimos al comiso de *efectos, bienes, medios e instrumentos*. Vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 45.

⁷⁵² AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 50, nota 138.

⁷⁵³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Delitos contra la seguridad vial», *op. cit.*, pág. 34.

en cuanto a las condiciones de su imposición cuando se trata de delitos imprudentes, es aquella que se refiere a los terceros⁷⁵⁴, que en todo caso deben reunir los siguientes requisitos⁷⁵⁵:

- a) Haber actuado de buena fe⁷⁵⁶.
- b) No ser responsable del delito por el cual se impone el comiso.
- c) Haber adquirido la titularidad de los bienes legalmente. Esta condición, además, presupone que tales bienes sean de lícito comercio⁷⁵⁷.

En caso de que exista copropiedad entre los terceros —con las características citadas en los incisos anteriores—, y que este hecho afecte a alguno de los titulares de los bienes a decomisar, procederá imponer la medida de forma parcial, a fin de que ésta no llegue a afectar los intereses de los terceros⁷⁵⁸ que no sean directamente responsables del delito.

Si ese es el caso, el tercero copropietario no responsable puede hacer valer sus derechos, como ya mencionamos anteriormente, impugnando la resolución en la que se

⁷⁵⁴ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *Actualidad Penal*, núm. 24/9, 1997, págs. 521-541.

⁷⁵⁵ En cuanto a estas condiciones, el tercero debe cumplirlas todas para hacer valer sus derechos, y “desde ese momento, dichos terceros podrán intervenir en el proceso, nombrando Letrado y Procurador, si preciso fuere, para proponer los medios de defensa de sus derechos e intervenir en las diligencias acordadas al respecto”. VILATA MENADAS, S., «Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2002, pág. 3.

⁷⁵⁶ Al estipular este tipo de conceptos, se genera un vacío legal, que trata de subsanarse recurriendo en forma supletoria a la legislación civil. En este sentido, se puede consultar AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, págs. 47 y ss.

⁷⁵⁷ Vid. FARALDO CABANA, P., «vi. Comiso», VV.AA., *Comentarios a la legislación penal espacial*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 153.

⁷⁵⁸ Ampliamente se aborda el comiso de bienes propiedad de terceros y los respectivos mecanismos de defensa en VILATA MENADAS, S., «Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero», *op. cit.*

establezca el comiso, haya sido o no parte del juicio que dio origen a la medida⁷⁵⁹.

Otra de las características de la figura del comiso reside en que para esta medida “no rige el plazo de prescripción del delito, ni de la pena”⁷⁶⁰. Efectivamente, del propio texto del ordenamiento legal se aprecia esta desvinculación de la aplicación de la medida del comiso en los supuestos en que no se imponga una pena, cuando concurren causas de exención de responsabilidad criminal o en caso de que la responsabilidad penal se hubiera extinguido.

Ante este panorama y a manera de corolario podemos afirmar que la extensión del comiso parece extenderse ampliamente, topándose solamente con dos excepciones fundamentales que hemos analizado en párrafos anteriores y que pueden resumirse: por un lado, en la facultad potestativa del Juez para imponerlo cuando se trate de delitos culposos, supeditado al cumplimiento de varias condiciones expuestas; y por otro, cuando los bienes sean propiedad de un tercero, también bajo circunstancias específicas. Esta gran dimensión del comiso ha servido para consolidar una figura que efectivamente pueda ejecutarse.

A pesar del nexo distendido y muy lejano del comiso con respecto a la pena y la acreditación de la titularidad de los bienes, nos encontramos frente a una medida muy compleja. En este sentido, la doctrina tampoco ha encontrado un punto de acuerdo unánime —al igual que en otros aspectos del comiso como lo es su naturaleza jurídica, su objeto o incluso su justificación—. Por un lado, se nos recuerda que el comiso es una medida que recae sobre el bien, sin tener en cuenta a su titular, aunque en realidad, el que resulte afectado sea dicho titular. En otras palabras “el comiso «persigue» al bien y no a su

⁷⁵⁹ Vid. RUIZ MORENO, J. M., «Comiso de bien ganancial acordado contra cónyuge del condenado al considerarse que tuvo suficiente conocimiento de la actuación judicial (TC 1ª S 151/2001, 15 julio)», *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 7, 2003, pág. 48.

⁷⁶⁰ POZUELO PÉREZ, L., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Demolición o comiso», *Diario La Ley*, núm. 6948, 2008, pág. 6.

titular”⁷⁶¹.

Sin embargo, por otro lado y en sentido contrario, se afirma que el comiso es una institución *ad personam*, ya que se encuentra relacionada con la responsabilidad de la persona que ha llevado a cabo un hecho punible y no únicamente *in rem*.

Resultaría no sólo pretencioso, sino prematuro, tratar de proponer una opción alternativa frente a estas dos posturas que se perciben irreconciliables; sin embargo, en nuestra opinión, esta contradicción puede diluirse si se distingue entre comiso de efectos e instrumentos por un lado, y comiso de ganancias por el otro, puesto que ambas categorías, de acuerdo a su justificación y fines, pueden corresponderse con una y otra postura respectivamente.

Esto es apenas una idea, que podremos perfilar mejor cuando hayamos estudiado la naturaleza, objeto y clases de comiso. Quizá en ese momento podremos tener una mejor perspectiva para dilucidar si el comiso implica una medida aplicada a la persona o si por el contrario se aplica al bien, o, en caso de que coexistan ambas posibilidades, poder puntualizar las situaciones particulares en las que procede una o la otra.

III.4 Naturaleza jurídica

Ya hemos venido advirtiendo que el comiso es una figura que genera polémica, incluso desde su conceptualización. Por eso, no debe resultarnos extraño que el caso de la

⁷⁶¹ RAMÓN RIBAS, E., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 662.

naturaleza jurídica de esta institución también haya suscitado —y lo siga haciendo— muchos debates para entender su esencia.

La naturaleza jurídica del comiso ha dado lugar a un sinnúmero de controversias que trataremos de exponer a lo largo de los siguientes párrafos, para poder entender su esencia. Para caracterizarlo y delimitarlo, conviene recordar que esta figura nació como una pena⁷⁶².

A lo largo de la existencia de la figura del comiso éste se ha delimitado y constreñido a las garantías de un Estado de Derecho; sin embargo, no siempre ha sido así, pues en tiempos pasados fue utilizado como un castigo cruel y despiadado, que no conocía límites, y que incluso trascendía a la familia del penado⁷⁶³.

Tal como hemos afirmado y derivado de lo que observamos a partir de la evolución histórica y legislativa del comiso, y de las enconadas discusiones doctrinales que su estudio provoca, la naturaleza jurídica del comiso ha sido, como muchos otros aspectos de esta figura, un punto controvertido debido a los múltiples cambios que ha experimentado. Se afirma que incluso la *doctrina científica* alberga incertidumbre al tratar de precisar la naturaleza jurídica del comiso, y por ello no existe acuerdo en cuanto a la naturaleza que debe atribuírsele⁷⁶⁴.

En tal virtud, GRACIA MARTÍN se refiere a la complejidad del estudio y delimitación

⁷⁶² Como hemos referido en el capítulo II de esta tesis, encontramos los ancestros más antiguos del comiso en el Derecho Romano, en los tiempos del César, en que se aplicó esta medida para desposeer parcial o totalmente de su patrimonio a una persona primero para proteger *intereses colectivos*, y posteriormente a través de la figura denominada *confiscatio* como sanción de algunos delitos, pero primordialmente para dotar de recursos al Estado. Vid. MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, *op. cit.*, págs. 620 y ss.

⁷⁶³ Vid. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, *op. cit.*, pág. 69.

⁷⁶⁴ CARDENAL MURILLO, A., «El régimen específico del comiso en materia de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 282.

de las consecuencias accesorias, entre ellas el comiso, y no duda en resaltar lo problemático que resulta *descubrir y determinar* qué naturaleza jurídica se les puede asignar⁷⁶⁵. Además, este autor también nos advierte sobre lo complejo de encontrar una base unívoca para las consecuencias jurídicas al revestir éstas naturalezas jurídicas muy diferentes⁷⁶⁶.

Esta inquietud la comparte también MAPELLI CAFFARENA, pues incluso afirma que puede resultar más sencillo precisar lo que “no” son las consecuencias jurídicas, que atinar a precisar un concepto adecuado a su naturaleza⁷⁶⁷.

Por su parte, DE TOLEDO Y UBIETO afirmaba, antes de las reformas al ordenamiento penal español realizadas en 2003 y 2010, que el comiso se perfilaba como “una implicación necesaria, aunque no siempre obligatoria, de la pena a la que no se confiere el carácter de ésta”⁷⁶⁸. Y aunque compartimos tal afirmación, ésta no resulta suficiente para establecer la

⁷⁶⁵ GRACIA MARTÍN, L., «XIII. Las consecuencias accesorias», VV.AA., *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 537. Así mismo el autor realiza la siguiente crítica: “la doctrina española prescinde por completo del dato terminológico, y, denostándolo incluso como perturbador, plantea el problema de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias como uno para el que las únicas soluciones que se ofrecen *a priori* tienen que consistir en atribuir a dichas consecuencias, desde el punto de vista material, bien la naturaleza de penas o de medidas de seguridad que justamente se les niega en el plano formal y terminológico, o bien una naturaleza propia o *sui generis* con respecto a éstas, pero que en cualquier caso deberá ser de carácter penal”. El autor afirma que es insostenible la naturaleza penal de las consecuencias accesorias cuando se les ha separado de la calidad de penas o medidas de seguridad. Sin embargo esta perspectiva es más correcta que sostener que estamos frente a penas o medidas de seguridad, lo cual resulta indefendible. En su opinión, se trata de medidas que no tienen naturaleza sancionadora ni mucho menos penal, puesto que no parten del mismo fundamento y responden a finalidades distintas.

⁷⁶⁶ GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, *op. cit.*, págs. 439 y ss. Compartimos esta opinión, puesto que incluso dentro del comiso existen modalidades que conllevan justificaciones y finalidades diferentes.

⁷⁶⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *op. cit.*, pág. 48. Por otra parte, FRISCH pretende separar la finalidad y naturaleza de las consecuencias en el Derecho Penal, y con ello cotejarlas a la luz de las garantías del Estado de Derecho. *Vid.* FRISCH, W., «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal», *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2007.

⁷⁶⁸ DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., «El comiso», *La ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 3, 2002, pág. 1. Esta consideración resulta importante y digna de tomarse en cuenta porque resalta la necesidad de que exista una medida como el comiso. Sin embargo, se hace un análisis de la variación de naturaleza del comiso, al que se le atribuye un carácter más amplio que el simple cambio de

esencia del comiso, pues el carácter de “implicación necesaria” solamente quiere decir que la imposición del comiso puede devenir como un complemento de la pena. Y decimos “puede”, porque como bien lo observa el autor, su imposición no resulta obligatoria en todos los casos.

Sin embargo, aún nos encontramos lejos de poder delimitar la naturaleza jurídica del comiso y sobre todo porque hay un sinnúmero de opiniones que tendremos que analizar antes de poder arribar a alguna conclusión al respecto.

Y no es para menos, porque en la legislación española a lo largo de su historia el comiso ha sufrido mutaciones estructurales en cuanto a su esencia. De pena accesoria⁷⁶⁹ ha pasado a ser medida de seguridad, después ha retornado a su carácter complementario, pero ya no como pena sino como consecuencia accesoria⁷⁷⁰. Sin embargo, todas estas transformaciones quedarían reducidas a un *simple cambio de etiquetas*⁷⁷¹ si no profundizamos un poco más en ellas.

No es casual que se afirme que la vida del comiso ha discurrido a través de diversos senderos de diversa índole en un intento por descubrir su verdadera esencia, o en palabras de CORTÉS BECHIARELLI, “puede decirse sin temor a equívoco alguno que el instituto jurídico-penal del comiso ha estado buscando su verdadera identidad desde que apareció

nombre.

⁷⁶⁹ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., «La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma», *op. cit.*, págs. 94 y ss. El autor resalta la falta de claridad en cuanto a las penas accesorias y el papel que las mismas desempeñan en el ordenamiento jurídico.

⁷⁷⁰ Vid. DEZA VILLASANZ, R., «Estudio de la figura del decomiso», *Aduanas Informa*, núm. 78, 1998, págs. 23 y ss. El autor realiza un breve recorrido de la historia del comiso en la legislación española.

⁷⁷¹ RAMÓN RIBAS, E., «La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria», *op. cit.*, pág. 537. Esta transformación, para resultar fructífera, debe impactar en las características, fundamento y aplicación de la medida de comiso y representar un cambio de paradigmas, para lograr la flexibilidad y utilidad de que puede ser capaz esta institución.

en el Código penal de 1822⁷⁷².

En cuanto a la primera categoría con la que se ha calificado al comiso, es decir, la de pena, MORÁN MARTÍNEZ opina que en la lucha contra la delincuencia organizada esta institución ha cobrado relevancia, llamando la atención de las diferentes organizaciones internacionales⁷⁷³. Y por otro lado, también MAGRO SERVET califica al comiso como pena⁷⁷⁴.

Para MORÁN MARTÍNEZ, el decomiso efectivamente constituye una pena, que además se califica como *idónea e imprescindible* a pesar de que su característica primordial es la accesoriedad⁷⁷⁵. Así mismo BACIGALUPO SAGGESE afirma que no hay otra manera de considerar al comiso sino como una *verdadera pena*⁷⁷⁶.

En contraposición, podemos afirmar que el comiso no puede considerarse como pena debido, entre otras circunstancias, a que no se ciñe al principio de personalidad característico de las penas. De la misma forma, afirmamos que tampoco puede tratarse de una medida de seguridad, puesto que no está basado ni en la peligrosidad ni en la culpabilidad. No se trata de una institución similar a la responsabilidad civil⁷⁷⁷, a pesar de que el producto del comiso pueda emplearse para costearla⁷⁷⁸.

⁷⁷² CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 2.

⁷⁷³ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco», *op. cit.*, pág. 408.

⁷⁷⁴ MAGRO SERVET, V., «La pena de comiso del vehículo automotor y ciclomotores en los delitos contra la seguridad del tráfico tras la Ley Orgánica 5/2001», *op. cit.*, pág. 4.

⁷⁷⁵ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», *op. cit.*, págs. 380 y ss.

⁷⁷⁶ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*, *op. cit.*, 2002, pág. 87.

⁷⁷⁷ *Vid.* ZARAGOZA AGUADO, J. A., «La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado», VV.AA., *Las últimas reformas penales II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 21, nota 6.

⁷⁷⁸ *Vid.* VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, pág. 951. En idéntico sentido VV.AA., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 349.

Compartimos la opinión de GÓMEZ TOMILLO cuando afirma que las consecuencias accesorias “no pueden considerarse auténticas penas, como tampoco medidas de seguridad, ni poseen carácter civil, o administrativo, debiéndose sostener, por lo tanto, que constituyen una consecuencia jurídica *sui generis*”⁷⁷⁹.

Llegados a este punto creemos que queda suficientemente demostrada la naturaleza del comiso entendido como una figura diferente y autónoma que si bien presenta rasgos similares con las penas se diferencia perfectamente de ellas; circunstancia ésa que sin duda incide favorablemente en el estudio que estamos realizando.

Y en este proceso de descubrimiento y determinación de la naturaleza jurídica del comiso, éste ha dejado de ser considerado como una pena, tanto por la legislación como por la doctrina⁷⁸⁰, pues constituye una medida que no responde a un criterio proporcional de acuerdo a la gravedad del acto punible o a la culpabilidad del autor. El comiso no cumple ni satisface todos los principios y requisitos establecidos para las penas y por lo tanto no puede considerarse como tal⁷⁸¹.

Ahondando en este estudio, MANZANARES SAMANIEGO sostiene que tal como el comiso no se apegaba al presupuesto de la culpabilidad y con ello contravenía los principios generales de la pena, su transformación en consecuencia accesoria intentó ser un avance para su adaptación al ordenamiento penal, misma que sólo fue un paso en su evolución jurídico-penal, erigiéndose como otra clase de medida, distinta de la pena e incluso desmarcada de las medidas de seguridad y dependiente de la peligrosidad

⁷⁷⁹ GÓMEZ TOMILLO, M., «Análisis de las consecuencias jurídicas del delito de incendio forestal: restricciones a la clasificación y uso del suelo e intervención administrativa de la madera quemada», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 18, 2007, págs. 36 y ss. El autor afirma como fundamental, la tarea de precisar la naturaleza de las consecuencias accesorias, pues de ello depende su interpretación y principios aplicables.

⁷⁸⁰ Aunque como ya lo mencionamos en párrafos anteriores, hay autores que siguen manteniendo la naturaleza jurídica de pena del comiso como MORÁN MARTÍNEZ y MAGRO SERVET. *Vid.* notas 107 y 108.

⁷⁸¹ *Vid.* CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, págs. 24 y sig.

objetiva⁷⁸².

Además, el mismo autor habla de la ventaja que representa una medida con naturaleza tan multifacética, capaz de albergar dentro de sí diferentes estilos y variedades que pertenecen a una categoría similar y que fácilmente tienen cabida en “el cajón de sastre de las medidas *sui generis*”⁷⁸³.

Por otro lado, la complejidad de asimilar las medidas de seguridad con el comiso radica en que éste no se dirige a la readaptación del delincuente y encuentra su fundamento más allá de la culpabilidad: en la peligrosidad⁷⁸⁴. Además, debemos tener en cuenta que las medidas de seguridad deben someterse a las mismas garantías dispuestas para las penas y que tienen su fundamento en “la peligrosidad criminal del sujeto, manifestada en la comisión de un hecho previsto como delito”⁷⁸⁵.

Después ha llegado a constituirse consecuencia accesoria y en algunos casos se ha sugerido que se independice de la legislación penal, para convertirse en una acción independiente⁷⁸⁶, aproximándose así al Derecho Civil o al Derecho Administrativo⁷⁸⁷. Sin

⁷⁸² Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *op. cit.*, págs. 614 y ss.

⁷⁸³ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, *op. cit.*, pág. 256. También concibe al comiso como medida *sui generis* MIR PUIG, S., *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 199.

⁷⁸⁴ Cfr. MAGUELONE ZODER, I., «Las consecuencias jurídicas económicas del delito», VV.AA., *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 176.

⁷⁸⁵ JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones del código penal español de 1995», *op. cit.*, pág. 79. En el mismo sentido *vid.* RAMÓN RIBAS, E., «Principio de legalidad y nuevas consecuencias penales», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 11, 2004, pág. 196.

⁷⁸⁶ BLANCO CORDERO nos habla de la necesidad de crear un procedimiento patrimonial de comiso, que permitiría imponerlo, “una vez constatada la situación patrimonial ilícita como consecuencia de una infracción penal” *vid.* BLANCO CORDERO, I., «Comiso ampliado y presunción de inocencia», VV.AA., *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, págs. 104 y ss.

⁷⁸⁷ A favor de este sector minoritario GRACIA MARTÍN, que expresa que al ser una medida ajena a la culpabilidad y a la peligrosidad, no puede revestir carácter penal. GRACIA MARTÍN L., BOLDOVA PASMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2012, págs. 202 y ss. Del mismo autor: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*.

embargo, en sentido opuesto expresa LUZÓN PEÑA que es incorrecto considerar al comiso como una medida de derecho administrativo, pues se trata más bien de una *tercera clase* de sanción penal⁷⁸⁸. Nos situaríamos pues, frente a una nueva categoría consecuencia del delito, además de las penas y las medidas de seguridad⁷⁸⁹.

La conceptualización de las consecuencias accesorias resulta muy difícil, ya que como estamos exponiendo, existe pluralidad de criterios doctrinales en torno a la naturaleza jurídica que tales consecuencias encierran⁷⁹⁰. Sin embargo, se presentan ante nosotros como *consideración unitaria*⁷⁹¹, lo que las aleja del carácter civilista debido a su tendencia preventiva⁷⁹².

En una perspectiva opuesta, MAPELLI CAFFARENA expone lo poco fructífero que resulta descubrir una naturaleza común a las consecuencias accesorias y lo considera como

El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit., págs. 34 y ss. En el mismo sentido CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, op. cit.*, págs. 33 y ss. y LUZÓN PEÑA, D. M., «El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia», *Jueces para la Democracia*, núm. 14, 1991, pág. 58.

⁷⁸⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia», *op. cit.*, pág. 58. En igual sentido, al afirmar el carácter penal de las consecuencias jurídicas *vid.* MARTÍN PÉREZ, J. A., «El comiso de bienes propiedad de «tercero»: análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, año 13, 2005, pág. 226.

⁷⁸⁹ *Vid.* PUENTE ABA, L. M., «El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, págs. 851 y ss. También se puede consultar ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El comiso de bienes», VV.AA., *Corrupción y delincuencia económica*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2008, pág. 408. En igual sentido CLIMENT DURÁN, C., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2011, pág. 651.

⁷⁹⁰ *Vid.* ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, pág. 70.

⁷⁹¹ El propio Código Penal establece un capítulo de “consecuencias accesorias” en el que incluye al comiso y a las medidas aplicables para las personas jurídicas.

⁷⁹² GÓMEZ TOMILLO, M., «Análisis de las consecuencias jurídicas del delito de incendio forestal: restricciones a la clasificación y uso del suelo e intervención administrativa de la madera quemada», *op. cit.*, pág. 37. En contra de la concepción unitaria de las consecuencias jurídicas se pronuncia GRACIA MARTÍN, pues éstas tienen naturaleza y fines muy diversos. *Vid.* GRACIA MARTÍN L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito, op. cit.*, pág. 439.

un esfuerzo vano⁷⁹³.

El comiso, como consecuencia accesoria, también se percibe como una figura *cuasi-penal*⁷⁹⁴; o como la *forma autónoma de sanción penal*⁷⁹⁵, e incluso como una *sanción penal*⁷⁹⁶. Y se afirma que como tal, es decir, en su carácter de sanción penal, debe someterse a los principios a los que se constriñen las penas como son la culpabilidad, la proporcionalidad, la pertinencia y la legalidad⁷⁹⁷. Consideramos que esta discusión ha quedado superada en párrafos anteriores pues el comiso, tal como se establece actualmente en la legislación, implica un esfuerzo por simplificar su aplicación al constituir un instrumento *más flexible y más ágil*, muy diferente a cuando se consideraba pena accesoria, porque resultaba *excesivamente rígido*⁷⁹⁸.

La trascendencia de esta reflexión implica que una vez establecida la naturaleza del comiso podremos ubicar esta figura dentro de un marco institucional determinado y, con ello, disponer y comprender los principios y garantías dentro de los cuales debe enmarcarse⁷⁹⁹.

⁷⁹³ MAPELLI CAFFARENA, B., «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *op. cit.*, pág. 48.

⁷⁹⁴ BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *op. cit.*, págs. 122 y ss.

⁷⁹⁵ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, *op. cit.*, pág. 179.

⁷⁹⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, pág. 119. Por otra parte y en el mismo sentido DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 413. El autor afirma que con tal carácter, el comiso no puede imponerse si la acusación no acredita el nexo entre los bienes y el delito de blanqueo. Sin embargo, parece someter al comiso a los principios inflexibles de la pena, cuestión que ha cambiado a partir de las modificaciones que ha sufrido esta figura en el ordenamiento legal, principalmente en materia probatoria.

⁷⁹⁷ Cfr. VV.AA., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 761.

⁷⁹⁸ RAMÓN RIBAS, E., «La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria», *op. cit.*, págs. 532 y ss.

⁷⁹⁹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Las “consecuencias accesorias” aplicables como penas a las personas jurídicas en el cp español», VV.AA., *Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, Madrid, 1999, págs. 325 y ss. De ahí que tal discusión no se lleva a cabo “por puro deleite intelectual o dogmático”. Al contrario, la discusión resulta obligada para precisar las

Esta categorización no depende del nombre que se le asigne a la naturaleza del comiso, sino que depende de “cuáles sean su auténtico contenido, capacidades y significado”⁸⁰⁰. Coincidimos en que más allá de la denominación, lo importante al dilucidar la naturaleza jurídica del comiso radica en el conjunto de características y principios que le serán atribuidos a la institución, si bien convendría ajustar el nombre o categoría a la naturaleza jurídica a fin de no producir confusiones innecesarias que pueden ser fácilmente evitadas.

Quienes así lo entienden afirman que nos encontramos ante una “figura híbrida que, orientada fundamentalmente por fines preventivos, acoge en su seno unas sanciones que presentan dos caras contrapuestas: de una parte, su necesidad y efectividad en la lucha contra la delincuencia y, de otra, las dificultades existentes a la hora de compatibilizarlas con las teorías y principios que desarrollan las penas y las medidas de seguridad en nuestro Derecho penal”⁸⁰¹.

Ya hemos dicho que el comiso no puede considerarse ni como una pena ni como una medida de seguridad, pues de acuerdo a su estructura y características específicas no se corresponde con ninguna de esas dos categorías. Al respecto, se dice que nos encontramos ante una *tercera vía penal o respuesta al delito*⁸⁰².

Sin embargo, el hecho de que el comiso no se considere ni como una pena ni como una medida de seguridad no conduce necesariamente a concebirlo entonces como una

características y principios a los que se deberá entonces constreñir el comiso.

⁸⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Capítulo V. Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal», *op. cit.*, pág. 121.

⁸⁰¹ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «El comiso de bienes en el delito de tráfico ilegal de drogas: el artículo 374 del Código Penal», *op. cit.*, pág. 87.

⁸⁰² RAMÓN RIBAS, E., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 658.

consecuencia accesoria de naturaleza penal⁸⁰³, pues todavía hay quienes férreamente sostienen que se trata de una medida de carácter civil⁸⁰⁴. Esta naturaleza penal se desprende de factores como la realización de una conducta típica —dolosa o culposa— y su tendencia a evitar la peligrosidad⁸⁰⁵.

También hay corrientes doctrinales que consideran que el comiso tiene una faceta penal y otra civil, y como tal debe sujetarse a las garantías penales aunque también sirva para cubrir responsabilidades civiles⁸⁰⁶.

La polémica está servida y la doctrina parece no poder ponerse de acuerdo en cuanto a la naturaleza del comiso. En este estado de cosas el legislador parece haber querido zanjar la controversia que suscitaba el comiso, que no se encuadraba ni como pena ni como medida de seguridad⁸⁰⁷.

Para solucionar esta disfunción inicial quiso otorgarle el tratamiento de

⁸⁰³ Vid. RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, págs. 225 y ss.

⁸⁰⁴ A favor de esta opinión, principalmente GRACIA MARTÍN, L., «Lección 11. Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica», VV.AA., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, 2012, págs. 201 y ss. El autor explica que una vez rotos el principio de culpabilidad de una pena y el de peligrosidad de una medida de seguridad, las demás consecuencias del delito no pueden revestir naturaleza penal. En este mismo sentido CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 33. La autora afirma que, a pesar de no tener naturaleza penal, la imposición del comiso sí debe someterse a las mismas reglas a las que se sujetan las sanciones penales del delito.

⁸⁰⁵ RAMÓN RIBAS, E., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 656.

⁸⁰⁶ Cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 14, 2005, pág. 75.

⁸⁰⁷ Al referirse a la reforma del Código Penal, CARRASCO ANDRINO afirma que al crear las consecuencias accesorias, el legislador las dotó de naturaleza penal, pero evidentemente diferentes a las penas y a las medidas de seguridad; con ello nació una tercera vía o figura *sui generis*. Vid. CARRASCO ANDRINO, M. DEL M., «Acercas de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 C.P.», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, pág. 142. En igual sentido, LANDROVE DÍAZ afirma que las consecuencias accesorias tienen una naturaleza jurídica *peculiar* que constituye una *tercera modalidad* de la respuesta estatal frente al delito. Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2005, págs. 127 y ss.

consecuencia accesoria, evitando así la desavenencia con los principios relativos a las penas y medidas de seguridad⁸⁰⁸. De este modo, creó una tercera categoría, que denominó consecuencias accesorias⁸⁰⁹.

Tal categoría, calificada por una parte de la doctrina como *atinada*⁸¹⁰, se considera por otro sector doctrinario como un *estadio impreciso*⁸¹¹ que separó definitivamente al comiso de sus antiguas categorías de pena y de medida de seguridad, apartándola también del conjunto de garantías y principios establecidos para tales consideraciones.

De lo anterior se desprende que las tres categorías, la de pena, la de medida accesoria y la de consecuencia jurídica, han quedado separadas definitivamente dentro del ordenamiento legal. Ahora sólo comparten notas en común, como que las tres implican una privación de bienes jurídicos, o que constituyen la respuesta estatal frente al delito y que su existencia se justifica porque son necesarias para el sostenimiento de la vida en común⁸¹².

Para FARALDO CABANA las discusiones de la doctrina en cuanto a este extremo se refiere han podido concluir gracias a la legislación de 1995, puesto que considera muy atinada la designación del comiso como una consecuencia accesoria del delito, categoría que de paso facilita la imposición del decomiso en supuestos en los que no se pueda fincar

⁸⁰⁸ Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*, op. cit., pág. 82.

⁸⁰⁹ Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «El comiso de bienes en el delito de tráfico ilegal de drogas: el artículo 374 del Código Penal», op. cit., págs. 86 y ss.

⁸¹⁰ LUZÓN PEÑA, D. M., «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», VV.AA., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 545-551.

⁸¹¹ Vid. RUIZ MORENO, J. M., «Comiso de bien ganancial acordado contra cónyuge del condenado al considerarse que tuvo suficiente conocimiento de la actuación judicial (TC 1ª S 151/2001, 15 julio)», op. cit., pág. 47.

⁸¹² Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», op. cit., pág. 229.

la responsabilidad penal o no se imponga pena⁸¹³.

Conviene puntualizar que no podemos pasar por alto que muy a pesar de la denominación específica, el comiso es una medida a través de la cual el Estado ejerce el *ius puniendi* y como tal constituye un castigo, puesto que implica una *medida sancionadora*⁸¹⁴. Esta medida se distingue de las penas y de las medidas de seguridad porque puede ser impuesta al margen de la responsabilidad criminal. La diferencia es, sin duda, importante.

CORTÉS BECHIARELLI afirma que la verdadera naturaleza que corresponde al comiso es la de *consecuencia lógica del delito y falta*⁸¹⁵, puesto que un Estado de Derecho no podría responder de otra forma al delito. Para hacerlo de forma eficaz es necesario que el Estado retire tanto los bienes que sirvieron para perpetrar el delito, como aquéllos que produce éste unidos a las ganancias que se obtienen del mismo.

El punto medular de la discusión doctrinal reside en establecer si el comiso es una sanción de naturaleza penal⁸¹⁶ o si constituye una medida más próxima a la naturaleza civil⁸¹⁷, “que tiende a privar a su detentador de unos bienes que han sido destinados a otro

⁸¹³ Vid. FARALDO CABANA, P., «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 20, 2008, págs. 3 y ss.

⁸¹⁴ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pág. 30. En el mismo orden de ideas, SALAS CARCELLER afirma que el comiso de ganancias tiende a *evitar que los vestigios de la infracción penal* permanezcan en manos de los delincuentes, al respecto *vid.* SALAS CARCELLER, A., «Consecuencias accesorias», VV.AA., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 326. y ss.

⁸¹⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 112.

⁸¹⁶ En este sentido, AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 502. También considera al comiso como medida penal CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, págs. 119 y ss.

⁸¹⁷ GRACIA MARTÍN, L., «Lección 11. Consecuencias jurídicas no penales derivadas de la comisión del delito (I): las consecuencias accesorias generales y las específicas para personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica», *op. cit.*, pág. 203. Frente a esta consideración MAPELLI CAFFARENA niega la posibilidad de otorgar al comiso naturaleza administrativa o civil, so pena de no poder justificar el comiso para fines preventivos, al respecto *vid.* MAPELLI CAFFARENA, B., «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código

uso para el que fueron concebidos”⁸¹⁸.

En cualquier caso, el comiso es *una institución propia del Derecho público sancionador*⁸¹⁹. Además de ser considerada como un *tertium genus*⁸²⁰, o una *sanción sui generis*⁸²¹, en cuanto al reconocimiento de su naturaleza singular, MANZANARES SAMANIEGO la califica como *un avance digno de elogio*⁸²².

También se describe la naturaleza del comiso como una *solución económica frente al delito*⁸²³, junto con la multa, la caución y la responsabilidad civil. En este sentido, se afirma sobre la naturaleza del comiso que “no estamos ante una pena, sino que se trata de una sanción que el ordenamiento anuda a determinadas penas, como consecuencia accesoria”⁸²⁴.

Naturaleza jurídica aparte, MUÑOZ CUESTA afirma que el comiso *no es más que una*

Penal», *op. cit.*, pág. 51.

⁸¹⁸ DEZA VILLASANZ, R., «Estudio de la figura del decomiso», *op. cit.*, pág. 30. Para el autor, es correcta la postura de GRACIA MARTÍN en cuanto a la naturaleza de carácter civil o administrativo del comiso.

⁸¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pág. 31. El autor afirma que independientemente del órgano jurisdiccional o administrativo que decrete el comiso, lo que realmente debo interesarnos es que lo decrete un poder público.

⁸²⁰ MUÑOZ CUESTA, F. J., «El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre», *op. cit.*, pág. 293. El comiso es considerado también como un tercer género de sanción penal por ZARAGOZA AGUADO, J. A., «La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado», *op. cit.*, pág. 21. En ese mismo sentido VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, *op. cit.*, pág. 951.

⁸²¹ JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones del código penal español de 1995», *op. cit.*, pág. 118. También afirma que el comiso es una medida que nada tiene que ver con la culpabilidad o la peligrosidad del sujeto. También se puede consultar PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 5, en el que se afirma que esta sanción *sui generis* se debe someter al principio de proporcionalidad, aunque se encuentra al margen de la culpabilidad y de la responsabilidad del sujeto.

⁸²² MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El Comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal», *op. cit.*, pág. 3.

⁸²³ MAGUELONE ZODER, I., «Las consecuencias jurídicas económicas del delito», *op. cit.*, págs. 163 y ss.

⁸²⁴ GANZENMÜLLER, C., FRIGOLA VALLINA, J., ESCUDERO MORATALLA, J. F., «El comiso. Examen del artículo 374 del Código Penal», *Revista General de Derecho*, núm. 640-641, 1998, pág. 86.

*medida de justicia*⁸²⁵. Y es cierto, pues el comiso permite, como otras instituciones de derecho, recuperar el equilibrio en la convivencia social.

Sin embargo, y aun coincidiendo con el hecho de que la consecución de la justicia es el fin supremo a alcanzar, lo cierto es que debemos coincidir igualmente en que la precisión en cuanto a su naturaleza, resulta indispensable para determinar los principios a los que debe someterse y a qué rama del Derecho corresponde albergar esta medida. Es preciso hacerlo porque la respuesta que demos a este interrogante excede del ámbito puramente conceptual para trasladarse e incurrir con fuerza en el aspecto de su protección y alcance.

El comiso se considera, por una parte de los estudiosos del Derecho, como *consecuencia civil y accesoria*⁸²⁶ por la comisión del delito, pero que no tiene nada que ver con la responsabilidad civil que se deriva del mismo. A pesar de esto, “no puede negarse la fuerte impregnación civilista del conjunto de las consecuencias accesorias, en la medida en que todas ellas permiten soslayar el grave obstáculo del principio de personalidad, que limita a todos los institutos penales”⁸²⁷.

Frente a esta posición, otra parte de la doctrina entiende que “la consideración de la proporcionalidad que establece el art. 128 CP, y el propio concepto de «pérdida», permiten atribuirle un genérico carácter sancionador que, teniendo como base la comisión de un delito, permite caracterizarlo como penal”⁸²⁸.

⁸²⁵ MUÑOZ CUESTA, F. J., «El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre», *op. cit.*, pág. 293.

⁸²⁶ GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo con bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», *op. cit.*, pág. 64.

⁸²⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *op. cit.*, pág. 49.

⁸²⁸ VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, *op. cit.*, pág. 951. Al respecto *vid.* GANZENMÜLLER, C., FRIGOLA VALLINA, J., ESCUDERO MORATALLA, J. F., «El comiso. Examen del artículo 374 del Código Penal», *op. cit.*, págs. 84 y ss.

En concordancia con esta corriente doctrinaria, FARALDO CABANA califica al comiso como una medida de naturaleza penal “cuyo fundamento no es ni la culpabilidad, ni la peligrosidad criminal del sujeto activo, sino la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales”⁸²⁹.

En ese mismo sentido, RAMÓN RIBAS afirma sobre la naturaleza penal de esta figura que “no se trata sólo de que el comiso esté previsto en el Código Penal como consecuencia accesoria imponible por un Juez o Tribunal penal en un proceso criminal, sino, ante todo, de que es una consecuencia que nace para prevenir la comisión de ilícitos penales y cuyo presupuesto es precisamente, la ejecución de uno de estos ilícitos: nace, por tanto, por la comisión de un ilícito penal y para la evitación de otro u otros ilícitos de idéntica naturaleza”⁸³⁰.

Frente a esta polémica parece conveniente sentar la posición que entendemos más acertada. En este sentido creemos que el presupuesto de la imposición de la consecuencia accesoria del comiso es precisamente la comisión de un delito —de ahí su carácter postdelictivo⁸³¹—; su fundamento consiste en evitar el peligro que representan los bienes sujetos al comiso y su función precisamente se refiere a la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos. Al responder a criterios de prevención, el comiso se ubica como una medida penal sancionatoria⁸³².

⁸²⁹ FARALDO CABANA, P., «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando», *op. cit.*, pág. 5.

⁸³⁰ RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, pág. 226.

⁸³¹ RAMÓN RIBAS, E., «La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria», *op. cit.*, pág. 544.

⁸³² AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 272. El autor afirmaba que el comiso guardaba una estrecha relación con la pena a diferencia de las demás consecuencias accesorias, autónomas de esta. Actualmente, el comiso se encuentra en las mismas circunstancias que las medidas aplicables a las personas jurídicas, pues su relación con la pena ha dejado de ser *tan íntima*.

Todos estos elementos hacen del comiso, una figura de naturaleza penal⁸³³; independientemente de que la prevea un ordenamiento penal y se impongan sólo por órganos penales, razones que para RAMÓN RIBAS resultan insuficientes para considerar la naturaleza penal de las consecuencias accesorias, pero que bastan a FERNÁNDEZ PANTOJA pues afirma que las consecuencias accesorias “no tienen naturaleza administrativa sino penal por cuanto son consecuencias del delito, impuestas por el juez penal y contenidas en normas penales”⁸³⁴. En este mismo sentido se manifiesta OCAÑA RODRÍGUEZ pues se refiere al comiso como una sanción penal que está ubicada en una ley penal y se impone por conducto de una autoridad judicial⁸³⁵.

Compartimos, como queda dicho, el criterio sobre la naturaleza penal de las consecuencias accesorias, puesto que a pesar de su semejanza y cercanía con figuras de naturaleza civil o administrativa el comiso corresponde al Derecho Penal, aunque tenga rasgos en común con aquellas. Sin embargo nos parece más adecuada la perspectiva de RAMÓN RIBAS frente a FERNÁNDEZ PANTOJA y OCAÑA RODRÍGUEZ, ya que resulta más profunda y completa.

Independientemente de lo controvertido de su naturaleza jurídica, lo que parece no ponerse en discusión es su carácter accesorio, pues desde luego el comiso no podría constituirse como única respuesta o reacción penal frente al delito, bajo ninguna circunstancia.

Evidente resulta el carácter complementario que tiene el comiso respecto de las penas principales, esto sin olvidar que para la aplicación de la medida del comiso se

⁸³³ *Vid.* RAMÓN RIBAS, E., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, págs. 656 y ss.

⁸³⁴ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «El comiso de bienes en el delito de tráfico ilegal de drogas: el artículo 374 del Código Penal», *op. cit.*, págs. 86 y ss.

⁸³⁵ *Cfr.* OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *op. cit.*, pág. 75.

requiere que se haya cometido un ilícito penal; sin embargo, no podemos decir que éste constituya “el fundamento de la intervención punitiva, sino únicamente su presupuesto”⁸³⁶.

