

DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida.

I) INTRODUCCIÓN - CONSIDERACIONES PREVIAS

Teniendo presente los términos de la asignación efectuada a la Delegación de Uruguay en oportunidad de la XXXI Reunión del GLAVEX, corresponde precisar que el presente documento no pretende otra cosa que -a partir de la consideración de desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales con respecto al instituto del decomiso-, constituir un aporte para el análisis y la discusión que permita en definitiva superar dificultades que se presentan en oportunidad de encarar el decomiso de bienes de origen ilícito, en función de su conceptualización tradicional como pena accesoria.

Habida cuenta de que el significado otorgado al término decomiso no es el mismo en todos los ordenamientos jurídicos, y a efectos de prevenir eventuales confusiones, corresponde efectuar una precisión de orden conceptual: el presente análisis refiere al decomiso como pérdida definitiva de la propiedad en favor del Estado, de bienes relacionados con la comisión de un delito, por decisión de un Tribunal.

Esa definitividad es precisamente lo que distingue al decomiso de las medidas cautelares que pueden ser adoptadas sobre determinados bienes al inicio o durante la sustanciación del proceso penal, las cuales por definición poseen carácter asegurativo y no causan estado.

Las cuestiones relativas al decomiso de bienes de origen ilícito adquiere especial relevancia, cuando el accionar de las organizaciones delictivas dedicadas al tráfico ilícito de drogas, trata de personas, tráfico ilícito de armas, contrabando, etc. -que operan cada vez más en función de esquemas corporativos aprovechando las ventajas que ofrece una economía mundial globalizada- genera cuantiosas ganancias, que además del beneficio directo que representan para sus integrantes, contribuyen a continuar financiando actividades ilícitas a gran escala.

Del mismo modo, resulta de fundamental importancia contar con instrumentos adecuados que permitan la recuperación de activos provenientes de delitos de corrupción, que suelen ser por cierto considerables cuando tales ilícitos se cometen en los altos niveles institucionales.

Las consecuencias jurídicas patrimoniales jugaban un papel secundario en el Derecho Penal clásico, cuya preocupación central se ubicaba en la sanción del autor de la infracción penal en tanto que individuo, pero en la actualidad aparece como necesario dentro del campo de la represión de la criminalidad organizada y la corrupción un perfil de investigación orientado al patrimonio de origen criminal, su embargo y confiscación¹.

Cuando los beneficios económicos que el delito puede reportar son de tal magnitud, puede decirse que la eventualidad de la prisión como resultado de la persecución penal, aparece como un riesgo calculado y asumido por el delincuente. Las ganancias a obtener pasan entonces a justificar el riesgo.

En ese marco, frente a delitos que tanto pueden afectar el orden socio económico y las bases institucionales mismas del Estado de Derecho, se impone la búsqueda de medios jurídicos que resulten eficaces para privar a sus responsables, de cualquier beneficio económico derivado de la comisión de esos delitos.

Ahora bien, en esa búsqueda debe tenerse presente en todo momento el sistema de garantías de los derechos y las libertades fundamentales, desde que la situación amerita una actuación firme de los poderes públicos, despojada de ingenuidad sí, pero sin ceder al facilismo que ofrece la tentación de priorizar eficacia por sobre legitimidad, siendo que esta última debe ser siempre el rasgo distintivo de los ordenamientos jurídicos democráticos.

La eficacia no puede estar reñida con las garantías constitucionales. El *ius puniendi* debe implantarse conjuntamente con los derechos fundamentales. Lo contrario lleva a la negación del Estado de Derecho.²

Entre los instrumentos para la privación de ganancias ilícitas, cabe distinguir a nivel continental, dos institutos que se diferencian sustancialmente de la figura jurídica del decomiso tal como ha sido tradicionalmente consagrada en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos.

La legislación de los Estados Unidos de América por su parte, establece el decomiso civil "*in rem*"³, basado sustancialmente en la ficción de que "la cosa es la que

1 Conf. Vervaele, J.A.E., "Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal?", disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_39.pdf

2 Cereijo Soto, Antonio, "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la UE de las resoluciones judiciales de decomiso", en Diario La Ley Nº 7457, Sección Doctrina, disponible en <http://www.diariolaley.laley.es>

3 US Code, Título 18, Capítulo 46, Secciones 981 y ss con las modificaciones introducidas por la Civil Asset

delinque”, como resultado de la aplicación de la teoría de la personificación - que ubica sus orígenes en el derecho marítimo⁴- según la cual un objeto inanimado es imbuido de una personalidad que lo hace responsable por sus acciones. La acción persigue al objeto, independientemente de su propietario.

Dejando aún de lado las críticas que la aplicación del decomiso civil ha merecido en el propio ámbito en que fue establecida⁵, parece claro que dicha figura resulta completamente ajena a los sistemas jurídicos de derecho continental, lo que nos lleva a considerar que es difícil que la misma pueda representar para los países latinoamericanos, una alternativa plausible para la resolución de los problemas que presenta el decomiso de bienes de origen delictivo.

Luego, la legislación colombiana ha desarrollado la acción de extinción de dominio. La norma de creación -Ley 333/996-, encuentra su apoyo sustancial en la reforma del art. 34 de la Constitución de la República de Colombia del año 1991, que habilita la declaración por sentencia judicial de la extinción de dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social, partiendo de la base de que conforme al art. 58 de la Carta Fundamental, la propiedad que se garantiza es aquella que se adquiere conforme a derecho. La acción de extinción de dominio se define como una acción de naturaleza constitucional, de carácter real en tanto recae sobre los bienes independiente del titular y de que exista juicio penal, siendo imprescriptible y de aplicación retroactiva.

Cabe consignar que aún en la coyuntura particular que dio lugar a la aprobación de la norma originaria, uno de cuyos aspectos era la terminación de procesos penales por muerte que impedía el pronunciamiento judicial sobre los bienes adquiridos con dineros provenientes de actividades ilícitas, la implementación de dicho modelo no fue sencilla, requiriendo que la Corte Suprema debiera pronunciarse en diversas oportunidades sobre si algunas de sus disposiciones podían considerarse exequibles⁶ y determinó primero la suspensión de la Ley 333/996 por el Decreto 1975/2002 amparado en la declaración de Estado de Conmoción Interior de agosto

Forfeiture Reform Act del año 2000.

