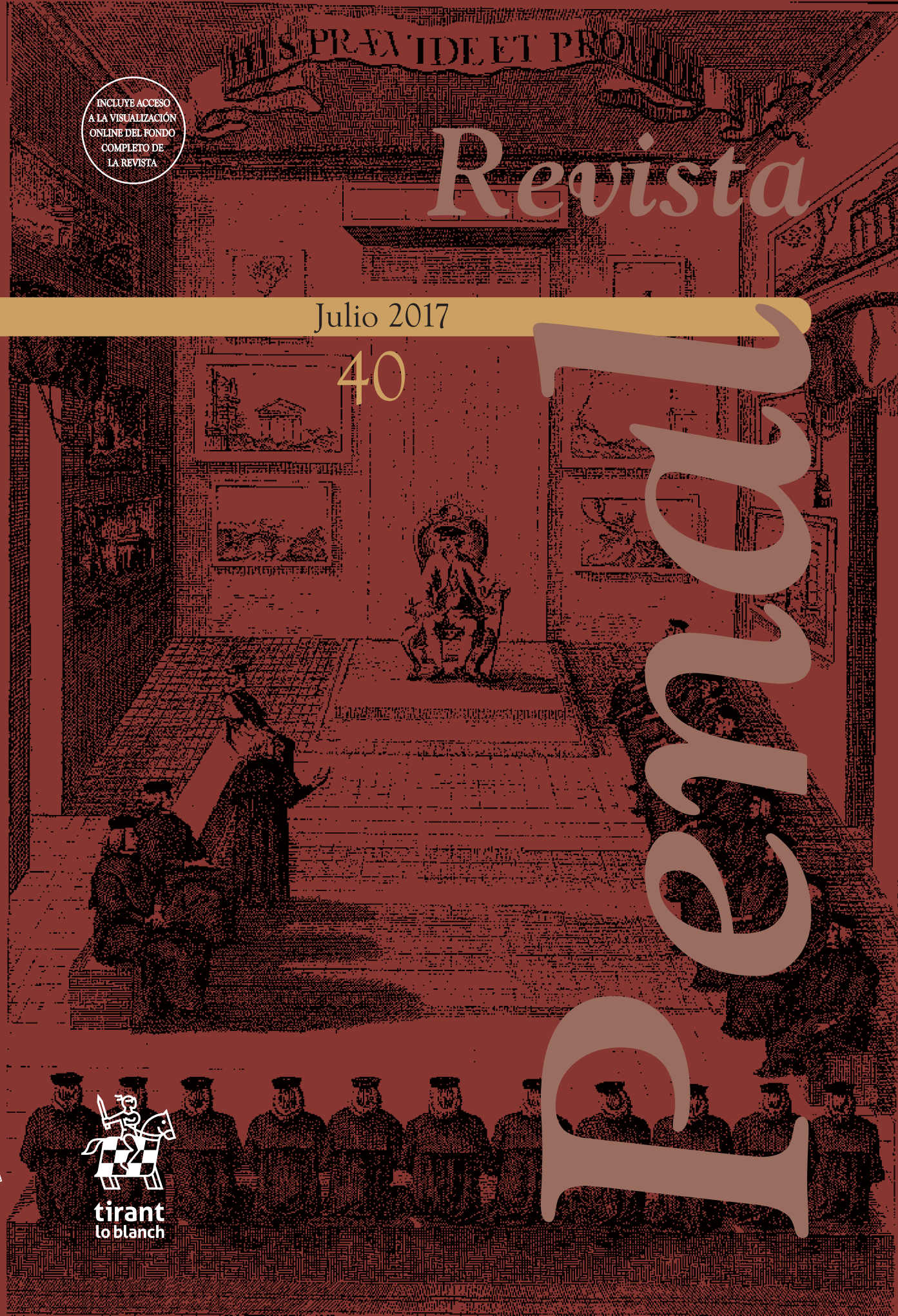
40

INCLUYE ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DEL FONDO COMPLETO DE LA REVISTA

Revista Penal

Julio 2017

40



Revista Penal

Julio 2017

tirant lo blanch

Revista Penal

Número 40

Sumario

Doctrina:

– Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad), por *Mercedes Alonso Álamo* 5
– Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso, por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*..... 22
– "Conditio sine qua non" y concreción del riesgo en el resultado: cómo eliminar un paso repetitivo en el análisis de la imputación objetiva al tipo, por *Patricia Esquinas Valverde* 43
– Cuidados paliativos: ¿eutanasia o asistencia sanitaria? Un análisis desde los conceptos, por *Javier García Amez* 77
– Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales, por *Marta García Mosquera* 97
– Organización criminal para la financiación ilegal de un partido político: el "caso de los papeles de Bárcenas", por *Nicolás García Rivas* 111
– Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco, por *Carmen Juanatey Dorado* 126
– ¿A qué "partido político" imputar y eventualmente condenar?, por *José León Alapont* 146
– La interpretación del término "población civil" como elemento del tipo en el crimen contra la humanidad, por *Alfredo Liñán Lafuente* 168
– La falsedad en las cuentas en la legislación italiana: la última reforma y las nuevas cuestiones interpretativas, por *María Novela Masullo* 183
– Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo, por *Manuel Portero Henares* 193
– El delito de maltrattamenti contro familiari e conviventi en el Código Penal italiano, por *Bárbara San Millán Fernández* 210
– El blanqueo de capitales como norma de flanqueo invertida (una posible interpretación sobre su naturaleza jurídica), por *Lorena Varela* 236

Sistemas penales comparados: Delitos informáticos (Cybercrimes) 250

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Jia Jia Yu (China)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamál)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pamela Cruz/Sofía Lascano (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Revista Penal, n.º 40 - Julio 2017

Ficha Técnica
Autor: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre
Código ORCID: orcid.org/0000-0002-9532-8628
Title: Criminal policy against corruption: the reform of confiscation
Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Salamanca