Frente a esta consideración, se erige el argumento contrario. Se afirma que ya no existe nexo entre el comiso y el principio de accesoriedad, pues no es necesaria la imposición de una pena para que pueda decretarse el comiso, siempre que quede acreditada la obtención de una ganancia ilícita⁸³⁷.

Ante estas dos consideraciones —la de la condición accesoria del comiso y la que considera nula tal accesoriedad—, surge una tercera que plantea la fragmentariedad de la accesoriedad. Según esta posición, el comiso, que se desliga de la pena, transita de la *accesoriedad máxima* hacia la *accesoriedad mínima*, que se reduce a un vínculo con la conducta típica⁸³⁸. Este “tránsito de la accesoriedad” permite a la institución del comiso la elasticidad necesaria para adaptarse a las exigencias de la respuesta estatal frente al delito.

Sin embargo, la precisión en cuanto a su naturaleza parece tener aún mucho que dar de sí. En efecto, al tratarse de una medida que también hoy encuentra su base en la cooperación internacional, debe construirse con una estructura y plataforma flexibles capaces de dar cabida a todas las figuras similares que existan dentro de los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la comunidad mundial⁸³⁹.

Debe ser así porque como ya se ha expuesto en los capítulos anteriores la única posibilidad de poder imponer con eficacia esta medida es que se produzca colaboración

⁸³⁶ Cfr. RAMÓN RIBAS, E., «Principio de legalidad y nuevas consecuencias penales», *op. cit.*, pág. 197.

⁸³⁷ Cfr. VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2007, pág. 328.

⁸³⁸ DELGADO LÓPEZ, L. M., «El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 306.

⁸³⁹ Las circunstancias sociales, históricas y tecnológicas del mundo moderno en la globalización han incidido en cuanto a la situación marginal y posterior desarrollo de la figura del comiso, en un ambiente en el que la cooperación y asistencia judicial internacionales han sido fundamentales; al respecto se puede consultar RESTREPO MEDINA, M. A., *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*, *op. cit.*

entre los distintos países. Y ésta sólo se puede lograr con voluntad de hacerlo, para lo cual se precisa la flexibilidad que determina la pluralidad y la aceptación del otro como igual.

Aunado a lo anterior, AGUADO CORREA nos recuerda que no podemos dejar de lado la consideración que realiza el Tribunal Supremo en *numerosas sentencias* cuando se refiere a la *pena de comiso*; sin embargo, la autora continúa afirmando que éste dejó de ser una consecuencia accesoria de la pena “para pasar a ser la consecuencia accesoria de un hecho antijurídico”⁸⁴⁰.

Muy a pesar de esta consideración del comiso, la legislación española ha ido mutando con el fin de desligar la aplicación del comiso con la imposición de una pena. En efecto, y como ya hemos sostenido, resultaba poco práctico supeditar el comiso a la imposición de una pena puesto que existen múltiples razones que impiden que en todos los juicios se impongan penas, y como consecuencia, tampoco podría efectuarse el comiso.

Es cierto que aún no existe una opinión unánime de la doctrina en cuanto a la naturaleza jurídica del comiso, sin embargo, no podemos pasar por alto que se trata de una institución cuya utilidad no se ha cuestionado jamás, puesto que resulta una medida idónea para retirar objetos que se relacionen con un delito o incluso para dar alcance a ganancias obtenidas por la comisión de ilícitos.

Si sostenemos que la función del comiso consiste en “prevenir la comisión de delitos a través de la adopción de medidas expropiatorias de bienes dirigidas a neutralizar el peligro que de ellos emana”⁸⁴¹, o como afirma RAMÓN RIBAS que “el comiso combate

⁸⁴⁰ AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, págs. 502 y ss.

⁸⁴¹ RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, pág. 233.

únicamente la peligrosidad procedente del bien y no la de un sujeto concreto”⁸⁴², dejaríamos del lado una cuestión que resulta fundamental en cuanto al comiso.

Y es que esta institución, además de evitar o disminuir el peligro de ciertos objetos, ya sea porque en sí mismos la engendren o porque susciten el peligro al encontrarse en poder de determinadas personas, también muestra una finalidad reparadora de una situación patrimonial ilícita⁸⁴³. Además, debemos recordar que en algunas ocasiones a través del comiso se llega a satisfacer la responsabilidad civil, con lo que se le da un matiz *jurídico-privado e instrumental*; aunque en este último caso, esta circunstancia acerca más esta medida al terreno del embargo de bienes y lo distingue de la sanción⁸⁴⁴.

En cuanto al fundamento del decomiso como medida aplicada por la comisión de delitos o faltas dolosos, éste no ha sido cuestionado, pues resulta “absolutamente lógico desposeer al delincuente de los objetos obtenidos mediante el delito y confiscarle los instrumentos empleados para su comisión”⁸⁴⁵. Su fundamento es pues la justicia distributiva o lo que es lo mismo dar a cada uno según lo que merece. La coincidencia de la doctrina en relación con esto nos exime de discutirlo más a fondo.

Sin embargo, en cuanto a la dimensión que alcanza el comiso respecto de los delitos culposos, es una *cuestión distinta*⁸⁴⁶. Y en efecto lo es, aunque también resulta cierto que la inclusión de esta medida en el ordenamiento jurídico era reclamada por un sector de la doctrina, como mecanismo dirigido a casos específicos, como el blanqueo imprudente de

⁸⁴² RAMÓN RIBAS, E., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 664.

⁸⁴³ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas», *op. cit.*, pág. 339.

⁸⁴⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 31 y ss. Sin embargo, continúa el autor, en estas ocasiones en que el comiso se aproxime más a una medida reparadora, no resultan suficientes para transformar la *naturaleza sancionadora del decomiso*.

⁸⁴⁵ SAAVEDRA RUIZ, J., *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pág. 843.

⁸⁴⁶ *Idem*.

capitales⁸⁴⁷ o los homicidios y lesiones por vehículos de motor o ciclomotores⁸⁴⁸.

En otro orden de cosas es preciso tener en cuenta que “el decomiso es una medida definitiva que, aunque puede ser adoptada en ocasiones de forma independiente, en muchos casos irá precedido de la correspondiente medida provisional de embargo”⁸⁴⁹. Por ello, debemos tener en cuenta que el comiso y todas aquellas medidas preparatorias garanticen la posibilidad de disposición de los bienes que deban ser separados del patrimonio de la persona y pasen a la titularidad del Estado.

Algo que no podemos pasar por desapercibido es que bajo el mismo nombre se agrupan dos figuras con finalidades totalmente diferentes y, por ello, también diversas en su fundamento.

Por lo que a la separación de diversas clases de comiso se refiere, CORTÉS BECHIARELLI propone que el comiso de efectos y ganancias, que efectivamente corresponde a una consecuencia —accesoria o lógica— del delito, se distinga del comiso de medios e instrumentos que se asemeja más a una pena⁸⁵⁰. Considerar por separado estas dos ramas del comiso parece ser una buena idea.

⁸⁴⁷ Concretamente se propuso su previsión legal por autores como GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Decomiso y embargo de bienes», *op. cit.*, pág. 17. También puede consultarse AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 510. En el mismo sentido FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 261.

⁸⁴⁸ *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «El comiso de vehículo a motor y los delitos cometidos en el contexto de la circulación vial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 798, 2010, págs. 2 y ss. La autora afirma que el comiso es una medida adecuada para prevenir y evitar delitos cometidos con vehículo de motor.

⁸⁴⁹ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 103.

⁸⁵⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 112 y ss. El autor explica que el comiso de instrumentos y medios implica una afectación al derecho de propiedad y como pena, debe observar los principios básicos del Derecho: proporcionalidad, pertinencia, legalidad y culpabilidad. Por otra parte, el comiso de efectos y ganancias no puede considerarse como pena, no vulnera ningún derecho y no se considera como una forma de responsabilidad civil; sin embargo, el comiso sustitutivo rompe con estas cualidades, pues tal como la confiscación de medios e instrumentos, éste implica una afectación a la propiedad.

Lo es porque no debemos olvidar la existencia de diversas fórmulas diferentes que se encuentran contempladas en el ordenamiento penal bajo la misma figura denominada comiso pero respecto de las cuales existe “una independencia entre ellas mismas y que simultáneamente pueden participar de una diferente naturaleza”⁸⁵¹.

De nueva cuenta la realidad se impone a la teoría exigiendo una respuesta. El *cajón de sastre* en el que se ha convertido el apartado de consecuencias accesorias ha afectado también a la figura del comiso, que de la misma manera se perfila como una medida que agrupa diversas especies con diferente función⁸⁵².

Tanto es así que debemos coincidir en que el decomiso “responde a dos finalidades político-criminales claramente diferenciadas”⁸⁵³. En efecto, bajo la denominación “comiso” la legislación española agrupa dos instituciones diversas⁸⁵⁴:

- a) por un lado, se ubica a los efectos e instrumentos del delito, a los que se identifica más con las medidas de seguridad;
- b) por el otro, las ganancias derivadas del delito, cuya figura se relaciona en mayor medida con la misión de evitar las situaciones patrimoniales ilícitas o más precisamente que el delito no resulte redituable.

⁸⁵¹ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «El comiso de bienes en el delito de tráfico ilegal de drogas: el artículo 374 del Código Penal», *op. cit.*, pág. 89.

⁸⁵² MAPELLI CAFFARENA, B., «Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva», *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2006, pág. 61.

⁸⁵³ CEREIJO SOTO, A., «Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de Marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso», *op. cit.*, pág. 9.

⁸⁵⁴ *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 24 y ss. En este mismo sentido, PUENTE ABA también reconoce dos figuras diferentes; por un lado al comiso de efectos e instrumentos como medida derivada de la peligrosidad objetiva, y por otro lado, el comiso de ganancias para combatir una situación patrimonial ilícita. *Vid.* PUENTE ABA, L. M., «Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal», *Panóptico*, núm. 6, 2003, págs. 127 y ss.

Partidaria de esta segregación de dos tipos distintos de comiso se manifiesta PUENTE ABA. Para esta autora, las diferencias se deben establecer en función de los bienes a los que se dirige, y además de acuerdo a los fines que se persiguen⁸⁵⁵.

Solucionado en parte el problema inicial que se refiere a la consideración en sí de la figura del comiso resta aclarar otro tema aún que se refiere a su consideración concreta como pena, medida de seguridad o medida accesoria.

Y es que debemos admitir que a pesar del cambio sustancial experimentado por el comiso al dejar de ser pena, su actual configuración y su percepción como medida penal “no resuelve todas las incógnitas, pues permanece aún una situación de incertidumbre acerca de su específica identidad penal”⁸⁵⁶.

De modo que para poder desentrañar mejor la actual configuración del comiso, tal como la establece la legislación española, partiremos de esta separación a fin de poder analizar las dos categorías mencionadas, su naturaleza, finalidad y fundamento⁸⁵⁷. Esto, sin perjuicio de plantearnos que esta división puede resultar adecuada como la mejor para ser adoptada incluso por el ordenamiento legal, tal como lo plantea DE LA CUESTA ARZAMENDI al referirse al comiso de los efectos e instrumentos y a la confiscación de las ganancias⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ Cfr. PUENTE ABA, L. M., «La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código penal», *Actualidad Penal*, núm. 39, 2003, pág. 985.

⁸⁵⁶ RAMÓN RIBAS, E., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 663.

⁸⁵⁷ El consenso en realizar esta distinción —por lo menos para fines doctrinarios—, se encuentra muy difundido, a pesar de que en la legislación se conciba bajo el término de *comiso* tanto a la aprehensión de instrumentos y efectos del delito como la de ganancias. En este sentido se puede consultar JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones del código penal español de 1995», *op. cit.*, pág. 119. DE ALFONSO LASO, D., BAUTISTA SAMANIEGO, C., *El código penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*, *op. cit.*, pág. 234. PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 5. AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, pág. 3. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *op. cit.*, pág. 621.

⁸⁵⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y

Es más, respecto a la fragmentación entre comiso y confiscación, CHOCLÁN MONTALVO establece que resulta indispensable precisar la naturaleza y características de ambas categorías. Por ello afirma que “una de las mayores objeciones que cabe dirigir a la actual regulación del comiso es la falta de una nítida separación conceptual entre el comiso de seguridad y la confiscación de ventajas patrimoniales ilícitas⁸⁵⁹.”

Es importante establecer esta distinción porque a través de ella podemos precisar que la legitimación del comiso de los instrumentos y efectos del delito tiene que ver con la peligrosidad objetiva; mientras que en el caso de las ganancias se tiende a evitar una situación patrimonial injusta⁸⁶⁰.

Por otro lado hay que reconocer que estas dos vertientes del comiso⁸⁶¹ cuentan con una historia distinta a lo largo de su existencia en el ordenamiento legal. Mientras que el comiso de efectos e instrumentos tiene larga tradición en la legislación española, el comiso de ganancias surge a partir de la LO 1/1988⁸⁶². Además, la regulación separada de los dos comisos pone también de manifiesto las dificultades para reducirlos a un común denominador⁸⁶³.

límites», *op. cit.*, págs. 118 y ss.

⁸⁵⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, págs. 117 y ss.

⁸⁶⁰ *Cfr.* MARTÍNEZ MONTIJANO, M. DEL C., GOLDEROS CEBRIÁN, J., *Manual para la ejecución de las penas y medidas de seguridad*, Colex, Madrid, 1999, pág. 365. En igual sentido LÓPEZ CÁRCAMO, I., «Artículo 11.- Determinación de las sanciones y decomiso», VV.AA., *Ley de la potestad sancionadora. Comentario Sistemático*, Lete, Bilbao, 2006, págs. 206 y ss. También FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «El comiso en los delitos urbanísticos», *op. cit.*, pág. 2. Se puede consultar también JORGE BARREIRO, A., BACIGALUPO SAGGESE, S., «Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el código penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito», VV.AA., *Introducción al Derecho Penal*, Thomson Reuters Civitas, España, 2011, pág. 340.

⁸⁶¹ OCAÑA RODRÍGUEZ propone que esta distinción se realice entre el *comiso de seguridad* (que consiste en una medida de seguridad policial) y la *confiscación de la ganancia* (que sí puede considerarse como consecuencia accesoria). *Vid.* OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *op. cit.*, pág. 74.

⁸⁶² *Vid.* BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*, *op. cit.*, págs. 80 y ss.

⁸⁶³ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», *op. cit.*, pág. 619.

El comiso de efectos e instrumentos que se considera como *tradicional*⁸⁶⁴, encuentra su fundamento en la *peligrosidad objetiva de determinados bienes*⁸⁶⁵, es decir, en la posibilidad de la perpetración de otros delitos debido que determinadas personas ostenten la posesión de determinados bienes⁸⁶⁶; y por ello, su imposición trata de impedir que los mismos se reutilicen para la perpetración de futuros delitos.

En otras palabras, el comiso de este tipo de bienes reviste “un carácter de aseguramiento de la colectividad frente a este peligro de que las cosas sean utilizadas nuevamente en la comisión de delitos”⁸⁶⁷.

En este caso el decomiso persigue una función meramente *preventiva*; esto es, evitar el peligro de que los bienes sujetos a esta medida puedan utilizarse en subsecuentes ocasiones para perpetrar más delitos. Lo que significa que tiende a neutralizar el peligro que por sí mismo genera el objeto decomisado. La medida se impone cuando concurren *hipótesis de peligrosidad del bien*⁸⁶⁸.

Esta característica asemeja al comiso de efectos e instrumentos con las medidas de seguridad, e incluso por ello se le llega a conocer precisamente como *comiso de seguridad* debido a su finalidad preventiva al evitar la utilización de bienes debido a la peligrosidad que éstos pueden implicar⁸⁶⁹.

Obsérvese que todas estas consideraciones inciden en la opinión ya defendida de

⁸⁶⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, *op. cit.*, pág. 265.

⁸⁶⁵ PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 6.

⁸⁶⁶ *Cfr.* FARALDO CABANA, P., «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando», *op. cit.*, pág. 13.

⁸⁶⁷ FARALDO CABANA, P., «vi. Comiso», VV.AA., *Comentarios a la legislación penal espacial*, *op. cit.*, pág. 149.

⁸⁶⁸ *Vid.* JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones del código penal español de 1995», *op. cit.*, pág. 119.

⁸⁶⁹ GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J., «Ejecución de resoluciones de decomiso», *op. cit.*, pág. 377.

que el comiso va más allá en su concepto y finalidad de aquellos que podría ser calificado únicamente como pena. Pues no se trata exclusivamente de castigar sino de inutilizar la acción como precedente o posibilitadora de otra posterior.

Derivado de la precisión de los bienes que pueden sujetarse a la medida del decomiso y que hemos precisado en el apartado anterior, podemos afirmar que el comiso de productos e instrumentos del delito encuentra su fundamento en “*la peligrosidad del objeto sobre el que recae*”⁸⁷⁰.

Además, este tipo de comiso tiene una función de prevención general, puesto que se transmite el mensaje de que todos aquellos bienes utilizados para la comisión de delitos pasarán al dominio del Estado. Esto con el fin de “advertir del riesgo de perder bienes lícitos cuando se adscriben a un fin criminal”⁸⁷¹.

No nos resta más que resaltar la multiplicidad de opiniones distintas en cuanto a la naturaleza jurídica del comiso y con ello también respecto a su finalidad, puesto que se trata de una institución *de difícil clasificación* debido a que en sí misma parece querer abarcar dos formas de comiso que encuentran su justificación y finalidad en cuestiones muy distintas. Pero que además en la legislación ha sido agrupada con otras consecuencias accesorias que se refieren a la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas y cuyo denominador común consiste en que ambos institutos jurídicos se encontraban *dispersos* en el Código Penal⁸⁷² y que además han resultado *inclasificables* por las dudas que su naturaleza jurídica genera⁸⁷³.

⁸⁷⁰ PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *op. cit.*, pág. 3.

⁸⁷¹ GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J., «Ejecución de resoluciones de decomiso», *op. cit.*, pág. 377.

⁸⁷² CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 23.

⁸⁷³ “En efecto, la evolución que esta figura (el comiso) ha tenido en la legislación penal española hasta llegar a la actual regulación y ubicación sistemática dentro de las denominadas consecuencias accesorias, lejos de aclarar, oscurece su comprensión. Ya que, a las dificultades de comprensión propias del comiso se han visto sumadas las dificultades del resto de figuras con las cuales comparte el *tótum revolútum* al que ha sido

III.5 Objeto del comiso

Ya hemos expuesto las dificultades que implican muchos aspectos del comiso. Tampoco resulta tarea fácil tratar de precisar los objetos que pueden ser decomisados, ya que “el confusionismo es la nota dominante en la determinación de lo decomisible. Productos, instrumentos, objetos, cuerpos del delito *scelere quaestia* en sentido estricto, *fructus sceleris*, ganancia, provecho, precio del delito y otras denominaciones impiden ver el bosque”⁸⁷⁴.

Afirmamos en reiteradas ocasiones que el comiso no constituye una figura sencilla. Muy al contrario, su estudio presenta controversias de todo tipo. Definir su naturaleza, delimitar sus alcances e incluso describir su objeto son circunstancias que encierran situaciones complejas y por ello han suscitado exquisitas discusiones que han aportado una riqueza y variedad tales que hacen del comiso una institución digna de estudio⁸⁷⁵.

Así pues, y más allá de profundizar en el tema, podemos precisar que los bienes susceptibles de decomisarse pueden ser de cualquier categoría, es decir, corpóreos, incorpóreos, muebles e inmuebles. También se incluyen aquellos documentos que consignan la titularidad de tales bienes⁸⁷⁶.

Se consideran como bienes decomisables todos aquellos utilizados para perpetrar el

arrastrado”. CASTILLO MONTERREY, M. A., «Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos producto de la corrupción», *op. cit.*, pág. 405.

⁸⁷⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, *op. cit.*, págs. 260 y ss.

⁸⁷⁵ Vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *op. cit.*, pág. 74. El autor afirma “*en orden al comiso, la doctrina lo discute casi todo*”.

⁸⁷⁶ DURBÁN SICILIA, L., «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (Comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)», *op. cit.*, pág. 34.

delito, los productos del mismo, también aquellos bienes cuyo valor sea desproporcionado con la capacidad de quien ostenta su titularidad, y finalmente, los que equivalgan a aquellos que no puedan ser decomisados. Respecto de este conjunto de bienes, el efecto primordial del comiso es “la transmisión directa de la propiedad de la cosa a favor del Estado”⁸⁷⁷.

III.5.1 Efectos

Son efectos del comiso todos los objetos producidos por el delito o la infracción, sin olvidar que debemos considerar también las mutaciones que hayan sufrido tales objetos a partir de la comisión del delito. Esta consideración nos da una idea clara y sobre todo sencilla sobre aquello que debemos considerar como efecto del delito.

Sin embargo y tal como lo hemos venido advirtiendo a lo largo de nuestra investigación, nada en el comiso resulta sencillo y la puntualización respecto de los efectos como objetos susceptibles de la medida no constituyen la excepción. Que los efectos son los objetos producidos o transformados por el delito no causa controversia alguna pues existe acuerdo en la doctrina.

Otra cosa distinta ocurre con la interpretación del alcance de los efectos, puesto que la disparidad de opiniones se hace presente. En efecto, surgen posiciones opuestas, aquellas voces que interpretan el concepto de efectos de modo “amplio” y por el contrario, aquellos que consideran que la interpretación debe hacerse de forma “restrictiva”⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983, op. cit.*, pág. 285.

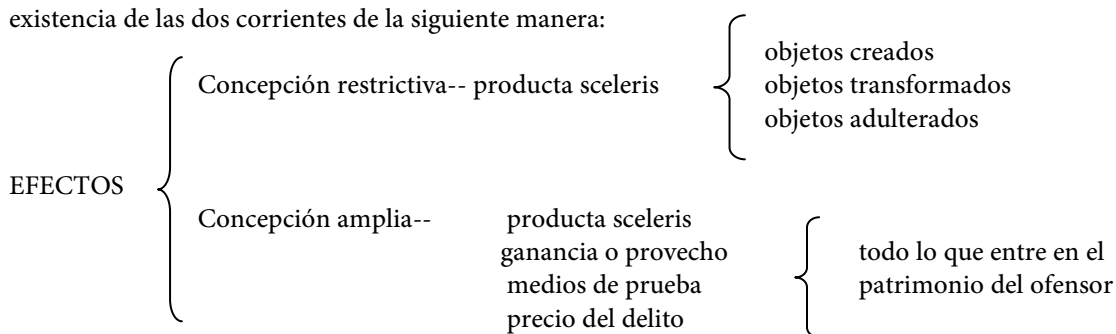
⁸⁷⁸ DEZA VILLASANZ, R., «Estudio de la figura del decomiso», *op. cit.*, pág. 32. El autor esquematiza la

Por un lado, hay quienes afirman que se debe incluir dentro de esta categoría *el objeto de la infracción*⁸⁷⁹. Lo anterior interpretado de forma amplia, es decir, extendiéndose a los *producta sceleris*, la ganancia o provecho, los medios de prueba o el precio del delito. Se afirma que esta posición la ha sostenido mayoritariamente la jurisprudencia, pues ésta es partidaria de incluir el *objeto material del delito* dentro de los efectos del delito, con base en *el criterio del enriquecimiento injusto*⁸⁸⁰.

Esta concepción extendida de los efectos incluye las ganancias o provechos obtenidos por el delito. En otras palabras, los efectos del delito son “los objetos creados, transformados, adulterados o producidos por el delito”⁸⁸¹.

Establecida esta primera afirmación conviene detenerse un poco en la explicación de la misma. Por efectos se comprende “todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delinciente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica”⁸⁸².

existencia de las dos corrientes de la siguiente manera:



⁸⁷⁹ SAAVEDRA RUIZ, J., *Comentarios al Código Penal, op. cit.*, pág. 844.

⁸⁸⁰ VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general, op. cit.*, pág. 953.

⁸⁸¹ JUANES PECES, Á., «Principios inspiradores de la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», VV.AA., *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, pág. 33.

⁸⁸² Vid. VV.AA., *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias, op. cit.*, pág. 493. En este mismo sentido se pronuncia ZARAGOZA AGUADO, J. A., «La nueva regulación del comiso de bienes en

De conformidad con el pensamiento de VIZUETA FERNÁNDEZ, se consideran objetos producidos por el delito tanto aquellos que son originados por el delito, esto es, cuya existencia se debe a la comisión del delito, como aquellos otros que si bien preexisten a la infracción penal, su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización de ésta⁸⁸³.

Sin embargo, hay otra corriente que establece que no se puede interpretar el concepto de efectos de un modo amplio, pues los únicos bienes que se pueden incluir en esta categoría necesariamente son aquellos que provienen del delito o falta, es decir, aquellos objetos que se hayan producido por la comisión del delito.

Es decir, tanto los objetos que “son originados por el delito, esto es, cuya existencia se debe a la comisión del delito, como aquellos otros que si bien preexisten a la infracción penal, su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización de ésta”⁸⁸⁴.

Esta concepción *restrictiva* de los efectos solamente abarca los *producta sceleris* y es la que ha sostenido mayoritariamente la doctrina⁸⁸⁵; no obstante, también hay autores que han estudiado a profundidad el comiso se decantan por la concepción amplia de los efectos⁸⁸⁶.

el Código Penal y en el Derecho Comparado», *op. cit.*, págs. 28 y ss.

⁸⁸³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos», *op. cit.*, pág. 10.

⁸⁸⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Delitos contra la seguridad vial», *op. cit.*, pág. 16.

⁸⁸⁵ Entre ellos podemos mencionar a CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., Análisis jurídico-penal de la figura del comiso, *op. cit.*, pág. 41; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983, *op. cit.*, págs. 260 y ss. y VV.AA., *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 354.

⁸⁸⁶ ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El comiso de bienes», *op. cit.*, pág. 415. Esta concepción amplia según el autor, va más acorde con *el espíritu de la institución* del comiso.

Después de analizar las dos posiciones, también encontramos alguna intermedia, que considera que entre los efectos puede considerarse el objeto del delito, cuando en sí mismo dé lugar a la *peligrosidad objetiva* y que por ello se trate de bienes de ilícito comercio, “sin que ello suponga una merma del principio de legalidad”⁸⁸⁷.

Por nuestra parte entendemos que la delimitación de los efectos del delito parece más adecuada si se contempla de forma reducida, para no confundirse con las ganancias o provechos del delito⁸⁸⁸.

III.5.2 Instrumentos

Entendemos por instrumentos del comiso aquellos objetos o medios materiales con los que se prepara y ejecuta el delito, es decir, todos aquellos bienes utilizados para cometerlo. En pocas palabras, los instrumentos del delito se refieren a todos los medios empleados para su preparación y perpetración.

Dentro de esta categoría VIZUETA FERNÁNDEZ recuerda que debemos considerar comprendidos a todos “los objetos utilizados para la realización, total o parcial del tipo”⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia, *op. cit.*

⁸⁸⁸ Opinión que sustentamos en la posición de autores como AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, págs. 42 y ss. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Decomiso y embargo de bienes», *op. cit.*, pág. 14.

⁸⁸⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos», *op. cit.*, pág. 13 y sig. Así mismo el autor afirma que estos objetos incluyen aquellos utilizados para llevar a cabo actos de inducción, cooperación necesaria y complicidad, por ello expresa que tal consideración abarca los bienes “usados para la realización de cualquier acto de preparación de un delito, aunque tal acto en sí mismo considerado no sea punible, siempre que vaya seguido de la realización de algún acto ejecutivo de ese delito y el sujeto actúe ilícitamente”.

Sin embargo, se ha llegado a afirmar que la enunciación de bienes, medios e instrumentos en la legislación, al referirse al objeto del comiso⁸⁹⁰ *carece de trascendencia práctica*⁸⁹¹. Y no la tiene porque sin hacer mención de estos tres conceptos, el ordenamiento legal ya resultaba claro. A pesar de ello, la legislación realiza esta precisión con el objetivo de que “nada pueda escapar a la orden de comiso”⁸⁹².

Lo que si debe interesarnos a la hora de precisar cuáles son los instrumentos del comiso es que dentro de éstos se deben tomar en cuenta aquellos bienes indispensables para la comisión del delito, es decir, aquellos utilizados instrumentalmente, debiendo excluirse aquellos otros que aun habiéndose utilizado no fueron necesarios para perpetrar el delito. Esta preparación se debe entender sólo en el entorno de hechos que efectivamente se lleven a cabo como la conspiración, la proposición y la provocación en concierto con la ejecución, de la cual si se toman en cuenta la tentativa y la consumación⁸⁹³.

Sin embargo, se nos advierte que el concepto de instrumentos corresponde a aquel que se utiliza al referirse a las *piezas de convicción*. Por ello, es momento de precisar algunos conceptos. Dentro del término *cuerpo del delito*, que utiliza la ley, cabe distinguir: a) *cuerpo del delito en sentido estricto*, que se refiere a la persona, cosa y objeto del delito; por ejemplo, el cadáver, la cosa sustraída, etcétera; b) *instrumentos del delito*, que son los medios utilizados para cometer el delito; por ejemplo, la pistola, el cuchillo, garrote, etcétera; y, c) *piezas de convicción*, que consisten en todos los demás elementos, distintos a los dos anteriores, que coadyuven a investigar la existencia del hecho punible⁸⁹⁴.

⁸⁹⁰ Artículo 127 del Código Penal vigente.

⁸⁹¹ DE ALFONSO LASO, D., BAUTISTA SAMANIEGO, C., *El código penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*, *op. cit.*, pág. 234.

⁸⁹² PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 13.

⁸⁹³ Cfr. VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, *op. cit.*, pág. 954.

⁸⁹⁴ VV.AA., Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal, *op. cit.*, pág. 354.

Esta matización diferenciadora resulta interesante, puesto que una vez cometido el delito se *aprehenden las piezas de convicción* y posteriormente se decide cuáles de aquellas pueden ser devueltas o resultan necesarias para la investigación, o se sujetan a secuestro o embargo y eventualmente podrán ser susceptibles de comiso.

Por otro lado, MANZANARES SAMANIEGO nos advierte que los *instrumenta sceleris* deben circunscribirse únicamente a todos los medios de los que se valga el delincuente para cometer el delito, tanto para su planeación como para su ejecución. Además, el autor se lamenta porque algún sector de la doctrina incluye dentro del concepto de instrumentos *el precio del delito*, puesto que éste resulta ser probablemente el *móvil* del delito pero no su instrumento⁸⁹⁵.

III.5.3 Ganancias

Más allá de la prevención y sanción de los delitos, el Derecho Penal en este plano apunta a evitar y reprimir el enriquecimiento injusto causado por la comisión del delito⁸⁹⁶. Efectivamente, la producción de riqueza que proceda de la comisión de un delito necesariamente debe reputarse como ilícita⁸⁹⁷ y en consecuencia se debe privar al delincuente de la misma⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983, *op. cit.*, págs. 261 y ss.

⁸⁹⁶ En este aspecto RESTREPO MEDINA afirma que el comiso de ganancias es una medida “orientada a reducir la rentabilidad del negocio”. RESTREPO MEDINA, M. A., «El régimen jurídico de los bienes incautados por delitos de narcotráfico o en acciones de extinción de dominio desde la perspectiva del análisis económico del derecho», *Revista estudios socio-jurídicos*, vol. 4, núm. 2, 2002, pág. 242.

⁸⁹⁷ RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, pág. 229.

⁸⁹⁸ *Vid.* BACIGALUPO SAGGESE, S., «La «confiscación» del patrimonio proveniente del delito», *Cuadernos de*

Consecuentemente es posible defender que toda la riqueza que proviene de la delincuencia puede eventualmente dedicarse a otras actividades delictivas; sin embargo, y sin importar el destino que se le dé, este patrimonio sólo puede utilizarse a través del blanqueo, de ahí la importancia de despojar al delincuente de estos recursos⁸⁹⁹. Efectivamente, se pueden considerar como bienes susceptibles de ser blanqueados todos aquellos “procedentes de una actividad delictiva y, en particular, todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito”⁹⁰⁰.

La legislación española establece que procede el decomiso de “las ganancias provenientes del delito o falta cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”⁹⁰¹.

La inclusión de la ganancia es relevante, puesto que además también hace posible que se pueda llevar a cabo el decomiso de las *transformaciones* que haya experimentado el provecho obtenido⁹⁰².

Pero, ¿qué debemos entender por ganancias? Creemos que dentro de ellas se deben incluir “los beneficios derivados directa o indirectamente del delito, con independencia de las transformaciones que puedan haber experimentado”⁹⁰³.

Política Criminal, núm. 78, 2002, págs. 517 y ss.

⁸⁹⁹ Vid. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *op. cit.* El autor reafirma la importancia de “incidir en la vertiente económica de un delito de naturaleza eminentemente económica”.

⁹⁰⁰ RUANO MOCHALES, T., «Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo», *Diario La Ley*, núm. 7352, 2010, pág. 6.

⁹⁰¹ Artículo 127.1 del Código Penal vigente.

⁹⁰² VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código Penal Comentado*, *op. cit.*

⁹⁰³ VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pág. 326.

Afirma VIZUETA FERNÁNDEZ que se debe considerar como ganancia todo beneficio “que tenga su fundamento, que encuentre su principal razón de ser en el delito o falta, y por tanto también aquella que se presente como contraprestación de la infracción penal”⁹⁰⁴.

La figura del comiso de ganancias precisamente surge como medida para “establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente con el delito”⁹⁰⁵. En este sentido, consideramos que el provecho indirecto se refiere a las transformaciones que sufren los bienes obtenidos originariamente, y no así a las ganancias lícitas derivadas de los provechos ilícitos.

El comiso de ganancias genera reservas en cuanto a la naturaleza de consecuencia accesoria que dispone el ordenamiento penal. Respecto al comiso de aquellos beneficios que genere el delito, surgen consideraciones en relación a su fundamento y razón de ser, que lo distinguen del comiso de efectos e instrumentos y que ya analizaremos en el próximo capítulo.

III.6 La proporcionalidad y la tutela judicial efectiva como principios rectores del comiso

Analizado el concepto de comiso, sus tipos, fundamento y finalidad, conviene ahora detenerse un momento en dos de los principios que rigen esta figura.

MIR PUIG es contundente al afirmar que los principios constitucionales deben regir

⁹⁰⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *Revista Penal*, núm. 19, 2007, pág. 165.

⁹⁰⁵ ZARAGOZA AGUADO, J. A., «La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado», *op. cit.*, pág. 30.

para las consecuencias accesorias, tanto en el aspecto material como en el procesal, de modo que toda actuación del Estado debe limitarse y autorregularse a través de ellos⁹⁰⁶.

La reacción estatal frente a los retos que implica el momento histórico, social, tecnológico, cultural, económico y político que vivimos, y los delitos que se fraguan en este contexto, debe ser siempre respetuosa con las garantías fundamentales⁹⁰⁷ y reconocer la dignidad humana.

En este contexto, la delincuencia organizada ha llamado la atención por el caudal de beneficios que produce con sus actuaciones. Las iniciativas internacionales apuestan por la colaboración, y tienden a retirar las ganancias ilícitas a los delincuentes.

En este sentido, conviene resaltar la importancia de ensayar mecanismos de obstrucción del flujo de recursos obtenidos ilícitamente o que nutran a las organizaciones criminales. Por ello, el comiso ha alcanzado mayor relevancia como medida adecuada del Estado para responder a ese fenómeno delictivo.

En España se encuentra constitucionalmente reconocido el derecho a la propiedad privada. En efecto, el artículo 33 de la Carta Magna dispone este reconocimiento sin mayor limitación que la utilidad pública o el interés social.

Frente a este derecho, se erige la figura del comiso como una medida que precisamente puede interferir con la propiedad. Por tal motivo, y para evitar la conculcación de derechos fundamentales, la aplicación del comiso debe revestir una serie de principios y garantías que lo resguarden en la medida de lo posible y determinen su

⁹⁰⁶ Cfr. MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pág. 6.

⁹⁰⁷ Vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *op. cit.*, pág. 73.

aplicación sólo en los casos en los que se reúnan todos los requisitos impuestos por el ordenamiento legal justificando la imposición de esta medida.

Debemos tener presente que “la restricción que el comiso supone sobre el derecho a la propiedad de los bienes sobre los que recae es absoluta pues priva íntegramente de aquélla extinguiéndola”⁹⁰⁸.

A decir de PLAZA SANJUAN, actualmente tendemos hacia una concepción más elástica de los principios clásicos del Derecho Penal para lograr que efectivamente se apliquen ciertas medidas, principalmente en la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo o la delincuencia que produce beneficios a través del comiso de ganancias. Esta misión tiene como finalidad evitar que ganancias ilícitamente obtenidas se reintegren al mercado y expandan, aún más, los efectos de la perpetración de conductas ilícitas⁹⁰⁹.

En cualquier caso, toda medida de orden penal debe observar el sistema de garantías y el conjunto de procedimientos establecidos por el ordenamiento legal en la materia, pues sólo así quedaría garantizado el principio de legalidad.

De acuerdo con esta idea, CHOCLÁN MONTALVO afirma que el comiso es una medida sujeta a distintos principios jurídico-constitucionales, sustantivos y procesales, tales como el de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, acusatorio y presunción de inocencia⁹¹⁰.

Acertada resulta la afirmación que dispone que “la imposición del comiso debe

⁹⁰⁸ MARONDA FRUTOS, J. L., TENA FRANCO, M. I., «El comiso y secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares», VV.AA., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 206.

⁹⁰⁹ Cfr. PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *op. cit.*, pág. 3.

⁹¹⁰ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, págs. 120 y ss.

respetar el principio acusatorio y estar sometida al principio de contradicción⁹¹¹; de la misma manera que conviene tener presente que “la eficacia no puede estar reñida con las garantías constitucionales”⁹¹². Sin embargo, frente a esta posición también hay quienes afirman que para llevar a cabo un combate eficiente contra la delincuencia que produce cuantiosos beneficios, *probablemente* se requiere “relativizar las tradicionales reglas sobre la imputación y minimizar garantías clásicas asociadas a un Derecho penal de corte liberal”⁹¹³.

Llegados a este punto y aclarados los extremos principales que legitiman la aplicación del comiso, nos adentraremos ahora en el estudio de las características que éste debe tener en cuanto a su imposición pues de no cumplirse éstas, se podría poner en entredicho la legitimidad de la medida.

III.6.1 Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad responde a las ideas de justicia y retribución de acuerdo a la conducta. Sin embargo, “sirve también para los fines de la prevención, pues la pena justa y proporcionada es también la más efectiva”⁹¹⁴.

En términos generales y toda vez que el comiso se considera como una consecuencia

⁹¹¹ BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, 2012, pág. 165.

⁹¹² CEREIJO SOTO, A., «Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de Marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso», *op. cit.*, pág. 12.

⁹¹³ *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, pág. 113.

⁹¹⁴ GALLEGO DÍAZ, M., «El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del código penal de 1995 y las últimas reformas», VV.AA., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 352.

accesoria y no una pena, se pretende que para que su aplicación sea eficaz se deben *flexibilizar las reglas tradicionales del Derecho Penal*, de este modo también se harán más suaves los principios de la imputación y resultarán además más ligeras las condiciones de la prueba⁹¹⁵.

En la legislación en materia de comiso se reconoce expresamente que debe regir el principio de proporcionalidad, pero dentro de este criterio solamente se contemplan los efectos e instrumentos del delito, puesto que el ordenamiento legal dispone: “cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”⁹¹⁶.

Lo cierto es que la doctrina tiene dos visiones opuestas en cuanto a este principio. Por un lado, se considera que, debido a que la proporcionalidad es un principio establecido a nivel constitucional, y considerando la supremacía de tal ordenamiento, tal principio debe regir para todas las clases de comiso contempladas por el Código Penal⁹¹⁷.

Frente a esta posición, otros autores defienden que la voluntad del legislador es considerar el principio de proporcionalidad únicamente respecto de los efectos e instrumentos del delito, excluyendo las ganancias del mismo. Pues si el legislador hubiera querido someter las ganancias del delito al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 128 del Código Penal así lo hubiera dispuesto de forma categórica⁹¹⁸.