4 v. <http://www.juridicaldictionary.com>; “Arresting the right ship: Procedural theory, the personam link and conflict of laws”, Paul Myburgh, disponible en <http://www.maritimelaw.org.nz/mybyrg/Force.pdf>

5 V. p.ej. “Policing for Profit. The Abuse of Civil Assets Forfeiture”, Maríán R. Williams y otros, Institute of Justice, Marzo 2010, disponible en http://www.ij.org/index.php?option=com_content&task=view&id=3114&Itemid=165; “Presumed Guilty”, Andrew Schneider y Mary Pat Flaherty, The Pittsburg Press Co., 1991, disponible en <http://256.com/gray/presume/editorials.html>.

⁶ V. gr. Sentencias C 374/97 de 23/8/1997 y C 409/97 de 28-8-97, disponibles en <http://www.cortesuprema.gov.co>

de 2002 y luego su sustitución por la Ley 793 del 27 de diciembre de 2002.⁷

La acción de extinción de dominio ha logrado en definitiva un funcionamiento exitoso en el contexto colombiano y si bien es cierto que su modelo ha sido recogido por otras legislaciones⁸, su extrapolación ha demostrado no ser sencilla, generando no poca resistencia en los nuevos ámbitos, lo cual ha venido dificultando en gran medida su aplicación práctica.

Por lo tanto, consideramos que aparece como una tarea necesaria la exploración de otros caminos que permitan ofrecer una alternativa viable para la consecución de la finalidad enunciada al principio y en esa dirección estimamos que el modelo adoptado por la legislación española, ubicando al decomiso como consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita, se presenta como un modelo interesante para analizar, dada la similitud de su sistema jurídico con la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos.

Finalmente, corresponde precisar que este trabajo no abordará el tema concerniente a las medidas cautelares habida cuenta de que responden a una finalidad diferente que el instituto del decomiso y porque en definitiva la determinación del ámbito y alcance de este último, incidirá en definitiva sobre el ámbito y alcance de las medidas cautelares a sobre los bienes en el marco del proceso penal. Tampoco abordará por razones de extensión y porque justificarían un tratamiento por separado, la cuestión relativa a la de medidas de corte punitivo a las personas jurídicas.

II) NATURALEZA JURÍDICA DEL DECOMISO

La importancia de determinar cuál es la naturaleza jurídica del instituto, radica en que la que en definitiva se le atribuya, condicionará su alcance, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, como se verá.

Tradicionalmente el decomiso ha sido considerado como una pena accesoria, y por ende asociada a una condena, que se orienta sustancialmente a la privación de los

7 v. “Extinción de Dominio en Colombia”, Gómez, Margarita y otros, Facultad de Finanzas y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, Noviembre 2002, disponible en <http://atecex.uexternado.edu.co/aed/trabajos/EXTINCIONDEDOMINIO.pdf>

8 v.gr. En el Perú, por Decreto Legislativo N° 992 de julio de 2007 se instituyó la acción de pérdida de dominio originariamente con caracteres similares a la legislación colombiana, siendo sustituido por Ley N° 29212 de abril de 2008; en México, con fecha 29 de mayo de 2009, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la “Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

objetos materiales empleados para la realización del tipo objetivo –los instrumentos del delito- como a sus efectos, esto es los objetos que son obtenidos mediante la realización de la conducta típica.

Estos últimos pueden abarcar tanto los objetos inmediatamente provenientes del delito como aquellos que provengan en forma mediata en tanto la legislación no establezca restricciones.⁹ Algunos ordenamientos jurídicos como el español, refieren particularmente al decomiso de ganancias.

El decomiso también ha sido calificado como una medida de seguridad o una medida de seguridad especial basada en la peligrosidad objetiva, instrumental.¹⁰

Ahora bien, el fundamento del decomiso, puede ser ubicado en la peligrosidad objetiva de determinados bienes, con la finalidad de impedir que tales objetos se empleen en la comisión de futuros delitos –eso se puede apreciar claramente en el caso de los instrumentos-, o bien responder a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de un delito, tal el caso del decomiso del producto en sentido amplio y más específicamente el de ganancias.¹¹

En ese marco, han surgido cuestionamientos con respecto a la conceptualización del decomiso como pena o como medida de seguridad.

Así se ha señalado que no se trataría de una pena, porque no persigue imponer un mal que sea sentido como -tal la función retributiva que en cierta medida cumplen las penas en función del grado de culpabilidad del agente-, sino exclusivamente preventiva, obedeciendo su imposición a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos. Tampoco de una medida de seguridad, ya sea porque no posee funciones reeducativas o de mejora, no se asienta en la peligrosidad del responsable, o bien por considerar que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente.¹²

Al respecto, resulta oportuno señalar que el Tribunal Europeo de Derechos

9 Conf. Zaffaroni, R., Tratado de D. Penal. Parte General T. IV, pág. 259 y ss.

10 Mir Puig, Santiago, Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas- disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf> ; Udo Ebert – Derecho Penal – Parte General – Ed. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo UAEH, 2005, pag. 357

11 Conf. Luz Ma. Puente Aba “La regulación del comiso en el D. Penal Español” disponible en [www.ciidpe.com.ar/area1/regulacion del comiso. puente aba.pdf](http://www.ciidpe.com.ar/area1/regulacion%20del%20comiso.puente%20aba.pdf)

12 v. Zaragoza Aguado, Javier, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”, Cuadernos de derecho judicial num. 10, pag. 19-20.

Humanos, que inicialmente había considerado al decomiso como una sanción penal (*caso Welch*), le niega actualmente en sus pronunciamientos el carácter punitivo, otorgándole sustancialmente la calidad de medida preventiva destinada a retirar de circulación los activos vinculados a la comisión de un delito.¹³

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional alemán ha entendido que el decomiso de las ventajas patrimoniales procedentes del delito no persigue reprochar al acusado la realización del hecho antijurídico, sino que tiene como objetivo conseguir fines ordenadores del patrimonio y estabilizadores de la norma, a efectos de remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos y corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos.¹⁴

III) EL DECOMISO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.-

La necesidad de facilitar la persecución de las ganancias de origen ilícito en el contexto a que hiciéramos referencia al principio, ha llevado a que los instrumentos jurídicos internacionales insistan en la ampliación del decomiso tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

En tal sentido, la Convención de Viena (Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988), luego de definir al decomiso como *“la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal u otra autoridad competente”*¹⁵, requiere la adopción por parte de los Estados, de medidas que le otorguen un alcance más amplio que el atribuido tradicionalmente, con la única limitación de los derechos de los terceros de buena fe¹⁶. Así se prevé, además del decomiso de los instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados conforme a la misma y el del producto derivado de éstos, el de:

-bienes por valor equivalente;

13 v. Isidoro Blanco Cordero, “Comiso ampliado y presunción de inocencia” en “Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos contemporáneos de la Política Criminal”.