Sumario: I. Aproximación a los rasgos de la corrupción hoy. II. Internacionalización de la política criminal frente a la corrupción. III. Las reformas del Código penal en relación con los beneficios de la corrupción. La no incorporación del enriquecimiento ilícito y la potenciación del decomiso. IV. Conclusiones

Resumen: La lucha frente a la delincuencia organizada y dentro de ella las formas mas graves de corrupción, constituye en la actualidad uno de los desafíos político criminales de mayor complejidad e importancia, pues confluyen en ella toda la problemática del conocido como nuevo Derecho penal, además de la internacionalización de la economía y de los rasgos que acompañan a la criminalidad de cuello blanco. Este estudio tomando como punto de partida las obligaciones que derivan de los instrumentos jurídicos internacionales aborda el estudio de los medios que existentes para actuar sobre los beneficios económicos derivados del delito. Se centra en especial en la importante modificación de las distintas modalidades del decomiso llevada a cabo por la reforma del Código penal de 2015, estudiándola desde la perspectiva de su, en mas de un supuesto, discutible constitucionalidad.
Palabras clave: Corrupción. Instrumentos internacionales frente a la corrupción. Reforma del Codigo penal. Clases de decomiso.

Abstract: The fight against organized crime and against the most serious forms of corruption is now one of the most complex and important criminal political challenges. In this struggle the whole problem of the "new criminal law" appears, in addition to the internationalization of the economy and the traits that accompany white-collar crime. This paper analyzes the study of the appropriate means to act on the economic benefits derived from the crime. The analysis focuses, in particular, on the important modification of the different forms of confiscation carried out by the reform of the Penal Code of 2015, studying it from the perspective of its debatable constitutionality
Key words: Corruption. International instruments against corruption. Reform of the Criminal Code. Confiscation classes

Observaciones: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación, "La reforma del decomiso y la recuperación de activos derivados del delito", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Rec: 12/03/2017 Fav: 2/05/2017

Cada periodo histórico incorpora cambios en sus legislaciones, también en la legislación penal. Los cambios en la realidad que se regula y las variaciones en los criterios de ordenación de dicha realidad constituyen los parámetros que condicionan el contenido de la política criminal que se sigue en un país concreto, en un determinado momento histórico.

Una aproximación a nuestra realidad actual y a los cambios que ha experimentado y experimenta nuestra legislación pone en evidencia como en los últimos cuarenta años las reformas han sido frecuentes, tal vez demasiado frecuentes, y han supuesto la incorporación de nuevos bienes jurídicos, la evolución del contenido de bastantes de los preexistentes y la aparición de nuevas formas de lesionarles o de ponerles en peligro, con la exteriorización de nuevas formas de criminalidad.

La internacionalización, que afecta tanto a la política, como a la economía o a la cultura, el desarrollo tecnológico, la propia evolución del modelo de Estado, junto a otros factores, son condicionantes de las decisiones del legislador que en el campo penal.

La gran pregunta a resolver es hasta qué punto las viejas garantías vinculadas al Estado liberal, constitucionalmente recogidas, pueden trasladarse al denominado moderno o nuevo Derecho penal[1].

El Derecho penal económico se presenta como uno de los grandes desafíos de esta nueva situación, con interrogantes a resolver tanto en la configuración de los tipos penales, como en las penas a aplicar, o en los medios a emplear para restaurar el orden económico perturbado y para actuar sobre los beneficios del delito.

Las páginas que siguen pretenden abordar algunos de los problemas de ese nuevo Derecho penal, al analizar los cambios legislativos que se han realizado en la reforma de 2015 con la finalidad de recuperar los beneficios que directa o indirectamente ha obtenido el responsable de una manifestación del moderno Derecho penal, como son los delitos de corrupción. Lo que pasa por analizar los caminos que se han seguido para intentar que al final la conducta del corrupto no le sea rentable y proponer como, también en estos casos, deben mantenerse las garantías constitucionales.

I. Aproximación a los rasgos de la corrupción hoy

1.- La corrupción presenta hoy rasgos que hacen que pase a un primer plano el contenido de la política criminal encaminada a impedir que el corrupto pueda disfrutar de los beneficios económicos que le ha generado su comportamiento y busca por tanto adoptar medidas que posibiliten la recuperación de esos activos.

La corrupción ha experimentado en las últimas décadas lo que se ha calificado como una "explosión de la corrupción", que aparece vinculada a las características que con carácter general poseen en este momento nuestras sociedades, rasgos como la internacionalización, en especial la de la economía, o el desarrollo alcanzado por los instrumentos tecnológicos, favorecen que la corrupción presente hoy manifestaciones distintas de los que históricamente le han caracterizado.

La corrupción, en cuanto tiene de utilización desviada del poder, es tan vieja como el poder mismo, históricamente ha venido favorecida por una concepción patrimonialista del poder, coherente con la concepción histórica del origen de la soberanía, que incidía de forma negativa en el buen funcionamiento de una Administración que debe estar orientada al servicio de los ciudadanos. Por otro lado, la propia consideración de las distintas manifestaciones que hoy presenta el poder hace que las manifestaciones de la corrupción en la actualidad sean muy diversas, que la corrupción se caracterice por poseer un carácter poliédrico[2].

Hoy, como se expondrá, pasan a un primer plano las consecuencias económicas de las conductas de corrupción, que, además, en muchas ocasiones van a actuar como fuente de consecuencias políticas negativas al producir un cuestionamiento de la legitimación de las instituciones políticas, favorecido sin duda por la trascendencia que los casos de mayor entidad tienen en la opinión pública, por otra parte clave en una sociedad democrática[3]. La opinión pública, respecto a la corrupción, no sólo demanda una rápida respuesta penal que haga efectiva la criminalización de la conducta del corrupto, sino también la recuperación de los beneficios económicos ilícitamente obtenidos.