Reflexiona SAAVEDRA RUIZ que “si bien por una parte se ha ampliado el objeto del

⁹¹⁵ PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *op. cit.*, pág. 13.

⁹¹⁶ Artículo 128 del Código Penal vigente.

⁹¹⁷ Apoya esta visión AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 510.

⁹¹⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, pág. 359.

comiso, por otra se ha contemplado expresamente por el legislador con carácter general la aplicación al mismo de los principios de oportunidad y proporcionalidad”⁹¹⁹.

A pesar de que este razonamiento resulte superfluo, en el sentido de que requiere la mención expresa de la aplicación del principio de proporcionalidad a las ganancias del delito, no podemos perder de vista que en estricto sentido tampoco consta de forma expresa el principio de proporcionalidad en el texto constitucional.

Lo que resulta cierto, a nuestro juicio, es que al no tratarse de una pena, el comiso no debe someterse a los mismos criterios que si de ésta se tratara. Efectivamente si el legislador sólo dispuso que sean sometidos a la proporcionalidad los decomisos respecto de los efectos e instrumentos del delito, se debe dejar fuera de esta condición al comiso de ganancias.

Al tratarse de una consecuencia accesoria y no de una pena como tal, el comiso de ganancias no debe ceñirse a los criterios de proporcionalidad derivados de la Constitución.

En este mismo sentido PLAZA SANJUAN afirma que el principio de proporcionalidad resulta aplicable al comiso, no así a la confiscación, pues ésta *no puede resultar desproporcionada* aunque las ganancias sean de elevada cuantía⁹²⁰.

Una vez que hemos delimitado los casos en los que debe aplicarse la proporcionalidad, debemos advertir ahora que para cumplir con esta exigencia dispuesta por el artículo 128 del Código Penal, el juzgador debe sopesar, en primer término, el valor de los bienes sujetos a esta medida y, a continuación, debe tener en cuenta la gravedad del

⁹¹⁹ SAAVEDRA RUIZ, J., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pág. 843.

⁹²⁰ PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», op. cit., pág. 3. Tener presente que el autor establece que el concepto de comiso se aplica únicamente a los instrumentos y efectos del delito y utiliza el término confiscación para las ganancias obtenidas de los provechos ilícitos.

ilícito cometido.

En relación con este extremo, AGUADO CORREA considera que el principio de proporcionalidad también se debe considerar vigente para las circunstancias establecidas en el artículo 347 del Código Penal en vigor *para los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas*⁹²¹.

Y es que la regla de proporcionalidad contenida en el artículo 128 del Código Penal a la que nos hemos venido refiriendo debe considerarse de acuerdo con la esencia y gravedad del delito, cuya imposición corresponde “al órgano judicial y se encuentra formulada con una cláusula con amplias facultades discrecionales”, y además “opera sólo en relación a objetos de lícito comercio”⁹²².

No compartimos esta aseveración en cuanto a las facultades discrecionales que deben aplicarse en esta medida. Lo que si observamos es que, tratándose de un principio clásico y general en el Derecho, la proporcionalidad específica respecto del comiso se encuentra poco desarrollada y relegada a una marginalidad debida a la intensidad derivada de las discusiones en torno a la naturaleza, bienes, clases, justificación y aspectos sustantivos de la figura del comiso.

Una vez más nos encontramos con la dificultad de la falta de estudio específico y en profundidad de la figura del comiso, puesto que tanto a la legislación como a la doctrina les resta aclarar muchos de los aspectos hasta ahora mantenidos en la nebulosa si no desconocidos de esta importante figura.

⁹²¹ AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 511.

⁹²² GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Decomiso y embargo de bienes», *op. cit.*, pág. 15.

III.6.2 Tutela judicial efectiva

Analizados los extremos que anteceden y previo al análisis de las modalidades del comiso conviene detenerse, siquiera sea un momento en reflexionar sobre la tutela judicial efectiva en relación con el tema que nos ocupa. Y es que cualquier decisión en la que se decrete el comiso deberá, como todas las decisiones judiciales —y por mandato constitucional—, encontrarse suficientemente fundada y motivada en Derecho⁹²³.

Una argumentación basada en la pluralidad de material convictivo, incluyendo los indicios y apegada a Derecho, no puede adolecer de tutelar efectivamente los derechos y garantías dispuestos en el ordenamiento jurídico.

En relación con este tema y basándose en la jurisprudencia relativa a la tutela judicial efectiva dictada por el Tribunal Constitucional⁹²⁴ en la que se establece que toda decisión judicial en la que se han tomado en cuenta datos acreditados —incluso la prueba indiciaria—, se han razonado y fundado los motivos de la resolución, nunca puede ser violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva, BLANCO CORDERO afirma que este posicionamiento “es de enorme utilidad desde un punto de vista político criminal para hacer frente a las organizaciones criminales, especialmente a las dedicadas al tráfico de drogas”⁹²⁵.

⁹²³ Vid. SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., La acción como derecho a la tutela judicial efectiva, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-2, 2010, págs. 167-187.

⁹²⁴ Vid. BUJOSA VADELL, L. M., RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional», *La ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 1999, págs. 1828-1840. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2012, págs. 57 y ss.

⁹²⁵ Cfr. BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 155.

También nosotros compartimos esta opinión, puesto que además de primar los derechos de las personas, surge a fin de evitar la más que previsible casación de una sentencia que desoiga esta obligación de motivación y justificación, aun teniendo en cuenta indicios. Pese a ello lo cierto es que era menester que la ley abordara expresamente esta necesidad de suavizar la prueba en el caso de decomiso de ganancias, y no solamente se estuviera ante la interpretación realizada por un Tribunal determinado⁹²⁶.

Además, debemos tener presente que el principio de tutela efectiva también se relaciona y aplica con la implementación de medidas cautelares que nos permiten asegurar bienes que eventualmente serán susceptibles de comiso⁹²⁷.

Como ya hemos visto, este derecho a la tutela judicial efectiva no se reduce al comiso y no solamente versa sobre la aplicación del Derecho sustantivo sino del procesal, pues la obligación de fundar y motivar las decisiones judiciales impone al juzgador el deber de aplicar las disposiciones del ordenamiento legal y razonar sus decisiones a partir de los elementos convictivos.

III.7 Modalidades del comiso

Para continuar el trabajo que nos hemos planteado y en orden a intentar abarcar los principales aspectos que se refieren a la figura el comiso pasamos a referirnos a su tipología.

Las reformas en cuanto a la figura del comiso, además de solventar la complejidad

⁹²⁶ *Idem.*

⁹²⁷ RESTREPO MEDINA, M. A., «Instrumentación cautelar del comiso», *op. cit.*, pág. 94.

de su naturaleza jurídica alejándola de su categoría de pena y de medida de seguridad, se han dirigido hacia la implementación de medidas específicas para hacer posible la imposición del decomiso y con ello aumentar su eficiencia.

De ahí que, en concordancia con las directrices internacionales, se hayan generado dos tipos de decomiso, más allá de la figura tradicional. Estos son la potestad de comiso ampliada y el comiso por valor equivalente.

Es obligado explicar que a pesar de que el nacimiento de ambas figuras en el ordenamiento legal español haya ocurrido en distintos momentos y de que el fundamento y características de cada una se encuentra bien delimitada, estas dos clases de comiso comparten una motivación común. En efecto, la aparición de estas dos clases de decomiso nace de la necesidad de modernizar y hacer efectiva esta institución.

Concretamente se reclama la utilización de estas posibilidades de decomiso ante la verificación de delitos específicos. Por ejemplo, se reclama su aplicación cuando se cometan delitos relativos a las edificaciones ilegales, respecto de las cuales resulte más gravoso decretar la demolición⁹²⁸.

También funcionan de forma eficaz para delitos de corrupción. En estos casos, la imposición del comiso ampliado se demanda cuando los bienes que detenta el funcionario resultan desproporcionados a su capacidad económica. Su utilización en esta circunstancia parece recomendable; sin embargo, y a pesar de ser una herramienta fundamental en la recuperación de activos, en muchas ocasiones fracasa en esta misión⁹²⁹.

⁹²⁸ Vid. POZUELO PÉREZ, L., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Demolición o comiso», *op. cit.*, págs. 6 y ss.

⁹²⁹ BLANCO CORDERO, I., «Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)», VV.AA., *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, Ubijus, México, 2012, págs. 337 y ss. El autor resalta la necesidad de independizar el comiso del procedimiento penal y trasladarlo al procedimiento civil para hacerlo más efectivo. Sobre el reclamo de la

Por otro lado, el surgimiento de estas figuras responde a iniciativas supranacionales que tienen como objetivo lograr una adecuada cooperación internacional y una estandarización en los aspectos sustantivos y procesales que constituyen la institución del comiso.

Sin embargo, a pesar de que comparten estas motivaciones, cada una de las especies de comiso tiene justificaciones y fines diversos entre sí y bien delimitados. Mientras que el comiso ampliado se dirige primordialmente a sancionar al delincuente que actúe al amparo de una organización criminal o terrorista, el comiso equivalente se refiere a los supuestos en los que el comiso se frustra por no estar disponibles —por cualquier circunstancia— los bienes sobre los cuales debería ejecutarse.

Expuestas las diferencias fundamentales en cuanto a su concepto, se refiere analizaremos ahora cada uno de los casos de forma individualizada.

III.7.1 Comiso ampliado

Este tipo de comiso es una de las novedades introducidas por la reforma de 2010 al ordenamiento penal español. Se conoce como la potestad de comiso ampliado y significa “la posibilidad, bajo determinados supuestos, de extender el comiso a bienes que no

aplicación del comiso para recuperación de activos derivados del delito de la corrupción, se puede consultar también CASTILLO MONTERREY, M. A., «Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos producto de la corrupción», *op. cit.*, pág. 413.

proceden directamente del delito enjuiciado”⁹³⁰. En otras palabras, se trata de un decomiso de segundo grado que recae sobre un bien o bienes que han tomado el lugar original⁹³¹.

La configuración de este tipo de comiso, sin duda más moderna, dota a la figura de un amplio campo de aplicación⁹³².

Los requisitos o supuestos que se deben verificar para poder llevar a cabo esta clase de comiso son los siguientes:

- a) La imposición de una condena a aquellas personas que hayan cometido delitos en el seno de una organización criminal o terrorista.
- b) Que el delito que se haya perpetrado sea doloso.
- c) Que se haya delinuido en el seno de una organización criminal o de una organización terrorista.
- d) Que exista una desproporción entre el patrimonio sujeto a la medida de decomiso y la capacidad económica de los integrantes de la organización delictiva.

Además, esta clase de comiso abarca cualquier ventaja patrimonial obtenida a través del delito, bien se halle materializada tal y como fue obtenida a través de la comisión de la

⁹³⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, C., «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», VV.AA., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vivés Antón)*, Tirant lo Blanch, tomo II, Valencia, 2009, pág. 1989.

⁹³¹ FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 261.

⁹³² BLANCO CORDERO, I., «Comiso ampliado y presunción de inocencia», *op. cit.*, pág. 70.

infracción delictiva, bien haya sido alterada en su situación original⁹³³.

Es evidente que el comiso extendido responde a la necesidad de adecuación del ordenamiento legal español⁹³⁴ a las exigencias internacionales. Tal afirmación puede sostenerse debido a que esta especie de comiso nace en el ordenamiento penal debido a la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

Esta clase de comiso facilita el combate eficaz de la criminalidad organizada, en la medida en que permite considerar el origen ilícito de los bienes de las personas (físicas y jurídicas) condenadas, en los casos en los que no se puede acreditar el vínculo de tales bienes con los hechos que se pretende sancionar⁹³⁵.

Recuérdese que en todo caso siempre existe la posibilidad de prueba en contrario, porque nos encontramos ante una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, como ya profundizaremos en el próximo capítulo.

En este orden de ideas, “cuando se opera en la línea del enriquecimiento injusto —y no en la de la prevención del peligro— nada impide acudir en su caso, sin limitación alguna, al comiso de segundo grado, es decir sobre un objeto que ha sustituido al primero, pero sin que haya desaparecido el lucro que se pretende anular”⁹³⁶.

⁹³³ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 43.

⁹³⁴ Así lo afirma GASCÓN INCHAUSTI, F., «Capítulo V. Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal», *op. cit.*, pág. 349.

⁹³⁵ *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Capítulo V. Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal», *op. cit.*, págs. 342 y ss. En igual sentido *vid.* AGUADO LÓPEZ, S., «Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, en especial en los delitos de fraude alimentario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 58, fasc. 1, 2005, pág. 77.

⁹³⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *op. cit.*, pág. 620.

Este tipo de comiso, que no estaba regulado hasta la reforma de 2010 del Código Penal español, representa una total independencia entre el delito que se comete y los bienes sujetos a la imposición de esta medida, ya que no hay conexión entre el delito por el que se impone la condena al individuo y los objetos sometidos al comiso⁹³⁷.

Precisamente por eso, esta nueva modalidad de comiso constituye una versión moderna y eficiente dentro de la configuración tradicional existente en el ordenamiento legal. Nace con el propósito de simplificar la justificación del origen ilícito del patrimonio que ostentan aquellas personas condenadas por pertenecer a organizaciones delictivas. Con ello se impide que el delito se transforme en una actividad lucrativa. El paradigma clásico sobre delito y pena se ve afectado por el interés, cada vez más creciente, por la recuperación de activos ilícitamente obtenidos⁹³⁸.

La medida es ciertamente dura por lo que no debe extrañar que existan múltiples críticas sobre los alcances que pueda llegar a tener esta forma de comiso. Entre ellas resulta especialmente importante aquella que se cuestiona si en esta dimensión, se trastoca o vulnera el principio de inocencia.

Como queda dicho en el capítulo anterior, esta especie de comiso surge con el propósito de hacer factible la aplicación del mismo debido por un lado a las *dificultades de aplicación*⁹³⁹; y por el otro, a la existencia de patrimonios desmesurados, que no correspondan con el nivel económico de sus dueños cuya procedencia pueda ser explicada y acreditada con carácter legal.

⁹³⁷ BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 150.

⁹³⁸ *Cfr.* BLANCO CORDERO, I., «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», *op. cit.*, págs. 352 y ss.

⁹³⁹ BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 146.

En sentido similar podemos afirmar que la destinataria específica para esta clase de medida es la delincuencia organizada. No podría ser de otro modo, ya que “se trata, en definitiva, de una previsión legal que permite adoptar el comiso de forma más laxa, cuando se trata de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal terrorista”⁹⁴⁰.

Para MORÁN MARTÍNEZ, este tipo de decomiso constituye la posibilidad de efectuar el decomiso en un marco de respeto, por lo menos mínimo, de los principios clásicos del Derecho Penal⁹⁴¹. Calificamos ese respeto como *mínimo* porque se introduce una presunción, a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, que supone una limitación muy severa del principio de presunción de inocencia. Pero, al ser esta presunción *iuris tantum*, genera la posibilidad de ofrecer pruebas en contrario, añadida al hecho de que sólo puede aplicarse para el caso de que el patrimonio resulte desproporcionado.

De modo que al aplicar estas cautelas, el ordenamiento quiere llegar a un punto de equilibrio entre la protección del derecho de propiedad y la presunción de inocencia sin permitir por otro lado el enriquecimiento injusto, que no solo facilita sino que además sirve como incentivo para la comisión de cierto tipo de delitos.

La cuantificación del importe de esta especie de comiso no debe entenderse *ad infinitum* para evitar un decomiso en cadena que ignore los principios de

⁹⁴⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *op. cit.*, pág. 8.

⁹⁴¹ *Cfr.* MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», *op. cit.*, pág. 381. La autora justifica la existencia de este tipo de comiso, como medida para alcanzar todos los bienes y además, a fin de facilitar su aplicación.

proporcionalidad, seguridad y legalidad⁹⁴². A fin de resolver esta cuestión, se debe establecer un parámetro *de índole cuantitativa* para no extender el comiso de forma tal que recaiga sobre la totalidad de los bienes pertenecientes a una persona⁹⁴³.

Debemos mantenernos alerta, puesto que con ocasión de combatir la delincuencia organizada o el terrorismo, el alcance del comiso se va extendiendo de modo tal que se corre el riesgo de llegar en casos extremos a la imposición de una *confiscación general*⁹⁴⁴.

Dicho comiso confiscatorio resultaría absurdo y atentatorio de los derechos fundamentales, al defender la existencia de una figura de comiso perenne, porque en casos extremos podría llegar a alcanzar la totalidad de los bienes de la persona. Para evitar este peligro el cálculo del comiso debe tener límite y medida, no puede transformarse en ningún caso en una condena infinita, a menos que “las transformaciones de las ganancias formen parte del mantenimiento, desarrollo o consolidación del negocio delictivo”⁹⁴⁵. La cautela que debemos manifestar en este extremo se confirma ante el riesgo de que la institución del comiso en su modalidad ampliada se pudiera transformar en un *mecanismo penal expropiador por meras razones fiscales*⁹⁴⁶.

Este riesgo es más que probable pues como apunta GONZÁLEZ CUSSAC este tipo de comiso abre la posibilidad de investigar la totalidad del patrimonio propiedad de una persona condenada y, en consecuencia, el eventual decomiso de todos sus bienes. Esta circunstancia, conducida al extremo, implica la potestad del Estado para realizar lo que

⁹⁴² CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 44.

⁹⁴³ QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, pág. 5.

⁹⁴⁴ En relación a este peligro de llevar al extremo la figura del comiso, se pronuncia OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *op. cit.*, pág. 83.

⁹⁴⁵ VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, *op. cit.*, pág. 957.

⁹⁴⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *op. cit.*, pág. 9.

podría considerarse como una *investigación patrimonial universal*⁹⁴⁷.

En ese orden de ideas, y a través de una contrastación de la figura de comiso ampliado con las garantías constitucionales, VIDALES RODRÍGUEZ nos exhorta a reflexionar sobre la conveniencia de la introducción de este tipo de “excepción” en el ordenamiento legal, basada en razones de tipo utilitario orientadas a la privación de las ganancias ilícitas fruto de una actividad delictiva al amparo de una organización criminal y fundamentadas en una presunción⁹⁴⁸.

III.7.2 Comiso equivalente

Esta medida se incorporó tardíamente en el ordenamiento legal frente a reclamos de distintos sectores de la doctrina, a fin de no ver frustrado el comiso por la imposibilidad de hacerlo recaer en los bienes susceptibles a tal consecuencia⁹⁴⁹. El comiso por valor equivalente representa una opción de respuesta del Estado frente a la delincuencia.

Opción discutible por una parte de la doctrina que entiende que esta figura “supone una alteración del sentido general del comiso”⁹⁵⁰ y por tal motivo “carece de sentido tal regulación dada la finalidad del comiso”⁹⁵¹. Es decir, en el caso de los efectos e

⁹⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Decomiso y embargo de bienes», *op. cit.*, pág. 16.

⁹⁴⁸ Si bien es cierto que la autora explica que sus reflexiones no se encaminan a realizar una oposición absoluta a la figura del comiso ampliado, éstas resultan muy contundentes. *Vid.* VIDALES RODRÍGUEZ, C., «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», *op. cit.*

⁹⁴⁹ *Vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, pág. 172.

⁹⁵⁰ VV.AA., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, *op. cit.*, pág. 950.

⁹⁵¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 45.

instrumentos, puesto que la justificación de decomisar tales bienes deriva específicamente de la peligrosidad que represente el objeto por sí mismo.

Atendidas estas críticas entendemos que efectivamente este comiso se aparta del fundamento original del comiso de efectos e instrumentos y se remite únicamente al valor económico de los bienes originarios que no han podido ser decomisados. Por eso, esta medida va más allá de la peligrosidad y del enriquecimiento injusto.

Sea como fuere lo cierto es que en la actualidad este tipo de comiso existe y es de normal aplicación sin bien debido a sus características, el comiso equivalente se considera un comiso *sustitutivo* o de *segundo grado*⁹⁵².

Para enfrentar el dilema de la finalidad de esta figura, se propone que su fundamento sea independiente del fundamento del comiso original, puesto que no tiene relación ni con la peligrosidad ni con la situación patrimonial ilícita.

Por el contrario, la razón de ser del comiso equivalente debe considerarse como autónoma en relación con la que corresponde al comiso original, pues implica precisamente la sanción por la frustración de éste⁹⁵³; sin embargo su naturaleza jurídica se determinará en función del comiso que supla, ya sea el de instrumentos y efecto del delito o el de ganancias⁹⁵⁴.

AGUADO CORREA propone que este tipo de comiso, también puede designarse como

⁹⁵² GUINARTE CABADA, G., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 661.

⁹⁵³ Cfr. VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, *op. cit.*, pág. 959.

⁹⁵⁴ Vid. JORGE BARREIRO, A., BACIGALUPO SAGGESE, S., «Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el código penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito», *op. cit.*, págs. 409 y ss.

*comiso del valor por sustitución o comiso del valor equivalente*⁹⁵⁵. Incluso se ha llegado a calificar de *comiso imposible*⁹⁵⁶ o *comiso impropio*⁹⁵⁷.

Así las cosas, y utilizando el nombre que se prefiera en cada momento, lo cierto es que esta figura, que surgió, para satisfacer las exigencias derivadas de los compromisos políticos y legislativos que España tiene con la Unión Europea, presenta grandes retos y controversias debido a que, por un lado, queda plenamente justificada cuando se impone en relación a ganancias ilícitas; pero resulta cuestionable si se refiere a medios o instrumentos del delito. En este último caso “el comiso sólo tiene sentido cuando quepa acreditar la existencia de una peligrosidad objetiva de tales medios o instrumentos, de cara a evitar que sean empleados en futuros actos delictivos”⁹⁵⁸.

En esta línea PUENTE ABA afirma que “el comiso por valor equivalente no es una disposición apropiada en relación con la confiscación de los efectos es instrumentos de un delito”⁹⁵⁹.

Consideramos atinada esta observación, puesto que resulta incongruente la finalidad del comiso de los bienes originarios, que deriva de la peligrosidad objetiva, frente al comiso equivalente como medida para evitar que la persona cuyos bienes son objeto de comiso los oculte o destruya para evitar con ello la imposición de la medida.

⁹⁵⁵ AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 506.

⁹⁵⁶ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio, op. cit.*, pág. 330.

⁹⁵⁷ VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general, op. cit.*, pág. 957.

⁹⁵⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La dimensión internacional del blanqueo de dinero», VV.AA., *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 263.

⁹⁵⁹ PUENTE ABA, L. M., «Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal», *op. cit.*, pág. 128.

En este caso surge una *cláusula subrogatoria*⁹⁶⁰ por virtud de la cual se consideran como bienes susceptibles de ser decomisados todos aquellos en los que se haya transformado los efectos, instrumentos y ganancias de delito. Incluso, cuando por alguna circunstancia todos éstos se encuentren fuera del alcance del delincuente, podrá decomisarse un conjunto de bienes hasta cubrir el importe de los que originalmente debieron ser decomisados.

La ventaja que implica esta especie de comiso es que posibilita la aplicación de la medida, aún en los casos en los que los bienes no obren en poder del delincuente o incluso en aquellos que hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

También se le considera como un comiso “subrogatorio” pues se refiere a las transformaciones que hayan sufrido las ganancias obtenidas debido a la comisión del delito.

A pesar del cúmulo de ventajas que representa esta medida, pues nos permite llevar a cabo el decomiso aun cuando los bienes sujetos a la medida no estén en poder del delincuente, la regulación de esta figura resulta deficiente en la medida en que no se establece ningún parámetro para calcular el valor de los bienes a decomisar⁹⁶¹.

Al respecto FARALDO CABANA manifiesta que a efecto de realizar tal cálculo “parece razonable considerar suficiente una estimación, al menos en los casos en que no sea posible fijar el valor o únicamente se pueda fijar fehacientemente incurriendo en gastos desproporcionados”⁹⁶².

⁹⁶⁰ SAAVEDRA RUIZ, J., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pág. 844.

⁹⁶¹ Vid. AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», op. cit., pág. 6.

⁹⁶² FARALDO CABANA, P., «vi. Comiso», VV.AA., *Comentarios a la legislación penal especial*, op. cit., pág. 151.

Por otro lado, CORTÉS BECHIARELLI nos alerta sobre el alcance del *comiso equivalente* o *sustitutivo*, pues resulta una afectación al derecho de propiedad ya que “compromete el patrimonio lícito conseguido por el condenado y, sobre esa base, es indiscutible que cualquier cautela en su aplicación es poca”⁹⁶³.

De nuevo nos encontramos con el problema habitual del choque entre dos derechos legítimos. Cuando este se produce es preciso atender a la jerarquía de los derechos con el fin de privilegiar el derecho que sea más importante en cada caso. El juego aquí se produce entre el derecho de propiedad del ser humano y el derecho a que no se produzca un enriquecimiento injusto que fomente la delincuencia organizada, que sin duda perjudicaría múltiples derechos de los ciudadanos.

La dificultad que se presenta es que “el comiso no podrá acordarse en un gran número de ocasiones ya que debe recaer sobre bienes pertenecientes a los responsables criminales, siendo lo habitual que éstos no tengan ningún bien a su nombre”⁹⁶⁴. Nos encontramos probablemente ante un fraude de ley o un abuso de derecho que deben ser evitados a toda costa.

Vistas estas opciones entendemos que lo atractivo del comiso por valor equivalente está en la posibilidad que se genera en los casos en los que los bienes susceptibles de ser decomisados ya no obren en poder del delincuente⁹⁶⁵. Sin embargo, esta figura representa también un reto puesto que parece ser incompatible con los fundamentos que justifican,

⁹⁶³ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 121 y ss. El autor no oculta su desconfianza hacia la figura del comiso equivalente, que hace recaer en la dificultad probatoria, pues al no considerarse como una pena, por el ordenamiento legal, las garantías a las que debe someterse resultan flexibles. Para evitar un despropósito, propone la alternativa de la multa sobre ganancias ilícitas.

⁹⁶⁴ AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 506.

⁹⁶⁵ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, *op. cit.*, págs. 177 y ss. Medida, que la autora considera como una propuesta moderna de la política criminal.

por un lado, el comiso de los efectos e instrumentos, y por otro, las ganancias del delito.

En relación con este extremo, ya precisamos que el comiso de instrumentos y efectos del delito encuentra su fundamento en la peligrosidad objetiva de los bienes. Este tipo de comiso tiende a evitar que dichos bienes vuelvan a ser utilizados para delinquir. Y éste se convierte en el motivo que aporta justificación y razón de ser de esta clase de comiso.

Por ello, resulta discutible que en el caso de desaparición de tales bienes —cuya peligrosidad objetiva deseaba evitarse—, proceda el comiso de otros bienes por un valor equivalente, si la peligrosidad objetiva se ha esfumado con tal desaparición⁹⁶⁶.

En contra de esta medida, se afirma que resulta “absolutamente inaceptable y constitucionalmente imposible, ya que se trata de una desposesión por parte del Estado de bienes legítimamente adquiridos por su titular y no implicados en una conducta delictiva”⁹⁶⁷, por lo que la medida correcta sería la expropiación⁹⁶⁸. No podemos compartir esta opinión, puesto que como ha quedado dicho la expropiación se realiza por causa de utilidad pública y a cambio de una indemnización, lo que coloca a esta medida muy lejos de considerarse como la medida adecuada para retirar a una persona bienes equivalentes a aquellos sobre los que originalmente debió recaer el comiso.

En el mismo sentido, y cuando el Estado no logra el comiso —o en el caso de otros países la extinción de dominio— de los bienes originarios, o de las transformaciones que hayan sufrido los mismos, “no sería justo ni legítimo que en su defecto pudiera aplicar estas figuras sobre otros (bienes) que el encausado ha adquirido lícitamente y sin relación

⁹⁶⁶ PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 17.

⁹⁶⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio, op. cit.*, pág. 330.

⁹⁶⁸ *Idem.*

alguna con el delito, simplemente con el argumento de que estos equivalen a los bienes o valores no encontrados”⁹⁶⁹.

Además, en el caso de que estos bienes ya no obren en poder del delincuente, por cualquier circunstancia, la justificación de la peligrosidad objetiva pierde su sentido.

La cuestión que debería ocuparnos entonces sería la de sancionar a la persona que hizo desaparecer tales bienes. Indudablemente que la medida adecuada para tal efecto no es la aplicación del comiso de instrumentos y efectos por un valor equivalente, pues surgiría la posibilidad de confiscar parte del patrimonio de un sujeto que no participó para evitar el decomiso y que inclusive puede no haber sido penado por la comisión de delito.

Surge en este caso la imperiosa necesidad de establecer reglas más rigurosas para su aplicación⁹⁷⁰, puesto que se echan en falta unos criterios más restrictivos a la hora de diseñar el comiso por valor equivalente en el caso de confiscación de los efectos o instrumentos del delito⁹⁷¹.

Lo importante en cuanto a la figura del comiso por valor equivalente reside en que la persona que ha tratado de evitar el decomiso ocultando los bienes sea sancionada, y así evitar la impunidad.

⁹⁶⁹ VALERO MONTENEGRO, L. H., «Los bienes equivalentes el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal», *Revista Vía Iuris*, núm. 6, Enero-Junio 2009, pág. 72. El autor afirma que en este caso, nos situaríamos ante un “triste y nefasto acto de involución institucional”.

⁹⁷⁰ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, *op. cit.*, pág. 182.

⁹⁷¹ PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 18.

IV.I Consideraciones preliminares

A lo largo de la historia de la regulación del comiso dentro de la legislación penal española esta institución ha experimentado múltiples cambios, tanto en la consideración de su naturaleza jurídica como en su contenido.

En el caso de las ganancias provenientes del delito su aparición en el ordenamiento legal data del año 1995, y se ha considerado como una de las mutaciones más importantes sufridas por el comiso⁹⁷². Debemos recordar que hasta antes de la reforma del Código Penal de 23 de noviembre de 1995 el comiso únicamente se aplicaba sobre los *efectos e instrumentos del delito*.

Este *corto alcance* de la figura genérica de comiso parecía permitir que el delito resultara redituable puesto que dejaba al margen de la medida a aquellos provechos ilícitamente obtenidos a través de la actividad delictiva.

Esta omisión se solventaba, tal como proponía algún sector de la doctrina, a través de una interpretación *amplia* del concepto de efectos del delito⁹⁷³. Por ello se ha llegado a considerar que a pesar de no estar expresamente contemplada en el ordenamiento legal, el

⁹⁷² Vid. VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, págs. 162-178.

⁹⁷³ RESTREPO MEDINA, M. A., *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*, *op. cit.*, pág. 86. El autor afirma que diversas circunstancias tales como la criminalidad cometida a través de personas jurídicas o los cuantiosos provechos que ésta genera, han dado lugar a modificaciones en la figura del comiso con el fin de enfrentar el fenómeno del crimen organizado.

comiso de ganancias ya se *venía realizando*⁹⁷⁴. De este modo, progresivamente fueron quedando incluidas las ganancias provenientes del delito como objeto del comiso⁹⁷⁵.

La discusión y falta de unanimidad de la doctrina en torno al contenido de los efectos del delito quedó precisamente zanjada en el momento en el que la legislación dispuso la aplicación de la medida también para las ganancias provenientes del delito.

En efecto, antes de estipular que el objeto del comiso, además de recaer en los instrumentos y efectos se debería a extender a las ganancias, existían muchas confusiones en cuanto al alcance de esta medida⁹⁷⁶.

El reconocimiento del comiso de ganancias dentro de la figura genérica en el ordenamiento legal no resultó una novedad⁹⁷⁷, pues hay quienes afirman que tenía un antecedente dentro de la figura específica del comiso relativo a los delitos de tráfico de drogas⁹⁷⁸.

⁹⁷⁴ AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 64. Tal parece que la autora encuentra que la aplicación del comiso de ganancias aún sin encontrarse textualmente previsto por la ley, era adecuado; sin embargo expone también que parte de la doctrina no comparte esta idea. Al respecto consideramos que lo adecuado fue precisamente reformar el Código Penal y extender los objetos del comiso hasta las ganancias provenientes del delito.

⁹⁷⁵ Por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo dictadas por la Sala de lo Penal registradas bajo los números 3275/1986 de 12 de junio de 1986, 1172/1985 de 3 de octubre de 1985, 11442/1991 de 18 de julio de 1991, 15264/1993 de 25 de octubre de 1993, 18442/1994 de 31 de octubre de 1994.

⁹⁷⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, *op. cit.*, págs. 351 y ss. El autor refiere que al existir *contornos borrosos* que tratan de delimitar a los efectos provenientes del delito, se ignora qué objetos pueden considerarse en esta categoría (*producta sceleris, scelere quaesita, fructus sceleris, objeto del delito, cuerpo del delito, ganancia, provecho, precio del delito, dádivas, presentes, piezas de convicción, pruebas materiales*). Además propone de *lege ferenda* se reconozca expresamente en la legislación el comiso de las ganancias, distinguiéndolo del comiso de efectos e instrumentos.

⁹⁷⁷ FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *op. cit.*, págs. 253-268. La autora percibe que el antecedente de las ganancias para el comiso genérico surgió precisamente en la figura específica relativa al tráfico de estupefacientes; sin embargo apunta que al modificarse y extenderse al figura genérica, las disposiciones específicas resultan “redundantes”, puesto que contemplan cuestiones que se repiten ya en la configuración de la figura genérica del comiso.

⁹⁷⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *op. cit.*, pág. 522.

Cuestión que en opinión de MANZANARES SAMANIEGO reflejaba “el funcionamiento de un sistema corrupto y violatorio de las garantías esenciales, principalmente la seguridad jurídica”⁹⁷⁹.

Y es que antes de que se llevara a cabo la reforma de 1995 a que hemos aludido en párrafos anteriores ya el artículo 344 bis e)⁹⁸⁰ disponía que “serán objeto de comiso los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

De ahí que el comiso de ganancias no resultara tan novedoso como en apariencia parecía, puesto que ya ese preveía, aunque fuera solamente respecto de una modalidad de comiso relativa a un tipo de delitos específicos relacionados con el tráfico de drogas.

No debe llamarnos la atención que la regulación específica del comiso en materia de drogas se desarrollara de este modo, superando por mucho la previsión del comiso genérico, puesto que tal como ya lo hemos visto en el capítulo II de este trabajo justamente fue el fenómeno del tráfico de drogas el que atrajo las miradas de los diferentes Estados y resultó el tema central de los instrumentos internacionales pioneros en materia de crimen organizado, y que centraron su atención en la aprehensión de las ganancias ilícitamente obtenidas.

En el seno de la Organización de las Naciones Unidas esta preocupación por el

⁹⁷⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *op. cit.*, pág. 536.

⁹⁸⁰ Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 74, 26 de marzo de 1988, págs. 9498-9499.

fenómeno de delincuencia en materia de drogas cristalizó a través del Convenio de Viena relativo al tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988, ya analizado en sus aspectos más relevantes relacionados con el comiso.

Esta fue la primera vez que la comunidad internacional planteó sus inquietudes respecto a un fenómeno delincencial que además de trascender fronteras, resultaba —y aún resulta— una amenaza para la salud pública, pero que además genera cuantiosas ganancias⁹⁸¹ que cuestionan el desarrollo de los países y alteran los mercados y las finanzas nacionales e internacionales⁹⁸².

Por ello, como ya decíamos al iniciar este capítulo, la expansión del objeto de la figura genérica del comiso hasta las ganancias no resulta algo innovador, sino más bien es el producto de un reclamo de la doctrina y de la necesidad de evitar que el delito resulte redituable⁹⁸³.

Conviene tener en cuenta que existen muy diversas maneras en las que se puede ver reflejada la ventaja patrimonial que provienen de los delitos. Principalmente, existen supuestos a través de los cuáles se presentan estas ganancias⁹⁸⁴:

- a) En primer término, se encuentran aquellas que provienen directamente de la comisión del delito. En otras palabras, aquellas que se obtienen *del delito*.

⁹⁸¹ Así lo establece el propio texto de la Convención en su Exposición de Motivos.

⁹⁸² Vid. ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., «Análisis de los efectos negativos de la delincuencia organizada en la sociedad internacional», *Anales de la Universidad Metropolitana*, vol. 9, núm. 2, págs. 63-82. GARCÍA RAMÍREZ, S., *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, *op. cit.*, págs. 13 y ss.

⁹⁸³ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, pág. 112.

⁹⁸⁴ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, págs. 163 y ss. Se aumenta a la propuesta del autor una tercera categoría dentro de la que hemos incluido al comiso de las ganancias transformadas.

- b) En segundo lugar, existen otras ganancias que no surgen directamente de la realización del delito, sino que aparecen posteriormente. Es decir, aquellas que se producen *por el delito*.
- c) La transformación de las ganancias directas o indirectas referidas en los incisos a) y b), sin importar la causa por la que haya sido alterado el objeto original⁹⁸⁵.

Sin embargo, y como hemos visto que sucede con varias cuestiones sobre el comiso, la puntualización de los bienes que se pueden considerar como “ganancias” también resulta un punto controvertido de esta institución jurídica.

Esto lo afirmamos porque frente al concepto amplio que acabamos de citar en cuanto a la interpretación de los objetos a que se refieren las ganancias, existe una interpretación restrictiva.

Esta concepción más compacta de los bienes susceptibles de considerarse como ganancias, y que se apoya en la redacción del artículo 127 del Código Penal⁹⁸⁶, dispone que solamente pueden ser considerados como ganancia aquellos bienes que *proviene del delito*, sin que deban tomarse en cuenta aquellas que se obtienen como *fruto de la comisión del delito*.

De acuerdo con este punto de vista, AGUADO CORREA sostiene que pueden ser confiscadas aquellas ganancias que proceden del delito, pero no aquellas otras que se

⁹⁸⁵ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., pág. 43.

⁹⁸⁶ El artículo 127 CP dispone textualmente “1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o efectuado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

obtienen por cometer o dejar de cometer un delito⁹⁸⁷.

De esta misma opinión es MAPELLI CAFFARENA, quien puntualiza que el precio, la dádiva o la promesa de contraprestación, hechas a la persona que lleva a cabo el delito, no pueden estimarse como ganancias⁹⁸⁸.

Aún a pesar de estos razonamientos, seguimos considerando que resulta más atinada la interpretación amplia del concepto de “ganancias” y aunque resulta una discusión enriquecedora, el juego de palabras basado en el texto legal no puede dar lugar a que se omita decomisar bienes que tengan origen en la comisión del delito⁹⁸⁹.

Con independencia de si los bienes se obtuvieron *del* o *por* el delito, resulta fundamental intervenir los recursos que se han obtenido ilícitamente. Indudablemente que una “dádiva” es fruto de la comisión de un delito y si éste no se produjera, tal “contraprestación” no tendría razón de ser. Por ello consideramos que la concepción más extendida del significado de ganancias corresponde de forma más adecuada a la realidad del delito, y sobre todo constituye el fundamento de la aprehensión del patrimonio criminal.

El comiso de la ganancia hace resurgir a esta figura de la marginalidad en la que se le había sumergido, pues el exiguo desarrollo de la institución del comiso lo transformaba en una medida poco flexible y difícil de aplicar. Además, lo relegaba a una posición secundaria

⁹⁸⁷ AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 98. La autora afirma que no se prevé en la legislación española el comiso del *objeto sobre el que recae la acción*, ni tampoco se considera el comiso de los beneficios económicos obtenidos “por” el delito, en otras palabras su “precio”. AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, págs. 15 y ss.

⁹⁸⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, 5ª ed., Cizur Menor, 2011, págs. 415 y ss.

⁹⁸⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *op. cit.*, págs. 526 y ss.

de la respuesta estatal frente al delito⁹⁹⁰.

No debemos olvidar que usualmente el interés frente al delito se centraba en imponer una pena a su autor, pero poco o nada interesaba su patrimonio, en ocasiones simplemente por razones de orden público o como pautas o elementos de la investigación, pero sin relevancia como complemento de la sanción o incluso como medida autónoma⁹⁹¹.

Sin embargo y ante la delincuencia organizada y de las grandes cantidades de beneficios económicos que trae aparejado este fenómeno criminal, el interés por el patrimonio criminal ha ido en aumento. Se justifica y se promueve la exigencia de intervenir el patrimonio que se haya obtenido de manera ilícita como una cuestión fundamental para enfrentar al fenómeno delictivo⁹⁹².