14 Idem. cita anterior

15 Artículo 1º, lit. f)

16 Artículo 5 num. 8

-bienes en que se haya transformado, convertido o mezclado dicho producto, en este ultimo caso hasta el valor estimado del producto mezclado;

-ingresos u otros beneficios derivados del producto y de los bienes en que éste se haya transformado, convertido o mezclado, de la misma manera y en la misma medida que el producto mezclado.¹⁷

Se entiende por producto *“los bienes obtenidos o derivados directa e indirectamente de la comisión de un delito”*¹⁸, y por bienes *“los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”*¹⁹

La Convención de Viena prevé asimismo que los Estados consideren la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen ilícito del producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que sea compatible con su derecho interno.²⁰

Los términos establecidos en la Convención de Palermo (Convención de las NNUU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Palermo en diciembre de 2000), coinciden en lo sustancial con los referidos precedentemente²¹, y del mismo modo, los contenidos en la Convención de Mérida (Convención de las NNUU contra la Corrupción, suscrita en Mérida en diciembre de 2003).²²

En el ámbito europeo, la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de la Unión Europea, considera que la prevención y represión eficaz de la delincuencia organizada requiere centrarse en el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito y particularmente en cuanto a su alcance, establece que deberán tomarse las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso, como mínimo 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 (...), que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto”*, o se trate de *“actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un*

17 Artículo 5 num. 1 lit. a), b), num. 6, lit. a), b), c).

18 Artículo 1º, lit. p)

19 Artículo 1º, lit. q)

20 Artículo 5 num. 7

21 Artículo 2, lit. d), e), g) y artículo 12

22 Artículo 2, lit. d) e) g) y artículo 31

*período anterior”, o bien “se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y (...) esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada”.*²³

También se establece que deberá estudiarse la posibilidad de adoptar el “*decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados*”²⁴

Ello condice con la línea que fuera pauta en las propuestas normativas elaboradas en el marco del Proyecto Falcone coordinado por la ciudad de Palermo y el Instituto Max-Planck desarrollado entre 1998 y 2001, que con respecto al decomiso de las ganancias de las organizaciones criminales prevé que “*el juez ordenará el comiso del dinero, los bienes y demás efectos sobre los que el imputado tenga poder de disposición y respecto de cuya legítima proveniencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos por la acusación, siempre que el valor de los mencionados bienes sea desproporcionado respecto a la renta que haya declarado o a la actividad económica que desarrolle*”, pudiéndose decomisar bienes adquiridos en un momento anterior a aquel en que se ha mantenido la actividad delictiva del condenado, cuando “*el juez disponga de elementos de hecho aptos para justificar una conexión razonable con la misma actividad delictiva*”, estableciéndose que “*se considerarán bajo el poder de disposición del autor del delito los bienes que ficticiamente figuren a nombre de terceros o que de cualquier otro modo posea a través de persona jurídica intermedia*”

25

Pueden ubicarse también en la misma dirección de ampliar el ámbito del decomiso, las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF/GAFI)²⁶ y

23 Decisión Marco 2005/212, art. 3, num. 2, lit. a), b), c)

24 Idem., num. 3

25 Conf. “Towards a European Criminal Law against organised crime. Normative Proposals of the Joint European Project to Counter Organised Crime”, disponible en <http://www.exlegi.ox.ac.uk/resources/documents/FA-Falcone%20-%20towards%20a%20european%20criminal%20law.pdf>

26 **RECOMENDACIÓN 3 (Medidas provisionales y decomiso).** *Los países deberían adoptar medidas similares a las previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo, incluyendo medidas legales, para que sus autoridades competentes puedan decomisar los activos lavados, el producto del lavado de activos o de delitos subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, o bienes por un valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.*

Estas medidas deberían incluir la facultad de: 1) identificar, localizar y valorar los activos objeto del decomiso; 2)

el Reglamento Modelo de CICAD sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros delitos graves.²⁷

IV) **EL DECOMISO COMO CONSECUENCIA ACCESORIA.-**

Como hemos visto, la conceptualización del decomiso como pena determina que se requiera necesariamente una sentencia de condena y que su imposición -dado el carácter personal de la pena- quede limitada exclusivamente al sujeto responsable del delito, y desde el punto de vista objetivo, a los bienes, productos o instrumentos vinculados con el delito por el que ha sido condenado, impidiendo o dificultando en gran medida la posibilidad del decomiso ampliado.

En aras de avanzar en la superación de tales limitaciones, y a partir de los cuestionamientos doctrinarios a las posiciones tradicionales en cuanto a su naturaleza jurídica,²⁸ el Código Penal español de 1995, inspirado por la legislación alemana, pasa a considerar al decomiso²⁹ como una consecuencia jurídica accesoria, al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad, constituyendo una sanción “sui generis”, un tercer género, cuyo fundamento resulta ajeno a la culpabilidad y a la peligrosidad criminal del sujeto, pero sujeta al principio

implementar medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o disposición de dichos bienes, 3) adoptar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del Estado para recuperar bienes sujetos a decomiso; y (4) tomar medidas de investigación apropiadas.

Los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal, o que requieran que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida en que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones nacionales.

27 Artículo 9- DECOMISO DE BIENES, PRODUCTOS O INSTRUMENTOS

1. Cuando una persona sea condenada por un delito de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, u otro incluido en la definición de actividades delictivas graves, el tribunal o la autoridad competente ordenará que los bienes, productos o instrumentos relacionados con ese delito sean decomisados y se disponga de ellos conforme a derecho.

2. Cuando por las circunstancias objetivas del caso el tribunal o la autoridad competente infiera razonablemente el origen o el destino ilícito de bienes e instrumentos, también ordenará su decomiso en la sentencia de condena, salvo que el condenado haya demostrado la procedencia lícita de los mismos.

Se considerarán circunstancias objetivas del caso, entre otras, las referidas al tiempo o modo de adquisición; aspectos personales o económicos del condenado; su giro de actividad u otras que se entiendan relevantes.