La corrupción tiene hoy unos importantes efectos lesivos, "el alto coste del lado oscuro", pues produce

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación, "La reforma del decomiso y la recuperación de activos derivados del delito", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Del tema tuve ocasión de ocuparme monográficamente en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: Viejo y nuevo Derecho penal, Iustel, Madrid, en especial en la segunda parte de la misma, p. 119 y ss.

efectos negativos en el ámbito político, también en el económico, afecta además a los derechos fundamentales en especial a los vinculados al Estado social, y, en muchas de sus mas graves manifestaciones, incide negativamente sobre las relaciones entre los Estados

Como actuar de forma eficaz frente a la corrupción es una de los grandes retos político criminales y como en tantos otros ámbitos la respuesta no puede ser exclusivamente penal, sino que afecta a la política en general y al contenido de las regulaciones de otras ramas del ordenamiento jurídico.

De hecho, llevar a cabo un debate exclusivamente penal conduce a una utilización simbólica y a menudo ineficaz del recurso a los delitos y las penas.

2.- La mera existencia de la Convención de Mérida de 2003[4] en el marco de Naciones Unidas exterioriza la trascendencia internacional de este uso desviado del poder orientado hacia el indebido beneficio económico propio o de un tercero.

La lectura del Preámbulo de esta convención, en el que se enumeran las claves de la corrupción y de sus consecuencias en el momento actual, refleja las razones que conducen a esa dimensión internacional de la corrupción y a la necesidad de una actuación conjunta de los distintos Estados. Entre otras cosas, lo que es político criminalmente relevante, para explicar esta necesidad, se dice: "*preocupados por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica incluido el blanqueo de dinero".*

Esta afirmación, que por si sola basta para justificar la existencia de la Convención, exterioriza la conexión entre la gran corrupción y la forma de delincuencia de mayor potencial de lesividad que caracteriza a nuestro tiempo, la criminalidad organizada, y, por otro lado, pone de relieve como la corrupción se plasma muchas veces no en único delito, sino que requiere la existencia de comportamientos complementarios, que también poseen relevancia penal, como es el caso del blanqueo de dinero. Ahora bien, tanto la criminalidad organizada como el blanqueo pueden exteriorizar o estar vinculados a delitos distintos de aquellos que suponen corrupción.

De hecho, antes de la Convención de Mérida ya se habían suscrito convenios internacionales referidos a la criminalidad organizada y al blanqueo de dinero. En concreto, en el año 2000, también el marco de Naciones Unidas se suscribe en Palermo la Convención contra la criminalidad organizada[5], herramienta clave para poder actuar eficazmente frente a la delincuencia transfronteriza, ámbito en el que muchas veces va a estar presente la gran corrupción. La Convención, en su art. 2, define la criminalidad organizada como "*grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (...) con miras a obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material".*

Años antes, en 1988, en Viena y muy relacionado con la lucha contra el narcotráfico, se había aprobado la Convención relativa al blanqueo de dinero[6], que consiste en "*el proceso orientado a la reincorporación de bienes procedentes del crimen organizado a la economía legal".*

2 Esta evolución de la corrupción es el punto de partida del artículo que en su día publiqué con el profesor Fabián Caparrós. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FABIÁN CAPARROS: *Corrupción y Derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas,* en Revista Brasileira de Ciencias Criminais, 81, 2009, p. 7 y ss.

3 El ejemplo es evidente en nuestro país en el último informe de Transparencia Internacional, el correspondiente a 2016, en el que España, ocupa el puesto número 41, el mas bajo de su historia, en el Índice de Percepción de la corrupción, y repite su más baja puntuación, 58. El Informe de 2016, tras subrayar que España es el país de la Unión Europea donde más ha crecido la corrupción en los últimos cinco años, incide en el peso de la corrupción política: "*España tiene un problema de corrupción política muy serio y se tiene que afrontar de manera integral y sin parches. Los efectos sobre la imagen de España de estos datos son negativos, sus efectos sobre posibles inversiones podrían también dañarnos*" en transparencia.org.es (acceso 25.1.2017). Sobre la corrupción política en España, por todos, puede verse MATA BARRANCO, Norberto de la: La lucha contra la corrupción política, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), 2016.

4 El texto completo de esta convención puede consultarse en Naciones Unidas, Oficina contra la droga y el delito: Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Naciones Unidas, Nueva York, 2004.

5 El Convenio fue ratificado por España en 2002 y publicado en el BOE el 29.9.2003. El texto completo puede consultarse en https://www.boe.es

6 El origen del delito de blanqueo de capitales está vinculado al narcotráfico, a través de la Convención de Naciones Unidas de 1988, pero pronto se fue ampliando su aplicación a otros comportamientos delictivos entre ellos los referidos a la corrupción. Pude consultarse el ya clásico FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: El delito de blanqueo de capitales, Madrid 1988, passim.

Sobre el blanqueo despues de sus sucesivas reformas puede consultarse ABEL SOUTO, Miguel: El blanqueo de dinero: problemática actual española, con anotaciones de Derecho comparado estadounidense, en DEMETRIO CRESPO/GONZALEZ CUELLAR (Dir.): *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica,* Castillo de Luna, Madrid 2015, p. 101 y ss.

Estos tres instrumentos indican con claridad como la corrupción y sus efectos han dejado de ser un problema exclusivamente nacional, aunque cada país siga teniendo "su corrupción", para pasar a alcanzar, al igual que la economía, una dimensión internacional.

3.- Esta "explosión de la corrupción", se materializa en distintos ámbitos: en el campo del Derecho penal, cuando se aborda la corrupción, se ha pasado de considerar que se plasma en delitos que afectan al buen funcionamiento de la Administración a entender que pasa a un primer plano su incidencia sobre el orden económico. Paralelamente y sobre la base de una consideración sobre el poder, cuando hablamos de corrupción no nos referimos solo a comportamientos de funcionarios públicos, sino que incorporamos a las consideradas como personas "políticamente expuestas", y a la corrupción privada, en la que pasa a primer plano la protección de la competencia[7].