Ante el avasallante ritmo de crecimiento del crimen organizado que despertó el interés de diversos Estados y que se tornó en un tema de constante presencia y relevancia en la agenda mundial, la toma de conciencia de la magnitud de este tipo de criminalidad y principalmente las ganancias que éste representa, cobraron una importancia inusitada.

La comunidad internacional no podía quedarse parada e inerte frente a este panorama que, de no atacarse, puede llegar al extremo de infiltrarse en las instituciones del Estado, capturándolo⁹⁹³, y a resquebrajar su solidez. Es por esto que el comiso de ganancias

⁹⁹⁰ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., pág. 3.

⁹⁹¹ Vid. VERVAELE, J. A. E., «Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el derecho penal?», op. cit., págs. 67-80.

⁹⁹² BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias ilícitas y Derecho Penal*, op. cit.

⁹⁹³ El término *captura del Estado* se utiliza en foros y organismos internacionales tales como el Banco Mundial o la ONU para referir una forma de evaluación de políticas públicas a través de la medición de un *factor de gobernabilidad*. Cfr. BUSCAGLIA, E., GONZÁLEZ-RUIZ, S., PRIETO PALMA, C., «Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: mejores prácticas para su combate», VV.AA., *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de Derecho y Economía*, UNAM, México, 2006, pág. 88 nota 2. Sobre la captura del Estado vid. HELLMAN, J., KAUFMANN, D., «La captura del

provenientes de delito se perfila como un mecanismo idóneo y además como una medida necesaria para intentar poner freno a una criminalidad cada vez más creciente, dispersa más allá de las fronteras y que produce recursos que a su vez la nutren y la fortalecen⁹⁹⁴.

Coincidimos con la afirmación que establece que el comiso de ganancias es una medida apta para ser aplicada de forma generosa: frente a cualquier fenómeno delictivo que encuentre su motivo y razón de ser en la obtención de provechos económicos⁹⁹⁵.

Es así porque este instituto jurídico, en su versión dedicada a incidir en las ganancias provenientes del delito, ha sido ponderado como una de las medidas que forman parte de la *trinidad* de algunos *antídotos penales* para hacer frente a las situaciones patrimoniales ilícitas⁹⁹⁶.

Sin embargo, y a pesar de haber experimentado una *capacidad expansiva sin precedentes*⁹⁹⁷, podemos afirmar que el comiso aún no alcanza todo su potencial. Esta situación puede constatarse puesto que continúa en vías de desarrollo dentro del ordenamiento legal⁹⁹⁸ y resulta una figura muy debatida aún por la doctrina. No en vano,

Estado en las economías de transición», *Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, vol. 38, núm. 3, 2001, págs. 31-35. También se puede consultar HELLMAN, J., GERAINT, J., KAUFMANN, D., «Capture al Estado, Capture el día. Captura del Estado, Corrupción, e Influencia en la Transición», *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 21, 2001, págs. 35-62.

⁹⁹⁴ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, *op. cit.*

⁹⁹⁵ Cfr. FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 253.

⁹⁹⁶ De acuerdo con CHOCLÁN MONTALVO y como ya ha quedado escrito, esta “trilogía” se compone por la confiscación de la ganancia, la multa proporcional y la responsabilidad fiscal. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, *op. cit.*, págs. 23 y ss.

⁹⁹⁷ BLANCO CORDERO, I., «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos», *op. cit.*, pág.41.

⁹⁹⁸ Tal es el caso de la propuesta de reforma cuya última versión fue enviada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013 y cuyo texto se puede consultar en El texto del anteproyecto se puede consultar en:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/MJusticia/1292386980035?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->

[Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DTexto_enviado_al_Consejo_de_Estado_%285_abril_2013%29.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/MJusticia/1292386980035?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DTexto_enviado_al_Consejo_de_Estado_%285_abril_2013%29.PDF) Esta propuesta resulta ambiciosa y busca incluso una sistematización del instituto legal

en todas las últimas reforma penales habidas en España, y en las que están en la agenda del Gobierno, es uno de los temas recurrentes a regular⁹⁹⁹.

IV.II El comiso de ganancias como instrumento de respuesta estatal frente al crimen organizado

El panorama mundial se encuentra impregnado de una creciente preocupación por el aumento y profesionalización de la criminalidad organizada.

Ante tal situación, en el marco de la lucha contra esta clase de delincuencia y conscientes de la necesidad que tienen los poderes públicos de combatirla utilizando todos los recursos de los que dispongan, se establece la inminente necesidad de evitar la obtención de ganancias que provengan de la comisión de ilícitos.

Enfrentar al crimen organizado se ha erigido como uno de los principales retos para el Derecho, no sólo en el ámbito penal sino también en el procesal. Además, esta situación no se prevé como transitoria sino que se perfila como una situación latente y que prevalecerá en el futuro¹⁰⁰⁰.

No podría ser de otra manera, puesto que las dimensiones del crimen organizado han alcanzado límites que escapan al Derecho¹⁰⁰¹, situación que ha provocado que se

del comiso, sin embargo como ya hemos expresado en el capítulo II existen cuestiones que pueden mejorarse.

⁹⁹⁹ El día 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros aprobó el proyecto de reforma del Código Penal.

¹⁰⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», *op. cit.*, pág. 587.

¹⁰⁰¹ En este contexto ALIAGA sostiene que “es un hecho contrastado que la intensidad de las medidas aplicadas para prevenir el blanqueo mantiene una relación inversa con el nivel de delincuencia económica de cualquier

acumulen grandes cantidades de dinero a merced de dichas organizaciones.

Se afirma que una política criminal adecuada y que se pueda calificar como eficaz frente al crimen organizado, sólo puede ser aquella que impida a los delincuentes gozar de las ganancias que provienen de su actividad delictiva¹⁰⁰².

En esta línea surge la preocupación de la comunidad internacional por la figura del comiso como herramienta fundamental en la lucha contra el crimen organizado. Así las cosas, el creciente interés por esta figura ha conllevado una revisión del concepto y de su contenido¹⁰⁰³.

Para hacer frente a la situación, el comiso debía experimentar grandes cambios en su estructura, alcances e incluso *espíritu*. En los apartados siguientes trataremos de esclarecer algunos de los elementos que perfilan esta institución a fin de conocerla mejor, y así percibirla en toda su plenitud.

La batalla frente al crimen organizado y el abanico de posibilidades para solventarla ha puesto a nuestro alcance un arsenal punitivo que en ocasiones ha sido tildado de estandarte de la eficiencia aún a costa de la disminución o compactación de los derechos fundamentales¹⁰⁰⁴.

país. Cuanto más eficientes sean los sistemas de prevención del blanqueo, cuanto mayor sea el grado de cumplimiento de las medidas, más complicado resultará disfrutar de los beneficios ilícitamente obtenidos por parte de quien los generó”. Además de lo apuntado por el autor, debemos tener en cuenta que precisamente en esta lucha se deben accionar todos los instrumentos de los que dispone el Estado para enfrentar este fenómeno, y qué mejor herramienta que el comiso de ganancias para evitar que se disfrute de bienes cuyo origen es la actividad criminal. ALIAGA, J. A., «Europa estrecha el cerco contra el blanqueo», *op. cit.*, pág. 28.

¹⁰⁰² GÓMEZ BERMÚDEZ, J., «El camino es el correcto», *Escritura Pública*, núm. 58, 2009, pág. 31.

¹⁰⁰³ CEREIJO SOTO, A., «Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de Marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso», *op. cit.*, pág. 9.

¹⁰⁰⁴ *Vid.* AGUADO CORREA, T., «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15, 2013, págs. 1-27.

Se presenta ante nosotros, como hemos señalado, la *trilogía* de remedios penales frente a situaciones patrimoniales ilícitas¹⁰⁰⁵. Este conjunto de medidas se compone de los siguientes elementos:

- a) la multa proporcional,
- b) la responsabilidad por evasión fiscal, y
- c) el comiso¹⁰⁰⁶.

Al efecto, debemos afirmar que sin afán de menospreciar el valor de la multa y de la responsabilidad por evasión fiscal, preferimos al comiso, pues consideramos que resulta de las tres la figura más adecuada para retirar al delincuente los beneficios ilícitamente obtenidos.

Ante este panorama, no resulta absurdo ni casual admitir que el comiso dirigido a los beneficios económicos ilícitamente obtenidos debido a la actividad criminal se considere como una pieza fundamental de la respuesta penal frente a la criminalidad organizada, a pesar de que su utilización *levante objeciones*¹⁰⁰⁷.

Resulta de este modo porque en ocasiones la aplicación de la medida y las

¹⁰⁰⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, *op. cit.*, pág. 23. Otra trilogía, pero relativa al tráfico de estupefacientes, se hace constar de la pena de prisión, la multa y el comiso. Al respecto *vid.* SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas», *Revista del Poder Judicial*, núm. 74, 2004, págs. 65-92.

¹⁰⁰⁶ Respecto a las múltiples opciones de respuesta estatal frente al delito, Subijana Zunzunegui observa que el legislador ha construido una *panoplia de sanciones penales*. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 86.

¹⁰⁰⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, pág. 96.

disposiciones que la enmarcan y desarrollan dentro del ordenamiento jurídico parece que limitan o contravienen derechos fundamentales en pos de la respuesta eficiente del Estado frente al crimen organizado.

En este proceso, el comiso ha seguido la tendencia del Derecho Penal en el fenómeno expansivo¹⁰⁰⁸, a pesar de las posturas pesimistas de hace algunos años que lo consideraban como una figura marginal o secundaria como institución del Derecho, pues se trataba de una herramienta que únicamente operaba en un *segundo plano*¹⁰⁰⁹.

Parece que tales tiempos se han quedado en el pasado y sobre todo muy alejados de la situación actual del comiso. A día de hoy esta figura se ha erigido como la medida por excelencia dirigida a intimidar al delincuente y desincentivar la conducta delictiva con fines económicos, debido a que se traduce en una reacción de *bolsillo dolorido*¹⁰¹⁰.

Sin embargo, y tal como nos advierte GASCÓN INCHAUSTI, el único camino para conseguir que el comiso resulte un elemento vital y eficaz en la respuesta estatal frente al delito transita a través de una profunda reforma tanto sustantiva como procesal; pero sin olvidar que esta reforma encuentra sus límites precisamente en el sistema de garantías y principios dispuestos por el propio ordenamiento jurídico¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *op. cit.*, pág. 3. En igual sentido MARTÍN PÉREZ, J. A., «El comiso de bienes propiedad de «tercero»: análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)», *op. cit.*, pág. 226.

¹⁰⁰⁹ ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El comiso de bienes», *op. cit.*, pág. 401. El autor afirma que tal condición imperaba tanto en el orden sustantivo como en el procesal; pero tal tendencia se ha revertido debido a la nueva orientación de la política criminal.

¹⁰¹⁰ OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *op. cit.*, pág. 73.

¹⁰¹¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», *op. cit.*, pág. 588. El autor precisa que las cuestiones sustantivas que han resultado complejas en cuanto a la figura del comiso se encuentran caracterizadas principalmente por la puntualización exacta de aquellos bienes sobre los cuales puede recaer el decomiso. Además nos recuerda que las disposiciones legales en la materia son fruto de una *tendencia normativa de inspiración supranacional*. En materia procesal y tal como lo profundizaremos más adelante, el principal desafío reside en la acreditación del origen ilícito de los bienes.

Vislumbramos como tiempos lejanos aquellos en los que se reivindicaba la potencialidad del comiso como mecanismo de represión del crimen. Parecen lejanos porque hoy en día nos encontramos ante una institución de gran protagonismo en las discusiones doctrinales y con arraigo en el ordenamiento español, pues cada día adquiere mayor relevancia¹⁰¹².

Es así porque a partir de la legislación de 1995 esta figura ha experimentado grandes cambios en cuanto a su estructura, su extensión¹⁰¹³ y su importancia. Esto también se debe a que en la doctrina se encuentra cada vez más extendida y aceptada la idea de que el comiso puede considerarse como un instrumento eficaz para enfrentar el crimen organizado¹⁰¹⁴.

Tales consideraciones encuentran sustento en el interés cada vez más palpable de la comunidad internacional en la figura del comiso como herramienta característica para enfrentar la delincuencia organizada, e incluso en su implementación y desarrollo en los distintos ordenamientos legales.

No puede cabernos duda: el instituto jurídico del comiso, a pesar de resultar una figura controvertida en muchos de sus aspectos, representa a día de hoy el mecanismo que

¹⁰¹² Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 15 y ss. Este protagonismo se percibe tanto a nivel interno como en la normativa supranacional, debido a su eficacia para contribuir en la lucha contra el crimen organizado.

¹⁰¹³ Es tal el desarrollo y expansión que ha experimentado la figura del comiso, que incluso se afirma que el proceso de crecimiento y alcance de esta institución parece ser una *constante* de las modificaciones del Código Penal español CORTÉS BECHIARELLI, E., «Comiso», *op. cit.*, pág. 92.

¹⁰¹⁴ Por ejemplo PÉREZ CEBADERA, M. A., «Presunción de inocencia y decomiso: ¿es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes?», *op. cit.*, págs. 71-80. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, *op. cit.* AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.* Nótese que hemos citado a estos autores sólo a modo de ejemplo, pues existen más opiniones en ese mismo sentido, es decir, las que califican al comiso como el instrumento idóneo para luchar contra la delincuencia organizada.

se considera como más apropiado para que el Estado responda al fenómeno delictivo del crimen organizado, principalmente para intervenir los recursos ilícitos que este fenómeno produce.

En este punto y ante semejantes afirmaciones, cabría preguntarnos ¿por qué se ha producido esta evolución? Antes de intentar dar respuesta a esta interrogante, precisamos recordar que el comiso —no sólo el relativo a las ganancias—, tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal, se encuentra permeado por normas tanto de carácter interno como supranacionales e internacionales.

Además, el comiso ha acaparado el interés de los Estados cuando se plantean afrontar el crimen organizado porque se ha revelado como un instrumento capaz de incidir en situaciones patrimoniales ilícitas.

Dicho esto, podemos afirmar que, además de todos los razonamientos ya vertidos, en cuanto a la idoneidad del comiso de ganancias como instrumento ideal para combatir la criminalidad organizada, el impulso y fama del comiso se han proyectado de forma más potente debido a la cooperación internacional¹⁰¹⁵.

Este ingrediente indispensable para su difusión y aplicación no sólo al interior del Estado, sino más allá de las fronteras, ha permitido la transformación del comiso.

El impulso de la cooperación y asistencia internacionales ha contribuido a que el decomiso haya pasado de ser una figura marginal a convertirse y ser considerada como el instrumento que tiene que ser más efectivo en la lucha contra el crimen organizado,

¹⁰¹⁵ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea», VV.AA., *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Colex, Madrid, 2006, págs. 209-258.

especialmente útil para lograr retirar al delincuente los beneficios obtenidos ilícitamente¹⁰¹⁶. Así, compartimos, como ha quedado dicho, la opinión de BLANCO CORDERO en cuanto a la importancia del comiso como mecanismo de combate a la delincuencia, por constituir un instrumento fundamental para desposeer al delincuente las ganancias de origen ilícito¹⁰¹⁷.

En efecto, la fama del comiso como figura protagónica de la lucha frente al crimen organizado ha subido como la espuma¹⁰¹⁸, y ha pasado de ser una institución secundaria a convertirse en un aspecto trascendental e indispensable para forjar la respuesta estatal frente al delito¹⁰¹⁹.

En cuanto a su reconocimiento legal en España, recordemos que antes de 1995 el comiso de ganancias no estaba previsto textualmente por el ordenamiento jurídico, aunque como ya lo mencionamos antes esta circunstancia no resultó un obstáculo para que el

¹⁰¹⁶ Vid. BLANCO CORDERO, I., «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», *op. cit.*, págs. 351 y ss.

¹⁰¹⁷ Vid. BLANCO CORDERO, I., «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *op. cit.*, págs. 1 y ss. En el mismo sentido, el autor se ha expresado en otras publicaciones, por ejemplo «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», *op. cit.*, págs. 351 y ss.

¹⁰¹⁸ Al respecto, BLANCO CORDERO resalta que, a pesar del crecimiento y desarrollo de la medida del comiso, éste no se aplica ni se aprovecha de manera suficiente. Vid. BLANCO CORDERO, I., «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos», *op. cit.*, pág. 41.

¹⁰¹⁹ Sin embargo, debemos ser cuidadosos para evitar ensanchar de más los límites de la institución del comiso y que ocurra en la legislación española una situación similar que la del ordenamiento italiano en el sentido de la existencia de múltiples hipótesis especiales y gran extensión de la figura del comiso. Al respecto *vid.* CORN, E., «Un remedio milagroso para todos los males: las mil aplicaciones del comiso en el ordenamiento penal italiano contemporáneo», VV.AA., *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012. Al efecto, consideramos que lo aconsejable es desarrollar una figura de comiso general correctamente delimitada a fin de que ésta pueda aplicarse como nota común a todos los delitos y reservar las hipótesis de comiso especial solamente para casos de especial relevancia, tal como lo es el régimen especial en cuanto al tráfico de drogas o contrabando, que en el caso del ordenamiento español ha sido los principales impulsores del desarrollo de la figura genérica de esta institución.

comiso de ganancias operara bajo la concepción amplia de los efectos del delito¹⁰²⁰.

Y es que hasta no hace mucho tiempo la investigación del patrimonio criminal ocupaba un lugar secundario o marginal, principalmente respecto de la criminalidad organizada. La reacción frente al delito se limitaba casi de forma exclusiva a sancionar a su autor sin tener en cuenta los beneficios económicos que tal actividad delictiva hubiera podido generar.

Por ello se afirma que uno de los mecanismos destacados en este plano es la confiscación de las ganancias ilícitas¹⁰²¹, en la medida en la que permite la aprehensión de tales recursos, que el crimen organizado, sin embargo también requiere para ser eficaz “relativizar las tradicionales reglas sobre la imputación y minimizar garantías clásicas asociadas a un Derecho penal de corte liberal”¹⁰²².

Afirmamos esto porque no podemos dejar del lado ni negar que la evolución que ha tenido la figura genérica del comiso se ha visto marcada por un distanciamiento entre el hecho punible, los bienes sujetos al comiso y la imposición de una sanción en aras de hacer

¹⁰²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pág. 64. Sin embargo, esta práctica no fue unánime ni mucho menos apoyada por la doctrina. En efecto, MANZANARES SAMANIEGO afirma a este respecto que “no hace falta insistir en la generalizada corruptela de nuestros tribunales al acordar, con el apoyo del artículo 48 del viejo Código Penal, el comiso de lo que no era instrumento o producto del delito, olvidando que en aquel precepto no se incluían ni las ganancias ni las cosas sólo relacionadas con la acción” MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *op. cit.*, pág. 536. Opinión que parece compartir también AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 64.

¹⁰²¹ Conviene recordar que en el capítulo III de este trabajo hicimos alusión a que gran parte de la doctrina concibe al comiso de ganancias como “confiscación” para distinguir esta figura del decomiso de los efectos e instrumentos, por considerar que tienen diferente naturaleza, finalidad y justificación. A modo de ejemplo se puede consultar JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones del código penal español de 1995», *op. cit.*, pág. 119. DE ALFONSO LASO, D., BAUTISTA SAMANIEGO, C., *El código penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*, *op. cit.*, pág. 234. PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 5. AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, pág. 3.

¹⁰²² CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, pág. 113.

eficiente su aplicación¹⁰²³.

Sin embargo, esta flexibilización se ha hecho más patente en cuanto al comiso de ganancias. Por ello el estudio doctrinal de esta clase de comiso se ha considerado de forma independiente al comiso de instrumentos y efectos, que como ya puntualizamos en el capítulo III resultan de naturaleza y fundamento distintos.

Considerado el comiso de ganancias de forma independiente al de instrumentos y efectos, resultará más fácil desentrañar su naturaleza, como una figura autónoma con rasgos propios¹⁰²⁴.

En la medida en que logremos comprender y delimitar esta medida en particular, también podremos entender por qué se trata de una medida apropiada en la lucha contra el crimen organizado.

Cabe precisar también que la importancia y el interés que ha despertado la figura del comiso de ganancias encuentra su razón de ser en que tanto la legislación como la doctrina coinciden en que el delito no puede resultar redituable. En efecto, el delito no puede percibirse como una actividad generadora de recursos económicos ni para el delincuente ni para terceras personas¹⁰²⁵. Si partimos de la idea de que el móvil de la delincuencia es precisamente la obtención de provechos económicos, esta circunstancia

¹⁰²³ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», *op. cit.*, pág. 589.

¹⁰²⁴ *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *op. cit.*, págs. 619 y ss.

¹⁰²⁵ En este sentido y respecto a los terceros beneficiarios de las ganancias provenientes del delitos, MANZANARES SAMANIEGO apunta que “se trata en el primer caso de la pérdida de la ganancia patrimonial obtenida por una persona que no fue autora o partícipe del hecho, pero que, en definitiva, se benefició directamente de la actuación de aquellos, y eso con independencia absoluta de la naturaleza jurídica de la relación que les uniera. Se habla entonces de la «cláusula del representante», aplicable sobre todo en los ámbitos sociales y económicos en los que la pérdida de la ganancia cobra mayor interés. El enriquecimiento de esos terceros —personas jurídicas en muchas ocasiones— constituye con frecuencia la motivación en áreas muy importantes de la criminalidad más o menos organizada, o simplemente empresarial”. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *op. cit.*, págs. 528 y ss.

que resulta la más atractiva también representa el punto débil de la delincuencia organizada¹⁰²⁶.

Además de las múltiples reflexiones y estudios doctrinales, el interés en privar al delincuente o a cualquier persona de los beneficios económicos que pueda generar el delito se ha hecho patente en diversos instrumentos internacionales tales como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988¹⁰²⁷ o en el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990¹⁰²⁸, por citar algunos ejemplos.

A pesar de que existen muchos conceptos relativos a la delincuencia organizada e incluso se le conoce con distintos términos, tal como lo expusimos en el capítulo I, existe consenso en considerar que la motivación de este fenómeno es principalmente económica¹⁰²⁹.

Por otro lado, esta maximización de beneficios por parte de los delincuentes requiere una estructura bien desarrollada, que normalmente debe acompañarse de profesionales en distintas áreas a fin de lograr evadir la ley consiguiendo así aminorar a su mínimo nivel los riesgos¹⁰³⁰; en otras palabras, la estructura y su desarrollo tienden a

¹⁰²⁶ Vid. HASSEMER, W., «Localización de ganancias: ahora con el Derecho penal», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 1, 1998, págs. 217-220.

¹⁰²⁷ En su exposición de motivos resalta la preocupante situación relativa al tráfico de estupefacientes no sólo por un problema de salud pública sino también debido a “las enormes ganancias derivadas del tráfico ilícito”.

¹⁰²⁸ En este instrumento se expresa la gravedad del fenómeno criminal que implican los delitos graves que revisten una dimensión internacional y que hacen necesaria la implementación de “métodos modernos y efectivos” tales como la privación de las ganancias provenientes del delito.

¹⁰²⁹ Al respecto BLANCO CORDERO, I., «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», *op. cit.*, pág. 350. El autor afirma que uno de los caracteres distintivos de la criminalidad organizada es precisamente el móvil económico a través de la perpetración de delitos graves.

¹⁰³⁰ Cfr. ESPIGARES MIRA, J., «Criminalidad internacional en el siglo XXI. Instrumentos para combatirla»,

minimizar peligros y acrecentar beneficios.

Una cuestión primordial que nos conviene tener muy presente es que el comiso de ganancias provenientes del delito no se dirige únicamente a retirar los beneficios derivados de un acontecimiento determinado y evitar el enriquecimiento. Además de tal circunstancia, se pretende alcanzar el patrimonio ilícito derivado de cualquier actividad delictiva de la criminalidad organizada¹⁰³¹.

Esta es una muestra clara de las tendencias expansivas del comiso, puesto que de tener un alcance limitado, únicamente reducido a los efectos e instrumentos del delito, ha pasado a abarcar los beneficios ilícitamente obtenidos, ampliando de este modo su objeto, para tener un *amplio espectro*.

Se afirma que a través de la aprehensión de los provechos económicos derivados del delito lo que se consigue es evitar un peligro para la colectividad, puesto que tales recursos no serán reinvertidos para la comisión nuevos delitos ni tampoco se insertarán en el mercado legal, lo que a su vez impide el desequilibrio de la economía¹⁰³².

Sin embargo, no debemos centrar la atención en tales circunstancias pues sólo constituyen efectos secundarios o complementarios de esta medida.

Otro efecto *colateral* que genera el comiso de las ganancias provenientes del delito consiste en promover la equidad de la situación económica entre una persona que

Estudios de Ciencia Policial, núm. 71, 2004, pág. 62.

¹⁰³¹ Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», *op. cit.*, págs. 591 y ss.

¹⁰³² Vid. HUBER, B., «El comiso de las ganancias en el Derecho penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas», *Actualidad Penal*, núm. 17, 1990, págs. 163-176.

efectivamente ha cumplido la ley y otra que ha obtenido beneficios ilícitos¹⁰³³.

Todo esto debe generar desánimo en los delincuentes que piensan enriquecerse a través de la comisión de delitos, pues el comiso de las ganancias precisamente pretende desincentivar la idea de que el delito puede resultar lucrativo, pues se ataca exactamente la motivación económica de la comisión del mismo, retirando las ganancias obtenidas¹⁰³⁴.

La intolerancia frente a una situación patrimonial ilícita constituye, según la mayoría de las opiniones doctrinales, el fundamento primordial del comiso de las ganancias¹⁰³⁵.

Llegados a este punto debemos arribar con certeza a la conclusión de que efectivamente el comiso resulta una medida apropiada para retirar las ganancias obtenidas ilícitamente. Esta institución permite combatir la delincuencia organizada desde su punto más vulnerable, y al mismo tiempo motor de su actividad intelectual y operativa como son lo son los provechos económicos¹⁰³⁶.

¹⁰³³ AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 69, nota 200.

¹⁰³⁴ Por esto se ha llegado a afirmar que “puesto que el ánimo de lucro es el móvil fundamental de la actuación de los grupos organizados, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para impedir dicho lucro en el seno de sus ordenamientos. Por ello, la mayoría de los legisladores penales de nuestro entorno han potenciado el comiso de ganancias como uno de los medios imprescindibles en la lucha contra la delincuencia organizada. *Ibidem.*, pág. 71.

¹⁰³⁵ Por ejemplo CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.* pág. 35; FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 255; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *op. cit.*, pág. 531 y VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, pág. 166.

¹⁰³⁶ Apunta BLANCO CORDERO que “durante los últimos años la institución del comiso está adquiriendo una gran importancia, hasta el punto de ser considerada el «arma central» en el arsenal dirigido a hacer frente a los productos del delito. Hoy día se destaca que el comiso constituye una *herramienta de enorme eficacia* para luchas contra la criminalidad económica, la corrupción y el crimen organizado. Por ello, esta institución ha evolucionado de forma vertiginosa en Europa y en el mundo, y ha alcanzado una capacidad expansiva sin precedentes”. BLANCO CORDERO, I., *El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?*, *op. cit.*, pág. 1.

Cabe preguntarnos de qué serviría la pena privativa de libertad impuesta al delincuente si no se le retiran las ganancias ilícitamente obtenidas. Consideramos que la respuesta a esta cuestión es que se trataría de una respuesta *a medias* por parte del Estado. Y es que una reacción estatal diseñada únicamente desde la perspectiva de la pena, sin tener en cuenta la consecuencia accesoria del comiso, resultaría insuficiente e ilógica¹⁰³⁷, si bien este planteamiento hasta no hace mucho tiempo no ha calado debidamente en la ciudadanía.

Lo anterior nos obliga a tener en cuenta que el decomiso de ganancias resulta la medida *más disuasoria* y por tanto *eficaz* con la que cuenta el Estado para enfrentar la criminalidad organizada, puesto que incluso se teme más que la privación de la libertad¹⁰³⁸.

Si el autor del delito, o de modo más extensivo el beneficiario de la ganancia ilícita, pudiera disfrutar de la misma tendría una percepción de que el castigo vale la pena si al cabo del tiempo va a poder aprovecharse de las ganancias obtenidas de la actividad delictiva. Esto implicaría un cálculo de la rentabilidad del delito, que el Estado debe evitar a toda costa.

Tal reflexión no pretende restar importancia a la pena, pero si resulta oportuno resaltar que la respuesta estatal en estos términos quedaría incompleta y devendría insuficiente, de no acompañarse por el comiso de la ganancia¹⁰³⁹.

¹⁰³⁷ Así, CAZORLA PRIETO al referirse al comiso de ganancias puntualiza que “resultaría incomprensible que no se acordara tal medida, ya que se estaría favoreciendo y no limitando un enriquecimiento injusto, aumentando o creando un patrimonio ilícito proveniente directamente del ilícito penal”. CAZORLA PRIETO, S., «El comiso. Ganancias provenientes del delito en relación con la sentencia de 29 de julio de 2002. Caso Banesto», *op. cit.*, pág. 80.

¹⁰³⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, *op. cit.*, pág. 166.

¹⁰³⁹ En este sentido, afirma GASCÓN INCHAUSTI que “a pesar de que, tal y como se halla legalmente diseñado, el decomiso de bienes tiene un carácter accesorio, es un importante instrumento con el que combatir la delincuencia, especialmente la organizada. En efecto, si uno de los principales factores que definen la

La pena, más allá del castigo, se traduce en un conjunto de funciones que le han sido concedidas a lo largo del tiempo¹⁰⁴⁰ tales como la retribución, la prevención general, la prevención especial o la reeducación, y para cumplir con ellas se auxilia de medidas como las consecuencias accesorias.

Y aquí encontramos otra razón para considerar la importancia del comiso de ganancias, pues si no se aplicara y se permitiera al delincuente conservar los recursos ilícitamente obtenidos no sería posible alcanzar las funciones de prevención general y especial atribuidas a la pena¹⁰⁴¹.

La institución del comiso, en este caso, en la vertiente que se refiere a la aprehensión de las ganancias ilícitamente obtenidas, derivadas de la comisión de delitos, se revela como un elemento indispensable, pero complementario. Y de no imponerse la pena, la sola aplicación de la medida del comiso de las ganancias significaría una respuesta adecuada frente a una delincuencia cuyo motor fundamental son precisamente tales ganancias.

Ya hemos afirmado y sostenemos que las consecuencias accesorias poseen cualidades de acompañamiento de la pena, que además le ayudan a cumplir sus fines.

En el caso del decomiso de las ganancias, y acorde con lo expresado en párrafos anteriores, resalta su capacidad de hacer posible la prevención. Sin embargo, y tal como nos

delincuencia organizada es la búsqueda de un lucro económico, la privación de ese beneficio es un castigo muy eficaz y disuasorio, en muchos casos mayor que la amenaza personal de privación de libertad o de otros derechos personales en que consiste la pena principal". GASCÓN INCHAUSTI, F., «Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes», *op. cit.*, pág. 4.

¹⁰⁴⁰ Sobre este tema se puede consultar ROXIN, C., ARTZ G., TIEDEMANN, K., *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, *op. cit.* y LESH, H., *La función de la pena*, *op. cit.*

¹⁰⁴¹ *Vid.* PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *op. cit.*, pág. 17.

advierte GÓMEZ TOMILLO, resulta indispensable mantener la autonomía de ambos institutos jurídicos —la sanción y el comiso de ganancias—, puesto que responden a una naturaleza jurídica distinta¹⁰⁴².

En efecto, debemos escapar a la tentación de confundirlas o incluso —y mucho menos— subsumirlas. Pero si debemos disponernos a aceptar que se complementan y que ambas constituyen trozos de la respuesta del Estado frente al delito. Y es en este contexto en el que se descubre ante nuestros ojos una tirantez entre el Derecho Penal *clásico* y el Derecho Penal *moderno*.

No podría resultar de otra manera, pues el aceptar esta evolución y multiplicar las posibilidades en la reacción estatal frente al delito ha significado la inserción de medidas como las consecuencias accesorias dentro del ordenamiento legal.

Esto significa que los principios rígidos en cuanto al sistema de garantías han tenido que pasar por un proceso de matización y flexibilización en aras de construir un Derecho Penal, en sus vertientes sustantiva y procesal, que no puede calificarse sólo como *moderno* sino más bien como *eficiente*, pues más allá de constituirse en una moda se trata de una respuesta a las nuevas características sociales, políticas y económicas¹⁰⁴³.

Esta mutación del Derecho Penal ha representado un reto muy grande. Concretamente, en lo que a nuestro estudio interesa, la pugna surge entre un tradicional sistema de garantías y derechos frente a un sistema de garantías más compactas y dotado de la flexibilidad necesaria para poder alcanzar las ganancias ilícitamente obtenidas.

¹⁰⁴² Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., «Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 31, 2012, págs. 6 y ss.

¹⁰⁴³ Esta dicotomía entre Derecho Penal clásico y Derecho Penal moderno se trata abundantemente en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *op. cit.*

Esta colisión entre derechos fundamentales y eficiencia se ha hecho presente incluso en los diversos instrumentos internacionales, que abren la posibilidad de contemplar una inversión de la carga de la prueba en aras de acreditar el origen ilícito de los bienes que eventualmente serán sometidos a la medida de comiso.

Como ejemplo de éstos podemos referirnos a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que dispone en su artículo 12.7 que “los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas”.

Esta posibilidad que dispone el instrumento de referencia en cuanto a solicitar a un delincuente que acredite que los bienes que conforman su patrimonio han sido adquiridos lícitamente, a pesar de contar con el límite de los principios del ordenamiento legal interno, resulta ya una opción que puede introducirse en el ordenamiento y que es símbolo de una modulación de la carga probatoria.

Otra muestra de la tendencia *flexibilizadora* en pos de la eficiencia para la imposición del comiso derivada de los instrumentos internacionales la podemos apreciar en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, en la cual se prevé la posibilidad de *mitigar* la carga de la prueba relativa al origen del patrimonio de una persona que haya sido condenada por algún delito relativo a la delincuencia organizada¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴⁴ De este modo, nos explica ZARAGOZA AGUADO que “el patrimonio del delincuente ya no será inmune al

Como podemos ver, la batalla entre derechos fundamentales y flexibilización de los criterios para poder imponer el comiso de ganancias se encuentra en un punto muy candente, y parece que en el futuro cercano seguirá en el centro de la controversia.

Por ahora nos limitaremos a mencionar esta disyuntiva entre derechos fundamentales y eficiencia, pues posteriormente abordaremos el sistema de garantías en torno al decomiso de ganancias. Al hacerlo, profundizaremos respecto a la tendencia de suavizar algunos principios en el conjunto de garantías de los sistemas penales con motivo de la aplicación efectiva de la medida de comiso como respuesta estatal para retirar las ganancias obtenidas a través de la comisión de algunos ilícitos.

No está por demás recordar que para que el comiso sea efectivo también debe acompañarse de otras medidas que se consideran dentro del abanico de posibilidades con las que cuenta el Estado para reaccionar ante el delito, como lo son la prevención¹⁰⁴⁵, la creación de tipos penales *emergentes*¹⁰⁴⁶ o la cooperación y asistencia internacionales para lograr el reconocimiento y libre circulación de decisiones judiciales en la materia.

Por eso, apuntamos anteriormente que el comiso es sólo un trozo de la respuesta del Estado a la criminalidad organizada y esta medida aplicada por sí sola, resulta a todas luces insuficiente, de ahí la necesidad de la implementación de los demás mecanismos estatales para prevenir y luchar contra la delincuencia.

comiso, una vez que haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto pro el que fue condenado con dos condiciones: a) Que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de drogas (o de cualquier otro delitos), y b) Que se respete el principio acusatorio”. ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El comiso de bienes», *op. cit.*, págs. 417 y ss.

¹⁰⁴⁵ Vid. KLASS, R., *Delincuencia Transnacional organizada*, Cathedra Jurídica, *op. cit.*, pág. 50.

¹⁰⁴⁶ Tales como el blanqueo de capitales o la pertenencia a organizaciones criminales.

Finalmente, nos resta puntualizar que en cuanto a la relevancia que hemos afirmado caracteriza al comiso de las ganancias provenientes de la comisión de delitos en la lucha contra el crimen organizado existen instrumentos importantes que le permiten funcionar adecuadamente y que, en muchas ocasiones, lo anteceden.

En efecto, no debemos olvidar la importancia que tienen también, dentro de este conjunto de posibilidades de respuesta estatal, todas las medidas para asegurar la efectiva implementación del comiso a través del aseguramiento de los bienes, que se hace posible a través del embargo o secuestro de los mismos.

Y es que una institución como el comiso no se entiende sin mecanismos previos que garanticen su cumplimiento. Por ello no debemos ignorar la importancia del secuestro y embargo de bienes como medidas que permiten proteger los bienes para asegurar el éxito del comiso.

IV.2.1 Fundamento y justificación

Ya hemos mencionado como en los últimos tiempos se considera que el arma más importante para combatir el crimen organizado la constituyen todas las medidas que tienden a atacar el patrimonio de estos grupos delictivos. Entre tales medidas, el comiso, es la principal herramienta para hacer posible este combate.

Actualmente, se habla de una expansión en cuanto a la extensión del objeto del comiso, pues antiguamente se dirigía primordialmente a los instrumentos y a los objetos

con los que se preparaba y perpetraba la conducta delictiva. Sin embargo, este alcance ha ido aumentando su dimensión hasta llegar a los productos y beneficios fruto de la delincuencia.

Este cambio no se da únicamente en términos objetivos sino que se extiende igualmente hacia los subjetivos. Es precisamente en estos últimos, en los subjetivos, donde la dinámica expansiva del comiso también ha experimentado crecimiento, al contemplarse su imposición respecto de bienes propiedad de terceros no responsables¹⁰⁴⁷.

Insistimos en que la privación de las ganancias obtenidas por la comisión del ilícito tiene una función muy precisa, que se dirige a *corregir* situaciones en las que se origine un aumento de patrimonio derivado de la comisión de delitos, o dicho de otro modo, *evitar el enriquecimiento injusto* que pueda provenir de la comisión del delito¹⁰⁴⁸. Ahondaremos un poco más en ese extremo.

El comiso de ganancias encuentra su fundamento y justificación en “la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas”¹⁰⁴⁹, por ello la medida del comiso de ganancias resulta esencial, puesto que a través de ella se consigue evitar que aquellas personas que se han beneficiado económicamente con el delito gocen de la titularidad sobre tales bienes¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ Vid. RAMÓN RIBAS, E., «La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria», *op. cit.*, págs. 528 y ss. El autor nos explica que esta expansión se debe al cambio de naturaleza jurídica que ha experimentado el comiso, y que ha flexibilizado su imposición.

¹⁰⁴⁸ AGUADO LÓPEZ, S., «Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, en especial en los delitos de fraude alimentario», *op. cit.*, pág. 77. La autora considera —y coincidimos con ella—, que el decomiso de ganancias deviene una medida fundamental para enfrentar a la delincuencia cuyo móvil es la obtención de beneficios económicos.

¹⁰⁴⁹ Así lo afirma PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *op. cit.*, pág. 19.

¹⁰⁵⁰ Vid. BLANCO CORDERO, I., «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos», *op. cit.*, págs. 69 y ss.

Y es que es importante recuperar el equilibrio de una situación patrimonial que esté de acuerdo con el Derecho; de no ser así, la actuación de las instituciones estatales resulta incompleta y se queda corta frente a la delincuencia cuya motivación precisamente es la obtención de recursos económicos.

En este tenor, se ha llegado a afirmar que las ganancias provenientes de delito no pueden considerarse como propiedad legal del delincuente puesto que de ningún modo puede surgir “la existencia de un derecho subjetivo reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico sobre esos fondos”¹⁰⁵¹.

En el mismo sentido, AYO FERNÁNDEZ refiere que la titularidad de los bienes está dada de acuerdo a que el penado los ostenta como propios, consideración que sin embargo no implica derechos de uso y disfrute sobre los mismos¹⁰⁵².