3. Cuando cualquiera de los bienes, productos o instrumentos mencionados en este Artículo, como resultado de cualquier acto u omisión del condenado, no pudieran ser decomisados, el tribunal ordenará el decomiso de cualesquiera otros bienes del condenado, por un valor equivalente u ordenará al mismo que pague una multa por dicho valor.

28 v. supra, Ap. II

29 La legislación y la doctrina española emplean indistintamente los términos “decomiso” y “comiso”.

de proporcionalidad.³⁰

Dicho cuerpo normativo, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica Nº 15/2003, del 25 de noviembre de 2003 y la Ley Orgánica Nº 5/2010, del 22 de junio de 2010, establece normas de carácter general en los arts. 127, 128 y 129 -este último dedicado a determinadas medidas aplicables a personas jurídicas-, y de carácter especial para los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales, en el art. 374.

Pueden distinguirse en el art. 127 dos tipos de decomiso: el de instrumentos y efectos del delito (la norma incluye también las faltas) y el de las ganancias derivadas de éste, aunque se trata de una misma regulación, lo que le ha valido alguna crítica, por considerar que ambas consecuencias poseen fines distintos y se rigen por principios diferentes, particularmente en el caso de ganancias en el ámbito de la delincuencia organizada.³¹ Cabe consignar que aunque manteniendo una regulación única, esta última hipótesis fue prevista expresamente a partir de la LO 5/2010 citada, mediante la inclusión de un segundo párrafo al apartado 1 del art. 127, referido concretamente al decomiso de *“efectos, bienes y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo”*.

Si bien se sigue exigiendo la existencia de una relación entre el decomiso y la infracción penal, particularmente a partir de la reforma operada mediante la LO 15/2003, la medida deja de estar condicionada a la imposición de una pena -lo que originariamente exigía que la transgresión de referencia fuera un hecho típico, antijurídico, culpable y punible- pasando a ser suficiente que se trate de una acción típica y antijurídica.

Al no exigirse la imposición de una pena en sentencia para que pueda decretarse el decomiso, se quiebra la vinculación del instituto con los principios de personalidad y accesoriedad, permitiendo que la medida pueda trascender los bienes directamente vinculados a la infracción objeto de enjuiciamiento y aún que cuando se evidencie una situación patrimonial ilícita, pueda ser adoptada -como veremos- aún cuando

30 Conf. Zaragoza Aguado, Javier, “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”, Cuadernos de derecho judicial num. 10, pag. 20-21; Luz Ma. Puente Aba, “La regulación del comiso en el D. Penal Español” disponible en [www.ciidpe.com.ar/area1/regulacion del comiso. puente aba.pdf](http://www.ciidpe.com.ar/area1/regulacion%20del%20comiso.puente%20aba.pdf).

31 Conf. Luz Ma. Puente Aba, trab. cit.; Teresa Aguado Correa, “La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, disponible en <http://www.criminet.ugr.es/recpc>

concurra una causa de exención o de extinción de la responsabilidad criminal.³²

La regulación del decomiso como consecuencia accesoria adoptada por el derecho español, contenida en la normativa general y especial vigente referida precedentemente, determina entonces la ampliación tanto del ámbito objetivo como subjetivo de aplicación de la medida.

-ÁMBITO OBJETIVO DEL DECOMISO.-

Desde la perspectiva de los bienes objeto de decomiso, la medida alcanzará:

-LAS DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS; LOS EQUIPOS, MATERIALES Y SUSTANCIAS PROHIBIDOS (ART. 374.1)³³.- Basada en la peligrosidad del objeto y pacíficamente admitida en la concepción tradicional del instituto, esta hipótesis no merece mayores comentarios. El art. 374.1 en la formulación establecida por la LO 15/2003, prevé asimismo particularmente en el caso de los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales derivados de tales delitos, el decomiso de bienes, instrumentos y ganancias, remitiéndose a la regulación general del art. 127, por lo que se aplican al respecto las consideraciones que se formularán a continuación.

-LOS EFECTOS PROVENIENTES DEL DELITO O FALTA (ART. 127.1)³⁴.- Refiere particularmente al producto directo de la infracción penal, debiendo entenderse por tales tanto aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la misma, como todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de ésta, incluso aquellos que sean objeto mismo de la acción típica³⁵

-LOS BIENES, MEDIOS O INSTRUMENTOS CON QUE SE HAYA PREPARADO O EJECUTADO (ART. 127.1).- Esta hipótesis comprende los útiles y medios utilizados

32 Conf. Circular N° 2/2005 de la Fiscalía del Estado, disponible en <http://www.fiscal.es>

33 **Artículo 374 I.** *En los delitos previstos en los artículo 301.1, párrafo segundo y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales ...*

34 **Artículo 127- I.** *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.*

35 Conf. Zaragoza Aguado, Javier, trab. cit.-

tanto en la ejecución del delito, así como en la comisión de actos preparatorios punibles. La extensión a los instrumentos empleados en actos preparatorios, fue incorporada por la LO 15/2003, despejando cualquier duda que se pudiese presentar sobre la posibilidad de decomisar lo que se ha utilizado en una fase anterior a la ejecución, ya se trate de tentativa o simple acto preparatorio punible. La reforma también incluyó los términos “bienes” y “medios”, lo que le valió algunas críticas por considerarse la definición de instrumento, como suficientemente comprensiva de todo tipo de “medio” o “bien”.³⁶

-LAS GANANCIAS PROVENIENTES DEL DELITO O FALTA, CUALESQUIERA QUE SEAN LAS TRANSFORMACIONES QUE HUBIEREN PODIDO EXPERIMENTAR (art. 374.1 y art. 127.1).- Se establece de este modo claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente con el delito.

Ahora bien, en cuanto a esta hipótesis y a efectos de prevenir que en una interpretación restringida, el término ganancias se identificara con los beneficios obtenidos por el hecho concreto que ha sido objeto de la condena, lo que conduciría a una importante limitación si no a la inaplicación de la norma en la mayoría de los casos, el Pleno de la Sala en lo Penal del Tribunal Supremo, adoptó con fecha 5 de octubre de 1998, un acuerdo asumiendo una interpretación más amplia, habilitando la aplicación del decomiso a bienes poseídos por el delincuente con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que: a) se tenga por probada la procedencia ilícita de los bienes, y b) que se respete el principio acusatorio. La procedencia ilícita podrá acreditarse mediante prueba indiciaria, no requiriéndose la identificación de las operaciones concretas de las que proceden los bienes, bastando a tal efecto que quede suficientemente probada genéricamente la actividad delictiva.^{37 38}

Constituyen indicios a considerar, aquellos tales como:

a) que el condenado venía dedicándose desde hacía tiempo a la actividad delictiva por la que fue condenado;

36 v. Teresa Aguado Correa, trab. cit., pag. 04:4 y Luz Ma. Puente Aba, trab. cit., pág. 13.