Esta mayor importancia de los efectos económicos de la corrupción hace que en muchos casos, esta no se limite a un hecho aislado, dotado de relevancia penal, sino que viene acompañado de hechos anteriores, que posibilitan la corrupción, y posteriores que facilitan el que se disfrute de sus beneficios y que, además, pueden todos ellos, tanto los anteriores como los posteriores, estar dotado a su vez de relevancia penal.

A todo esto hay que añadir, cuando se analizan las consecuencias que produce la corrupción, sus apuntadas consecuencias políticas, sus efectos negativos sobre las relaciones entre los Estados y que sus efectos económicos pueden ser tanto directos como indirectos.

En síntesis, la corrupción hoy se caracteriza por su dimensión internacional, por el carácter poliédrico de sus manifestaciones y por la potencial gravedad de los efectos que se derivan de muchas de ellas.

Ante esta situación constituye un imperativo el actuar con una política criminal que se adecue a los nuevos perfiles que presenta la corrupción, que no se reduzca al Derecho penal y que dentro de él no se limite a las clásicas figuras del cohecho o la malversación.

4.- Una primera aproximación a los rasgos actuales de la corrupción nos lleva a subrayar, sus efectos económicos, los nuevos sujetos de la misma y la internacionalización de sus formas más graves[8].

Esta situación conduce necesariamente a una política criminal con dos rasgos claves muchas veces vinculados: la necesidad de una internacionalización de la respuesta y el paso a primer plano de los efectos económicos de la corrupción, tanto en la dimensión nacional como en la internacional, que hace pasar a primer plano la actuación sobre los beneficios obtenidos por el corrupto y la recuperación de activos que hayan sido consecuencia directa o indirecta de la corrupción.

Como se tendrá ocasión de analizar los textos internacionales proponen distintos caminos en la pretensión de actuar para recuperar los productos de la corrupción, siempre vinculados a la actuación frente a la criminalidad organizada. En primer lugar, la criminalización de las conducta de lavado de capitales, que ha de venir acompañada de actuaciones sobre los denominados paraísos fiscales. En segundo lugar, el establecimiento del delito de enriquecimiento ilícito, vía muy recurrida en los países latinoamericanos, y muy descartada en los países europeos, que suelen optar, por potenciar el recurso a un tercer camino, el de modificar y desnaturalizar la figura del decomiso.

Ciertamente como recuerda la doctrina especializada[9], siempre permanece abierta la vía del delito fiscal, pues el corrupto no declara a Hacienda los beneficios de origen delictivo.

Pero, no hay que olvidar que la internacionalización de las formas más graves de corrupción hace necesaria la aproximación de contenidos de las legislaciones nacionales, no sólo de las legislaciones penales, para

7 El debate sobre el objeto de protección en el delito de corrupción privada, incorporada al Código penal en la reforma de 2010, puede verse BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/CERINA: Sobre la corrupción entre particulares. Convenios internacionales y Derecho comparado, en *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, 89, 2011, p. 159 y ss.

8 Mientras se escriben estas páginas, desde Brasil, en el marco de un gran debate sobre la corrupción que ha condicionado en los últimos años la vida politica de este país, llegan a la opinión publica las ramificaciones internacionales del caso Odebrecht, que ponen de manifiesto la internacionalización de la corrupción, paralela a la de la economía, y como sus efectos economicos y politicos van más allá de las fronteras brasileñas y afectan a toda la región.

Una buena sintesis sobre la corrupción en Brasil y sus implicaciones históricas, políticas y sociales puede verse en LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: Corrupción, crisis politica y Derecho Penal: Las lecciones que Brasil aún necesita aprender, en *Revista General de Derecho Penal* (26), 2016, passim.

9 BLANCO CORDERO, Isidoro: El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués, en *Revista electrónica de la AIDP,* 2013, p. 3.

hacer posible una política criminal internacional frente a la corrupción, que, para ser eficaz, requiere, además, el establecimiento de mecanismos de colaboración entre los Estados.

II. Internacionalización de la política criminal frente a la corrupción

5.- La internacionalización es un rasgo de nuestras sociedades, que condiciona el contenido del Derecho, también del Derecho Penal[10], y que se proyecta, entre otros muchos ámbitos, sobre la política, la economía o la cultura.

En las manifestaciones más graves de la corrupción, como se adelantó, el factor internacional es una constante vinculada a la internacionalización de la economía y a la criminalidad organizada. En estos casos, el carácter internacional aparece unido a la forma de comisión del delito, más que a la naturaleza del bien jurídico lesionado, se trata de una manifestación de la denominada criminalidad transfronteriza[11].

Esta situación hace que la lucha contra la corrupción haya pasado a ser un objetivo de distintos organismos internacionales y haya ocasionado numerosas reformas en el contenido del Derecho penal de bastantes países. El tema, del que ya me he ocupado en otro trabajo[12], ha sido abordado a nivel global, por las Naciones Unidas y por la OCDE, y en el marco europeo, por la Unión Europea y por el Consejo de Europa.

6.- Sobre las Naciones Unidas ya se ha hecho referencia a la Convención de Mérida, que constituye su principal aportación en este campo, en cuanto señala la necesidad de una política criminal coordinada para abordar la respuesta frente a las formas graves de corrupción, que son justamente aquellas que poseen un carácter internacional vinculado a su realización transfronteriza y a implicar, por tanto, a las legislaciones nacionales de varios Estados.

Esa visión global de la corrupción y el subrayar la necesidad de que la respuesta no se limite a las medidas represivas, constituyen la principal aportación del texto de la Convención. Mientras que el principal obstáculo para alcanzar un elevado grave de efectividad se deriva de la necesidad, reflejada en su texto, de buscar recomendaciones de cambios legislativos que fueran aceptables por todos los Estados firmantes, y que por tanto, hicieran posible una efectiva colaboración interestatal. Pero, pese a las dificultades, la lucha contra la corrupción continua siendo una prioridad dentro de Naciones Unidas con un seguimiento activo, como establece el art. 63 de la Convención de Mérida, que busca impulsar la aplicación de su contenido[13].