Entablar un debate en este aspecto puede resultar muy peligroso. En primer lugar, porque nos desviaría de los objetivos de este trabajo, y en segundo, porque para el decomiso la titularidad de bienes sólo representa un límite. En efecto, el comiso de bienes pertenecientes a un tercero de buena fe y que además los haya adquirido legalmente supone una excepción en la aplicación del comiso. También existen supuestos de aplicación en los que se puede solicitar a la persona que se ostente como dueño de un bien acreditar su procedencia lícita. Sin embargo y tal como veremos más adelante, ni la doctrina ha podido establecer con precisión y de forma unánime ni el concepto de ganancia ni la manera de calcularla.

¹⁰⁵¹ BACIGALUPO SAGGESE, S., «La «confiscación» del patrimonio proveniente del delito», *op. cit.*, págs. 519 y ss. La autora compara las ganancias provenientes del delito con *el hurto, el robo, la apropiación indebida, la estafa o la malversación* y establece que en todos los casos, tanto como en el de las ganancias sería absurdo considerarlos como modos de adquirir la propiedad.

¹⁰⁵² AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, *op. cit.*, pág. 274.

En otras palabras, no existe consenso ni cuantitativamente ni cualitativamente respecto del monto de las ganancias. Es por esto que la propiedad de los bienes que conforman el patrimonio de una persona, física o jurídica, resulta un tema delicado de abordar. Cuanto más si se somete a los criterios flexibilizados de mitigación de la carga probatoria.

Sin embargo, lo que si debemos precisar es que más allá de que se pueda hablar o no de propiedad sobre las ganancias ilícitamente obtenidas, lo cierto es que los *beneficiarios*¹⁰⁵³ de las mismas ostentan su titularidad y el comiso permite desposeerlos de los bienes que por este concepto obren en su poder¹⁰⁵⁴.

MANZANARES SAMANIEGO nos recuerda como a pesar de que el comiso de ganancias es *paralelo* a aquel que recae en los efectos e instrumentos del delito, *ofrece rasgos propios*¹⁰⁵⁵. Tomando en consideración esta afirmación, profundizaremos en torno a la naturaleza jurídica del comiso de ganancias y a sus especificidades para comprender mejor esta figura.

Lo primero que debemos puntualizar es que tal como ya lo expusimos en el capítulo anterior, y a pesar de que no existe unanimidad en cuanto a la naturaleza jurídica del comiso, ya sea como medida genérica o si se divide en comiso de efectos e instrumentos

¹⁰⁵³ Con este término nos referimos a cualquier persona, sea física o jurídica, que goce de la titularidad de bienes que hayan sido ilícitamente obtenidos a través de la comisión de delitos; sin importar si se trata de una persona considerada como probable responsable de la comisión de tales delitos, o que haya sido condenada por ellos o incluso que se trate de un tercero.

¹⁰⁵⁴ En palabras de RESTREPO MEDINA el comiso de ganancias es una medida “orientada a reducir la rentabilidad del negocio”. RESTREPO MEDINA, M. A., «El régimen jurídico de los bienes incautados por delitos de narcotráfico o en acciones de extinción de dominio desde la perspectiva del análisis económico del derecho», *op. cit.*, pág. 242.

¹⁰⁵⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», *op. cit.*, pág. 619. El autor reafirma la autonomía y naturaleza jurídica específica del comiso de ganancias respecto a la figura genérica relativa a los efectos e instrumentos del delito.

por un lado y comiso de ganancias por otro, en lo que sí existe acuerdo es en que el comiso no puede considerarse ni como pena ni como medida de seguridad¹⁰⁵⁶.

Respecto al comiso de provechos, LANDROVE DÍAZ nos explica que se trata de una medida que tiende a evitar las situaciones patrimoniales ilícitas y su naturaleza resulta más cercana al Derecho Civil¹⁰⁵⁷.

Por otra parte, PUENTE ABA afirma que se trata de una medida de responsabilidad civil, toda vez que no se dirige a funciones de prevención o retributivas¹⁰⁵⁸.

En este orden de ideas DEZA VILLASANZ coincide con esta misma idea de considerar al comiso de ganancias como una figura de naturaleza civil cuya finalidad consiste en imposibilitar que alguna persona pueda enriquecerse sin causa¹⁰⁵⁹.

Tomando en cuenta estos puntos de vista y de acuerdo con la proximidad del comiso de ganancias al ámbito civil también se manifiesta DE TOLEDO Y UBIETO, y compara esta medida con la responsabilidad civil *ex delicto*¹⁰⁶⁰.

En torno a esta visión civilista del comiso de los provechos económicos ilícitamente obtenidos debemos tener presente siempre la dimensión internacional, puesto que los beneficios del delito normalmente implican a diversos Estados y, por ello, se requieren

¹⁰⁵⁶ Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *op. cit.*, págs. 46 y ss.

¹⁰⁵⁷ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., «La represión de la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 41.

¹⁰⁵⁸ Cfr. PUENTE ABA, L. M., «El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena», *op. cit.*, pág. 852.

¹⁰⁵⁹ DEZA VILLASANZ, R., «Estudio de la figura del decomiso», *op. cit.*, pág. 33. En el mismo sentido *vid.* JORGE BARREIRO, A., «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *op. cit.*, págs. 511 y ss.

¹⁰⁶⁰ DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., «El comiso», *op. cit.*, pág. 5.

tomar medidas de colaboración¹⁰⁶¹.

Continuando con esta misma línea de pensamiento, también MAPELLI CAFFARENA es partidario de considerar al comiso de ganancias como una medida de naturaleza civil, toda vez que su imposición no se debe a los fines *preventivos ni retributivos del sistema penal* y resulta más próxima a la responsabilidad civil¹⁰⁶².

Así también GÓMEZ TOMILLO considera que el criterio más correcto sobre la naturaleza jurídica del comiso de ganancias es aquel que lo aproxima al ámbito civil¹⁰⁶³.

Sin embargo, nuestra opinión no llega al punto de considerar que el comiso de ganancias deba entenderse como una figura más afín al Derecho Civil¹⁰⁶⁴ que al Derecho Penal¹⁰⁶⁵. Justamente, el matiz penal hace del comiso un instrumento ideal para combatir al crimen, pues se encuentra regido por los principios y garantías del ordenamiento penal.

Así también surgen opiniones doctrinales que colocan al comiso de ganancias justo a la mitad del plano en donde los extremos opuestos son el ámbito civil por un lado y por el

¹⁰⁶¹ Vid. MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», *op. cit.*

¹⁰⁶² MAPELLI CAFFARENA, B., «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *op. cit.*, pág. 50.

¹⁰⁶³ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., «Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo», *op. cit.*, págs. 7 y ss.

¹⁰⁶⁴ BLANCO CORDERO, I., «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», *op. cit.*, pág. 362.

¹⁰⁶⁵ Si bien es cierto, que existen muchas objeciones y reticencias, respecto a ubicar la figura del comiso de ganancias dentro del ordenamiento penal, su proximidad con el derecho civil tampoco queda totalmente aclarada. No coincidimos con la idea expuesta por BLANCO CORDERO de crear un procedimiento de naturaleza no penal para llevar a cabo la extinción de dominio. Tal idea está expuesta en BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 165. Efectivamente, el comiso de ganancias representa un reto para la preservación del conjunto de principios y garantías estipuladas en el ordenamiento penal. Sin embargo, trasladarlo al escenario civil, terminaría por diluir la protección frente al Estado, a que tienen derecho las personas, antes de ser privadas de su patrimonio.

otro el ámbito penal. Según este criterio, se le asigna al comiso de ganancias una naturaleza mixta que se encuentra precisamente entre estos dos extremos: en su faceta civil, este tipo de medida se percibe como *reparatoria*, es decir, que nos conduce a restablecer el equilibrio económico porque permite corregir una situación patrimonial ilícita; por el contrario, en su faceta penal el comiso de ganancias se entiende como un recurso próximo a la pena reforzando la sanción impuesta al delincuente al retirar los provechos económicos obtenidos por la comisión de delitos¹⁰⁶⁶.

No podemos coincidir con las ideas de aproximar el comiso de ganancias a las instituciones del Derecho Civil puesto que, tal como afirma VIZUETA FERNÁNDEZ, “en el enriquecimiento sin causa, la ventaja patrimonial recae finalmente en el particular que ha ejercitado la acción de enriquecimiento, mientras que en el comiso de ganancias el destinatario de éstas es el propio Estado”¹⁰⁶⁷.

Además de esto, no debemos pasar por alto que la figura de enriquecimiento ilícito en el ámbito civil contempla un aumento injusto de patrimonio inversamente proporcional a una disminución de patrimonio igual de injusta; circunstancia que no es relevante en el comiso de ganancias¹⁰⁶⁸.

Coincidimos con AGUADO CORREA en cuanto a que el comiso de ganancias es “una consecuencia jurídica derivada del delito de naturaleza penal, al ser impuesta por un órgano penal, estar prevista en una ley penal, ir unida a la imposición de una pena y tener una clara función preventiva tanto general como especial”¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁶ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 87.

¹⁰⁶⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, pág. 170.

¹⁰⁶⁸ Afirma VIZUETA FERNÁNDEZ que “las aportaciones más modernas, o al menos algunas de ellas, al estudio del enriquecimiento sin causa, cuestionan el requisito tradicional del correlativo empobrecimiento de otra persona, lo que no hace sino aproximar esta figura al comiso de ganancias”. *Idem*.

¹⁰⁶⁹ AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 80.

Por otra parte, un sector de la doctrina propone alejarse de la concepción civilista o penal del comiso, para considerarlo como una tercera clase de sanción, que admite la posibilidad de una concepción dualista en cuanto a la función del comiso de la ganancia¹⁰⁷⁰.

La característica esencial del comiso de ganancias es precisamente su objeto. En efecto, ya que esta medida se dirige al beneficio económico ilícitamente obtenido y que deriva de la comisión del delito.

Tomando en cuenta esto, se ha llegado a afirmar que tales provechos económicos no entrañan peligrosidad alguna ni de tipo subjetivo ni objetivo, pero que más allá de esto lo cierto es que implican una forma de *no tolerancia* de situaciones patrimoniales ilícitas¹⁰⁷¹.

Sin embargo, frente a esta opinión, también se afirma que el comiso de ganancias fundamentalmente se dirige a restaurar el equilibrio económico, pero esto no impide que también pueda dirigirse a fines relativos a la prevención, ya sean de carácter general o especial¹⁰⁷².

A pesar de que este comiso, dirigido a las ganancias del delito y a sus derivaciones, suscite discrepancias a nivel dogmático y de política criminal, resulta un instrumento preponderante en términos de combate de la delincuencia organizada¹⁰⁷³.

En el caso del ordenamiento jurídico, se afirma que el comiso de ganancias constituye una medida instaurada por el legislador a fin de perseguir la *ineficiencia*

¹⁰⁷⁰ Vid. LUZÓN PEÑA, D. M., «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», *op. cit.*, págs. 545-551. También se puede consultar AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, págs. 80 y ss.

¹⁰⁷¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de multa», *op. cit.*, pág. 620.

¹⁰⁷² CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, *op. cit.*, pág. 49.

¹⁰⁷³ Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», *op. cit.*, págs. 94 y ss.

*económica en el comportamiento delictivo*¹⁰⁷⁴.

Tal y como opina BLANCO CORDERO, consideramos que como mecanismo para evitar el desequilibrio debido a un incremento patrimonial ilícito resulta difícil considerarlo como una consecuencia accesoria¹⁰⁷⁵. El punto medular es precisamente el enriquecimiento injusto que el comiso tiende a evitar.

El Derecho, y más específicamente el Derecho Penal, no puede consentir una situación de ventaja y menos cuando se trata de la rentabilidad económica que el crimen organizado pretende con la comisión de delitos.

No puede hacerlo porque consentirlo supondría de alguna manera *ayudar* a la realización del delito, o al menos tolerarla facilitando el beneficio resultante del mismo. Estaríamos ante una situación sino de complicidad al menos de complacencia que resultaría intolerable en el Estado de Derecho.

En este mismo sentido, y continuando con los planteamientos de BLANCO CORDERO sobre el comiso de ganancias, estamos ante una herramienta que “pretende remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos”¹⁰⁷⁶.

Bajo esta consideración, esta clase de comiso no encuentra su razón de ser en el hecho de infligir un castigo a una persona determinada o un grupo de personas por la comisión de un ilícito. Por eso no debe equipararse a una pena¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁴ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «El comiso en los delitos urbanísticos», *op. cit.*, pág. 6.

¹⁰⁷⁵ *Cfr.* BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 165.

¹⁰⁷⁶ *Ibidem.*, pág. 164.

¹⁰⁷⁷ Y es que a través de la aplicación del comiso de ganancias lo que se pretende es “evitar que los vestigios de

Tampoco podemos considerar de igual manera al comiso de efectos e instrumentos y al comiso de ganancias. En efecto, muy poco tienen que ver ambas instituciones al tratarse de medidas que encuentran su fundamento y justificación en distintos principios.

En el caso específico del comiso de ganancias, debemos decir que su fundamento principal no deriva de la peligrosidad objetiva, pues evidentemente las ganancias obtenidas no implican en sí mismas peligro alguno, aunque este matiz cambia si se tiene en cuenta que tales recursos pueden reinvertirse pro futuro para continuar con la actividad delictiva.

Por ello, y simplemente de forma marginal, si que podemos afirmar que el comiso tiene también efectos de prevención especial, pues al considerar el riesgo de verse privado de manera definitiva de las ganancias el delincuente se ve más desincentivado para continuar cometiendo ilícitos¹⁰⁷⁸.

A primera vista, las ganancias no representan un peligro sino más bien constituyen el aliciente y por lo mismo no deben abordarse como un problema en sí mismas sino como el estímulo para el delincuente. El peligro se materializa posteriormente, cuando tales recursos se reinvierten para la realización de más delitos o se integran a la economía lícita¹⁰⁷⁹.

la infracción penal representados por determinados bienes que guardan en relación con la actividad delictiva en que se ha incurrido queden en posesión y beneficio del culpable o de terceros no legitimados por la norma para ello, por razón de propia coherencia y lógica del sistema”. SALAS CARCELLER, A., «Consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 326.

¹⁰⁷⁸ A decir de VIZUETA FERNÁNDEZ estos efectos no deben despreciarse, pero tampoco deben incluirse formalmente en los fines del comiso de ganancias, puesto que su existencia es bienvenida, más no resulta fundamental para justificar el comiso de ganancias, en otras palabras “los efectos preventivos del comiso de ganancias son, aunque bienvenidos, ajenos a la esencia de este instituto jurídico”. VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, pág. 167.

¹⁰⁷⁹ BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *op. cit.*, págs. 56 y ss.

Para MANZANARES SAMANIEGO, en el comiso de esta categoría, instruido contra los beneficios económicos del delito, poco interés tiene la peligrosidad¹⁰⁸⁰. Lo trascendente del comiso de ganancias y que constituye su fundamento es “el principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto”¹⁰⁸¹.

En este punto resulta oportuno recordar que la delincuencia cuyo móvil es la obtención de beneficios económicos destina parte de estos a actividades delictivas, lo que puede generar desequilibrios de los mercados de tal magnitud que incluso lleguen a trastornar los principios de la libre competencia y minar las instituciones de un Estado de Derecho¹⁰⁸².

Por tal motivo no podemos estar de acuerdo con la idea de que el comiso de ganancias nada tiene que ver con la peligrosidad. Si no como fundamento primigenio, también constituye una razón de ser aunque de nivel secundario, puesto que el comiso de ganancias además de evitar el enriquecimiento derivado de un *hecho antijurídico* impide que el beneficio obtenido por virtud de tal hecho se utilice para llevar a cabo *nuevos hechos punibles*¹⁰⁸³.

En concordancia con esta opinión, RAMÓN RIBAS establece que la aproximación del comiso al ámbito penal también se encuentra determinada por el *carácter preventivo* que se le atribuye a esta institución jurídica y puntualiza que “incluso quienes consideran que el

¹⁰⁸⁰ Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El Comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal», *op. cit.*, págs. 5 y ss.

¹⁰⁸¹ FARALDO CABANA, P., «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando», *op. cit.*, pág. 15.

¹⁰⁸² PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 109.

¹⁰⁸³ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, *op. cit.*, pág. 50. El autor además puntualiza que este segundo fundamento del comiso de ganancias, lo acerca al comiso de seguridad “pues con ambas instituciones se trata de prevenir la utilización peligrosa de un bien que favorece la actividad delictiva. Pero al margen de este aspecto de prevención especial, la medida se dirige, desde un punto de vista utilitario, a demostrar a los posibles delincuentes que el crimen no paga”.

fundamento del comiso de ganancias es el principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto, subrayan su importante función político criminal como medio de lucha contra la criminalidad organizada y, en general, contra toda delincuencia actuada con móviles económicos”¹⁰⁸⁴.

Llegados a este punto, cabría preguntarse de qué se trata entonces. AGUADO CORREA habla de que el comiso de ganancias implica una precaución debido a la peligrosidad que supone la existencia de los bienes decomisados en poder del crimen organizado¹⁰⁸⁵.

Aunque el patrimonio no es por sí mismo un peligro, en manos de las organizaciones criminales bien puede utilizarse para financiar actividades criminales y con ello constituir un peligro real¹⁰⁸⁶ en un futuro más o menos inmediato. Peligro que por otra parte no es difícil de entender si consideramos que en muchos casos la disposición de grandes cantidades de dinero genera por sí misma un poder que no conviene que esté en manos de los delincuentes.

Por eso entendemos que no es aventurado sostener que el comiso de ganancias persigue otra finalidad, además de la intolerancia a las situaciones patrimoniales ilícitas. Tal finalidad se refiere a la prevención general ya que va dirigida a disminuir el estímulo que representa la obtención de beneficios económicos por la comisión de un delito. Por ello, el comiso se considera como un complemento de la pena, ya que de no imponerse aquél las ganancias continuarían en poder del delincuente —o del grupo al que pertenece—¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, pág. 226, nota 148. Además el autor afirma que “también el comiso de ganancias tiene una evidente orientación preventiva”.

¹⁰⁸⁵ *Cfr.* AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, págs. 69 y ss.

¹⁰⁸⁶ *Vid.* VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, *op. cit.*, pág. 956.

¹⁰⁸⁷ BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 164.

Siguiendo con la misma línea de razonamiento, entendemos que en el comiso de ganancias confluyen dos aspectos que le otorgan su razón de ser¹⁰⁸⁸:

- a) en primer lugar, la necesidad de despojar a cualquier persona de los provechos que pueda generar un ilícito; y
- b) en segundo lugar, pero no por ello menos importante, la conveniencia de evitar que los bienes decomisados puedan utilizarse en la comisión de nuevos delitos¹⁰⁸⁹.

En el caso de la delincuencia organizada parece probado que podemos apreciar en plenitud la utilidad del decomiso¹⁰⁹⁰, pues su imposición persigue un objetivo preventivo con el que se evite que las organizaciones criminales reinviertan las ganancias delictivas¹⁰⁹¹.

Esta concepción dualista en cuanto al fundamento y fines del comiso de ganancias nos permite percibir en toda su dimensión el valor de esta figura y, por ello, aunque de mayor o menor importancia, consideramos que ambos cimientos resultan relevantes. El hecho de que éstos se sumen no cambia la esencia del comiso, ni *desvirtúa su naturaleza de*

¹⁰⁸⁸ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, *op. cit.*, págs. 166 y ss. La autora es partidaria de esta concepción expresada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nos remite a la jurisprudencia dictada por éste.

¹⁰⁸⁹ En este mismo sentido FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *op. cit.*, págs. 617 y ss. El autor refiere que el comiso de las ganancias es fundamental para amedrentar a los delincuentes, que tendrán que tomar en cuenta la posibilidad de ser desposeídos del patrimonio ilícitamente obtenido, como un “coste de oportunidad”. Evidentemente también, esta medida impedirá que tal patrimonio sirva para la comisión de nuevos delitos o para consolidar la formación de la organización criminal.

¹⁰⁹⁰ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 25 y ss. La doble función del decomiso de ganancias que reconoce el autor consiste, por un lado, en evitar la existencia de una situación patrimonial ilícita; y por otro lado, una “dosis” preventiva, puesto que el patrimonio, sin ser peligroso en sí mismo, puede llegar a serlo en la medida en que se utilice para la financiación de nuevos delitos.

¹⁰⁹¹ BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 164.

*consecuencia penal*¹⁰⁹².

Sin embargo, y como ya adelantábamos, no toda la doctrina admite esta doble función que se pretende asignar al comiso de ganancias, pues consideran que sólo se debe ponderar la intolerancia a la situación patrimonial ilícita, mientras que los efectos *colaterales* a los que nos hemos venido refiriendo no constituyen una razón fundamental y no deben tomarse en cuenta.

En este orden de ideas nos topamos con opiniones que no conciben la existencia de esta dualidad, ni la necesidad de remitir esta figura de comiso de ganancias a la peligrosidad. Muy al contrario, entienden que el fundamento de esta medida se centra en un sólo motivo preciso: el fundamento del comiso de ganancias¹⁰⁹³ radica en evitar una situación patrimonial ilícita. Lo demás serán solamente efectos secundarios que podrán o no surgir, pero que no resultan fundamentales para justificar y sustentar la existencia del comiso de ganancias.

Conviene en este punto, tener presentes los argumentos esgrimidos por GRACIA MARTÍN al invocar la naturaleza civil del comiso de ganancias y establecer que, suponiendo que la medida implicara una finalidad preventiva de peligrosidad, ésta no tendría nada que ver con la disuasión de la voluntad que busca la pena¹⁰⁹⁴.

MAPELLI CAFFARENA parece retomar esta idea del carácter no penal del comiso de ganancias, pues expresa que la finalidad del mismo es eminentemente civil, aunque no

¹⁰⁹² Partidarios de esta perspectiva resultan RAMÓN RIBAS, E., «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?», *op. cit.*, págs. 226 y ss. FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *op. cit.*, págs. 253 y ss. AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, págs. 80 y ss.

¹⁰⁹³ A favor de esta posición *vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, pág. 166.

¹⁰⁹⁴ GRACIA MARTÍN, L., (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, págs. 568 y ss.

niega que puedan surgir *efectos preventivos* a los que también llama *colaterales*¹⁰⁹⁵.

En otras palabras, y desde este punto de vista, la realización del objetivo primordial de retirar los beneficios del delito y de evitar situaciones patrimoniales ilícitas “puede llevar aparejados otros efectos que, aunque no son desdeñables, no deben incluirse a nuestro parecer dentro de los fines perseguidos en el comiso de ganancias”¹⁰⁹⁶.

Este sector de la doctrina considera posible que tales efectos se realicen, incluso se puede llegar a admitir que sería deseable que así fuese, pero lo cierto es que su efectiva verificación no es fundamental, de modo que en el caso de que no surjan el decomiso de ganancias sigue teniendo importancia y conserva su razón de ser¹⁰⁹⁷.

Ya nos hemos posicionado en cuanto al fundamento y justificación del comiso de ganancias. Pero debemos insistir en que permitir que el delincuente conserve los provechos ilícitamente obtenidos equivaldría a *incitar* la comisión de más delitos. De ahí la conclusión evidente de la importancia que tiene retirar todas las ganancias que genere la delincuencia y de no tolerar la existencia de patrimonios ilícitamente obtenidos.

Nos encontramos ya con todos los elementos necesarios para confirmar la relevancia y *popularidad* —nacional e internacional— del comiso de ganancias, puesto que

¹⁰⁹⁵ El autor apunta que “es difícil cohonestar una sanción que tiene su fundamento en algo tan alejado del Derecho penal, como es el evitar los enriquecimientos injustos, con algunos de los principios limitadores del *ius puniendi* como la culpabilidad o la proporcionalidad. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, págs. 358 y ss.

¹⁰⁹⁶ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, pág. 167.

¹⁰⁹⁷ En oposición a esta perspectiva GASCÓN INCHAUSTI señala que a pesar de que el comiso de ganancias primordialmente contrarresta una situación patrimonial ilícita “no pueden dejar de apreciarse, por ello, ciertas dosis de prevención general y de prevención especial en esta modalidad de decomiso, que tampoco empañan un carácter preventivo o de seguridad: y es que no puede ignorarse que el patrimonio ilícito puede ser en sí mismo peligroso, dado que puede ser utilizado para la financiación de nuevas actividades delictivas”. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes», *op. cit.*, pág. 4.

además de ser un instrumento vital para privar al delincuente de las ganancias ilícitas derivadas de la comisión de los delitos, sirve de complemento a la pena para cumplir funciones de prevención.

Sin embargo, y a pesar de todas las ventajas que hasta ahora hemos apuntado respecto del comiso de ganancias, hay una corriente doctrinal que se manifiesta a favor de sustituirlo por la figura de la multa proporcional¹⁰⁹⁸.

Los partidarios de esta idea justifican su opinión afirmando que en la imposición de la multa no se requiere probar el nexo de la ganancia con el delito que se castiga, mientras que en el comiso de ganancias debe acreditarse este extremo, o por lo menos el origen lícito de los bienes en el caso de los condenados por delitos cometidos en el seno de la organización criminal o aquellos relativos al terrorismo.

En otras palabras, la multa proporcional se perfilaría en estos casos como un instrumento de confiscación del patrimonio útil para evitar que el delito resultara económicamente productivo¹⁰⁹⁹.

En relación con el párrafo anterior y las reflexiones sobre la multa, cabe mencionar que tal como se regulaba la figura del comiso de ganancias antes de 2010 dentro de la legislación española, cuando se requería de una relación o nexo entre el bien y el delito enjuiciado.

Por ello se consideraba que tal previsión del comiso resultaba *incompleta* puesto que

¹⁰⁹⁸ En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ equipara el comiso de ganancias y la multa como instrumentos adecuados para privar al delincuente de los beneficios económicos ilícitos derivados del delito. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 239.

¹⁰⁹⁹ *Cfr.* FARALDO CABANA, P., «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando», *op. cit.*, pág. 16.

a pesar de que se detectara una situación patrimonial irregular si no se podía vincular el patrimonio ilícito con el hecho enjuiciado resultaba inoperante el decomiso.

Sin embargo, estas reticencias han quedado atrás. Con la reforma del Código Penal y, concretamente de la previsión genérica del comiso, los comentarios en torno a la ventaja de la multa por sobre el comiso de ganancias quedan superados.

Por un lado, el vínculo entre el patrimonio criminal y el delito ya había sido rebasado por la figura del comiso por valor equivalente, introducido a la legislación española por la reforma del Código Penal de 2003. Tal modificación dispone en el artículo 127.2 que “si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho”.

De este modo, se rompió el vínculo que se precisaba entre el objeto sometido a la medida de comiso y el delito enjuiciado. En el capítulo anterior ya nos hemos referido al comiso por valor equivalente, resaltando que este tipo de comiso puede traducirse en una modificación del sentido y razón de ser del comiso¹¹⁰⁰ y que esta alteración incluso conduzca a esta figura a transformarse en un sinsentido¹¹⁰¹. Sin embargo, aprovecharemos ahora para profundizar en torno a esta modalidad de comiso.

Más allá de la desaparición del nexo entre el bien y el delito enjuiciado, este tipo de comiso ha sido considerado como una opción ideal para aquellas situaciones en las que los bienes que debieron decomisarse ya no obren en poder del delincuente. Debido a estas características, el comiso por valor equivalente se puede apreciar como una disposición que

¹¹⁰⁰ VV.AA., *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., pág. 950.

¹¹⁰¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., pág. 45.

refleja modernidad y que es producto de la política criminal de nuestros días¹¹⁰².

Nos parece prudente traer a colación los razonamientos de GASCÓN INCHAUSTI en torno a esta medida, pues afirma que “la figura del decomiso de valor abre las puertas, de hecho, a que la orden de decomiso acabe convirtiéndose en la reclamación de un crédito dinerario dirigido contra el autor de la infracción penal que, de no ser satisfecho, puede conducir al decomiso-embargo de bienes del delincuente”¹¹⁰³.

Ante estas aseveraciones, compartimos las opiniones que recomiendan considerar al comiso por valor equivalente con mucha cautela, ya que de llegar al extremo que nos plantea GASCÓN INCHAUSTI saldríamos de los terrenos del instituto jurídico del comiso para adentrarnos en una frontera muy diluida y poco clara que quizá nos acerque más a la multa¹¹⁰⁴.

La controversia está servida, y se puede predecir que continuará en efervescencia. Tal parece que el decomiso y sus peculiaridades nos reservan en cada aspecto o faceta de estudio cuestiones cuya nota distintiva es el debate¹¹⁰⁵.

Nos volvemos a centrar en la desvinculación entre el objeto sometido al comiso y el

¹¹⁰² Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, *op. cit.*, págs. 177 y ss.

¹¹⁰³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 66 y ss.

¹¹⁰⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 123. El autor afirma que “la multa es un instrumento mucho más adecuado que el comiso equivalente para fijar las consecuencias económicas de la sentencia”. CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», *op. cit.*, pág. 18.

¹¹⁰⁵ De forma clara y precisa BLANCO CORDERO nos explica que la jurisprudencia alemana considera que “el comiso ampliado no tiene los mismos fines que la pena criminal, sino que pretende remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos. Fin del comiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos. No pretende desaprobar ni castigar un comportamiento antijurídico sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado”. BLANCO CORDERO, I., «Comiso ampliado y presunción de inocencia», *op. cit.*, pág. 94.

hecho que se juzga, y tal parece que el comiso por valor equivalente sólo resultó un primer paso para desarticular tal nexo.

Afirmamos esto porque tal avance “se revela insuficiente cuando las autoridades de persecución penal han de enfrentarse con el fenómeno de la delincuencia organizada, especialmente cuando ésta se sirve de fórmulas muy desarrolladas y sofisticadas”¹¹⁰⁶.

En cuanto a esta circunstancia entendemos que a pesar del atractivo que puede tener la figura del comiso como medida de combate contra la criminalidad organizada, y además de su virtud para contrarrestar el fenómeno del blanqueo de capitales, de ningún modo debe aceptarse que opere el decomiso en estos términos puesto que esto supone una violación a las garantías constitucionales. En este mismo orden de ideas, se establece que “no se puede permitir el decomiso de las ganancias procedentes de conductas que no son objeto de enjuiciamiento”¹¹⁰⁷.

En otras palabras, se estima que las novedades introducidas en cuanto a la desaparición de la necesidad de acreditar un vínculo entre el objeto a decomisar y el delito enjuiciado resultan contrarias a los derechos fundamentales, ya que representan un menoscabo del derecho de propiedad y, como tal, deberían sujetarse a todos y cada uno de los principios y garantías dispuestos por el ordenamiento jurídico sin necesidad de comprimirlas.

¹¹⁰⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pág. 69.

¹¹⁰⁷ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, op. cit., págs. 48 y ss. Además la autora puntualiza que la prueba respecto a la procedencia ilícita de los bienes que no se relacionan con el hecho enjuiciado debe ser materia de juicio aparte. por ello “el comiso sólo puede acordarse respecto de aquellos elementos patrimoniales que provengan de esa específica acción delictiva o hayan sido utilizados como instrumentos para su ejecución, pero no con relación a aquellos otros que pudieran referirse a otros hechos delictivos diferentes. Si se procede de otro modo, el comiso presenta características muy similares a la pena de confiscación de bienes.

Contrario a estas consideraciones, y con la finalidad de hacer eficiente el comiso, creemos que reducirlo únicamente a aquellos bienes u objetos directamente vinculados con el hecho enjuiciado impondría a la medida una limitación tal que le impediría cumplir con sus objetivos político-criminales.

Ante tales circunstancias, surge la posibilidad de compensar estas condiciones a través del ordenamiento legal, y con sustento en iniciativas supranacionales¹¹⁰⁸.

Una vez más se topan la realidad del fenómeno criminal y las disposiciones legales que resultan insuficientes o incompletas para responder a tal fenómeno. Sin embargo, hay que dar respuesta a tales circunstancias puesto que no cabría la posibilidad de permanecer inmutables ante éstas.

Por ello, ante las dimensiones adquiridas por la criminalidad organizada y las apreciaciones sobre la realidad actual de este fenómeno, se ha despertado el interés de la comunidad global. Estas perspectivas internacionales han permeado en los ordenamientos legales a través de instrumentos que establecen pautas armónicas de respuesta ante una delincuencia cada vez más estructurada y capaz de generar cuantiosos beneficios.

Para muestra podemos mencionar la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito¹¹⁰⁹, que dispone en su artículo 3 la potestad de decomiso

¹¹⁰⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, op. cit., pág. 65. El autor advierte así la oportunidad de dar alcance a bienes que se encuentran fuera del alcance de la autoridad, que encuentra sustento en directrices internacionales que “establecen la posibilidad de decomisar otros bienes más indirectamente relacionados con la actividad delictiva objeto de persecución a través del proceso penal y que puedan reconducirse, al menos, alguna de las siguientes categorías: el decomiso de valor, el decomiso en casos de transformación o mezcla y el decomiso de bienes en propiedad de terceros”. Sin embargo, la extensión del comiso no alcanza su máxima expresión si no se considera la potestad de decomiso ampliado.

¹¹⁰⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 68, 15 de marzo de 2005, págs. 49-51.

ampliada¹¹¹⁰ en tres supuestos diferentes:

- a) Cuando un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien
- b) Cuando un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien
- c) Cuando se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada.

Para BLANCO CORDERO, estos tres supuestos sugeridos por la Decisión Marco tienen el común denominador de la inexistencia de un vínculo entre el delito juzgado y el bien, y corresponden a diferentes circunstancias. Concretamente el inciso a) se refiere a aquellos

¹¹¹⁰ Se afirma que tal potestad es una clara respuesta a fenómenos criminales relacionados con el blanqueo de capitales o el tráfico de drogas y a ello se debe la importancia de su aplicación. *Vid.* ORTIZ DE ZÁRATE HIERRO, F. J., «La pena de comiso de vehículo de motor y ciclomotor en los delitos contra la seguridad del tráfico en el código penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010», *op. cit.*, págs. 1-4.

bienes que provienen de las actividades delictivas *desarrolladas en un período anterior a la condena*. El inciso b) por su parte nos remite a los casos en que los bienes provienen de *actividades similares*. Y por el último, el inciso c) dirige nuestra atención hacia *la desproporción entre el valor de la propiedad y los ingresos legales de la persona condenada*¹¹¹¹.

En opinión de GASCÓN INCHAUSTI, tanto en el inciso a) como en el inciso b) cuando se alude a las expresiones *hechos concretos y plenamente convencido* se refiere “a la posibilidad de servirse de indicios para formar válidamente la convicción del tribunal acerca del origen ilícito de los bienes decomisados: en efecto, por «hechos concretos» hay que entender que el legislador europeo se está refiriendo a los indicios que hayan quedado acreditados en el proceso; y la “plena convicción”, por su parte, se refiere al juicio de certeza positiva acerca del origen delictivo de los bienes decomisados, que puede derivar de la prueba indiciaria o, en su caso, de pruebas directas”¹¹¹².

Sin embargo, GONZÁLEZ CUSSAC nos alerta sobre las complicaciones que pueden surgir al adoptar la Decisión Marco de referencia en los ordenamientos legales, puesto que algunos de los preceptos del instrumento supranacional pueden suponer un menoscabo de ciertos derechos fundamentales, principalmente el de *presunción de inocencia* y el de *ne bis in idem*¹¹¹³.

Y es que a pesar de que se considera que las tendencias internacionales han reconducido las miras hacia la medida del decomiso como un instrumento fundamental de la lucha contra el crimen organizado, también se reconoce que el camino para implementarlo y hacerlo eficiente, representa grandes y en muchas ocasiones *controvertidos retos*.

¹¹¹¹ BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 150.

¹¹¹² GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, pág. 73.

¹¹¹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Decomiso y embargo de bienes», *op. cit.*, pág. 16.

Es tal la importancia que ha cobrado el decomiso que inclusive se vislumbra la posibilidad de que surja un tipo penal que se refiera a la *tenencia injustificable de bienes*; tal acontecimiento transformaría de forma definitiva el comiso de ganancias pues exterminaría el carácter accesorio de la medida y lo separaría definitivamente de su raíz común con el comiso de efectos e instrumentos¹¹¹⁴.

Pero debemos tener presente que en caso de que esto llegara a suceder primaría “la equiparación entre lo *inexplicable* y lo *delictivo*” como la forma de enfrentar la delincuencia organizada¹¹¹⁵; lo cual debe mantenernos alerta pues también supone la reducción de garantías y derechos fundamentales.

Nos ubicaríamos en un entorno en el que podría ocurrir que la *sospecha* y la *presunción de culpabilidad* tomaran un lugar protagónico, tal como si se tratase de un retroceso en la historia de la humanidad, para ubicarnos al margen de los derechos fundamentales y garantías que han representado una valiosa conquista. Más nos conviene diseñar programas de prevención del delito, y dotar de recursos materiales y humanos a las instancias encargadas de investigar y perseguir los delitos.

Es por esto que actualmente se privilegian los mecanismos relativos a la localización, seguimiento, incautación, embargo y decomiso de bienes que tengan origen delictivo. Tales circunstancias han supuesto un amplio desarrollo en materia procesal y sustantiva.

Este desarrollo se refleja en centrar esfuerzos para *estrangular financiera y*

¹¹¹⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *op. cit.*, págs. 1-20.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, págs. 3 y ss.

patrimonialmente a las organizaciones criminales¹¹¹⁶. Sin embargo, debemos tomar en consideración las advertencias sobre la cautela que se debe tener frente a los intentos de eficiencia y modernidad. Y es que la transposición de los instrumentos supranacionales en los distintos ordenamientos locales puede implicar muchas dificultades¹¹¹⁷.

De nueva cuenta nos encontramos ante una situación en la que parecen enfrentarse los derechos fundamentales y el sistema de garantías dispuestas por el ordenamiento jurídico con las disposiciones supranacionales que se centran en la adecuación de los ordenamientos a la realidad criminal, a través de pautas que pretenden ser innovadoras y que dirigen los esfuerzos hacia la eficiencia de los instrumentos y medidas de respuesta estatal frente a la criminalidad organizada.

Por lo que respecta a la opinión de la doctrina en cuanto a adoptar estos supuestos de desvinculación entre el objeto y el delito enjuiciado en la legislación española, las posturas se encuentran divididas.

Estas pugnas surgen porque los tres supuestos a los que nos hemos venido refiriendo y que quedaron plasmados en la Decisión Marco 2005/212/JAI se unen —o se separan según la perspectiva— por la expresión “o bien”, circunstancia ésta que da lugar a dos posiciones opuestas.

En un lado se sitúa el criterio de que se puede dar cumplimiento a lo dispuesto por

¹¹¹⁶ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 93.

¹¹¹⁷ En este sentido y respeto al ordenamiento español, GONZÁLEZ CUSSAC afirma que respecto de la figura del comiso ampliado, no se puede incorporar textualmente de acuerdo a las pautas que establece la DM 5005/212/JAI debido a “su manifiesta incompatibilidad con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es más, la propia DM, por sorprendente que parezca, emplea en sus dos primeras alternativas la denostada expresión de la «convicción» del juez, lo que de lleno, y sin paliativo alguno nos arroja a la prohibida doctrina de la «íntima convicción» o de la «convicción subjetiva». GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Decomiso y embargo de bienes», *op. cit.*, pág. 17.

la Decisión Marco incluyendo por lo menos uno de los supuestos en la legislación¹¹¹⁸. Sin embargo y contrariamente a esa opinión, hay quien afirma que existe obligación de integrar todos los supuestos al ordenamiento interno¹¹¹⁹.

Es preciso también recordar que la facultad de comiso ampliado se circunscribe solamente a determinadas circunstancias¹¹²⁰:

- a) Cuando en el seno de una organización criminal se cometan delitos de falsificación de moneda, blanqueo de capitales, tráfico ilegal de personas, corrupción de menores, pornografía infantil y tráfico de drogas.
- b) Cuando se comentan delitos de terrorismo sin necesidad de haberse llevado a cabo dentro de una organización criminal.
- c) Cuando los delitos referidos en los incisos que anteceden resultan graves. Este extremo se calcula de acuerdo a la penalidad, según el delito de que se trate.
- d) Que la infracción pueda generar un provecho económico. Este último requisito aparentemente resulta redundante, pero GASCÓN INCHAUSTI nos advierte que más bien se trata de una fórmula para dejar claro que el comiso ampliado solamente procede respecto de las ganancias y no de los efectos e instrumentos¹¹²¹.