37 “Único: interpretación de los arts. 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente), adoptando la Sala la siguiente decisión:

El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete, en todo caso, el principio acusatorio”

38 Conf. Zaragoza Aguado, Javier, trab. cit., pág. 30-31; Circular N° 2/2005 de la Fiscalía General del Estado

b) que los bienes hayan sido adquiridos durante el período en el que el condenado se venía dedicando a la actividad delictiva en cuestión;

c) que los bienes a decomisar no hayan tenido una financiación lícita y acreditada, esto es rentas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial;

d) la existencia de circunstancias o procedimientos ajenos al normal tráfico económico, como ser mecanismos de opacidad en la tenencia y transmisión de los bienes, operaciones mediante transferencias a paraísos fiscales, excesivos movimientos de efectivo, etc.³⁹

La prueba por indicios requiere: a) pluralidad de hechos base o indicios, o excepcionalmente uno pero de una singular potencia acreditativa; b) necesidad de que tales hechos-base estén acreditados por prueba directa; c) que sean periféricos o concomitantes con el dato fáctico a probar; d) que exista interrelación de los indicios, de modo que se refuercen entre sí; e) racionalidad de la inferencia, que requiere la existencia de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano y de la experiencia entre los hechos base y el hecho consecuencia, y que a su vez, excluya toda duda razonable de una inferencia distinta a la obtenida; y f) que se exprese el proceso intelectual a través del cual se llegó al juicio de inferencia.⁴⁰

La constitucionalidad del citado Acuerdo del Tribunal Supremo, fue avalada por el Tribunal Constitucional al resolver impugnaciones que sostenían que el temperamento consignado en el mismo, implicaba un menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia.

En tal sentido, dicho órgano sostuvo que la presunción de inocencia opera como *“el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable”*, por lo que el derecho a la presunción de inocencia ya no está en cuestión, cuando existen pruebas a partir de las cuales los jueces y tribunales han considerado *“razonablemente acreditada”* la culpabilidad del sujeto, esto es cuando éste ya ha sido condenado.

Y en lo que refiere al derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional ha entendido que se verifica toda vez que existe una decisión motivada y fundada, esto es cuando en base a una pluralidad de indicios perfectamente acreditados y a

39 Conf. Zaragoza Aguado, Javier, trab. cit., pág. 32

40 Conf. Sentencia del Tribunal Supremo 1666/1998 de 15-4-1998 (STS 7835/1998), disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

través de un razonamiento explicitado en sus resoluciones que no pueda ser calificado de patentemente erróneo en sus presupuestos fácticos, ilógico o irrazonable, los órganos judiciales concluyen que determinados bienes del condenado fueron adquiridos -en los casos analizados por el Tribunal- con dinero procedente de la venta de estupefacientes.

Tal temperamento está en línea con la argumentación expuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de decomiso ampliado al amparo de la normativa inglesa y holandesa que prevén presunciones de orden similar, al señalar sustancialmente que el derecho a la presunción de inocencia sólo despliega sus efectos en relación con el delito concreto del que se acusa al reo, mientras que los procedimientos para decretar el decomiso no pretenden la condena o la absolución del mismo, esto es, no deciden sobre el fundamento de una acusación en materia penal, sino determinar si los activos que se ha demostrado que ha obtenido tienen origen delictivo, y de ser así, concretar la cuantía a decomisar (casos *Phillips c. Royaume-Uni*, *Butler c. Royaume-Uni* y *Geerings v. The Netherlands*).⁴¹

De todos modos, cabe la observación que el hecho de que el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo refiera de manera exclusiva a los delitos relacionados con las drogas, limita su alcance.

De acuerdo con lo que establece la norma del art. 127.1, las eventuales transformaciones de los bienes o activos que constituyen ganancias ilícitas, no obsta de modo alguno al decomiso de las mismas.

La expresión “transformaciones que hubieren podido experimentar”, no debe entenderse sólo en un sentido exclusivamente fáctico o descriptivo, sino también jurídico, lo que habilita el decomiso de los bienes en que se hayan invertido las ganancias procedentes del delito (decomiso por subrogación)⁴²

-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 (art. 127.1,

41 Conf. Blanco Cordero, Isidoro, “Comiso ampliado y presunción de inocencia” en “Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos contemporáneos de la Política Criminal”, Estudios de Derecho Penal y Criminología; v. Jorge, Guillermo, “El decomiso del producto del delito” en “Recuperación de activos de la corrupción, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

42 Conf. Circular N° 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

párrafo segundo, incorporado por la LO 5/2010⁴³).- A tal efecto se establece una presunción, entendiéndose 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, cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.

La inclusión de este párrafo responde, tal como se expresara en el “Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”⁴⁴, a la *“implementación en la legislación nacional adecuación de la normativa española a las directivas de la Decisión Marco 2005/212/JAI (...) y de la propia doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que se pronunció en el Pleno de 5-X-1998”*, esto es el pronunciamiento a que hiciéramos referencia más arriba.

Con respecto a la presunción de procedencia ilícita, el Informe citado señala que *“la incorporación de la presunción legal (...) no afecta en sí misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia”*, por cuanto *“se trata de una presunción que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto del enjuiciamiento ni en la imputación de dicha acción a personas determinadas”*, operando *“respecto de personas condenadas en un proceso penal tramitado con todas las garantías y en las que el imputado ha podido ejercer debidamente su derecho a defenderse de las acusaciones formuladas”* por lo que sus consecuencias *“son exclusivamente de carácter patrimonial y económico, derivadas en todo caso de la acreditación de la comisión de actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado, siendo además susceptible de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado.”*

Estos conceptos son reiterados con posterioridad a la aprobación de la ley, en la citada Circular Nº 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

Cabe asimismo tener por reproducidas aquí, las referencias efectuadas más arriba con respecto a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional español.