Globalmente las prescripciones, que contiene la Convención, constituyen un paso muy importante, frente a la internacionalización de la corrupción, por su condición de referencia obligada para la actuación de otros organismos internacionales y por su influencia en muchas de las reformas de las legislaciones nacionales.

Para comprender esta globalidad de la respuesta que se propone en la Convención, basta con la lectura de su índice donde, junto a las medidas represivas, penales y procesales, objeto del capítulo III, contiene: Disposiciones generales, capítulo I, medidas preventivas (políticas anticorrupción no penales), capítulo II, cooperación internacional, capítulo IV, y recuperación de activos, capitulo V.

En lo que se refiere al objeto de este trabajo, la Convención, además de subrayar la importancia de las medidas preventivas frente al blanqueo de capitales, en el art. 14, y la tipificación del blanqueo como delito, en el art. 23, contempla la posibilidad de incorporar al ordenamiento penal el delito de enriquecimiento ilícito, en el art. 20, y potencia la utilización del decomiso, en el art. 31, al establecer la necesidad de recurrir al mismo en los casos de corrupción[14].

10 Sobre la internacionalización y sus efectos sobre el Derecho Penal, tuve ocasión de pronunciarme en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy, Iustel, cit., p. 125 y ss.

11 Por todos, sobre la criminalidad transfronteriza véase el volumen coordinado por PÉREZ CEPEDA, Ana (directora): Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

12 Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española, en *Estudios de Deusto*, (63), 2015, p. 229 y ss.

13 De acuerdo con el art. 63. 1: *"Se establecerá una Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar la capacidad de los Estados Parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación*". Sobre el seguimiento de aplicación de la Convención de Mérida, pueden consultase las páginas que le dedica CARPIO DELGADO, Juana del: El delito de enriquecimiento ilícito: Análisis de la normativa internacional, en *Revista General de Derecho Penal* 23, 2015, p. 17 y ss.

14 Art. 31.1 establece: *"Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:*

La Convención prioriza la actuación sobre los fondos que tienen su origen en la corrupción, como un objetivo prioritario de una política criminal eficaz frente a estos delitos. El objetivo es claro, evitar que el implicado en un supuesto de corrupción pueda llegar a disfrutar de los beneficios de la misma, pues los activos, con relativa frecuencia, los ha trasladado a un país distinto de aquel en el que llevó a cabo el comportamiento delictivo. La Convención, con razón, subraya como para alcanzar este objetivo es imprescindible la cooperación internacional.

En concreto, dedica el articulo 51 y siguientes a la colaboración internacional para la recuperación de activos y afirma: *"La recuperación 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 a este respecto"*.

Es importante tener presente como tanto en este aspecto de la recuperación de activos, como con carácter general en la cooperación entre Estados en la lucha contra la corrupción, tienen un particular peso los obstáculos que surgen en los procesos de criminalización secundaria.

Por una parte, la realidad del enjuiciamiento de los casos graves de corrupción pone de relieve que se trata de casos criminológicamente incluibles dentro de la conocida como delincuencia de cuello blanco, lo que nos lleva a la presencia de defensas muy cualificadas profesionalmente, y a procesos, por otro lado técnicamente muy complejos, que se prolongan en el tiempo, con la consiguiente repercusión negativa en la opinión pública[15].

A todo ello hay que añadir los condicionantes de la propia cooperación internacional, que se traducen, no solo en la necesaria aproximación de contenidos de los tipos penales, sino también en los problemas de carácter procesal, en especial en cuestiones tan decisivas como los distintos requisitos, que a veces se presentan para sostener la validez de las pruebas, en países que cooperan en la lucha contra la corrupción.

7.- Los aspectos económicos de la corrupción objetivamente actúan como motor último de la internacionalización de la respuesta frente a ella, en especial por sus efectos negativos sobre el comercio internacional o sobre las relaciones entre los Estados.

Esto explica que, para una organización como la OCDE, constituya un objetivo importante alcanzar una respuesta eficaz frente a los delitos que perturban el comercio internacional, entre los que se encuentran la gran corrupción y los delitos con ella relacionados.

Esta organización, después de un largo proceso[16], logra elaborar en 1997, un *Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales*. El Convenio obliga a los Estados signatarios a tipificar como delito en sus ordenamientos nacionales la conducta de quien soborna a un funcionario extranjero "*para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales"*[17]. El Convenio, en la práctica, eespecialmnte en la aplicacion de la nueva figura delictiva, ha tenido un muy distinto grado de cumplimiento por los Estados firmantes[18], pero constituye una pieza de referencia para la política criminal frente a la corrupción internacional.

---

a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención".

15 Sobre la alarma social que generan estos comportamientos y sus efectos sobre la opinión pública ver las páginas que a este tema dedica RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: En la búsqueda de un sistema penal más eficaz en el combate a la corrupción: expectativas depositadas en el decomiso, e*n Revista Internacional Transparencia e integridad*, 1, 2016, p. 3 y 4.

16 BENITO SÁNCHEZ, D., *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid 2012, pp. 72 y ss., las primeras actuaciones de la OCDE contra la corrupción se inician en 1976 con la elaboración de unas «Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales». En todas las actuaciones de esta organización en materia de corrupción tiene un importante papel el Grupo de Trabajo que se crea en su seno y la cooperación que para el seguimiento de sus convenios mantiene con Transparencia Internacional.

17 El art.1 del Convenio establece, *"Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido pecuniario o de otra índole a un agente público extranjero, ya lo haga de forma directa o mediante intermediarios, para su beneficio o para el de un tercero; con la finalidad de que este servidor actúe o se abstenga de de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales".*

Junto a esta primera línea de actuación, la OCDE en las últimas décadas ha dirigido su acción contra la existencia de los denominados "paraísos fiscales". Estos Estados, debido a sus políticas bancarias, constituyen una pieza clave para que, con carácter general, en los casos de la gran delincuencia económica y dentro de ella en los supuestos de corrupción, los responsables de la misma puedan llegar a disfrutar de los beneficios económicos derivados de sus comportamientos. En este punto, la actuación de la OCDE se ve favorecida por la naturaleza global de la reciente crisis económica y por la actuación del G20.