¹¹¹⁸ Partidario de esta concepción GONZÁLEZ CUSSAC. *Ibidem.*, pág. 18. El autor sugiere que la única opción que podría transponerse en el Código Penal es el inciso c) del artículo 3.2 de la Decisión Marco, porque es la única que resulta compatible con la legislación española.

¹¹¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 76 y ss. Sin embargo, el autor es consciente de que la adopción de los supuestos establecidos por la Decisión Marco puede resultar complicado puesto que “son materias en las que pueden estar implicadas garantías fundamentales del proceso penal”.

¹¹²⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Decomiso y embargo de bienes», *op. cit.*, pág. 16.

¹¹²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 72 y ss.

Como podemos observar, el comiso pretende ser un instrumento moderno e innovador que ha mutado precisamente para luchar contra la delincuencia organizada y que implica la introducción en los ordenamientos legales de un conjunto de estipulaciones que extienden ampliamente el *campo de aplicación* de esta institución¹¹²².

Todas estas consideraciones supranacionales han sido trasladadas a los ordenamientos locales a través de una *colonización normativa inherente a los compromisos internacionales*¹¹²³.

Concretamente en la legislación española, tras la modificación sufrida por el Código Penal en 2010, se abre la posibilidad de desligar el bien decomisado y el hecho enjuiciado, tal como lo había reclamado la doctrina¹¹²⁴ y lo habían estipulado los instrumentos supranacionales.

Llegados a este punto tenemos que puntualizar que dentro de la reforma se estableció una regulación específica que contempla la potestad del juzgador para decretar la ampliación del comiso. Sin embargo, y en contra de la opinión de que esta medida sólo debe aplicarse a las ganancias¹¹²⁵, dentro de la legislación penal española se extiende incluso a los efectos, bienes e instrumentos del delito¹¹²⁶.

¹¹²² BLANCO CORDERO, I., «Comiso ampliado y presunción de inocencia», *op. cit.*, pág. 70.

¹¹²³ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 96.

¹¹²⁴ Por ejemplo CHOCLÁN MONTALVO, que apuntaba “por tanto pueden darse situaciones en las que se ponga de manifiesto un incremento de patrimonio no justificado (como consecuencia de comportamientos de corrupción de funcionario, por ejemplo) y que incluso existan evidencias de su origen ilícito, pero que no sea decomisible al no probarse la vinculación concreta con el hecho que se enjuicia”. A decir del autor estas omisiones en la legislación española hacen del comiso una figura *disfuncional* que además no corresponden a las tendencias supranacionales. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, *op. cit.*, pág. 50 y ss.

¹¹²⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *El decomiso transfronterizo de bienes*, *op. cit.*, págs. 72 y ss.

¹¹²⁶ Textualmente el artículo 127.1 párrafo segundo del Código Penal vigente dispone que “el Juez o Tribunal

Esta extensión en cuanto al alcance de la potestad de comiso ampliada genera incongruencias respecto al fundamento y esencia del instituto jurídico del comiso como una medida con fines de prevención e incluso de solución de situaciones patrimoniales ilícitas¹¹²⁷.

Por eso consideramos que la eficiencia como característica fundamental en la lucha contra la delincuencia, y específicamente contra el crimen organizado y las organizaciones y actividades terroristas, no debe resultar suficiente para derrumbar la estructura garantista del Derecho Penal, sea sustantivo o procesal, i incluso en el supuesto de que se optara por traspasar el decomiso al ámbito civil.

IV.2.2 Cuantificación de la ganancia

La dificultad de precisar los límites y el alcance del concepto de ganancia hace de éste un tema muy controvertido, que se encuentra sujeto a amplias discusiones¹¹²⁸.

Es más, el intento por delimitar aquello que se debe considerar como ganancia del delito es una cuestión que actualmente se sigue debatiendo y que desde ahora podemos

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”.

¹¹²⁷ Vid. PUENTE ABA, L. M., «Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal», *op. cit.*, págs. 128 y ss.

¹¹²⁸ Esta cuestión no sólo tiene implicaciones en cuanto al alcance del decomiso de ganancias, sino que también repercuten en otros aspectos como por ejemplo la capacidad contributiva de una persona. Al respecto *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, S., «La «confiscación» del patrimonio proveniente del delito», *op. cit.*, págs. 497-520.

anunciar continuará debatiéndose.

Si bien es cierto que resulta muy complicado definir con precisión el concepto de ganancia, lo es más especificar su extensión y límites. Esta dificultad reside precisamente en calcular el monto de tales beneficios, aunque existen medidas que facilitan esta tarea.

Para solventar este problema, se dice que las ganancias se pueden tasar al llevar a cabo un cálculo o estimación derivado de los parámetros establecidos en un ordenamiento legal o a través de *una ficción*¹¹²⁹. Pero lo cierto es que no existe una fórmula exacta que posibilite una medición precisa de las ganancias que se han obtenido a través de la comisión de un delito.

Ante estas complicaciones cabría preguntarse ¿por qué resulta tan importante calcular el importe de las ganancias? Consideramos que la relevancia de tal cuestionamiento reside en dotar de contenido al comiso de ganancias, es decir, precisar el objeto sobre el cual deberá recaer tal medida.

Si entendemos a la ganancia como aquel provecho o bien que incrementa el patrimonio de la persona y que tiene su origen en actividades ilícitas¹¹³⁰, debemos cuantificarlo a efecto de que el comiso sea aplicado de forma óptima.

Como cabría esperar, tampoco a este respecto existe unanimidad de criterios, ni por parte de la doctrina ni tampoco de los ordenamientos legales. Sobra decir que nos encontramos ante otra de las facetas controvertidas de la institución del comiso.

¹¹²⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 239.

¹¹³⁰ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, *op. cit.*, pág. 53.

La primera complicación surge al debatir si para llevar a cabo el decomiso de las ganancias se deben contemplar sólo aquellas que se obtuvieron directamente del delito o además se debe considerar también el beneficio lícito derivado de las ganancias ilícitas.

Entendemos que en el caso de las ganancias *directas* no hay controversia o duda alguna, éstas deben ser decomisadas en su totalidad¹¹³¹. Aunque ya veremos que a pesar de que a primera vista existe claridad y sencillez en esta afirmación, también existe sitio para las controversias. Lo mismo ocurre al tratar de esclarecer si los beneficios lícitos fruto de las ganancias ilícitas deben o no decomisarse¹¹³².

Estos beneficios constituyen lo que se ha denominado ganancias *secundarias* o *indirectas*, pues su obtención no se debe directamente al delito, sino a la destreza o manejo de los beneficios en inversiones o negocios lícitos.

Ante esta circunstancia estamos de acuerdo con que “normativamente debe restringirse el comiso a la ganancia inmediatamente obtenida del delito”¹¹³³. Sostenemos esta afirmación debido al riesgo inminente de que a falta de límites se pueda convertir al comiso de ganancias en una cadena de eslabones interminable que lo acerque a un verdadero proceso de confiscación patrimonial.

En este caso, MANZANARES SAMANIEGO afirma, desde nuestro punto de vista muy

¹¹³¹ Vid. BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 92. La autora afirma que del texto legal se desprende que se consideren como ganancias las “provenientes del delito” (*scelere quaestiva*); en otras palabras “toda ventaja patrimonial que el autor obtenga *directamente* como consecuencia de la comisión del delito por el que es condenado”.

¹¹³² Vid. VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, págs. 165 y ss. Coincidimos con la opinión del autor, en cuanto a la consideración de que los beneficios lícitos derivados de las ganancias ilícitas no deben incluirse en el comiso de ganancias previsto por el ordenamiento legal. Lo anterior debido a que tales beneficios no provienen directamente de la infracción penal ni constituyen una mutación de la ganancia ilícita. Proviene de actos posteriores e independientes de la conducta delictiva.

¹¹³³ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, págs. 152 y ss.

atinadamente, que “las restantes ganancias indirectas o posteriores quedan al margen de la mencionada ampliación objetiva. Pueden servir de ejemplo las procedentes de las especulaciones bursátiles o los rendimientos de una actividad industrial”¹¹³⁴.

En cuanto a esta cuestión se pronuncia CHOCLÁN MONTALVO, quien admite que a pesar de que se pueda acreditar un nexo entre las ganancias directamente obtenidas por la comisión del delito a la que da el nombre de *f fuente ilícita inicial* y el bien *último*, normativamente debe restringirse el comiso a la ganancia inmediata obtenida del delito¹¹³⁵.

Y es que ante este tipo de medida debemos plantearnos un tope claro o resignarnos a que se extienda de tal forma que pueda transformarse en un mecanismo *ad infinitum*¹¹³⁶, que además de evidentemente desmedido resulta incompatible con el sistema de garantías y derechos fundamentales dispuestos por un ordenamiento legal que se precie de enmarcar un Estado de Derecho¹¹³⁷.

Una vez que hemos discurrido en torno al alcance de la ganancia, nos enfrentamos a la disyuntiva del cálculo de su importe. En este tenor, surgen varias posibilidades de solución.

Como veremos en los siguientes apartados existen partidarios de incluir en el decomiso únicamente las ganancias *brutas* obtenidas por el delito, pero también existen opiniones a favor de decomisar la totalidad de las ganancias obtenidas ilícitamente sin

¹¹³⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *op. cit.*, pág. 528.

¹¹³⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, págs. 53 y ss. El autor afirma que un aspecto fundamental del comiso en esta circunstancia es llevar a cabo “la confiscación de la fuente de la ganancia lícita”.

¹¹³⁶ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 44.

¹¹³⁷ En este sentido *vid.* QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *op. cit.*, pág. 5. El autor apunta que “lógicamente se tiene que introducir un criterio limitador de índole cuantitativa, para no llegar al absurdo de pretender extender el comiso a la absoluta totalidad de los bienes que una persona tiene”.

hacer descuento alguno; a continuación precisaremos a los partidarios de ambos principios y analizaremos los argumentos a favor y en contra de los mismos.

Conviene reflexionar y analizar ambas opiniones, puesto que no basta con que la legislación penal considere el decomiso de las ganancias dando cumplimiento así a las disposiciones supranacionales, se le debe dotar de contenido.

Por ello, la determinación del objeto del comiso resulta crucial para nuestro estudio y es una de las cuestiones que actualmente se debate y que reviste gran dificultad. Dificultad que, como ya hemos apuntado, deriva de conceptuar si el alcance del comiso de ganancias debe comprender el beneficio bruto derivado del delito o si debe alcanzar únicamente el provecho neto.

Por otra parte, el ordenamiento legal no aclara el alcance que debe tener el decomiso de ganancias. Al respecto podemos adelantar que han surgido dos formas de abordar la cuestión: el principio de las ganancias netas y el de las ganancias brutas¹¹³⁸. Éste último, también denominado como “método de descuento”¹¹³⁹.

Más allá de nuestros razonamientos, y tal como acusa AGUADO CORREA, la cuestión de determinación de las ganancias no ha sido abordada con suficiente interés ni por la doctrina ni por la jurisprudencia española “a pesar de su trascendencia y de las

¹¹³⁸ Este principio de la ganancia bruta se ha reclamado también en el caso de aquellos delitos contra la ordenación del territorio, debido a que el cálculo de la ganancia neta resulta muy complicado y puede conducir al desuso de la medida, que resulta una alternativa muy eficaz a la demolición de las edificaciones ilegales. *Vid.* POZUELO PÉREZ, L., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Demolición o comiso», *op. cit.*, págs. 7 y ss. También sobre el comiso en el caso de los delitos de ordenación del territorio, GÓRRIZ ROYO establece que se debe interpretar el concepto de ganancias en sentido amplio, para hacer realmente aplicable el comiso, que se considera como una alternativa cuando la demolición no se lleve a cabo. *Vid.* GÓRRIZ ROYO, E. M., «Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apdo. 3º art. 319 CP (conforme a la LO5/2010, de 22 de junio)», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, págs. 121-200.

¹¹³⁹ *Cfr.* BLANCO CORDERO, I., «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *op. cit.*, pág. 2.

repercusiones que en la práctica puede implicar la adopción de uno u otro principio, tal y como se desprende de la experiencia de otros países”¹¹⁴⁰.

En este mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO resalta la relevancia que se le ha dado a este tema en la doctrina alemana frente a la “vaga fórmula tradicional española y la escasa preocupación que ha suscitado en la generalidad de nuestros juristas”¹¹⁴¹.

Sin embargo, a pesar de que no existen muchos estudios al respecto, y tal como ya podemos augurar, también se trata de un aspecto controvertido de la figura del comiso, pues en torno a las ganancias se ciñen diversos puntos de vista que en ocasiones se contraponen.

Estas diferencias de perspectiva pueden eventualmente generar polarización de opiniones y dar origen a posiciones rígidas que conduzcan a quienes las apliquen, a reacciones desmedidas e inequitativas¹¹⁴².

Y es que no debemos pasar por alto la advertencia de que actualmente la figura del comiso ha captado la atención como mecanismo de recuperación de activos, pasando a segundo plano las cuestiones de conservación de objetos que pudieran considerarse como material probatorio o la intervención sobre objetos que representarían una amenaza¹¹⁴³.

¹¹⁴⁰ AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 100.

¹¹⁴¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», *op. cit.*, págs. 619 y ss.

¹¹⁴² *Cfr.* BLANCO CORDERO, I., «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *op. cit.*, pág. 1.

¹¹⁴³ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 94. El autor afirma que “el contenido de la confiscación, y las medidas de aseguramiento que le preceden, ha desplazado el acento, en muchos sistemas legales de nuestro entorno, de su inherente y relativamente sencilla finalidad de conservación de elementos probatorios, característica propia del ‘instrumentum sceleris’ y del ‘objetum sceleris’, hacia la más compleja finalidad de obtener y recuperar la propiedad de los bienes procedentes de las ganancias del delito (‘productum sceleris’).”

Para poder abordar este dilema, partimos en principio de que la idea fundamental del comiso de ganancias se centra especialmente en no permitir que una persona —física o jurídica—, disfrute los beneficios obtenidos del delito¹¹⁴⁴. Llegados a este punto pretendemos desentrañar el alcance de tales beneficios.

IV.2.2.1 Ganancias netas

De acuerdo con este principio, sólo puede ser susceptible de comiso la ganancia obtenida con la comisión del delito, pero después de haber *descontado* aquellas cantidades que se hayan invertido en la realización del mismo.

Es por esta razón que a esta forma de establecer el monto de las ganancias a decomisar, también se le designe como método del descuento.

Para calcular el importe neto de las ganancias, se debe restar al provecho total obtenido o ganancia bruta, los gastos realizados para llevar a cabo el delito. Es importante puntualizar que tales gastos deben ser demostrados.

Se muestra partidario de esta manera de calcular el importe de las ganancias VIZUETA FERNÁNDEZ al manifestar que esta es la forma correcta de aplicar la medida de comiso en cuanto a los provechos obtenidos por el delito, de modo que si al restar a la ganancia bruta el importe de la inversión en el delito no se obtuvo nada, el comiso de

¹¹⁴⁴ Vid. BLANCO CORDERO, I., «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *op. cit.*, págs. 1-9.

ganancias deviene improcedente y pierde razón de ser¹¹⁴⁵.

En otras palabras, según los adeptos a este sistema, debe aplicar el principio de las ganancias netas, pues si el coste del delito es igual o mayor al de las ganancias, entonces no existirá provecho ni razón de aplicar el comiso. Al no haber ventaja patrimonial ilícita, no debe existir tampoco decomiso de ganancias, pues éstas no existen.

De acuerdo al sector de la doctrina que apoya esta solución sobre el cálculo de las ganancias, enfrentar esta circunstancia de otro modo se traduciría en consecuencias catastróficas como la desnaturalización de la función del decomiso y éste se reduciría a una medida de claro carácter sancionador¹¹⁴⁶.

Sin embargo, CEREZO DOMÍNGUEZ nos alerta sobre el *problema aritmético* que implica admitir el principio de las ganancias netas. En efecto, para estar en aptitud de aplicar el comiso únicamente de los beneficios netos, el juzgador tendrá la obligación de calcular el importe de tales provechos a través de la realización de operaciones aritméticas para precisar exactamente qué bienes son susceptibles de decomisarse y evitar ir más allá de aquellos que importen los beneficios económicos del delito, obviamente descontando las inversiones llevadas a cabo para cometerlo¹¹⁴⁷.

Con apoyo en estos razonamientos, debemos observar que la implementación del principio del descuento impone además dificultades probatorias, puesto que la Fiscalía y la

¹¹⁴⁵ Vid. VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, págs. 171 y ss.

¹¹⁴⁶ *Idem*.

¹¹⁴⁷ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 46. Además estas complicaciones para calcular las ganancias netas arrecian al tratarse de personas jurídicas “ya que devendrá sumamente difícil calcular cuáles son las inversiones que una determinada empresa ha realizado para llevar a cabo un acto delictivo y, sobre todo, diferenciar entre las inversiones lícitas e ilícitas”.

acusación¹¹⁴⁸ tendrían a su cargo presentar el material convictivo necesario para poder calcular los descuentos que habría de realizar el juzgador para determinar el monto neto de la ganancia y proceder a imponer el comiso.

En este caso, y “a falta de criterios contables, la prueba de los gastos originados por el delito corre el riesgo de estar ligada a conjeturas y revelarse totalmente especulativa”¹¹⁴⁹.

Y es que el comiso de ganancias representa antes que nada el reto de detectar y calcular tales beneficios económicos, y si además añadimos la obligación de acreditar también las inversiones o gastos erogados para perpetrar el delito puede transformarse en una medida muy complicada de implementar.

En opinión de VIZUETA FERNÁNDEZ, para que el comiso pueda aplicarse exitosamente se requiere que el juzgador cuente con los medios necesarios para llevar a cabo la investigación del monto del patrimonio, principalmente en casos relacionados con la delincuencia organizada¹¹⁵⁰.

Otro argumento para no optar por el principio de ganancias netas establece que éste implica trasladar el *fracaso del autor del delito sobre el Estado*¹¹⁵¹, pues el delincuente no puede aspirar a enriquecerse a través del delito y esperar que ante la frustración de conseguirlo el Estado quede condenado a averiguar si los gastos realizados para perpetrar el

¹¹⁴⁸ BLANCO CORDERO, I., «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *op. cit.*, pág. 3. A este respecto se puede consultar CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 46. En idéntico sentido AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 100.

¹¹⁴⁹ BLANCO CORDERO, I., «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *op. cit.*, pág. 3.

¹¹⁵⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, pág. 172. En el mismo sentido RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «La política europea en materia de comiso», *op. cit.*, pág. 435. La autora resalta que en cuanto a la cuantificación de las ganancias surgen problemas tales como “las dificultades probatorias, la necesidad de conocimientos especiales en materia financiera, los escasos recursos que tradicionalmente la Administración de justicia ha destinado a las indagaciones patrimoniales en el seno del proceso penal”.

¹¹⁵¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 47.

delito fueron mayores al beneficio.

A favor de la aplicación de este principio se decanta CEREZO DOMÍNGUEZ, pues considera que el comiso de las ganancias netas corresponde mejor al ámbito de la protección de derechos fundamentales, de lo contrario se vulnerarían garantías consagradas por el ordenamiento legal¹¹⁵².

También VIZUETA FERNÁNDEZ se inclina por la aplicación del principio del descuento, basándose en el fundamento, finalidad y naturaleza que envuelve al comiso de ganancias como una medida sin contenido *sancionador*, de carácter “jurídico-pública de restitución o reintegración de toda ganancia que encuentre su principal razón de ser en la realización antijurídica de un delito o falta doloso”¹¹⁵³.

Por su parte, MANZANARES SAMANIEGO recomienda descontar los gastos realizados para cometer el delito al calcular el monto de las ganancias que serán sometidas a la medida del decomiso¹¹⁵⁴.

En igual sentido se expresa MAPELLI CAFFARENA, quien apunta que “en un plano teórico nos seducen más los argumentos de quienes se inclinan por las ganancias netas, ya que se están decomisando ganancias y en un sentido jurídico son ganancias aquellas cantidades que resultan después de detraer los costos del negocio del que surgen”¹¹⁵⁵.

Respecto a los delitos urbanísticos que generan ganancias, se posiciona FERNÁNDEZ

¹¹⁵² *Idem*.

¹¹⁵³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, pág. 171.

¹¹⁵⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *op. cit.*, pág. 524.

¹¹⁵⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, pág. 359. A pesar de afirmar su inclinación por el principio de ganancias netas, el autor nos advierte que existen razones de política criminal que inclinan la balanza hacia la utilización del principio de ganancias brutas.

APARICIO a favor de aplicar el principio de ganancias netas, pues se debe descontar el *valor del suelo* y los *costes legales* que haya erogado el delincuente para realizar la construcción ilegal, de modo que el comiso impida que el delincuente *obtenga un saldo de ganancia*¹¹⁵⁶.

IV.2.2.2 Ganancias brutas

Por otro lado y en contraposición con el principio de ganancias netas, el principio de ganancias brutas dispone que deben entenderse como beneficios todos aquellos bienes obtenidos por la comisión del ilícito, incluyendo en este concepto el precio del delito¹¹⁵⁷.

A diferencia del principio del descuento, que establece que debe restarse a la totalidad de los beneficios obtenidos el importe de aquellas inversiones que hubiera realizado el delincuente para cometer el delito, el principio de ganancias brutas alcanza la totalidad de los beneficios económicos sin interesarse por los gastos realizados para llevar a cabo la comisión del delito.

Para CHOCLÁN MONTALVO resulta evidente que el decomiso de las ganancias debe efectuarse sin que se permita al delincuente descontar lo que ha invertido para llevar a cabo el delito, de modo que según su opinión se podría afirmar que el principio de ganancias brutas es el que rige en la legislación española pues su objeto se debe extender “al total rendimiento del delito sin deducción de los costes desembolsados por el penado para su

¹¹⁵⁶ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «El comiso en los delitos urbanísticos», *op. cit.*, págs. 6 y ss.

¹¹⁵⁷ *Vid.* VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, págs. 164 y ss.

obtención”¹¹⁵⁸.

En sentido similar se manifiesta BACIGALUPO SAGGESE, al considerar como atinada la práctica en la impartición de justicia española al decomisar los ingresos totales que por conducto de ganancias obtuvo el delincuente¹¹⁵⁹.

Al referirse a la adjudicación de contratos públicos que se han obtenido mediante el soborno de funcionarios públicos, BLANCO CORDERO afirma que la aplicación del principio de ganancias netas deviene *desproporcionado*, atenta contra el *derecho fundamental a la propiedad* y por tratarse de obras públicas en las que los recursos corresponden a la Administración, operaría un *enriquecimiento* a favor de ésta. Pero también afirma que la aplicación del principio de ganancias brutas resultaría una opción con resultado muy incierto, pues para calcular el valor de las operaciones se debería atender únicamente al criterio de los intervinientes en la realización del contrato público. Por esta razón, analiza una solución alterna y concluye que “sólo es decomisible el enriquecimiento ilícito obtenido, que no se corresponde en absoluto con la totalidad del precio del contrato administrativo”¹¹⁶⁰.

El principio de ganancias brutas resulta recomendable por razones de *oportunidad*, pues de este modo se superarían las dificultades probatorias del importe de las inversiones

¹¹⁵⁸ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, pág. 154.

¹¹⁵⁹ BACIGALUPO SAGGESE, S., *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 94.

¹¹⁶⁰ BLANCO CORDERO, I., «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos», *op. cit.*, págs. 46 y ss. Continúa afirmando que “en realidad lo decomisible será el valor económico de dicha relación contractual que genera un enriquecimiento patrimonial. Si lo obtenido del delito carece de valor económico no podrá ser decomisado”. Además, el autor para concluir nos recuerda que “partiendo de la naturaleza y fin del comiso de ganancias, hemos concluido que el objeto del comiso han de ser aquellas ganancias del delito que generan un incremento patrimonial. Y en los casos de adjudicación delictiva de contratos públicos, la ganancia la obtiene no sólo el empleado público corrupto, sino también el corruptor que paga comisiones ilegales, pues la ejecución del contrato va a enriquecer su patrimonio. Por tanto, se ha de decretar el comiso de esa ganancia, cuya cuantía varía en función del estado de ejecución del contrato administrativo”.

y gastos erogados para la comisión del delito y las operaciones aritméticas para calcular tal descuento y deducirlo del monto bruto de las ganancias¹¹⁶¹.

Una crítica que se hace a este principio es que tal como argumentan quienes lo censuran, desnaturaliza a la medida de su carácter de consecuencia accesoria y la convierten en una pena. Esto debido a que el comiso del total de las ganancias, sin descontar los gastos erogados para la comisión del delito, tiene un alcance que se extiende más allá de la finalidad de no tolerar una situación patrimonial ilícita¹¹⁶².

La determinación de llevar a cabo el comiso de la totalidad de los provechos sin deducciones de ningún tipo implica la merma de un patrimonio lícito. Estas circunstancias, según las críticas a este principio, nos acercaría más al terreno de la multa que al del comiso de ganancias, que se debe limitar a evitar la obtención de provechos económicos derivados de la actividad delictiva¹¹⁶³.

A pesar de esto y sopesando las ventajas y desventajas de ambos principios, AGUADO CORREA se inclina por defender el principio de ganancias brutas aduciendo ventajas de carácter práctico en cuanto al cálculo del monto de las ganancias decomisables y además, se declara partidaria de invocar razones de justicia y legalidad¹¹⁶⁴.

Por último, debemos manifestar que se considera atinada la inclusión del decomiso de ganancias en el caso de delitos imprudentes, pues tal medida “había sido reclamada insistentemente por un sector de la doctrina, con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en algunos textos internacionales desde hace 20 años. Finalmente se podrán decomisar las

¹¹⁶¹ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, *op. cit.*, pág. 46.

¹¹⁶² BLANCO CORDERO, I., «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *op. cit.*, págs. 2 y ss.

¹¹⁶³ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *op. cit.*, pág. 171.

¹¹⁶⁴ AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, págs. 101 y ss. Tal como nos explica la autora, basa sus opiniones en la posición de MAGUERI al respecto.

ganancias provenientes del delito de blanqueo de capitales imprudentes”¹¹⁶⁵.

Sin embargo y frente a los argumentos que hacen derivar la medida de imposición del comiso respecto a los delitos imprudentes, de la transposición de la DM 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005¹¹⁶⁶, GASCÓN INCHAUSTI afirma que como en otros casos, “se utiliza la normativa comunitaria como mera coartada para justificar decisiones político-legislativas adoptadas al margen de la misma”¹¹⁶⁷.

En sentido opuesto, para los supuestos en los que el culpable se enriquece como consecuencia de la comisión del delito y que traen aparejadas como sanciones la pena privativa de libertad y la multa, la imposición del comiso constituiría una “injustificada agravación de la respuesta punitiva”¹¹⁶⁸.

Ante nosotros se abre el abanico de posibilidades que pone a nuestra disposición la doctrina en cuanto a la forma de deducir el monto de las ganancias ilícitas que eventualmente podrán ser sometidas a la medida del decomiso.

¹¹⁶⁵ AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 510. Al realizar esta afirmación, la autora nos remite a su artículo «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 05-04, 2003, págs. 14 y ss. En éste, efectivamente se apunta la exigencia de contemplar el decomiso de los bienes que se pretenden blanquear, como una medida fundamental en la lucha contra el crimen organizado. Medida ésta que debe aplicarse tanto a los miembros del grupo delictivo, como a las personas dedicadas a blanquear tales bienes. Inclusive, esta observación va más allá y se extiende el reclamo de contemplar la medida de decomiso de ganancias inclusive aquellas personas que cometan un delito imprudente. Textualmente la autora establece que “las ganancias obtenidas ilícitamente a través de los delitos imprudentes también deberían ser confiscadas”. Reclamo que, finalmente ha cobrado vida en la legislación penal, tal como ya lo referimos en el capítulo que antecede.

¹¹⁶⁶ Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 68, 15 de marzo de 2005, págs. 49-51.

¹¹⁶⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., «Capítulo V. Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal», *op. cit.*, pág. 117. Y es que tal como afirma el autor, del texto de la DM sólo se desprende la previsión del comiso en los delitos que conlleven aparejada la pena privativa de libertad que sea mayor a un año, sin que se haga referencia a delitos imprudentes. A pesar de esto, la medida resulta eficaz, como ha quedado asentado, para delitos específicos como el blanqueo imprudente de capitales.

¹¹⁶⁸ VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «La comisión técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2004, pág. 11. En estos casos el decomiso de ganancias puede perfectamente cumplir con la finalidad que persigue la pena de multa y evitar, la aplicación de ambas medidas a fin de no generar una desproporción en la sanción.

Por un lado, en un concepto más restringido se propone el comiso del monto neto de las ganancias, a través del cual deberán descontarse los gastos e inversiones erogadas por el delincuente para llevar a cabo el delito.

Este método del descuento intenta alcanzar una justicia incluso de carácter *matemático* o aritmético, puesto que se propone privar al delincuente única y exclusivamente de las ganancias realmente obtenidas por éste.

En este sentido parece ser una posición encaminada a la equidad que sólo la ley puede propiciar. Sin embargo, debemos observar que su implementación presenta serias dificultades para investigar y deducir aquellas cantidades que deban restarse del importe total de los provechos económicos obtenidos por el delincuente, circunstancia ésta que puede repercutir incluso en el retardo de los procedimientos judiciales.

Frente a esta postura se presenta otra alternativa: el comiso de las ganancias brutas. Esta forma de calcular las ganancias que deberán someterse al comiso establece una concepción más amplia en cuanto al monto de las mismas, que implica privar al delincuente de todos los beneficios económicos provenientes de la comisión del delito, sin tener en cuenta las cantidades invertidas para cometerlo.

Sobre esta forma de calcular las ganancias han surgido críticas, principalmente en el sentido de que al retirar tales beneficios económicos, se genera un daño patrimonial al delincuente y esto conduce a la desnaturalización de la esencia del comiso de ganancias.

Referimos a lo largo de este capítulo que el fundamento principal del comiso de ganancias reside en que a través de su aplicación se combate una situación patrimonial

ilícita, de modo que si el delincuente no ha obtenido un real beneficio económico por la comisión del delito porque ha invertido más de lo que ha obtenido, lejos de reestablecer el equilibrio económico, la aplicación del comiso devendrá injusta.

Como podemos observar, ambas soluciones implican riesgos en su aplicación y a fin de cuentas ambas repercuten en el sistema de garantías establecido por el ordenamiento legal.

Sin embargo, consideramos que el comiso de la ganancia bruta resulta más atinado porque representa un verdadero incentivo negativo para el delincuente al considerar que el delito puede depararle además de la pena, la consecuencia del decomiso de la ganancia económica sin importar las cantidades que haya invertido para llevar a cabo su actividad delictiva. No resulta lógico, desde nuestro punto de vista, que el juzgador realice un balance general de la actividad delictiva y preserve el patrimonio que ha sido utilizado para llevar a cabo tal actividad. Por esta razón nos decantamos por el principio de las ganancias brutas para calcular el monto del importe que deberá someterse al comiso.

IV.3 El sistema de garantías y su aplicación al comiso de ganancias

Toda respuesta estatal frente al delito debe estar construida y limitada por los principios y garantías dispuestos en el ordenamiento legal¹¹⁶⁹. Así, el comiso de ganancias como herramienta fundamental de lucha contra el crimen organizado también reviste de un marco de principios y garantías específicos.

¹¹⁶⁹ Vid. VIVES ANTÓN, T. S., «Defensa de un pedazo de papel», VV.AA., *Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 227-229.

Desde este contexto observa VIDALES RODRÍGUEZ que “el indisimulado propósito por controlar los beneficios derivados de la comisión de determinados delitos obedece a la fundada creencia de que la privación de los mismos supondrá un importante acicate para el abandono de tales actividades¹¹⁷⁰.”

Estos principios y garantías a los que nos referimos resultan diferentes y autónomos a aquellos que se aplican al comiso de efectos e instrumentos del delito.

Principalmente esta diferencia tiene que ver con la carga de la prueba relativa al origen lícito de los bienes que ostenta una persona como propios y que ha sido condenada por delitos que tienen relación con el crimen organizado¹¹⁷¹ o el terrorismo.

También conviene tener presente que para el caso del comiso de ganancias la verificación del principio de proporcionalidad equivale a decomisarlas sin tomar en cuenta su valor, puesto que suponen un enriquecimiento ilícito.

Sin embargo, y frente a la aplicación del principio de ganancias brutas, se sugiere realizar una matización en cuanto al importe y alcance del comiso de la ganancia¹¹⁷², para que éste no resulte desmedido.

Es preciso también referirnos la opinión que establece que cada vez estamos más

¹¹⁷⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, C., «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», *op. cit.*, pág. 1990. Esta es la razón de la creciente popularidad del comiso y también del aumento en los esfuerzos para detectar y decomisar aquellos bienes que provengan de la comisión de un delito, a través de mecanismos de *alcance desconocido* “y muy alejado de lo que ha sido su entendimiento tradicional”.

¹¹⁷¹ AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, pág. 11.

¹¹⁷² BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 168.

lejos del principio de legalidad en su acepción más extensa y pura como garantía fundamental, pues en nuestros días se concibe como *una meta difícil de alcanzar*¹¹⁷³.

Lo anterior se debe a que ante la realidad del fenómeno criminal y la aplicación de las leyes de una forma pragmática nos conduce al concepto de que “la justicia material debe prevalecer sobre la seguridad jurídica en los casos extremos”¹¹⁷⁴.

En este mismo orden de ideas CHOCLÁN MONTALVO afirma que a efecto de *maximizar la eficacia* de la lucha contra el crimen organizado previsiblemente requiere una matización de las *reglas sobre la imputación* o la minimización de *garantías clásicas*¹¹⁷⁵.

Surge entonces un cuestionamiento ineludible acerca de si la criminalidad organizada puede constituir un caso *extremo*. La respuesta deviene complicada, pues a pesar de la magnitud del fenómeno criminal de la delincuencia organizada afirmar que se trata de una situación extrema resulta peligroso, pues esto conduciría irremediamente al estrechamiento del sistema de garantías que debe limitar, dirigir y legitimar la respuesta estatal frente a este tipo de delincuencia.

Ante este cuestionamiento bien vale tener presente que “la reacción frente a estos nuevos retos debe sin embargo respetar las garantías mínimas asociadas a los derechos fundamentales de la persona”¹¹⁷⁶. En otras palabras, el Estado no debe sucumbir ante la necesidad de responder al fenómeno criminal de forma efectiva a través de la negación de las garantías y derechos reconocidos legalmente.

¹¹⁷³ BACIGALUPO, E., «Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa», *op. cit.*, pág. 24.

¹¹⁷⁴ *Idem*.

¹¹⁷⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, pág. 113.

¹¹⁷⁶ OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *op. cit.*, pág. 73.

Se afirma que los altos tribunales españoles, a través de sus resoluciones han insistido en la necesidad de que la imposición del comiso sea respetuosa del principio acusatorio y del principio de contradicción¹¹⁷⁷.

Sin embargo, tampoco podemos ignorar el aspecto *funcionalista* de algunas de las reformas legislativas experimentadas por la institución del comiso, lo que debe estimularnos para *extremar cautelas* a fin de evitar que en la lucha contra la delincuencia todo sea posible y evitar que bajo el estandarte del combate al delito se soterran garantías que deben ser la nota distintiva en un Estado de Derecho¹¹⁷⁸.

Es necesario tener presente que en aras de que el comiso se haga efectivo, además de estar contemplado por el ordenamiento penal, su imposición debe “respetar las reglas del proceso y las garantías constitucionales de tutela judicial en sus diferentes manifestaciones”¹¹⁷⁹.

Por ello, el comiso debe solicitarse por parte de la acusación o la Fiscalía para que quede incluido en la *litis* y para que pueda someterse a la contradicción. Además, se deberán acreditar sus requisitos y en caso de ser acordado por el juzgador, tal decisión deberá estar debidamente fundada y motivada¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁷ BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 154.

¹¹⁷⁸ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», *op. cit.*, págs. 100 y ss. Respecto a la importancia que tienen las normas que posibilitan el comiso de las ganancias del delito, que son calificadas como “eficientes” *vid.* VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho Penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *op. cit.* Además el autor puntualiza que la implementación de instrumentos internacionales, tales como la Decisión Marco 2005/212/JAI representan un *vigoroso paso* en la lucha contra el crimen organizado, pues sitúan al Estado en igualdad de circunstancias que el fenómenos criminógeno y posibilitan una batalla *con auténtica igualdad de armas*.

¹¹⁷⁹ *Cfr.* FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «El comiso en los delitos urbanísticos», *op. cit.*, pág. 4.

¹¹⁸⁰ *Vid.* FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «El comiso de bienes en el delito de tráfico ilegal de drogas: el artículo 374 del Código Penal», *op. cit.*, pág. 98.

El significado general de la presunción de inocencia se traduce en la necesidad de que a través del proceso penal, el Estado debe constatar que se ha perpetrado el delito antes de sancionar al culpable, hasta los confines de los derechos fundamentales¹¹⁸¹.

Dicho en otras palabras la presunción de inocencia significa que toda persona es inocente de la comisión de un delito hasta que no se demuestre lo contrario. De modo que quien acusa a otro de haber realizado un ilícito debe probarlo y no al revés. La situación de partida es la inocencia.

En otros tiempos y antes de la extensión del objeto del decomiso hasta las ganancias obtenidas con la comisión de ilícitos, dentro del seno de una organización criminal o terrorista y de la facultad de comiso ampliada, no se planteaba confrontación alguna de este instituto jurídico con el principio de presunción de inocencia. Principio que en palabras de MORÓN PALOMINO deviene como elemento “cardinal del *ius puniendi* contemporáneo”¹¹⁸².

Más que la destrucción del principio de presunción de inocencia, se pretende que existan *suficientes indicios* o si ya existen *hacerlos más plausibles* por lo que se refiere al origen lícito de los bienes, de ahí la cuestión de la carga probatoria, para posibilitar que exista convicción en cuanto al origen de los bienes susceptibles de decomisarse¹¹⁸³. De tal suerte, que la respuesta del Estado frente a la delincuencia organizada se traduce en la actualidad en una batalla cada vez más enconada, y se intensifica a través de herramientas como el comiso.

Y es que ante la existencia de casos en los que el comiso hubiera representado una

¹¹⁸¹ Vid. GÖSSEL, K. H., «La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 45, 1991.

¹¹⁸² MORÓN PALOMINO, M., «Indicio de criminalidad, presunción de inocencia y principio «pro reo» en la aplicación de la ley penal», VV.AA., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum: en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, pág. 1004.

¹¹⁸³ VERVAELE, J. A. E., «Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el derecho penal?», *op. cit.*, pág. 67.

medida *merecida, necesaria y proporcionada*, y frente a la imposibilidad de poder acreditar el vínculo de los objetos con el delito enjuiciado, o aún el origen ilícito de los bienes, la medida de comiso resultaba inútil pues no se podía imponer¹¹⁸⁴.

A tales efectos, se establece una presunción legal como fuente de motivación y fundamento de las decisiones del juzgador al momento de decretar un comiso, y a fin de posibilitar la extensión y eficacia de esta medida¹¹⁸⁵.

Estas circunstancias derivan de la complejidad en materia probatoria, pues como ya lo hemos mencionado en ocasiones resulta muy difícil acreditar que los bienes provienen de la comisión de ilícitos, máxime, si se trata de delitos relacionados con la criminalidad organizada.

A fin de contrarrestar esta indeseable situación y de que los delincuentes puedan disfrutar de los provechos económicos obtenidos a través de la actividad delictiva, se imponen dispositivos que estrechan o restringen el sistema de garantías dispuesto por el ordenamiento legal en un intento por combatir el fenómeno criminal.

Esto es así porque en el transcurso del proceso de desarrollo y expansión del comiso se afirma que se ha mermado, a su mínima expresión, el principio de presunción de inocencia. Este adelgazamiento se manifiesta principalmente a través de una presunción legal, que no llega al extremo de invertir la carga de la prueba, pero que es una forma de introducirla de lleno¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁴ AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 112.