43 *“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.”*

44 Disponible en <http://www.fiscal.es>, v. pág. 56-57

No será necesaria a partir de la LO 5/2010, la prueba de la relación de causa-efecto o de vinculación concreta entre el delito que la sentencia declar probado y los bienes cuyo comiso se decreta, pero sí será necesario probar y que así se aprecie en la sentencia, que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización criminal, grupo criminal o terrorista o que ha realizado un delito de terrorismo y que el valor de los bienes que posee resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada. Tales presupuestos constituyen una presunción *iuris tantum* acerca del origen de dicho patrimonio, que puede ser controvertida y enervada mediante justificación de origen lícito de los bienes de que se trate, o aún acreditando que no proceden de actividades llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista o derivadas de la realización de un delito de terrorismo.⁴⁵

De acuerdo con la fórmula empleada por el legislador español en el párrafo segundo del art. 127.1, los actos concretos del titular del bien se desvinculan del origen del bien mismo, siendo suficientes la pertenencia a la organización y la tenencia de bienes para poder relacionar esos bienes a las actividades delictivas de la organización, sin necesidad de tener que probar la efectiva participación (en sentido técnico-penal) del poseedor de los mismos en un acto delictivo concreto. De todos modos, una de las observaciones que se le ha efectuado, es que la posibilidad de decomisar el patrimonio desproporcionado a los ingresos, debería servir como criterio para los delincuentes no integrados en ninguna clase de organización (p. ej. en casos de corrupción).⁴⁶

-LOS EFECTOS, BIENES, MEDIOS, INSTRUMENTOS Y GANANCIAS - INDEPENDIENTEMENTE DE LAS TRANSFORMACIONES QUE HUBIESEN PODIDO EXPERIMENTAR-, PROVENIENTES DE LA COMISIÓN DE UN DELITO IMPRUDENTE CON PREVISIÓN DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO (art. 127.2 incorporado por la LO 5/2010⁴⁷).- A diferencia de los demás supuestos del art. 127 –salvo el 127.4 como veremos-, esta consecuencia accesorio puede ser acordada

45 Conf. Circulares Nº 4/2010 y 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, disponibles en <http://www.fiscal.es>. En la Circular Nº 4/2010, citada, se reiteran sustancialmente los conceptos vertidos en el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, con respecto a la no afectación de la presunción de inocencia.

46 Conf. Quintero Olivares, Gonzalo, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc>

47 **Artículo 127-2.** *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.*

facultativamente por el juez o tribunal, y únicamente en delitos imprudentes que tengan prevista legalmente una pena superior a un año, quedando excluidas las faltas imprudentes.

-LOS BIENES POR VALOR EQUIVALENTE (374.1 4ª regla; 127.3⁴⁸).- Si resultase imposible llevar a cabo el decomiso de efectos procedentes del delito, de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado o de las ganancias de la infracción, acordado accesoriamamente como consecuencia de una pena por delito o falta dolosos, pasa a ser procedente el de otros bienes pertenecientes a las personas criminalmente responsables.⁴⁹

La previsión del decomiso del valor equivalente, permite dar una respuesta adecuada a los supuestos en los que por cualquier motivo lo obtenido ya no esté a disposición del sujeto, bien porque éste ha consumido, destruido u ocultado el objeto del decomiso, o bien porque consiste en una disminución del patrimonio o porque por cualquier otro motivo es imposible proceder a su decomiso. Permite también resolver los casos de bienes que no pueden ser decomisados por haber sido legalmente adquiridos por un tercero de buena fe no responsable del delito, pudiéndose en estos supuestos, decretar el decomiso de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables por un valor equivalente al objeto que ha sido adquirido legalmente por el tercero de buena fe.⁵⁰

-ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL DECOMISO.-

De acuerdo con lo que dispone la segunda oración del art. 127.1, el límite a su aplicación está determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito, que los hayan adquirido legalmente, lo que implica que para que la protección que el ordenamiento jurídico otorga sea efectiva, se requiere la concurrencia de cuatro requisitos: 1º) que los bienes pertenezcan a un tercero; 2º) que la titularidad sea ostentada de buena fe, esto es que el tercero deberá haber actuado con sujeción a las normas de la ética ; 3º) que la adquisición se haya

48 **Art. 374.1.** (...) **4ª** Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.;

Art. 127-3. 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.

49 Circular N° 1/2005 de la Fiscalía General del Estado.

50 v. Teresa Aguado Correa, trab. cit., pag. 04:5 y 04:6

realizado legalmente; y 4º) que el titular de los bienes no sea responsable del delito.

Por consiguiente, cuando los efectos, instrumentos, productos y ganancias susceptibles de ser decomisados pertenezcan a terceros no responsables del delito que no hayan actuado de buena fe en su adquisición o transmisión, o bien cuando habiendo actuado de buena fe, no los hubiesen adquirido legalmente, deberá acordarse el comiso, sin perjuicio de que los mismos deberán ser llamados al proceso a efectos de ejercitar la defensa de sus intereses.⁵¹

Es oportuno hacer una breve mención una particular figura contenida en el ordenamiento jurídico español, cual es la de la **participación a título lucrativo**, regulada por el art. 122 del Código Penal⁵², conforme la cual quien ha conseguido un bien proveniente de un delito o falta a título gratuito, sin una contraprestación que lo justifique, deberá restituirlo, siendo que la diferencia existente entre esta figura y el blanqueo por posesión de bienes procedentes de delitos o la receptación, radica en el elemento subjetivo, esto es en la ausencia de dolo, desde que la figura supone que el sujeto desconoce el origen ilícito del bien.⁵³

En ese marco, los bienes pertenecientes al adquirente de buena fe a título lucrativo, también estarían en condiciones de decomisados, sin perjuicio de la observancia de las garantías del debido proceso.⁵⁴

-LA APLICACIÓN DEL DECOMISO AÚN CUANDO NO SE IMPONGA PENA A ALGUNA PERSONA POR ESTAR EXENTA DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL O POR HABERSE EXTINGUIDO LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (art. 127.4)⁵⁵.- Esta es una de las hipótesis en que de modo más patente se pone de manifiesto la desvinculación entre el decomiso y la imposición de la pena, y por ende del principio de culpabilidad, a partir de su consideración como una consecuencia accesorio. No se trata de una imposición de carácter preceptivo sino que constituye una **facultad** del magistrado.