Tomando como punto de partida su conocida "lista negra" de paraísos fiscales que, con el tiempo ha pasado a ser sólo "lista gris"[19], la actuación de la OCDE puede ser valorada de forma positiva al derivarse de ella una limitación del secreto bancario, un reforzamiento de las relaciones económicas entre los Estados y, en último término, un favorecimiento de sus políticas fiscales nacionales[20]. Pero, aún queda camino por recorrer, pues no hay que olvidar que en la práctica bastantes de los Estados de la lista, dado su grado de dependencia de las grandes potencias económicas, son un clara muestra de la doble moral de estas. Incluso se puede tener en cuenta el ejemplo de uno de los más importantes casos de corrupción españoles, en el que, la laxa legislación mercantil de algún Estado estadounidense, ha sido utilizada como medio para posibilitar un soporte jurídico a complejas operaciones de corrupción[21].

La política frente a los "paraísos fiscales" es una pieza clave en la lucha contra la corrupción transnacional, al dificultar o llegar a impedir un lavado de capitales, que a menudo es el medio que hace posible poder disfrutar de los beneficios de la corrupción.

Por otro lado, la no colaboración en la aportación de información bancaria de las cuentas de los que son objeto de un proceso de corrupción, a veces fundada en un contenido distinto de las legislaciones de los Estados implicados, dificulta y a veces puede llegar a imposibilitar la respuesta del Derecho penal. Se trata, sin duda, de un punto crítico de la política criminal frente a la corrupción internacional[22].

8.- Las instituciones europeas, Consejo de Europa y Unión Europea, han generado en las últimas décadas un importante número de instrumentos jurídicos dirigidos a construir una política criminal conjunta contra la corrupción, en forma de convenios, directivas, informes de seguimiento etc., en el marco de la política dirigida contra la criminalidad organizada. En síntesis, la actuación frente a la corrupción puede ser considerada hoy como una prioridad para las instituciones europeas.

Dentro de esta política, juega un importante papel la adopción de medidas dirigidas a la recuperación de activos y a impedir el disfrute de los bienes consecuencia

18 Ha habido que esperar a 2017, diez y siete años, para la primera condena en España por este forma de corrupción internacional. La Audiencia Nacional ha condenado a dos empresarios de una editorial a un año de prisión por corrupción en las transacciones internacionales, por transferir 70.000 euros en 2007 a altos cargos del Ministerio de Educación de Guinea Ecuatorial con el fin de conseguir nuevos contratos. Se trata de la primera sentencia por este delito en España.

19 La lista "negra" de la OCDE que se hizo pública a finales del pasado siglo comprendía 41 países y 21 territorios merecedores de la consideración de "paraísos fiscales". Era relativamente simple el salir de la lista pues bastaba con suscribir 12 convenios bilaterales donde se comprometían al intercambio de información fiscal, convenios que podían ser entre países que se encontraban en la lista. Vid. Sobre este punto GARZÓN ESPINOSA, Alberto: Paraísos fiscales en la globalización financiera, en *Historia Actual online,* 26, 2011, p. 144.

20 Cada Estado puede tener su propia lista de "paraísos fiscales", la de España contiene 48 Estados y territorios. La lista original fue establecida en el RD 1080/1991 y fue reducida en diciembre de 2014 a 33.

Los papeles de Panamá han puesto, país que por cierto no aparece en la lista, han puesto en evidencia la necesidad de revisar el listado, Así, es significativo que dentro del Acuerdo entre el Partido Popular y Ciudadanos se contempla como medida nº9: "*Revisar la lista de paraísos fiscales, volviendo a incluir a aquellos Estados que no cooperan de forma efectiva con Hacienda en la lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales. Se exigirá que las sociedades con sedes en paraísos fiscales que pretendan operar en España sean transparentes y revelen quiénes son sus propietarios"*

21 Puede leerse la sentencia del TS 974/2012 de 5.12.2012 que aborda el conocido como caso "ballena blanca" en cuyos hechos probados hay una referencia expresa al Estado de Delaware "*cuya legislación permite que los últimos beneficiarios y dueños de la inversión no aparezcan en la escritura o titulo constitutivo".*

22 La validez de pruebas obtenidas en el extranjero ha adquirido en los ultimos tiempos una particular trascendencia especialmente en relación con supuestos de evasión fiscal y de graves supuestos de corrupción, ver por todos el estudio de BLANCO CORDERO, Isidoro: La admisibilidad de las listas de evasores fiscales sustraídas en el extranjero como prueba para acreditar la comisión de delitos fiscales, en *In Dret* 3/2015. Sobre uno de los temas más controvertidos, la conocida como "lista Falcani", la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado recintemente a favor de su admisión como prueba, TS.23.2.2017.

de conductas de corrupción es decir, "garantizar que el delito no resulte provechoso"[23].

Ya en 1990, dentro del Consejo de Europa, se genera el Convenio de Estrasburgo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito. El Convenio, ratificado por España en 1998, centrado en el blanqueo internacional, busca garantizar la cooperación entre los Estados firmantes[24].

Dentro de la Unión Europea la pieza clave de este aspecto de la política frente a la criminalidad organizada, aplicable a la corrupción, tras la Decisión Marco 2005/212, está constituida por la Directiva 2014/42, que culmina una serie de directivas y disposiciones anteriores[25]. Por otro lado, el contenido de muchas de las recientes reformas relacionadas con la corrupción, que se introducen en el Código penal español, son justificadas por el legislador recurriendo a la necesidad de dar cumplimiento al contenido de esta Directiva.

La Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 "sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea", culmina una serie de disposiciones europeas, dirigidas a abordar los efectos de la delincuencia económica y de la criminalidad organizada[26].