¹¹⁸⁵ *Cfr.* BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, págs. 165 y ss.

¹¹⁸⁶ *Cfr.* MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», *op. cit.*, pág. 391.

Esta presunción se genera ante los *reparos constitucionales* y para evitar llevar a cabo una inversión de la carga de la prueba, se recurre a la utilización de la prueba de indicios¹¹⁸⁷.

En tales circunstancias, y como forma de hacer más eficiente el comiso de ganancias relativas a delitos relacionados con el crimen organizado o el terrorismo, AGUADO CORREA aconseja la utilización de una inversión de la carga de la prueba tendiente a acreditar el origen de los bienes como medida de *facilitación de la prueba* que resulta semejante a una *inversión parcial de la carga de la prueba*¹¹⁸⁸.

Frente a esta apreciación FARALDO CABANA asegura que no es posible aceptar una disposición jurídica que permita decomisar los bienes de una persona que no ha podido acreditar su lícita procedencia, puesto que se trataría de una *violación flagrante del principio de presunción de inocencia*¹¹⁸⁹.

En una situación intermedia se quiere colocar VIDALES RODRÍGUEZ, pues afirma que a pesar de que existen muchas razones para ser cautelosos con las presunciones en cuanto al origen de los bienes sobre los cuales puede recaer el comiso, éstas no deben *interpretarse como una frontal oposición* a tales medidas; sin embargo, la autora concluye que la *férrea* defensa de los derechos fundamentales entendidos como las pautas básicas a las que ha de sujetarse la actuación estatal puede constituir *la mejor arma contra el enemigo*¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁷ AGUADO CORREA, T., *El comiso*, *op. cit.*, pág. 112. La autora puntualiza que la forma de desvirtuar tal presunción parte de la obligación de que los hechos se hayan acreditado fehacientemente y de que el juzgador explique paso a paso cómo a partir de los indicios y del resto de material convictivo ha arribado a tal convicción.

¹¹⁸⁸ AGUADO CORREA, T., «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *op. cit.*, pág. 11.

¹¹⁸⁹ FARALDO CABANA, P., «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando», *op. cit.*, pág. 147.

¹¹⁹⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, C., «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», *op. cit.*, pág. 2005. La autora nos recuerda que el enemigo al que se refiere, es un enemigo “organizado”.

Actualmente nos topamos con un enfrentamiento doctrinal, a causa del nacimiento en 2010, en la legislación penal española, de la disposición de entender como patrimonio de origen delictivo aquel cuyo valor sea desproporcionado con los ingresos obtenidos por los miembros de una organización criminal o terrorista¹¹⁹¹.

En el ordenamiento penal esta desproporción está dada por la falta de correspondencia entre la capacidad económica de las personas condenadas por delitos cometidos al amparo de una organización criminal o terrorista y el valor del patrimonio que ostentan. La capacidad económica consiste, nada más y nada menos, en los ingresos obtenidos lícitamente.

En materia fiscal tales ingresos se miden de acuerdo a la “renta o patrimonio declarados por el contribuyente”¹¹⁹². En este orden de ideas, podemos considerar que el patrimonio ilícito puede calcularse a través de la diferencia que resulte entre las ganancias declaradas y las que se ostentan como propias¹¹⁹³.

¹¹⁹¹ Respecto a esta disposición legal se afirma que “el pedigrí democrático de esta cláusula del comiso prospectivo es nulo” pues admite una inversión de la carga de la prueba. VV.AA., *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, págs. 94 y ss.

¹¹⁹² Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Una cuestión problemática en el delito fiscal: ¿responsabilidad penal por defraudación fiscal en supuestos de ganancias ilícitas?», VV.AA., *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 240.

¹¹⁹³ En cuanto a estas ganancias ilícitamente obtenidas, existe controversia si éstas deben generar obligaciones fiscales o no. Afirma BACIGALUPO SAGGESE que de ningún modo el Estado puede transformarse en receptor o participe de un delito y que debe tomarse en cuenta el origen del patrimonio por el cual se tributa, pero reconoce que la Jurisprudencia ha establecido que todo ingreso genera obligación fiscal a efecto de no vulnerar los principios de igualdad y proporcionalidad de esta obligación. Al respecto *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, S., «La «confiscación» del patrimonio proveniente del delito», *op. cit.* Así lo reafirma la misma autora al referirse al cuestionamiento sobre la tributación de las ganancias ilícitas, como un problema poco abordado desde el punto de vista doctrinario; sin embargo concluye que a fin de evitar que alguna persona pueda beneficiarse económicamente de delito, el Estado debe recurrir al decomiso o en última instancia a la multa, pero jamás a la tributación, porque podría entenderse que participa de esas ganancias ilícitas y se beneficia de ellas también. *Vid.* BACIGALUPO SAGGESE, S., «Delito fiscal y tributación de ganancias ilícitamente obtenidas», *Diario La Ley*, núm. 6, 2001. Por otro lado, la autora puntualiza que el camino para evitar que el delincuente disfrute de las ganancias obtenidas ilícitamente no es la imposición de tributación respecto de tales ganancias, sino su decomiso.

Dicho de otro modo, y en palabra de CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “existen incrementos patrimoniales no justificados cuando se da una desproporción entre la adquisición de bienes cuyo precio no se corresponde con la renta y el patrimonio declarado”¹¹⁹⁴.

En este caso, puede recurrirse a la prueba de indicios para acreditar la procedencia ilícita de los bienes, pero en todo caso deberá siempre darse prioridad al principio *in dubio pro reo* en el supuesto de que no llegue a constar de un modo por lo menos *verosímil* que los bienes que ostenta tienen un origen ilícito o que no corresponden con su capacidad económica derivada de actividades lícitas¹¹⁹⁵.

La investigación y eventual aprehensión del patrimonio, dentro del ordenamiento penal, se sustenta en la obligación a cargo de aquellas personas condenadas por haber cometido delitos en el seno de organizaciones criminales o terroristas, de acreditar el origen lícito de su patrimonio.

Obsérvese que en principio parece que se invierte la carga de la prueba haciendo de algún modo quebrar el principio de presunción de inocencia, pero esto no es así en realidad ya que si se analiza con cuidado la afirmación antes realizada la obligación de *explicar* la procedencia injustificada de sus bienes sólo se aplica a aquellas personas condenadas por haber cometido delitos dentro del seno de organizaciones criminales o terroristas.

A pesar de ello en la moderna doctrina surgen voces que acusan a tal medida de ser una absoluta inversión de la carga de la prueba, y con ella una vulneración al principio de

¹¹⁹⁴ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Una cuestión problemática en el delito fiscal: ¿responsabilidad penal por defraudación fiscal en supuestos de ganancias ilícitas?», *op. cit.*, pág. 243.

¹¹⁹⁵ OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *op. cit.*, pág. 85.

presunción de inocencia.

En efecto, en la obligación de acreditar la procedencia lícita de bienes estipulada dentro del artículo 127 del Código Penal vigente parece resultar patente que en el fondo late la presunción de que tales bienes tienen un origen ilícito porque provienen de la comisión de delitos¹¹⁹⁶.

En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI afirma que “la lectura del precepto revela aspectos que se compadecen mal con la administración de justicia penal en un Estado de Derecho (protagonismo de la sospecha o inversión de la carga de la prueba, factores que debieran resultar extrañísimos para nuestros legisladores, aunque comparezcan soterradamente)”¹¹⁹⁷.

En sintonía con el problema que está siendo objeto de análisis PÉREZ CEBADERA advierte que la práctica de la técnica legislativa de imponer presunciones puede ser peligrosa pues “se utiliza la figura sin reparar en cuál es su significación y sus efectos. Se olvida que, desde un punto de vista técnico-procesal correcto, la presunción legal produce la inversión de la carga de la prueba, lo cual vulnera la presunción de inocencia que rige en el proceso penal”¹¹⁹⁸.

Frente a este posicionamiento, hay quienes afirman que solamente se trata del establecimiento de una presunción, que admite prueba en contrario¹¹⁹⁹, y con ello queda

¹¹⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *op. cit.*, pág. 1.

¹¹⁹⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E., «Comiso», *op. cit.*, pág. 94. El autor afirma que el origen democrático del decomiso con relación a las organizaciones criminales y el terrorismo, simplemente no existe. Y afirma contundente que “—dígase lo que se diga— se rompe la regla de que la carga de la prueba corresponde a las acusaciones, incluso en cuestiones accesorias como el comiso”.

¹¹⁹⁸ PÉREZ CEBADERA, M. A., «Presunción de inocencia y decomiso: ¿es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes?», *op. cit.*, pág. 72.

¹¹⁹⁹ *Vid.* HAVA GARCÍA, E., «Capítulo 18. Comiso (art. 127 y Disposición Final Sexta)», *op. cit.*, pág. 161.

salvaguardado el respeto a las garantías y principios de presunción de inocencia y de contradicción.

En cualquier caso, resulta evidente que tales medidas se adoptan con el objeto de facilitar la actividad probatoria en la investigación de activos en poder de organizaciones criminales. Se trata de dar alcance a aquellas ganancias obtenidas por virtud de la comisión de un delito.

La polémica está servida y debemos admitir que los problemas que plantea no sólo son fruto de las inquietudes del legislador local, sino que responden a acuerdos internacionales y a fenómenos delincuenciales que se extienden ágilmente aprovechando la fluidez de la circulación de capitales y el proceso global que experimenta el planeta en todos los aspectos.

Como respuesta a esta situación, se ha generado la demanda de “intervenciones contundentes sobre los bienes de los responsables de los delitos”¹²⁰⁰. Sobra aclarar que el comiso constituye una de las modalidades de estas *intervenciones contundentes* que forman parte de la reacción estatal frente al delito.

Ya hemos aclarado que existe una presunción en cuanto a la procedencia de bienes que son propiedad de las personas que integran la organización criminal. Tal presunción debe ser *impugnable* a fin de hacerla compatible con el sistema de garantías constitucionales y específicamente con el principio de presunción de inocencia¹²⁰¹.

Este tipo de medidas se conciben y se justifican en la medida en la que facilitan y

¹²⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *op. cit.*, pág. 2.

¹²⁰¹ *Vid.* FARALDO CABANA, P., «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 257.

posibilitan la efectiva aplicación del comiso de ganancias, que se suman a otras estrategias como la tipificación de tipos como el enriquecimiento ilícito o el blanqueo de capitales.

La conciencia sobre la complejidad en cuanto a la demostración del origen ilícito de los bienes, y por tanto la imposición del decomiso, ha tenido como consecuencia que se busquen mecanismos que hagan efectiva su aplicación y por ello encuentran una posibilidad en cuanto a la que se califica como una *inversión de la carga de la prueba*¹²⁰².

Por otro lado, la actual legislación permite una mayor facilidad para la aplicación del comiso, puesto que establece la “presunción de procedencia ilícita cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de la organización criminal”¹²⁰³.

A este respecto surgen opiniones enfrentadas en cuanto a la calidad de la presunción establecida en la legislación penal. Por un lado, hay quien considera que se trata de una presunción *iuris tantum*¹²⁰⁴ en relación al origen de un patrimonio que evidentemente sobrepasa las posibilidades de quien lo ostenta, pero en todo momento existe la oportunidad de probar la procedencia lícita de los bienes que lo integran¹²⁰⁵. Y en esta medida, tal presunción hace posible el respeto a los principios del ordenamiento jurídico español¹²⁰⁶.

¹²⁰² Cfr. BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 147.

¹²⁰³ PARRA GONZÁLEZ, A. V., «La orientación político-criminal del proyecto de reforma del Código Penal», *op. cit.*, pág. 16.

¹²⁰⁴ Tales presunciones, que están en clara oposición con aquellas que se consideran *iuris et de iure*, “fijan una verdad interina que puede destruirse mediante prueba en contrario”. MORÓN PALOMINO, M., «Indicio de criminalidad, presunción de inocencia y principio «pro reo» en la aplicación de la ley penal», *op. cit.*, pág. 1010. Sustento éste que hacen valer quienes se decantan a favor de la inclusión de la inversión de la carga de la prueba en caso de patrimonios desproporcionados respecto de las ganancias lícitas de quienes los ostentan.

¹²⁰⁵ Cfr. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 100.

¹²⁰⁶ Cfr. VV.AA., *Comentarios al Código Penal. Parte general*, *op. cit.*, pág. 967.

Frente a esta consideración, se expresan otras opiniones que defienden, por el contrario, que se trata de una presunción *iuris et de iure* respecto al patrimonio que ostenten las personas que hayan sido condenadas por delitos cometidos al amparo de una organización criminal¹²⁰⁷. Quienes afirman esto entienden que el ordenamiento legal en este caso representa una “norma totalitaria, carente de garantías constitucionales”¹²⁰⁸.

Ahondando en esta cuestión, conviene llamar la atención sobre el hecho de “que dicha presunción legal no afecta en sí misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento, ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada”¹²⁰⁹.

Por ello, y en este mismo sentido, se estima que “frente a la mera existencia de indicios inculpatórios, debe bastar la existencia de contraindicios de igual entidad para contrarrestarlos”¹²¹⁰.

Para aspirar a la aplicación de este dispositivo se deben satisfacer los siguientes extremos¹²¹¹:

- a) Debe tratarse de personas que han sido condenadas.

¹²⁰⁷ AGUADO CORREA, T., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 509.

¹²⁰⁸ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio, op. cit.*, pág. 330. El autor parece confundirse al afirmar que lo correcto hubiera sido instituir una presunción *iuris et de iure*; pues creemos que justamente para evitar el estado de indefensión del delincuente, lo correcto es establecer, precisamente, una presunción *iuris tantum*, que permita acreditar la procedencia lícita y la proporcionalidad en el aumento de patrimonio.

¹²⁰⁹ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 100.

¹²¹⁰ PALOMO DEL ARCO, A., «Asistencia internacional en la delincuencia económica», *op. cit.*, pág. 146.

¹²¹¹ BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 169.

-
- b) El importe del patrimonio que se ostenta debe ser desproporcionado con la capacidad económica de la persona derivada de sus ingresos legales.
 - c) La medida de comiso debe recaer únicamente en los bienes *directamente* relacionados con la actividad delictiva.

Por otro lado, y para respetar el sistema de garantías al que nos hemos venido refiriendo, se establece la obligación de la acusación para acreditar fehacientemente tres diferentes extremos¹²¹²:

- a) La pertenencia del presunto delincuente a una organización criminal.
- b) La perpetración del delito cometido en el seno de tal organización.
- c) La desproporción entre el patrimonio de los delincuentes y sus ingresos legales.

De modo que “acreditado el origen delictivo de cualquier renta o ganancia su destino imperativo como consecuencia accesoria del delito es la confiscación de la misma”¹²¹³.

Este aspecto resulta controvertido puesto que se puede llegar a cuestionar su constitucionalidad, toda vez que “no será necesario que se acredite que los incrementos patrimoniales provengan de la actividad delictiva, sino que bastará probar que el patrimonio de los acusados no guarda proporción con los ingresos obtenidos

¹²¹² MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», *op. cit.*, pág. 394. En igual sentido VIDALES RODRÍGUEZ, C., «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», *op. cit.*, pág. 1994.

¹²¹³ PLAZA SANJUAN, V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *op. cit.*, pág. 2.

legalmente”¹²¹⁴.

En relación con este tema, BLANCO CORDERO parece zanjar esta discusión y sobre todo disipar las reservas o reticencias al respecto, al afirmar que al disponer de pruebas que permitan al juzgador establecer la convicción del origen ilícito de los bienes no se vulnera ni se cuestiona la presunción de inocencia¹²¹⁵.

Adhiriéndose a una opinión opuesta, FABIÁN CAPARRÓS alude a una inversión de la carga de la prueba violatoria del principio de presunción de inocencia¹²¹⁶. En esta misma línea se expresa GUINARTE CABADA cuando defiende que la posibilidad de decomisar bienes cuya procedencia lícita no haya sido probada por el detentador, constituye “una flagrante violación del principio constitucional de presunción de inocencia”¹²¹⁷.

En el mismo sentido, es decir contrario a la existencia de esta clase de presunción, se manifiesta ZARAGOZA AGUADO, quien afirma que “en un proceso penal no cabe invertir la carga de la prueba, y que los tipos penales no pueden construirse sobre presunciones legales que obliguen al acusado a desarrollar actividad probatoria de descargo alguna”¹²¹⁸.

No obstante lo dicho, el mismo autor parece querer flexibilizar su postura al afirmar

¹²¹⁴ CÓRDOBA RODA, J., «Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso», *Revista Jurídica de Catalunya*, año 110, núm. 4, Barcelona, 2011, pág. 910.

¹²¹⁵ *Cfr.* BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 155. El autor resalta, la obligación del juzgador de observar los principios y garantías dispuestos constitucionalmente y que resultan insoslayables, aún al enfrentar fenómenos tan complejos como la criminalidad organizada. Al decretar el comiso, se deben tener en cuenta todas las garantías de que dispone el sistema legal.

¹²¹⁶ *Cfr.* FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *op. cit.*, pág. 620.

¹²¹⁷ GUINARTE CABADA, G., «Título VI. De las consecuencias accesorias», *op. cit.*, pág. 622.

¹²¹⁸ ZARAGOZA AGUADO, J. A., «La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado», *op. cit.*, pág. 51. El autor es tajante al afirmar que toda medida que se prescriba como respuesta al delito en el marco de la ley penal, debe fundarse en el respeto a los derechos fundamentales, como nota característica de todo proceso penal en un estado de derecho.

que a pesar de que la presunción de inocencia es un derecho fundamental en algunas ocasiones es preciso limitarla. De modo que se podría entender que no se produce vulneración de la misma cuando se la supedita a una presunción de carácter *iuris tantum*, que por su propia naturaleza y estructura admite prueba en contrario. De este modo se preserva el derecho de defensa, siempre y cuando tales presunciones se refieran exclusivamente al ámbito patrimonial, cuya condición básica es la determinación de la culpabilidad dentro de un proceso penal¹²¹⁹.

Pese a lo dicho, y aunque *a priori* parezca que la presunción de inocencia y la presunción del origen ilícito de los bienes son opuestas, BUJOSA VADELL recuerda que “la presunción del origen ilegal de los bienes no se establece a efectos de fundamentar la condena penal, sino sólo a los efectos de delimitar los bienes objeto del decomiso”¹²²⁰.

Es decir, que el comiso no afecta a la condena por la comisión del delito ni incide en ninguno de los elementos esenciales de convicción para que el juzgador dicte la sentencia. La presunción del origen ilícito de los bienes sólo se refiere a una cuestión precisa que nada tiene que ver con los aspectos principales del proceso. Simplemente se trata de precisar qué objetos deben ser decomisados, por lo que entendemos que la presunción de inocencia queda suficientemente salvaguardada.

En el mismo tenor HAVA GARCÍA explica que únicamente la ampliación del comiso “se vertebra en torno a una presunción”¹²²¹.

Más allá de la propia presunción y de su naturaleza, es preciso aclarar que el

¹²¹⁹ Cfr. *ibidem.*, págs. 56 y ss.

¹²²⁰ BUJOSA VADELL, L. M., «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *op. cit.*, pág. 9.

¹²²¹ HAVA GARCÍA, E., «Capítulo 18. Comiso (art. 127 y Disposición Final Sexta)», *op. cit.*, pág. 161.

ordenamiento jurídico no pretende la radicalización de la imposición del comiso. Al contrario, el ordenamiento procura que el juzgador pueda llegar a la convicción sobre el origen ilícito de un patrimonio por medio del juicio de inferencia en que consiste la prueba de indicios¹²²².

Esta necesidad implica la posibilidad que tiene el juzgador de llegar a su convicción en virtud de un razonamiento lógico-deductivo. En otras palabras, la valoración que realiza el juzgador partiendo de los hechos conocidos para relacionarlos entre sí y analizarlos en su conjunto, con el propósito de formarse ánimo de convicción se refiere únicamente al origen ilícito del patrimonio.

Para poder acreditar, a través de la prueba de indicios, el origen ilícito de los bienes, deberán satisfacerse los siguientes presupuestos¹²²³:

- a) La existencia de un grupo de indicios que en su conjunto contribuyan a acreditar el mismo hecho, o un indicio que por sí sólo resulte contundente y conduzca a tener por acreditado el hecho.
- b) Con independencia de que nos encontramos frente a un conjunto de indicios o a uno sólo, éstos deberán estar suficientemente probados, no siendo suficiente la existencia de una conjetura.
- c) Debe producirse un nexo claro entre los indicios y el hecho que se trata de probar, que en el caso que nos ocupa, es precisamente el origen ilícito de un bien o conjunto de bienes.

¹²²² CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», *op. cit.*, págs. 214 y ss.

¹²²³ PÉREZ CEBADERA, M. A., «Presunción de inocencia y decomiso: ¿es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes?», *op. cit.*, págs. 75 y ss.

-
- d) No deben existir indicios contradictorios.
 - e) El culpable no debe hacer valer argumentos que expliquen racionalmente la existencia de los bienes.
 - f) La resolución por virtud de la cual se imponga el comiso, debe encontrarse debidamente fundada y motivada.

ZARAGOZA AGUADO manifiesta su acuerdo en que la procedencia ilícita de los bienes puede acreditarse a partir de indicios, sin que exista la necesidad de detectar individualmente las operaciones delictivas: basta con que se identifique y acredite la actividad delictiva genérica. En cualquier caso, los indicios deben acreditar los siguientes extremos para tener por acreditada la procedencia ilícita de un bien¹²²⁴:

- a) La actividad delictiva permanente del condenado.
- b) Que el bien que se pretende decomisar se haya adquirido en la época de tales actividades delictivas.
- c) Que dicho bien no se haya adquirido con fuentes lícitas, y que tales fuentes se encuentren debidamente acreditadas.
- d) Que en los actos de disposición y disfrute de los bienes intervengan procedimientos contrarios al tráfico económico legítimo.

¹²²⁴ Cfr. ZARAGOZA AGUADO, J. A., «La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado», *op. cit.*, pág. 31.

Todas y cada una de estas condiciones deben concurrir de forma simultánea, no siendo suficiente la existencia de alguna de ellas.

Resaltar que GASCÓN INCHAUSTI recuerda que no podrían aducirse violaciones a los principios consagrados constitucionalmente en el caso de que se establezcan criterios específicos para la utilización de presunciones, siempre que éstos sean *iuris tantum* y relativos únicamente a la procedencia ilícita de los bienes¹²²⁵.

Ante esta postura, PÉREZ CEBADERA afirma que dentro del proceso penal debe imperar la presunción de inocencia y, por lo tanto, no se puede dar cabida a presunciones, ni siquiera cuando se trata de probar el origen ilícito de bienes¹²²⁶.

También conviene tener presente que para el caso del comiso de ganancias la verificación del principio de proporcionalidad equivale a decomisarlas sin tomar en cuenta su valor, puesto que suponen un enriquecimiento ilícito; sin embargo, y frente a la aplicación del principio de ganancias brutas, se sugiere realizar una matización en cuanto al importe y alcance del comiso de la ganancia¹²²⁷.

Ante este panorama, y a fin de tomar una posición frente al cerco de garantías que deben proteger los derechos de las personas, nos declaramos partidarios de su defensa. Sin embargo, el Derecho no puede responder con las mismas medidas del pasado, sobre todo cuando se trata de fenómenos como la criminalidad organizada. Si la globalización ha

¹²²⁵ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Capítulo V. Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal», *op. cit.*, págs. 349 y ss. Además, el autor resalta que esta presunción sólo es aplicable en el contexto de la delincuencia organizada y del terrorismo. Del mismo autor y en igual sentido «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», *op. cit.*, pág. 604.

¹²²⁶ PÉREZ CEBADERA, M. A., «Presunción de inocencia y decomiso: ¿es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes?», *op. cit.*, págs. 79 y ss.

¹²²⁷ BLANCO CORDERO, I., «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», *op. cit.*, pág. 168.

cambiado los paradigmas de la convivencia humana, es necesario que el orden jurídico se adapte a estas circunstancias y despliegue una respuesta ante la actividad delictiva a la altura de las circunstancias pero acotada por los derechos fundamentales.

Dentro de esta dinámica, el comiso y su implementación en la legislación española han ido desarrollándose hasta dar paso al comiso de las ganancias como la herramienta más novedosa para enfrentar fenómenos como el crimen organizado a través de su punto más vulnerable: los beneficios económicos que se pretende alcanzar con la actividad delictiva.

El protagonismo de esta figura requiere, sin embargo, desenvolverse de forma más armónica entre la política criminal interna, las pautas supranacionales y el respeto de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

Primera.- La percepción de la inseguridad ciudadana, potenciada por los medios de comunicación y difundida por las nuevas tecnologías, ha conducido a un proceso expansivo del Derecho Penal, que en el ámbito sustantivo se traduce principalmente en la creación de nuevos tipos, la agravación de penas y la tutela de nuevos bienes jurídicos, y en el procesal se materializa a través de una contienda intrincada y permanente entre las garantías constitucionales, en permanente estado de cuestionamiento y revisión, y la eficacia, demandada por la ciudadanía y acogida sin muchos reparos por políticos y legisladores.

Segunda.- No podemos negar que existe —o debe existir— una correspondencia entre Derecho Penal y el Derecho Procesal penal para que el ordenamiento legal pueda estar a la altura de las circunstancias de una realidad determinada, cuestión que se logra a través del desenvolvimiento de una política criminal racional, enmarcada en las garantías y que responda a las exigencias de tal realidad criminológica. A pesar de que la modernidad del Derecho procesal se ha entendido como una confrontación con los principios clásicos, resulta poco atinado enfrentar ambos extremos, tal como si las garantías fueran el polo opuesto de la eficacia.

Tercera.- La política criminal se erige como la directriz de las decisiones del ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, y no como instrumento de lucha contra los individuos sino como estrategia jurídica que aglutina principios y caracteres que marcan y delimitan la intervención del Estado respecto del delito. Siendo así, uno de los instrumentos más adecuados para vehicular esa política criminal lo constituye el proceso penal.

Cuarta.- El Derecho Penal, en plena efervescencia expansionista, se ha perfilado como *prima ratio* y ha arrastrado al Derecho Procesal penal a una dinámica en la que de manera general debe combinar equilibradamente tres vectores de actuación: , en primer lugar, tiene que regular el ejercicio de la función jurisdiccional, además debe custodiar las garantías del inculpado, además y, finalmente —pero no menos importante— tiene que proteger los intereses de las víctimas. De forma particular, ante el fenómeno de la criminalidad organizada, el reto del Derecho Procesal penal se hace más evidente debido a la necesidad de sancionar la conducta delictiva y evitar el enriquecimiento a través de la misma, siempre promoviendo el respeto de los derechos fundamentales a través de la conciliación entre las garantías y la eficacia, respetando principios tales como la proporcionalidad, la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia.

Quinta.- El Derecho Procesal penal tiene que lograr mantener el equilibrio en la contienda entre las garantías y la eficacia. Una no puede primar sobre las otras. La excesiva rigidez garantista reduciría al Derecho Procesal a una función eminentemente simbólica, mientras que la desmesurada flexibilidad en aras de la eficacia nos conduciría a un proceso irrespetuoso de derechos fundamentales. Reformular los principios y derechos fundamentales sí, extinguirlos de ningún modo.

Sexta.- En este contexto, y tal como somos testigos de un proceso expansivo e intervencionista del Derecho, así mismo hemos presenciado la expansión de la figura del comiso, la cual se antojaba impensable y lejana cuando se intentaba reivindicar su importancia y alto potencial, y se hacía hincapié en el reclamo del papel secundario y marginal al que se le había reducido. El comiso, institución polifacética, reconocida y desarrollada en diversos instrumentos internacionales, poco a poco ha captado la atención

CONCLUSIONES

como un mecanismo eficaz de respuesta estatal frente a la delincuencia organizada. Sin embargo, para hacer posible su efectiva realización requiere de la cooperación y asistencia internacional, que ha dado unos de sus mayores frutos a través del reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso en la Unión Europea.

Séptima.- El comiso, reconocido en la legislación española como una consecuencia accesoria, ha suscitado amplias discusiones dogmáticas en cuanto a su naturaleza jurídica, no sólo para beneplácito de quienes deseamos ilustrarnos en la materia, sino para puntualizar así sus características y enmarcar los principios y garantías dentro de los cuales debe desarrollarse. Debido a que es una medida que afecta la propiedad privada reconocida a nivel constitucional, es indispensable admitir la naturaleza penal que reviste y que hace del principio de proporcionalidad un elemento fundamental para su imposición.

Octava.- Conceptualizamos al comiso como una figura de carácter jurisdiccional que impone la pérdida definitiva de la titularidad, a favor del Estado, de los bienes o derechos relacionados con la preparación y ejecución del ilícito o del beneficio económico que resulta de éste. A pesar de semejante intento definitorio, no podemos perder de vista el cúmulo de definiciones que existen tanto en la doctrina como en los distintos instrumentos internacionales sobre el comiso y que nos conducen a advertir una figura tan amplia y abstracta que permite dar cabida a las ideas más plurales y divergentes sobre este instituto jurídico.

Novena.- Debido a sus características propias, no debe cabernos la menor duda de que el comiso puede distinguirse de otras figuras jurídicas que quizá resulten similares,

pero que entrañan fundamentos o fines distintos, como son la confiscación, la expropiación, la multa, el embargo preventivo y el secuestro judicial. Y resulta también de vital importancia reconocer las implicaciones y alcances que revisten las diferentes ramificaciones del comiso, pues es muy complejo dar el mismo tratamiento al comiso que recae sobre instrumentos, efectos o ganancias ilícitas. Por ello, y tal como distingue la doctrina, la legislación debe contemplarlas por separado para lograr abarcar todas las posibilidades de manera amplia, y evitar el riesgo de encasillar en el mismo recipiente dos especies de un mismo género.

Décima.- Sostenemos que, por un lado, el *comiso de instrumentos y efectos* encuentra su razón de ser en la peligrosidad que implican ciertos objetos para la comisión de los delitos. Por el contrario, que el *comiso de las ganancias* primordialmente se dirige a combatir una situación patrimonial ilícita, independientemente de los efectos de prevención general y especial que ambos fundamentos puedan producir. Debido a lo anterior, precisamos reconocer que el decomiso de instrumentos y efectos resulta autónomo e independiente del decomiso de ganancias, y por ello cada uno requiere tratamiento diferente. La figura del comiso tal como la contempla el artículo 127 del Código Penal español incluye dos modalidades distintas bajo una misma designación, que si se estudian por separado, deben contemplarse de igual forma en el texto legal, puesto que la divergencia entre ambas debe proyectarse a través de sus presupuestos

Décimo primera.- Independientemente de los objetos sobre los que recaiga, el comiso debe enmarcarse siempre en el ámbito de principios que al tiempo que limiten esta figura la legitimen. Tal es el caso de la proporcionalidad, que otorga al comiso una cualidad de proporción frente a la gravedad y consecuencias del delito. Sin embargo, y en el caso

CONCLUSIONES

concreto de la legislación española, debemos admitir que la proporcionalidad debe aplicarse cuando se trate de efectos e instrumentos del delito, pero si se trata de ganancias ilícitas más bien nos enfrentaremos a la compleja tarea de la cuantificación de tales ganancias.

Décimo segunda.- El proceso de expansión del comiso se ha manifestado a través de la creación de distintas modalidades que puede tener el mismo, tal como el comiso por valor equivalente y la potestad de comiso ampliada. Ambas, con características peculiares y bien delimitadas, pero con una nota común: su implementación responde a la necesidad de hacer del comiso una figura dinámica y flexible para poder aplicarse realmente. Mientras que el comiso ampliado se dirige primordialmente a la sanción del individuo que actúe al amparo de una organización criminal o terrorista, el comiso equivalente se refiere a aquellos supuestos en los que el comiso se frustra si los bienes sobre los cuales debe recaer la medida no se encuentran disponibles por cualquier causa.

Décimo tercera.- Específicamente el comiso que recae sobre las ganancias ilícitamente obtenidas ha acaparado la atención como un elemento valioso de la política criminal en el combate al crimen organizado, ya que constituye el instrumento por excelencia de intervención del patrimonio criminal. Sostenemos y estamos de acuerdo con el principio de que establece que el delito no puede resultar económicamente redituable y que cercenar las ganancias ilícitamente obtenidas constituye una reacción adecuada frente a la criminalidad organizada que precisamente centra sus esfuerzos en obtener tales beneficios.

Décimo cuarta.- La determinación del alcance del concepto de las ganancias resulta, como la naturaleza, el objeto o incluso la definición del comiso, un tema altamente controvertido. Sin embargo, consideramos atinada la postura que considera que el término *ganancia* debe ser interpretado de forma amplia y no quedar limitado de ningún modo so pena de no decomisar bienes que se encuentren relacionados con el hecho delictivo. Por ello, y ante la delincuencia organizada y las grandes cantidades de beneficios económicos que trae aparejado este fenómeno criminal, el interés por el patrimonio ilícito se justifica y, por tanto, se promueve la exigencia de intervenirlo por haberse obtenido de manera ilícita como una cuestión fundamental para responder al fenómeno delictivo.

Décimo quinta.- Se perfila el conflicto de cuantificar las ganancias. En este aspecto, y después de valorar los argumentos a favor y en contra de los diversos sistemas para llevar a cabo el cálculo de las mismas, nos decantamos por considerar que el comiso de la ganancia bruta resulta el más atinado pues constituye un incentivo negativo para el delincuente al considerar que el delito puede depararle además de la pena, la consecuencia del decomiso de la ganancia económica sin importar las cantidades que haya invertido para llevar a cabo su actividad delictiva. No resulta lógico, desde nuestro punto de vista, que el juzgador realice un balance general de la actividad delictiva y preserve el patrimonio que ha sido utilizado para llevar a cabo tal actividad.

Décimo sexta.- Además de cuantificar la ganancia, detectar el patrimonio criminal resulta una tarea compleja, por lo que se han llegado a implementar medidas que parecen restringir derechos fundamentales tales como la presunción del origen ilícito del patrimonio perteneciente a los integrantes de una organización criminal o terrorista. Entender a este tipo de fenómenos criminales como una situación extrema o de excepción

CONCLUSIONES

es peligroso, pues nos conduce al estrechamiento del sistema de garantías que debe limitar, dirigir y legitimar la respuesta estatal frente a esta clase de delincuencia.

Décimo séptima.- Esta presunción no debe resultarnos extraña ni violatoria de garantías, debido a que contempla la utilización de indicios suficientes que conduzcan al Juez o Tribunal a la convicción del origen ilícito del patrimonio. Además, se trata de una presunción de carácter *iuris tantum* por lo que admite prueba en contrario. Tampoco podemos olvidar que la detección, determinación y cálculo de los bienes comprendidos como ganancia y sometidos al comiso no implican de modo alguno el meollo del asunto en cuanto a la comisión y sanción del delito, sino que constituyen solamente una parte del proceso. Por ello, y en cuanto al fondo del asunto el inculpado puede hacer valer todo aquello que a su derecho convenga sin que resulte agraviado o exista un menoscabo de sus derechos.

Décimo octava.- A pesar de haber experimentado una expansión sin precedentes, el comiso, y en especial aquel que recae sobre las ganancias, aún no alcanza todo su potencial. Esta situación puede constatarse puesto que continúa en vías de desarrollo dentro del ordenamiento legal y resulta una figura muy debatida aún por la doctrina.



BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1998 hasta la última reforma de 2003», *La Ley Penal*, núm. 20, 2005, págs. 5-26.

_____ «Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que antes de su entrada en vigor deben ser erradicados del Texto punitivo», *Revista Xurídica Galega*, núm. 42, 2004, págs. 37-73.

ACALE SÁNCHEZ, M., *Medición de la respuesta punitiva y estado de derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

_____ «Del Código penal de la democracia al Código penal de la seguridad», VV.AA., *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, España, 2004, págs. 1197-1226.

AGUADO CORREA, T., «Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. “Garantizar que el delito no resulte provechoso”», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15, 2013, págs. 1-27.

_____ «Título VI. De las consecuencias accesorias», VV.AA., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 501-510.

_____ «La regulación del comiso en el proyecto de modificación del código penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 05-04, 2003, págs. 1-24.

_____ *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000.

AGUADO LÓPEZ, S., «Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, en especial en los delitos de fraude alimentario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 58, fasc. 1, 2005, págs. 59-93.

ALBRECHT, H. J., «La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control», *Revista catalana de seguretat pública*, núm. 8, 2001, págs. 87-105.

ALIAGA, J. A., «Europa estrecha el cerco contra el blanqueo», *Escritura Pública*, núm. 58, 2009, págs. 28-30.

ALONSO PÉREZ, F., «Blanqueo de bienes de origen ilegal: aspectos penales y criminológicos», *Diario La Ley*, núm. 3, 2003, págs. 1644-1649.

ÁLVAREZ CONDE, E., «El sistema constitucional español de derechos fundamentales», *Anuario de Derecho Parlamentario de las Corts de Valencia*, núm. 15, 2004, págs. 115-146.

ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «La armonización del Derecho material en la Unión Europea», *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, año 4, núm. 9, 2006, págs. 11-44.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía», *Jueces para la Democracia*, núm. 48, 2003, págs. 27-40.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución*, Grijley, Perú, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, T., «¿Hacia una reforma del proceso penal? Principios irrenunciables y opciones de política criminal», VV.AA., *Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 2000, págs. 401-438.

_____ «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», *Poder Judicial*, núm. 41-42, 1996, págs. 53-86.

_____ «Pena y proceso: fines comunes y fines específicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 48, fasc. 2, págs. 441-464.

ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

AYO FERNÁNDEZ, M., *Las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias. Manual de determinación de las penas y de las demás consecuencias jurídico-penales del delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

BACHMAIER WINTER, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*», *La Ley*, núm. 7938, 2012, págs. 1-5.

BACIGALUPO, E., «Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos años. El principio de legalidad como tarea inconclusa», VV.AA., *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Depalma, Buenos Aires, 1997, págs. 1-24.

BACIGALUPO SAGGESE, S., «El delito de blanqueo de capitales: cuestiones de política criminal y tipicidad», VV.AA., *La reforma de la justicia preventiva*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 285-308.

_____ *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

_____ «La «confiscación» del patrimonio proveniente del delito», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 78, 2002, págs. 497-520.

_____ «Delito fiscal y tributación de ganancias ilícitamente obtenidas», *Diario La Ley*, núm. 6, 2001, págs. 1478-1487.

BAJO FERNÁNDEZ, M., «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal», *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2008, págs. 1-10.

BAJO FERNÁNDEZ, M., BACIGALUPO SAGGESE, S., «Medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 12, 2008, págs. 15-39.

BASSIOUNI, M. CH., GUALTIERI, D. S., «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, Madrid, 1996, págs. 53-136.

BAZÚA, F., «Mundialización, Perfiles latinoamericanos», *Revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México*, núm. 17, 2000, págs. 9-32.

BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Ediciones Libertador, Argentina, 2005.

BIBLIOGRAFÍA

BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 2008.

_____ «Retorno a la teoría de la sociedad de riesgo», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, núm. 30, 2000, págs. 9-20.

_____ ¿*Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Algunos problemas dogmáticos y su solución en el nuevo Código Penal español», *Revista Penal*, núm. 11, 1998, págs. 17-20.

BERISTAIN, A., *La multa en el derecho penal español*, Reus, Madrid, 1976.

BINDER, A., «Tensiones político-criminales en el proceso penal», *Jueces para la Democracia*, núm. 60, 2007, págs. 21-36.

BLANCO CORDERO, I., «Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)», VV.AA., *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción*, Ubijus, México, 2012, págs. 337-371.

_____ «La reforma del comiso en el Código Penal Español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos», VV.AA., *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 145-185.

_____ «El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?», *La Ley*, núm. 7569, 2011, págs. 1-9.

_____ «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito», VV.AA., *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 349-378.

_____ «Comiso ampliado y presunción de inocencia», VV.AA., *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, págs. 69-106.

_____ «La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVII, 2007, págs. 39-75.

_____ «La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos», *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2007, págs. 1-19.