La no imposición de una pena a una persona por estar exenta de responsabilidad criminal puede obedecer a que el sujeto ha obrado sin capacidad de culpabilidad o al

51 Conf. Zaragoza Aguado, J. Trabajo citado; v. También Circular N° 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

52 **Artículo 122.-** *El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.*

53 Conf. Quintero Olivares, Gonzalo, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, disponible en <http://www.criminet.ugr.es/recpc>

54 v. Circular N 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

55 **Art. 127- 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.*

amparo de una causa de inculpabilidad, a la falta de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una excusa absolutoria. En este caso, de concurrir la situación patrimonial ilícita, podrá imponerse la medida de decomiso, pero siempre habrá de exigirse la realización de una conducta típica y antijurídica.

Los casos de extinción de la responsabilidad criminal a que se refiere la norma, son aquellos que se verifican antes de o sin que se haya impuesto una pena por sentencia firme, puesto que una vez que esta circunstancia se verifica, son de aplicación preceptiva las previsiones contenidas en el art. 127.1 o 127.3.

La doctrina española, analiza sustancialmente dos hipótesis: la de muerte del sujeto responsable y la de prescripción del delito, señalando que de todos modos la apreciación del decomiso en estos casos resulta limitada.

En tal sentido se señala que la muerte del sujeto no solo extingue la responsabilidad criminal sino también la acción penal, por lo que no existiendo justiciable, tampoco cabe pronunciamiento de hechos en los que haya podido intervenir y menos incardinar su conducta en un tipo delictivo previsto en la legislación penal. Por lo tanto, sea que el sujeto haya fallecido antes de comenzar el proceso penal, en la fase de instrucción o durante el juicio, no habrá resolución donde se acredite que ha realizado un hecho delictivo, por lo que si para apreciar el decomiso es necesaria la realización de una conducta típica y antijurídica y su consiguiente constatación en un proceso penal, la ausencia de tal conducta, estaría cerrando la posibilidad de aplicación de la medida.

Por lo que viene de decirse, razones procesales estarían impidiendo la imposición del decomiso siempre que se trate de un único sujeto. Ahora bien, si hubiese otros enjuiciados además del fallecido y se probase que han realizado una conducta típica y antijurídica, el proceso finalizará con una sentencia en la que se dará por demostrada la comisión de un delito especificándose los instrumentos empleados para ello y las ganancias obtenidas y ahí sí sería admisible la imposición del decomiso sobre bienes utilizados o conseguidos, incluso por el fallecido. Aunque no haya quedado desvirtuada la presunción de inocencia sobre éste, correspondería imponer la medida de decomiso sobre objetos que se hallaran en su poder, siempre que se haya probado que hubiesen sido empleados para cometer el delito o se tratase de ganancias derivadas del mismo.⁵⁶

56 Conf. Vizueta Fernández, Jorge, “El comiso: ¿consecuencia accesoria de una pena?, pag. 2-3, en La Ley, N° 6643,

Luego, la desvinculación del decomiso con la imposición de una pena, permitiría su aplicación cuando la extinción de responsabilidad penal tuviese lugar por prescripción del delito. Ahora bien, en la práctica, partiendo del presupuesto de constatación de una conducta típica y antijurídica, esta hipótesis estaría operando siempre que la prescripción sea alegada en una fase del juicio, en que el Juez o Tribunal hayan llegado a la convicción en tal sentido, por cuanto nada impediría que además de pronunciarse sobre la extinción por prescripción, el órgano jurisdiccional decretara el decomiso de efectos, instrumentos y ganancias de la infracción penal o bien el decomiso por valor equivalente.⁵⁷

-LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO ACUSATORIO.

La naturaleza del decomiso como consecuencia accesoria no enerva la plena vigencia del principio acusatorio en su regulación y su sometimiento al principio de contradicción, lo que hace imprescindible que su imposición sea solicitada expresamente por las partes acusadoras cuando resulte procedente.

Ello determina que en oportunidad de formular acusación, el Ministerio Público deberá identificar los efectos, medios, bienes o ganancias a que se extiende la solicitud de decomiso, especificando las circunstancias fácticas de las que resulte su vinculación con la infracción penal, ya sea porque han servido para su preparación, ejecución o bien porque proceden de la misma, indicando en su caso, las transformaciones que se hayan verificado e invocando en cada hipótesis la normativa aplicable. Asimismo, deberá observarse la plena vigencia del derecho de defensa de todas las personas que puedan resultar afectadas por la consecuencia accesoria de decomiso, incluidas aquellas que puedan resultar exentas de responsabilidad criminal o cuya responsabilidad pueda haber quedado extinguida.⁵⁸

-EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

De acuerdo con la disposición contenida en el art. 128 del C. Penal⁵⁹, el Juez podrá

disponible en <http://www.laley.net>; Puente Aba, Luz María, trabajo citado, pág. 6-10.

57 Conf. Vizuela Fernández, Jorge, trabajo cit.

58 v. Circulares N° 1/2005 y N° 4/2010 de la Fiscalía General del Estado.

59 **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.*

no decretar el decomiso o decretarlo parcialmente, cuando los efectos e instrumentos sen de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, y estén satisfechas las responsabilidades civiles.

-LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS.

Sin perjuicio de que en cuanto a las facultades de la jurisdicción penal a efectos de delimitar situaciones fraudulentas o constatar la verdadera realidad que subyace tras la titularidad jurídica aparente, esto es, la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, la jurisprudencia española sostiene la existencia de suficientes mecanismos normativos al efecto⁶⁰, la legislación especial contenida en el art. 374.3 del C. Penal⁶¹ atribuye expresamente a los jueces penales la facultad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o los derechos relativos a bienes y efectos susceptibles de decomiso.

V) BREVE REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN URUGUAYA EN MATERIA DE DECOMISO.-

La Ley Nº 18.494 de 5 de junio de 2009, introdujo, siguiendo el modelo español, la conceptualización del decomiso como consecuencia accesoria de la actividad ilícita, mediante la modificación del art. 63 del Decreto ley 14.294 relativo al tráfico ilícito de drogas, aplicable por remisión al lavado de activos y delitos conexos.

El texto vigente, que además de definir qué, determina los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la medida e instituye hipótesis de decomiso de pleno derecho, establece:

"ARTÍCULO 63. (Decomiso).-

63.1. (Concepto). *El decomiso es la privación con carácter definitivo de algún bien,*

⁶⁰ v. Circular Nº 2/2005 de la Fiscalía Gral. del Estado

⁶¹ **Artículo 374- 3.** *En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.*

producto o instrumento, por decisión del tribunal penal competente a solicitud del Ministerio Público, como **consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita**. La providencia ejecutoriada que lo disponga constituirá título de traslación del dominio y se inscribirá en los Registros Públicos correspondientes.