De acuerdo con el primer considerando de la Directiva: *"La motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, es la obtención de beneficios financieros. Por consiguiente, es necesario dotar a las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito. Sin embargo, la prevención y la lucha eficaces contra la delincuencia organizada deben alcanzarse neutralizando el producto del delito, y ampliarse, en ciertos casos, a cualquier bien que proceda de actividades de carácter delictivo*".

Para lograr este objetivo, la Directiva entiende que: "*entre los medios más eficaces en la lucha contra la delincuencia organizada se encuentran el establecimiento de consecuencias jurídicas graves por la comisión de tales delitos, así como la detección eficaz y el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito".*

En este marco, con la finalidad señalada, la Directiva procede en su art. 2 a definir términos claves para su utilización en la regulación del decomiso, como "producto", "bienes" o "instrumento" de delito[27], además de reiterar la necesaria colaboración internacional para que en muchos casos sea efectivo, y de señalar la evolución del decomiso y las distintas modalidades del mismo. Así, enumera, junto al decomiso, art. 4.1, el decomiso sin sentencia, art. 4.2, el decomiso ampliado, art. 5 y el decomiso de bienes de terceros, art. 6. Todos ellos se abordarán más adelante al analizar la reforma del Código penal de 2015.

9.- Como conclusión de este apartado, debe subrayarse como el contenido de la política criminal internacional frente a la corrupción pone enfasis en las consecuencias económicas de la misma, con lo que confirma y subraya su evolución, su señalada "explosión" vinculada al papel protagonista de sus efectos económicos. Por otro lado, normalmente esta politica criminal se plasma en distintos instrumentos incluidos en el marco más general de los referidos a la criminalidad organizada.

En coherencia con esta evolución pasa a primer plano la adopción de medidas encaminadas a evitar el

23 Significativamente estos términos son utilizados por la Comisión en 2008, en una comunicación al Parlamento y al Consejo, para señalar una dirección calve en la política criminal europea frente a la delincuencia organizada. Ver el análisis que de la misma lleva a cabo AGUADO CORREA, Teresa: Decomiso de los productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 15, 2013.

24 Texto del convenio puede consultarse en https://www.boe.es › BOE › 21/10/199.

25 El texto de la Directiva puede consultarse en https://www.boe.es/doue/2014/127/L00039-00050.pdf, (último acceso 14 de noviembre de 2016). Sobre todos los pasos previos a su elaboración véase AGUADO CORREA, Teresa: Crónica de una reforma anunciada, en *InDret*, 1 (2014), p. 7 y ss. www.InDret.com, (ultimo acceso 24.11.16)

26 Basta con ver la relación de disposiciones que se enumeran en el art.3 de la Directiva 2014/42 que constituyen el ámbito de aplicación de la misma.

27 El art. 2. 1 establece las siguientes definiciones: A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: *1) «producto»: toda ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de infracciones penales; puede consistir en cualquier tipo de bien e incluye cualquier reinversión o transformación posterior del producto directo así como cualquier beneficio cuantificable; 2) «bienes»: cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos o instrumentos jurídicos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes; 3) «instrumento»: cualquier bien utilizado o destinado a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer una o varias infracciones penales; 4) «decomiso»: la privación definitiva de un bien por un órgano jurisdiccional en relación con una infracción penal; 5) «embargo »: la prohibición temporal de transferir, destruir, convertir, disponer o poner en circulación bienes, o la custodia o el control temporales de bienes; 6) «infracción penal»: una infracción de las previstas por cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3.*

blanqueo de los beneficios del delito, pues el culminar con éxito una operación de esta naturaleza supone situar los resultados económicos de la corrupción en una situación que permite el aprovechamiento de los mismos por el corrupto. La finalidad de evitar que llegue a darse esta situación es el objetivo de las medidas adoptadas frente a los paraísos fiscales y frente al blanqueo, que presentan por tanto un carácter preventivo. Si pese a ello el blanqueo ha tenido lugar o los resultados económicos de la corrupción están en una situación en la que es posible el aprovechamiento por el corrupto, se pretende incorporar a las legislaciones vías que criminalicen la situación a través de establecer un delito de enriquecimiento ilícito o de actuar directamente sobre los beneficios económicos potenciando el decomiso.

En este contexto de cambios legislativos, la política criminal internacional pasa por la cooperación efectiva entre los Estados, por la aproximación de contenidos de los tipos penales y por facilitar la solución de problemas procesales que a veces se presentan.

III. Las reformas del Código penal en relación con los beneficios de la corrupción. La no incorporación del enriquecimiento ilícito y la potenciación del decomiso

10.- Como se adelantaba, la Convención de Mérida, tras un largo debate[28], abre la puerta a la posible incorporación a las legislaciones nacionales del delito de "enriquecimiento ilícito", como instrumento para afrontar la corrupción, al establecer en su artículo 20 que: "*con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él".*

La incorporación de una figura delictiva de estas características ha sido propugnada por otros instrumentos internacionales[29], y llevada a cabo por distintas legislaciones fuera del ámbito europeo[30].

Frente a la incorporación de un delito con estas características, en general se plantean distintas objeciones: la quiebra de la presunción de inocencia, la inversión de la carga de la prueba, la ausencia de bien jurídico protegido, la no necesidad de acudir al Derecho penal bastando con la utilización del Derecho Administrativo o el recurso al Derecho Tributario[31].

El examen de la Convención de Mérida evidencia que no impone a los Estados firmantes, España entre ellos, la obligación de crear una figura delictiva de este contenido, sino que *"considerará la posibilidad"* de hacerlo y siempre *"con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico".* Entiendo, al igual que la mayor parte de la doctrina española, que las garantías que se derivan de nuestra Constitución impiden, salvo que fueran incorporadas al tipo, que una figura delictiva de este tenor esté en nuestro Código penal[32].

28 Una buena síntesis de todo el proceso de elaboración de la Convención de Mérida puede verse en CARPIO DELGADO, Juana del: El delito de enriquecimiento ilícito. Análisis de la normativa internacional en *Revista General de Derecho penal* 23 (2015), en especial, p. 8 y ss.