_____ «La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 15, 2001, págs. 7-38.

BLANCO CORDERO, I., DEL CERRO ESTEBAN, J. A., «Blanqueo de capitales», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2015, 2006, págs. 73-88.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO CORDERO, I., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *Revista Penal*, núm. 6, 2000, págs. 3-14.

BRUCET ANAYA, L. A., *El crimen organizado (origen, evolución, situación y configuración de la delincuencia organizada en México)*, Porrúa, México, 2007.

BUENO ARÚS, F., «El sistema de penas en el Derecho Penal español desde la guerra civil hasta la democracia», VV.AA., *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2006, págs. 139-194.

_____ «Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas», *Diario La Ley*, núm. 1, 1990, págs. 956-974.

BUJOSA VADELL, L. M., «La asistencia judicial en materia penal en la Unión Europea», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. 12, 2009, págs. 76-83.

_____ «El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 13, mayo 2007, págs. 1-33.

BUJOSA VADELL, L. M., RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional», *La ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 1999, págs. 1828-1840.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «XII. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales», VV.AA., *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Las Rozas, 2012, págs. 349-372.

BUSCAGLIA, E., GONZÁLEZ-RUIZ, S., PRIETO PALMA, C., «Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: mejores prácticas para su combate», VV.AA., *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de Derecho y Economía*, UNAM, México, 2006, págs. 87-102.

CALVO SÁNCHEZ, M. DEL C., «El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 27, 1995, págs. 213-244.

CAMPUS ALCARAZ, N., URBANO LANZAS, G., «El comiso en el nuevo código penal de 1995: llamamiento urgente a la nueva jurisprudencia y doctrina», *Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 2, núm. 1, 1999, págs. 107-117.

CANCIO MELIÁ, M., «La normativa española sobre el blanqueo de capitales. EL GAFI y las Directivas europeas», VV.AA., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, vol. III, Coimbra, 2009, págs. 253-288.

CANO LINARES, M. A., «Una aproximación a la cooperación judicial en materia penal en el espacio iberoamericano: aspectos normativos e institucionales», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 2, núm. 2, 2008, págs. 43-56.

CARBONEL MATEU, J. C., PRATS CANUT, J. M., «Observaciones generales sobre el código penal de 1995», VV.AA., *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos*, Comares, Granada, 1999, págs. 67-112.

BIBLIOGRAFÍA

CARDENAL MURILLO, A., «El régimen específico del comiso en materia de tráfico de drogas», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 11, 1993, págs. 277-298.

CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1960.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., «Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional», *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 1, 2008, págs. 13-48.

CARRASCO ANDRINO, M. DEL M., «Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 C.P.», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, págs. 139-169.

CASTILLEJO MANZANARES, R., «Hacia un nuevo proceso penal (investigación y juicio de acusación)», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, págs. 207-269.

CASTILLO MONTERREY, M. A., «Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos producto de la corrupción», VV.AA., *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, págs. 403-417.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», VV.AA., *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 213-226.

CAZORLA PRIETO, S., «El comiso. Ganancias provenientes del delito en relación con la sentencia de 29 de julio de 2002. Caso Banesto», VV.AA., *Dogmática y Ley Penal. Libro*

homenaje a Enrique Bacigalupo, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, tomo I, Madrid, 2004, págs. 79-87.

CEREIJO SOTO, A., «Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de Marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso», *Diario La Ley*, núm. 7457, 2010, págs. 1-16.

_____«Efectos judiciales, instrumentos del delito y piezas de convicción. Nuevas perspectivas a partir de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales», *Diario La Ley*, núm. 6596, 2006, págs. 1-5.

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., «Capítulo 33. Comiso», VV.AA., MEMENTO EXPERTO. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010, Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2010, 33/7910.

_____ *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Comares, Granada, 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La investigación del patrimonio de origen criminal», VV.AA., *El juez de instrucción y juez de garantías: posibles alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, 42, Madrid, 2002, págs. 109-156.

_____ *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid, 2001.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «El comiso y la confiscación. Medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas», VV.AA., *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 329-370.

CLIMENT DURÁN, C., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2011.

COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas (CESEJ), Madrid, 2008.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Una cuestión problemática en el delito fiscal: ¿responsabilidad penal por defraudación fiscal en supuestos de ganancias ilícitas?», VV.AA., *Derecho Penal Económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 237-270.

CÓRDOBA RODA, J., «Prescripción del delito, libertad vigilada y comiso», *Revista Jurídica de Catalunya*, año 110, núm. 4, Barcelona, 2011, págs. 899-910.

CORN, E., «Un remedio milagroso para todos los males: las mil aplicaciones del comiso en el ordenamiento penal italiano contemporáneo», VV.AA., *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 221-255.

CORTÉS BECHIARELLI, E., «Comiso», VV.AA., *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, págs. 91-98.

_____ «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», VV.AA., *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, págs. 109-125.

_____ «Valoración crítica de la reforma del comiso (LO 15/2003, de 23 de noviembre)», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 8, 2007, págs. 1-21.

DAMIÁN MORENO, J., *El Derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)*, Reus, Madrid, 2009.

_____ «¿Un derecho procesal de enemigos?», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 61, 2004, págs. 305-322.

DE ALFONSO LASO, D., BAUTISTA SAMANIEGO, C., *El Código Penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Planeta, Barcelona, 2010.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Armonización penal en la Unión Europea», VV.AA., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, vol. I, Coimbra, 2009, págs. 647-686.

_____ «El derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites», VV.AA., *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Ediciones Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, págs. 85-126.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «Introducción al nuevo Código Penal español: líneas directrices y contenido fundamental», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 10, octubre 1997, págs. 9-55.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal», VV.AA., *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 11-33.

_____ «Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 15, 2001, págs. 39-61.

DE LAMO RUBIO, J., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo código*, Bosch, Barcelona, 1997.

DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., «El comiso», *La ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 3, 2002, págs. 1-12.

DE URBANO CASTRILLO, E., «Especialidades de las sentencias en los delitos económicos», VV.AA., *Delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, 93/2006, Madrid, 2007, págs. 53-115.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «El comiso de vehículo a motor y los delitos cometidos en el contexto de la circulación vial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 798, 2010, págs. 1-6.

_____ «Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica», VV.AA., *Estudios de Criminología II*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, págs. 217-250.

DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DEL MORAL GARCÍA, A., «Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Cuadernos digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 31, 2011.

DELGADO LÓPEZ, L. M., «El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas», VV.AA., *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 281-366.

DEZA VILLASANZ, R., «Estudio de la figura del decomiso», *Aduanas Informa*, núm. 78, 1998, págs. 23-39.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2012, págs. 1-33.

_____ «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 4, 2006, págs. 1-19.

_____ «La evolución del sistema de penas en España: 1975-2003», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, págs. 13-52.

_____ *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003.

DOMINGO, R., «Principios de derecho global», VV.AA., *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 25-28.

DURBÁN SICILIA, L., «Reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso: un paso más en la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea (Comentario a la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 316, mayo 2011, págs. 31-40.

ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: Las Consecuencias Accesorias*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

ESCALADA LÓPEZ, M. L., «La cooperación judicial en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos que la posibilitan», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 45, 2007, págs. 101-122.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., «Análisis de los efectos negativos de la delincuencia organizada en la sociedad internacional», *Anales de la Universidad Metropolitana*, vol. 9, núm. 2, págs. 63-82.

ESPIGARES MIRA, J., «Criminalidad internacional en el siglo XXI. Instrumentos para combatirla», *Estudios de Ciencia Policial*, núm. 71, 2004, págs. 59-72.

FABIÁN CAPARRÓS, E. A., «La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio», VV.AA., *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, págs. 17-20.

_____ *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998.

_____ «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 46, fasc. 2, 1993, págs. 585-628.

FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

_____ «La regulación del comiso en España. Especial referencia a los comisos específicos en los delitos de tráfico de drogas, blanqueo de bienes y contrabando», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 20, 2008, págs. 1-35.

_____ «El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998, págs. 253-268.

_____ «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 21, 1998, págs. 117-166.

_____ (dir.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

FERNANDES ANDRADE, F., *A processo penal como instrumento de política criminal*, Almedina, Coimbra, 2001.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «El comiso en los delitos urbanísticos», *La Ley Penal*, núm. 94-95, 2012, págs. 1-15.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «El comiso de bienes en el delito de tráfico ilegal de drogas: el artículo 374 del Código Penal», VV.AA., *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 79-120.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por L.O. 5/2010)», VV.AA., *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 111-129.

_____ «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, págs. 7-42.

_____ «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales: los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *Diario La Ley*, núm. 7657, 2011, págs. 1-15.

FERRAJOLI, L., *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, Ubijus, México, 2010.

_____ «Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción», *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 15-16, 2010, págs. 3-18, en <http://www.juridicas>.

unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/15/pjn/pjn2.pdf consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

_____ *Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado*, Ubijus, México, 2009.

_____ *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

_____ «Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal», *Jueces para la Democracia*, núm. 4, 1988, págs. 3-7.

FOFFANI, L., «Criminalidad organizada y criminalidad económica», *Revista Penal*, núm. 7, 2001, págs. 55-66.

FRISCH, W., «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal», *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2007, págs. 1-52.

GALLEGO-CASILDA GRAU, Y., «El libro verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea», VV.AA., *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, págs. 235-256.

GALLEGO DÍAZ, M., «El sistema general de reglas para la aplicación de las penas del código penal de 1995 y las últimas reformas», VV.AA., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 321-353.

BIBLIOGRAFÍA

GANZENMÜLLER, C., FRIGOLA VALLINA, J., ESCUDERO MORATALLA, J. F., «El comiso. Examen del artículo 374 del Código Penal», *Revista General de Derecho*, núm. 640-641, 1998, págs. 83-100.

GARCÍA RAMÍREZ, S., *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, Porrúa, México, 2005.

GASCÓN INCHAUSTI, F., «Decomiso y cooperación internacional. Aplicación del principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea», *Estudios jurídicos*, núm. 2011, 2011, págs. 1-41.

_____ «Capítulo V. Otras repercusiones de la LO 5/2010 en el ámbito del proceso penal», VV.AA., *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 341-380.

_____ «Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes», *Cuadernos digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 6, 2010.

_____ «Prólogo», CORRÊA DE CARVALHO, J. T., *Tráfico de drogas, prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Jurúa, Curitiba, 2009, págs. 9-12.

_____ *El decomiso transfronterizo de bienes*, Colex, Madrid, 2007.

_____ «Cooperación judicial y decomiso de bienes en la Unión Europea», VV.AA., *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Colex, Madrid, 2006, págs. 209-258.

_____ «Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba», VV.AA., *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Cedma, Málaga, 2006, págs. 587-605.

GIMENO SENDRA, V., «Medidas limitadoras de derechos fundamentales en el proceso penal», VV.AA., *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, Universidad Da Coruña, A Coruña, 2012, págs. 73-90.

_____ «La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia a los delitos contra el orden socio-económico», *Revista Penal*, núm. 1, 1998, págs. 31-36.

_____ *Fundamentos del derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Civitas, Madrid, 1981.

GINER DE SAN JULIÁN, S., «La naturaleza de la mundialización», VV.AA., *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, núm. 16, Madrid, 1999, págs. 11-81.

GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M., «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo con bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, 2007, págs. 5-26.

GÓMEZ BERMÚDEZ, J., «El camino es el correcto», *Escritura Pública*, núm. 58, 2009, pág. 31.

BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., «El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006, págs. 155-178.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 31, 2012, págs. 1-16.

_____ «Análisis de las consecuencias jurídicas del delito de incendio forestal: restricciones a la clasificación y uso del suelo e intervención administrativa de la madera quemada», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 18, 2007, págs. 35-45.

GÓMEZ TOMILLO, M., JAVATO MARTÍN, A., TAPIA BALLESTEROS, P., «Introducción: Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado», VV.AA., *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 15-19.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Decomiso y embargo de bienes», *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2015 suplemento, 2006, págs. 13-19.

_____ «El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa», VV.AA., *La Reforma del Código Penal tras 10 años de Vigencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 53-79.

GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J., «Ejecución de resoluciones de decomiso», VV.AA., *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch-Universidad de Brugos, Barcelona, 2007, págs. 371-395.

GÓRRIZ ROYO, E. M., «Demolición, reposición, responsabilidad civil y comiso en los delitos sobre la ordenación del territorio: el apdo. 3º art. 319 CP (conforme a la LO5/2010, de 22 de junio)», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, págs. 121-200.

GÖSSEL, K. H., *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político criminales*, Porrúa, México, 2002.

_____ «La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 45, 1991, págs. 673-693.

GRACIA MARTÍN, L., «La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 2010, págs. 27-72.

_____ «Globalización económica y derecho penal global», VV.AA., *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 367-390.

_____ «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, págs. 1-22.

_____ (coord.) *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

_____ (coord.), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2012.

GUINARTE CABADA, G., «Título VI. De las consecuencias accesorias», VV.AA., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

HABERMAS, J., «El valle de lágrimas de la globalización», *Claves de razón práctica*, num. 109, 2001, págs. 4-10.

HASSEMER, W., «Los rostros del Derecho penal», *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, núm. 31, 2004, págs. 105-116.

_____ «Perspectivas del Derecho penal futuro», *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, 1998, págs. 37-42.

_____ «Localización de ganancias: ahora con el Derecho penal», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 1, 1998, págs. 217-220.

_____ «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 15, 1990-1991, págs. 181-198.

HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y a la política criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

_____ *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

HAVA GARCÍA, E., «Capítulo 18. Comiso (art. 127 y Disposición Final Sexta)», VV.AA., *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

HELLMAN, J., GERAIN, J., KAUFMANN, D., «Capture al Estado, Capture el día. Captura del Estado, Corrupción, e Influencia en la Transición», *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 21, 2001, págs. 35-62.

HELLMAN, J., KAUFMANN, D., «La captura del Estado en las economías de transición», *Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, vol. 38, núm. 3, 2001, págs. 31-35.

HUBER, B., «El comiso de las ganancias en el Derecho penal. Con especial referencia a la legislación sobre drogas», *Actualidad Penal*, núm. 17, 1990, págs. 163-176.

HURTADO, POZO, J. «Globalización y delincuencia organizada», VV.AA., *Orientaciones de la política criminal legislativa*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, págs. 17-29.

IRURZUN MONTORO, F., «Últimos avances y propuestas de la Unión Europea en la cooperación judicial penal», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 10, 2002, págs. 111-126.

BIBLIOGRAFÍA

JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006.

JARILLO ALDEANUEVA, A., «Globalización: concepto y papel del Estado», *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 18, 2001, págs. 215-234.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos», *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011, págs. 91-116.

JORGE BARREIRO, A., «Directrices político-criminales y aspectos básicos del sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *Actualidad Penal*, núm. 23, 2000, págs. 487-517.

_____ «El sistema de sanciones del código penal español de 1995», VV.AA., *La reforma de la Justicia Penal*, Publicaciones de la Universitat Jaume I, España, 1997, págs. 77-135.

JORGE BARREIRO, A., BACIGALUPO SAGGESE, S., «Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias del delito en el código penal. La extinción de la responsabilidad penal. La responsabilidad civil derivada del delito», VV.AA., *Introducción al Derecho Penal*, Thomson Reuters Civitas, España, 2011, págs. 321-354.

JUANES PECES, Á., «Principios inspiradores de la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», VV.AA., *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010.

KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001.

KLASS, R., *Delincuencia Transnacional organizada*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011.

LAMPE, E. J., «El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero», *Estudios penales y criminológicos*, núm. 20, 1999, págs. 103-148.

LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2005.

_____ «La represión de la delincuencia económica», *Jueces para la Democracia*, núm. 31, 1998, págs. 31-45.

LARRAURI, E., «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, págs. 15-22.

_____ «Criminología crítica: abolicionismo y garantismo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 50, fasc. 1, 1997, págs. 133-168.

LESH, H., *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La persona jurídica en el proceso penal. Un análisis desde la perspectiva procesal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 29, 2013, 22 págs.

BIBLIOGRAFÍA

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (coord.), *Código Penal comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Colección Tribunal Supremo, El Derecho, 2ª ed., Madrid, 2011.

LÓPEZ CÁRCAMO, I., «Artículo 11.- Determinación de las sanciones y decomiso», VV.AA., *Ley de la potestad sancionadora. Comentario Sistemático*, Lete, Bilbao, 2006, págs. 201-208.

LORCA NAVARRETE, A. M., «Garantismo y Derecho Procesal ¿Una aporía del método constitucional?», *Revista de Actualidad Jurídica en Derecho Procesal*, vol. 3, núm. 3, 2009, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2134> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

LUZÓN PEÑA, D. M., «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», VV.AA., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 545-551.

_____ «El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia», *Jueces para la Democracia*, núm. 14, 1991, págs. 50-61.

MAGRO SERVET, V., «La pena de comiso del vehículo automotor y ciclomotores en los delitos contra la seguridad del tráfico tras la Ley Orgánica 5/20010», *Tráfico y Seguridad Vial*, núm. 146, 2011, págs. 1-11.

MAGUELONE ZODER, I., «Las consecuencias jurídicas económicas del delito», VV.AA., *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 163-187.

MALEM SEÑA, J. F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002.

MANES, V., «La incidencia de las “decisiones marco” en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-07, 2007, págs. 1-20.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Perspectivas de reforma y estrategia de la Unión Europea en la represión del tráfico de drogas», VV.AA., *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 685-724.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Comentarios a la reforma de la parte general del Código Penal conforme al nuevo anteproyecto de Ley Orgánica (y IV), de la responsabilidad civil, las costas, las consecuencias accesorias y la extinción de la responsabilidad criminal (artículos 109 a 137)», *Diario La Ley*, núm. 8003, 2013, págs. 1-7.

_____ «Notas sobre el comiso y la propiedad de terceros», *Actualidad Penal*, núm. 24/9, 1997, págs. 521-541.

_____ «La pena de multa», *Diario La Ley*, núm. 2, 1996, pág. 1-13.

_____ «Aproximación al comiso del nuevo artículo 344 bis e) del Código Penal (Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. «B.O.E.» de 26 del mismo mes», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núms. 1500, 1501 y 1502, 1988, págs. 3795-3814.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «El Comiso y la caución en la propuesta de nuevo anteproyecto de Código Penal», *Boletín de Información, Ministerio de Justicia*, núm. 1342, 1984, págs. 3-10.

_____ *Las penas patrimoniales en el código penal español. Tras la ley orgánica 8/1983*, Bosch, Barcelona, 1983.

_____ «La pena de comiso en el proyecto de Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 34, fasc. 2 y 3, 1981, págs. 613-634.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, 5ª ed., Cizur Menor, 2011.

_____ «Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva», *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 2006, págs. 59-74.

_____ *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson Civitas, 4ª ed., Cizur Menor, 2005.

_____ «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *Revista Penal*, núm. 1, 1998, págs. 43-54.

MAPELLI CAFFARENA, B., TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª de., Civitas, Madrid, 1996.

MAQUEDA ABREU, M. L., «Crítica a la reforma penal anunciada», *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, págs. 6-11.

MARCILLA CÓRDOBA, G., «Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional (A propósito del libro de J. L. Díez Ripollés. ‘La racionalidad de las leyes penales’)», *Jueces para la Democracia*, núm. 52, 2005, págs. 54-62.

MARONDA FRUTOS, J. L., TENA FRANCO, M. I., «El comiso y secuestro de objetos para fines probatorios no cautelares», VV.AA., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 197-265.

MARTÍN BARBERO, I., «Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera», *Boletín Económico de ICE (Información Comercial Española)*, núm. 2008, 2004, págs. 25-34.

MARTÍN MARTÍN, A. J., «Jurisprudencia reciente sobre el delito de blanqueo de capitales», *Revista de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, julio-agosto 2010, págs. 1943-1983.

MARTÍN PÉREZ, J. A., «El comiso de bienes propiedad de «tercero»: análisis del respeto de las reglas sobre titularidad por las sentencias penales (A propósito del Auto TC 125/2004, de 19 de abril)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, año 13, 2005, págs. 225-258.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «La dimensión internacional del blanqueo de dinero», VV.AA., *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 179-270.

MARTÍNEZ MONTIJANO, M. DEL C., GOLDEROS CEBRIÁN, J., *Manual para la ejecución de las penas y medidas de seguridad*, Colex, Madrid, 1999.

BIBLIOGRAFÍA

MIR PUIG, S., «Contexto internacional y español de la contrarreforma del Derecho penal español», VV.AA., *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, págs. 15-32.

_____ «Constitución, Derecho penal y globalización», VV.AA., *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, págs. 3-13.

_____ *Estado, pena y delito*, B de F, Montevideo, 2006.

_____ «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, págs. 1-17.

_____ *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Bosch, Barcelona, 1986.

MOCCIA, S., «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales», VV.AA., *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 113-142.

MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, Temis, Bogotá, 1999.

MONTEIRO GUEDES VALENTE, M., «La cooperación en materia procesal penal. Los engaños y las ilusiones formales de los instrumentos jurídicos europeos e internacionales», *Diario La Ley*, núm. 6914, 2008, págs. 1-12.

MONTESQUIEU, C. L. D. S., *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1980.

MORÁN MARTÍNEZ, R. A., «El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de su aplicación en España», VV.AA., *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 379-410.

_____ «La decisión marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas», VV.AA., *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 61-73.

_____ «El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco», VV.AA., *Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 381-416.

MORENO CATENA, V. M., «El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma», VV.VV., *Sistemas Penales Europeos*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, Madrid, 2002, págs. 13-62.

MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.

MORÓN PALOMINO, M., «Indicio de criminalidad, presunción de inocencia y principio «pro reo» en la aplicación de la ley penal», VV.AA., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum: en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, págs. 1003-1019.

MUÑOZ CONDE, F., «La herencia de Franz Von Liszt», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, 2011, págs. 22-36.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «De la prohibición de autoincriminación al Derecho Procesal Penal del enemigo», VV.AA., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, vol. III, Coimbra, 2009, págs. 1013-1039.

_____ «Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 de noviembre de 2008», *Revista Penal*, núm. 25, 2009, págs. 108-121.

_____ *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 2003.

_____ «Los arrepentidos en el caso de criminalidad o delincuencia organizada», VV.AA., *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, págs. 143-156.

MUÑOZ CUESTA, F. J., «El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 6, 2004, págs. 293-297.

MUÑOZ ROJAS, T., «La prevención y la represión del contrabando (Ley 12/1995)», *Diario La Ley*, núm. 5, 1999, págs. 1397-1399.

NÚÑEZ CAMACHO, M. DE LA L., *El fenómeno del lavado de dinero en México. Causas, efectos y propuestas para reforzar su combate*, Porrúa, México, 2008.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A., «Una propuesta de regulación del comiso», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 14, 2005, págs. 73-101.

OCHOA ROMERO, R. A., *La justificación de la pena*, Porrúa, México, 2010.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico del derecho y política criminal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2 extra, 2004, págs. 31-74.

_____ «La referencia político-criminal en el Derecho Penal contemporáneo (¿Es el Derecho Penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)», VV.AA., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 859-894.

ORTIZ DE ZÁRATE HIERRO, F. J., «La pena de comiso de vehículo de motor y ciclomotor en los delitos contra la seguridad del tráfico en el código penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2011, 2011, págs. 1-4.

OTERO PARGA, M., «Ventajas e inconvenientes de la mediación», VV.AA., *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 144-157.

_____ *La dignidad y la solidaridad. Dos derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2006.

_____ *A seguridade no Dereito*, Colección Dereito, núm. 15/2003, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 2003.

_____ *Valores Constitucionales*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2001.

_____ *Las fuentes del Derecho*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2001.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «La experiencia jurídica en el poder normativo», VV.AA., *Manual de Filosofía del Derecho*, Colex, Madrid, 2000, págs. 115-123.

PALAZZO, F., «Principio de última ratio e hipertrofia del Derecho Penal», VV.AA., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 433-442.

PALOMO DEL ARCO, A., «Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro estado europeo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 21, mayo 2010, págs. 115-183.

_____ «Asistencia internacional en la delincuencia económica», VV.AA., *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 105-147.

PARRA GONZÁLEZ, A. V., «La orientación político-criminal del proyecto de reforma del Código Penal», VV.AA., *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma al Código Penal*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2009, págs. 11-34.

PEDRAZ PENALVA, E., «El Derecho Procesal como sistema de garantías», *Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992, págs. 17-19.

PEÑA FREIRE, A. M., «Garantismo y derechos fundamentales», VV.AA., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 749-771.

PÉREZ CEBADERA, M. A., «Presunción de inocencia y decomiso: ¿es necesario establecer una presunción legal para probar el origen ilícito de los bienes?», VV.AA., *La justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Majadahonda, 2008, págs. 71-80.

PÉREZ CEPEDA, A. I., «El código penal de la seguridad. Una involución en la política criminal de signo reaccionario», VV.AA., *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, Universidad de la Rioja, Logroño, 2006, págs. 223-243.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Introducción al Derecho Procesal*, Andavira, 3ª ed., A Coruña, 2012.

_____ «Consideraciones críticas sobre la reforma procesal penal de 2002», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, núm. 7, 2003, págs. 617-622.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., FERREIRO BAAMONDE, X. X., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., *Derecho Procesal Penal*, Thomson Civitas, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B., *Ética del legislador*, Porrúa, México, 2004.

PÉREZ FERRER, F., «Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España», *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012, págs. 196-214.

PÉREZ LUÑO, A., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011.

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, 2ª ed., Barcelona, 2012.

_____ «El derecho procesal entre el garantismo y la eficiencia: Un debate mal planteado», *Advocatus*, núm. 16, 2007, págs. 81-92.

BIBLIOGRAFÍA

PINO ABAD, M., *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1999.

PINTO, M., «Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario», VV.AA., *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, págs. 13-30.

PLAZA SANJUAN. V., «Tratamiento penal de las rentas o ganancias derivadas del delito», *La Ley Penal*, núm. 17, 2005, págs. 17-33.

PORTILLA CONTRERAS, G., «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo», *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004, págs. 43-50.

POZUELO PÉREZ, L., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Demolición o comiso», *Diario La Ley*, núm. 6948, 2008, págs. 1-13.

PUENTE ABA, L. M., «La regulación del comiso en el Código Penal español», *CIIDPE Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico*, 2009, págs. 1-33.

_____ «El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena», *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, págs. 849-870.

_____ «La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código penal», *Actualidad Penal*, núm. 39, 2003, págs. 981-1008.

_____ «Novedades en la regulación del comiso según el Proyecto de Reforma del Código Penal», *Panóptico*, núm. 6, 2003, págs. 126-132.

PUY MUÑOZ, F., *Teoría Dialéctica de la Justicia Natural*, Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México, 2012.

_____ *Teoría Tópica de los Derechos Humanos*, Colex, Madrid, 2009.

_____ «Sobre demora y puntualidad judicial». Discurso leído el día 16 de Febrero de 2001 en la solemne sesión de ingreso del Académico de Número Ilmo. Sr. D. Francisco Puy Muñoz, y contestación del Ilmo. Sr. D. José Bonet Correa, Académico de Número, A Coruña, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 2005, págs. 1-64.

_____ *Derechos Humanos*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, vol. I, 1983.

_____ *El derecho a la dignidad: Homenaje a Eleuterio Elorduy, S. J.*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.

QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, págs. 1-20.

_____ «La derrota de la política criminal y del derecho penal en nuestro tiempo», *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A. C.*, núm. 19, 2007, págs. 46-72.

_____ «Franz Von Liszt y la Ciencia Penal Española», VV.AA., *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, págs. 195-208.

BIBLIOGRAFÍA

RAMÓN RIBAS, E., «Título VI. De las consecuencias accesorias», VV.AA., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

_____ «Principio de legalidad y nuevas consecuencias penales», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 11, 2004, págs. 193-226.

_____ «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?», VV.AA., *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 179-258.

_____ «La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, 2002-2003, págs. 517-564.

RAMÓN MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal: novena lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2010.

RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

RESTREPO MEDINA, M. A., *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

_____ «Instrumentación cautelar del comiso», *Revista estudios socio-jurídicos*, vol. 8, núm. 2, 2006, págs. 151-170.

_____ «El régimen jurídico de los bienes incautados por delitos de narcotráfico o en acciones de extinción de dominio desde la perspectiva del análisis económico del derecho», *Revista estudios socio-jurídicos*, vol. 4, núm. 2, 2002, págs. 242-256.

REY, F., «El devaluado derecho de propiedad privada: STC 37/1987, 26 de marzo», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 55, 2006, págs. 959-998.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «Análisis de la regulación legal de la responsabilidad de las personas jurídicas en España», VV.AA., *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, Servizo de Publicacións da Universidade da Coruña, España, 2012, págs. 197-232.

_____ «La obligada reforma del sistema penal español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 24, 2011, págs. 1-35.

_____ «Presente y futuro de la cooperación judicial penal en la Unión Europea», VV.AA., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, vol. I, Coimbra, 2009, págs. 897-933.

_____ «Asistencia judicial penal para luchar contra la corrupción, el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada. Algunos apuntes sobre el convenio de la Unión Europea de 2000», VV.AA., *Corrupción y delincuencia económica*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2008, págs. 321-385.

_____ «Globalización de la delincuencia versus globalización de la justicia penal: una lucha desigual», *Revista Xurídica Galega*, núm. 37, 2002, págs. 37-77.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «Los sistemas procesales penales frente al reto de controlar la corrupción», VV.AA., *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000, págs. 73-78.

_____ *El consenso en el proceso penal español*, Bosch. Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., CONTRERAS ALFARO, L. H., «Algunas reflexiones acerca de la utilización del principio de oportunidad como instrumento de política criminal en el diseño del Derecho Procesal Penal del siglo XXI», *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2006, págs. 53-106.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., FERNANDES ANDRADE, F., «Análisis crítico de la posible utilización del principio de oportunidad en el enjuiciamiento penal de los delitos de corrupción», *Justicia: Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2012, págs. 253-322.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, C., «Embargo preventivo y decomiso en la Unión Europea: problemas prácticos», *Estudios jurídicos*, núm. 2011, 2011, págs. 1-15.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «La política europea en materia de comiso», VV.AA., *Las sanciones penales en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 399-438.

_____ «5. Novedades introducidas por la reforma de 2003», VV.AA., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

ROMERO MUÑOZ, R., «La impunidad como factor criminógeno», *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, núm. 8, 2012, 4 págs.

ROPERO CARRASCO, J., «La necesaria armonización legislativa en el tratamiento de la delincuencia organizada», VV.AA., *Instrumentos internacionales en la lucha contra la delincuencia organizada*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 65-123.

ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

_____ *Derecho Penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, C., ARTZ G., TIEDEMANN, K., *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989.

RUANO MOCHALES, T., «Apuntes sobre el Proyecto de Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo», *Diario La Ley*, núm. 7352, 2010, págs. 1-16.

RUBIO PARDO, M., «La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada», *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, núm. 25, 2001, págs. 93-102.

RUEDA GARCÍA, L., «La reforma del comiso y su adaptación al Derecho Europeo», VV.AA., *La adecuación del Derecho Penal Español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 215-230.

BIBLIOGRAFÍA

RUIZ MORENO, J. M., «Comiso de bien ganancial acordado contra cónyuge del condenado al considerarse que tuvo suficiente conocimiento de la actuación judicial (TC 1ª S 151/2001, 15 julio)», *Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 7, 2003, págs. 45-48.

RUIZ VADILLO, E., «Algunas consideraciones sobre la delincuencia económica y la colaboración de los estados en la lucha contra este delito», VV.AA., *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, págs. 637-650.

SAAVEDRA RUIZ, J., *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2007.

SALAS CARCELLER, A., «Consecuencias accesorias», VV.AA., *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 323-347.

SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., La acción como derecho a la tutela judicial efectiva, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-2, 2010, págs. 167-187.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ HUETE, M. A., «La modificación del Código Penal (LO 5/2010) y sus implicaciones en la legislación tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 4/2011, 2011, págs. 1-17.

SERRANO TÁRRAGA, M. D., «La expansión del Derecho Penal en el ámbito de la delincuencia económica. La tutela penal de los mercados financieros», *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 18, núm. 1, 2005, págs. 213-237.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales», VV.AA., *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 132-139.

_____ «El contexto del anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», VV.AA., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, págs. 15-34.

_____ «El populismo punitivo», *Escritura Pública*, núm. 55, 2009, págs. 15-22.

_____ «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, núm. 86-87, 2008, págs. 149-171.

_____ *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo B de F, 2ª ed. reimp., Buenos Aires, 2006.

_____ «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2006, págs. 1-15.

_____ «Retos científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 9, segunda época, 2002, págs. 83-101.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «Reflexiones sobre las bases de la política criminal», VV.AA., *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, págs. 209-217.

SOKOL, M., «Presentación», VV.AA., *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 9-11.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Una visión jurisprudencial de los delitos de tráfico de drogas», *Revista del Poder Judicial*, núm. 74, 2004, págs. 65-92.

TAMARIT SUMALLA, J. M., «La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma», VV.AA., *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirano lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 79-85.

_____ «Política criminal con bases empíricas en España», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en materias Penales*, núm. 3, 2007, A8, págs. 1-16.

_____ «Sistema de sanciones y política criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007.

TÉLLEZ AGUILERA, A., «La reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, núm. 1, Enero 2004, 23 págs.

TIEDEMANN, K., «La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 49, fasc. 2, 1996, págs. 385-405.

TINOCO PASTRANA, Á., «La cooperación y la asistencia judicial penal en la Unión Europea. La orden europea de detención y entrega», *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, vol. 12, núm. 1, 2009, págs. 59-80.

TRILLO NAVARRO, J. P., *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia económica*, Dykinson, Madrid, 2008.

TWINING, W., *Derecho y globalización*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2003.

VALERO MONTENEGRO, L. H., «Los bienes equivalentes el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal», *Revista Vía Iuris*, núm. 6, Enero-Junio 2009, págs. 71-89.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, La Ley, Las Rozas, 2010.

_____ *Nuevo Código Penal Comentado*, Edersa, Madrid, 1996.

VERVAELE, J. A. E., «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los Estados Unidos», *Actualidad Penal*, núm. 14, 1999, págs. 291-315.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el derecho penal?», *Revista Penal*, núm. 2, 1998, págs. 67-80.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», VV.AA., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vivés Antón)*, Tirant lo Blanch, tomo II, Valencia, 2009, págs. 1989-2005.

VILATA MENADAS, S., «Sobre el comiso de bienes propiedad de tercero», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2002, págs. 1-11.

VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P., «Derecho Penal: algunas reformas necesarias en la actual legislatura», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2005, págs. 1505-1516.

_____ «La comisión técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2004, págs. 1614-1629.

VIVES ANTÓN, T. S., «Defensa de un pedazo de papel», VV.AA., *Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 227-229.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Delitos contra la seguridad vial», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-02, 2011, págs. 1-44.

_____«El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas», *Revista Penal*, núm. 19, 2007, págs. 162-178.

_____«El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, págs. 1673-1679.

_____«El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 6, 2006, págs. 1-31.

WITKER VELÁSQUEZ, J. A., *Derecho del comercio exterior*, UNAM, México, 2011.

_____«Globalización y delitos económicos», VV. AA., *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, UNAM, México, 2007, tomo III, págs. 579-601, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2428/28.pdf> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

ZAFFARONI, E. R., *El humanismo en el derecho penal*, Ubijus, México, 2009.

_____ *Apuntes sobre el pensamiento en el tiempo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

_____«Abolicionismo y garantías», *Jueces para la Democracia*, núm. 24, 1994, págs. 23-25.

_____«La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 42, fasc. 2, 1989, págs. 521-552.

BIBLIOGRAFÍA

_____ «Globalización y crimen organizado», en <http://www.penal.org/IMG/Guadalajara-Zaffaroni.pdf> consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

ZAMBRANO PASQUEL, A., *Delincuencia organizada trasnacional. Doctrina penal constitucional y práctica penal*, Edilex, Guayaquil, 2011.

ZARAGOZA AGUADO, J. A., «El comiso de bienes», VV.AA., *Corrupción y delincuencia económica*, Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2008, págs. 401-446.

_____ «La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado», VV.AA., *Las últimas reformas penales II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 11-61.

ZÁRATE CONDE, A., «Consideraciones acerca de la nueva regulación del comiso prevista por el anteproyecto de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8019, 2013, págs. 1-4.

ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, Editoriales del Derecho Reunidas, Madrid, 1979.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?», *Cuadernos de política criminal*, núm. 79, 2003, págs. 109-123.

_____ «Las “consecuencias accesorias” aplicables como penas a las personas jurídicas en el cp español», VV.AA., *Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, Madrid, 1999, págs. 325-336.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones», VV.AA., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 6, Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, págs. 303-326.

VV.AA., *Código Penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*, El Derecho, Madrid, 2011.

_____ *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Sepin, Pozuelo de Alarcón (Madrid), 2006.

_____ *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, 4ª ed., Las Rozas (Madrid), 2011.

_____ *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

_____ *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2007.

_____ *Comentarios al Código Penal*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2007.

_____ *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

_____ *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

_____ *Comentarios al Código Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- _____ *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- _____ *Crimen organizado. Realidad jurídica y herramientas de investigación*, Porrúa, México, 2010.
- _____ *Crimen organizado. Tipicidad, política, investigación y proceso*, Ara, Perú, 2009.
- _____ *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.
- _____ *Delincuencia Transnacional organizada*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011.
- _____ *Derecho Procesal Penal*, Thomson Civitas, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2010.
- _____ *El código penal español visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.
- _____ *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- _____ *Entrevista con el Profesor Karl-Heinz Gössel*, Revista de Derecho Penal y Criminología, vol. 27, núm. 80, 2006.
- _____ *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

_____ *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

_____ *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

_____ *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

_____ *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007.

_____ *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio. Situación Jurídico-Penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010.

_____ *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales. Extinción de la responsabilidad criminal*, Bosch, Barcelona, 1998.

_____ *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

OTROS

Boletín Oficial del Estado, (BOE), núm. 297, 12 de diciembre de 1973, págs. 24004-24018.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 223, 17 de septiembre de 1982, págs. 25166-25174.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 152, 27 de junio de 1983, págs. 17909-17919.

BIBLIOGRAFÍA

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 74, 26 de marzo de 1988, págs. 9498-9499.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 270, 10 de noviembre de 1990, págs. 33062-33074.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 181, 30 de julio de 1991, págs. 25108-25111.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 281, 24 de noviembre de 1995, págs. 33987-34058.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 252, 21 de octubre de 1998, págs. 34713-34726.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 233, 29 de septiembre de 2003, págs. 35280-35297.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 283, 26 de noviembre de 2003, págs. 41842-41875.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 134, 26 de noviembre de 2003, págs. 41842-41875.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 134, 6 de junio de 2006, pág. 21207.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 134, 6 de junio de 2006, págs. 21218-21229.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 171, 19 de julio de 2006, págs. 27132-27153.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 61, sec. I, 11 de marzo de 2010, págs. 24473-24495.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 152, sec. I, 23 de junio de 2010, págs. 54811-54883.

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 155, sec. I, 26 de junio de 2010, págs. 56174-56215.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos en [http://3unodc.org/documents/treaties/ UNTOC/Publications/TOC%20 Convention/TOCebook-s.pdf](http://3unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf) consultado por última vez el 15 de septiembre de 2013.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de fecha 15 de noviembre de 2000.

Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 333, 9 de diciembre de 1998, págs. 1-3.

Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 196, 2 de agosto de 2003, págs. 45-55.

Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 13, 20 de enero de 2004, págs. 44-48.

Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 335, 11 de noviembre de 2004, págs. 8-11.

Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 68, 15 de marzo de 2005, págs. 49-51.

Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 328, 24 de noviembre de 2006, págs. 59-78.

BIBLIOGRAFÍA

Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), serie L, núm. 300, de fecha 11 de noviembre de 2008, págs. 42-45.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 140, 14 de junio de 2000, págs. 1-3.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 182, 5 de julio de 2001, págs. 1-2.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 164, 22 de junio de 2002, págs. 3-7.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 203, 1 de agosto de 2002, págs. 1-4.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie L, núm. 328, 5 de diciembre de 2002, págs. 1-3.