63.2. (Ámbito objetivo). En la sentencia definitiva de condena por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, el tribunal penal competente dispondrá, a solicitud del Ministerio Público, el decomiso de:

- a) los estupefacientes y sustancias psicotrópicas prohibidas que fueran incautadas en el proceso;
- b) los bienes o instrumentos utilizados para cometer el delito o la actividad preparatoria punible;
- c) los bienes y productos que procedan del delito;
- d) los bienes y productos que procedan de la aplicación de los provenientes del delito, comprendiendo: los bienes y productos en los que se hayan transformado o convertido los provenientes del delito y los bienes y productos con los que se hayan mezclado los provenientes del delito hasta llegar al valor estimado de éstos;
- e) los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes del delito.

63.3. (Decomiso por equivalente). Cuando tales bienes, productos e instrumentos no pudieran ser decomisados, el tribunal penal competente dispondrá el decomiso de cualquier otro bien del condenado por un valor equivalente o, de no ser ello posible, dispondrá que aquél pague una multa de idéntico valor.

63.4. (Decomiso de pleno derecho). Sin perjuicio de lo expresado, el tribunal penal competente, en cualquier etapa del proceso en la que el indagado o imputado no fuera habido, librará la orden de prisión respectiva y transcurridos seis meses sin que haya variado la situación, caducará todo derecho que el mismo pueda tener sobre los bienes, productos o instrumentos que se hubiesen cautelarmente incautado, operando el decomiso de pleno derecho.

En los casos en que el tribunal penal competente hubiera dispuesto la inmovilización de activos al amparo de lo edictado por el artículo 6º de la Ley Nº 17.835, de 23 de setiembre de 2004, si sus titulares no ofrecieran prueba de que los mismos tienen un origen diverso a los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos en un plazo de seis meses, caducará todo derecho que pudieran tener sobre los fondos inmovilizados, operando el decomiso de pleno derecho.

En los casos en que el tribunal penal competente hubiera dispuesto la incautación de fondos o valores no declarados, al amparo de lo edictado por el artículo 19 de la Ley Nº 17.835, de 23 de setiembre de 2004, si sus titulares no ofrecieran prueba que los mismos tienen un origen diverso a los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos en un plazo de seis meses, caducará todo derecho que pudieran tener

sobre los fondos inmovilizados, operando el decomiso de pleno derecho.

En los casos en que se produjere el hallazgo de bienes o productos provenientes de delitos tipificados en la presente ley o delitos conexos, si en el plazo de seis meses no compareciere ningún interesado, operará el decomiso de pleno derecho.

63.5. (Ámbito subjetivo). *El decomiso puede alcanzar los bienes enumerados en los incisos anteriores de los que el condenado por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos sea el beneficiario final y respecto de cuya ilegítima procedencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos en la acusación, siempre que el valor de los mencionados bienes sea desproporcionado respecto de la actividad lícita que desarrolle y haya declarado. Podrán ser objeto de decomiso el dinero, los bienes y los demás efectos adquiridos en un momento anterior a aquél en que se ha desarrollado la actividad delictiva del reo, siempre que el tribunal penal competente disponga de elementos de hecho aptos para justificar una conexión razonable con la misma actividad delictiva.*

A los fines del decomiso se considerará al condenado por los delitos previstos en la presente ley o conexos con éstos, beneficiario final de los bienes, aun cuando figuren a nombre de terceros o de cualquier otro modo posea, a través de persona física o jurídica intermedia.

La determinación y el alcance objetivo y subjetivo del decomiso serán resueltos por el tribunal penal competente".

Como puede verse, al establecer que se trata de una consecuencia accesoria de la actividad ilícita, en la norma uruguaya -al igual que en la legislación española-, se independiza conceptualmente el decomiso de la pena y por ende de una sentencia que declare a un sujeto responsable de un delito.

Ello ha permitido extender la medida de decomiso a bienes que pueden no estar directamente vinculados con la infracción penal objeto de enjuiciamiento y habilitar hipótesis de decomiso de pleno derecho en cuatro hipótesis: a) fuga del indagado o imputado (art. 63.4 inciso primero); b) desinterés del titular de activos inmovilizados a instancias de la Unidad de Información y Análisis Financiero⁶² (art. 63.4 inciso segundo); c) desinterés del titular de fondos o valores por tránsito transfronterizo no declarado⁶³ (art. 63.4 inciso tercero), y d) abandono de bienes (art. 63.4 inciso

62 La ley uruguaya prevé la posibilidad de congelamiento administrativo por hasta 72 horas a instancias de la UIAF, de fondos sospechosos de estar vinculados a operaciones de lavado de activos, financiación del terrorismo o delitos conexos o que involucren a personas u organizaciones señaladas como terroristas por NNUU o declaradas tales por sentencia judicial nacional o extranjera, sujeto a ratificación por parte de la Justicia penal competente (Ley N°17.835, arts. 6° y 18)

63 La legislación uruguaya prevé que cuando se constate el transporte a través de la frontera de dinero en efectivo, metales preciosos u otros instrumentos monetarios por un monto superior a U\$S 10.000 o su equivalente sin que

cuarto).

Se establece además el concepto de beneficiario final, para prevenir la frustración de la medida frente a transferencias fraudulentas o por la utilización de personas jurídicas.

A diferencia del Código Penal español, no se prevé en la normativa uruguaya la posibilidad de imposición de decomiso en caso de exención o extinción de la responsabilidad penal, aunque al haber quedado la medida desvinculada del principio de culpabilidad y de la imposición de una pena, se deja la puerta abierta para ingresar en el análisis de tales hipótesis.

Al momento, lo que corresponde señalar es que la normativa referida se viene aplicando sin mayores contratiempos, particularmente en jurisdicción de Justicia Especializada en lo Penal en Crimen Organizado.

Dr. Ricardo Pérez Blanco
Director de Servicios Jurídicos
Ministerio de Economía y Finanzas
URUGUAY
rperez@mef.gub.uy
Montevideo, setiembre de 2011.-

haya mediado declaración en tal sentido, se retendrán los valores, se iniciará un procedimiento administrativo a efectos de la imposición de una multa y se dará cuenta a la Justicia penal (Ley 17.835, art. 19)