29 En concreto incorporan esta figura delictiva la Convención Interamericana contra la corrupción de 1996, el texto puede consultarse en www.oas.org y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción de 2003., el texto puede consultarse en www.opengovguide.com/…/**african-union**s-convention-on-preventing-and-combating. El contenido de ambos textos es comentado por CARPIO DELGADO, Juana del, ob. cit., p. 21 y ss.

30 A subrayar la amplia utilización de esta figura delictiva por las legislaciones latinoamericanas, ver la amplia información que proporciona FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes: Consideraciones procesales sobre el delito de enriquecimiento ilícito, en DEMETRIO CRESPO/GÓNZALEZ-CUELLAR SERRANO: *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica,* Castillo de Luna, Madrid 2015, p. 439 y ss.

Entre los Codigos penales europeos tan sólo lo recoge el Código penal frances en su art.321-6 que establece: "*Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende".*

31 Vid. el buen análisis que lleva a cabo BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués, en Revue Electronique de l`AIDP*, 2013, p. 8 y ss. al hilo de su comentario a la sentencia del constitucional portugués.

32 Por todos, BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de enriquecimiento ílicito desde la perspectiva europea.* Cit. pp. 18-19.

La situación de un enriquecimiento de un funcionario que no se justifique con sus ingresos lícitos en realidad es una prueba indiciaria de un posible comportamiento delictivo, por lo que construir sólo sobre esa base un delito supone, en gran medida, recuperar los viejos delitos de sospecha[33].

Personalmente, para afrontar estas situaciones, me parece sugerente la denominada "estrategia Al Capone"[34], es decir, considerar la conducta del enriquecimiento ilícito desde la perspectiva de su posible infracción de las normas tributarias y en su caso de aplicación de las penas que corresponden al delito fiscal. Aunque ciertamente acudir a esta vía implica, al menos provisionalmente, una regularización del patrimonio del condenado al no traer consigo el decomiso del mismo[35]. Aunque, esta solución no obstaculiza el enjuiciamiento de las conductas de las que se deriva el enriquecimiento, en caso de que con posterioridad se obtuvieran pruebas que lo hicieran posible.

El legislador español, hasta ahora, se ha mostrado contrario a la incorporación de este delito a nuestro Código penal, aunque esta se haya defendido desde distintos grupos parlamentarios[36]. En su informe a la Comisión de seguimiento de la Convención de Mérida, el Gobierno de España, entiende que: *"Entre los delitos no vinculantes contenidos en la Convención contra la Corrupción, el enriquecimiento ilícito no se ha establecido como delito independiente en España, debido a que se considera incompatible con la presunción de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución española y su interpretación por parte del Tribunal Constitucional. Para la determinación de la responsabilidad penal debe probarse que el incremento del patrimonio del funcionario público tiene como origen cualquiera de las conductas tipificadas en el Código Penal*"[37].

11.- La reforma del Código penal de 2015 modifica sustancialmente la regulación que presentaba el hasta entonces denominado comiso. Este cambio en la legislación tiene que ser considerado en el marco de las medidas adoptadas para luchar contra la criminalidad organizada y dentro de ella muy especialmente en el de las medidas adoptadas contra la corrupción. El ahora denominado decomiso, en cuanto impide el disfrutar de los beneficios del delito, ha pasado a ser una pieza clave en la política criminal frente a la delincuencia que genera grandes beneficios económicos, lo que queda reflejado en la abundancia de instrumentos internacionales, muy especialmente europeos, que han llevado a introducir importantes modificaciones en su contenido[38].

33 A título de ejemplo puede recordarse el delito contenido en el art. 509 del viejo Código penal "tenencia de útiles para el robo", que llevó al Tribunal Constitucional, sentencia 105/1988, de 8 de junio a "declarar inconstitucional el art 509 del Código penal en cuanto interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito", para que pudiera apreciares este delito sin quebrantar la presunción de inocencia, se requiere que la acusación pruebe la idoneidad de los instrumentos para el robo y que iban a ser empleados con esa finalidad.

34 El término es utilizado por BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de enriquecimiento ilícito,* cit., en especial p. 18, al referirse a la vía que se utilizó para enjuiciar al conocido gangster de Chicago, pues se le juzga y condena por no pagar impuestos por los beneficios que había obtenido del crimen organizado y no por los delitos que generaron esos beneficios.

35 Este riesgo es apuntado por BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de enriquecimiento ilícito,* cit., p. 18.

36 Véase la información, que sobre las distintas enmiendas encaminadas a la introducción de este nuevo delito, proporciona CARPIO DELGADO, Juana del, ob. cit., p. 58 y ss. Por otro lado, dentro del listado de medidas firmado, el 28 de agosto de 2016, por el Partido Popular y Ciudadanos y que posibilitó la investidura del actual presidente de Gobierno, la 106 establece:" *Incorporar en el* Código *Penal, en el marco del Pacto de Estado para la Regeneración y la Calidad de la Democracia, el delito de enriquecimiento ilícito, una vez que se tengan todas las garantías sobre su constitucionalidad".*

37 Véase el comunicado de las autoridades españolas realizado a la Conferencia de los Estados parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción en http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/7-9September2011/V1183528s.pdf, consulta 21.1.2017.

38 Puede consultarse la acertada síntesis que sobre la evolución del comiso, hoy decomiso, efectúa, FABIAN CAPARRÓS, Eduardo en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros: Curso de Derecho penal. Parte General, 3ª edición, ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, p. 593 y ss., en especial subraya la ampliación de su objeto a las "ganancias" del delito. Lo que le convierte en un instrumento relevante en la lucha contra la criminalidad organizada, *"orientada prioritariamente a suprimir toda clase de enriquecimiento injusto derivado del delito y a restaurar la legalidad patrimonial".*

Inclusive parece que no hay que descartar nuevas reformas del decomiso si tenemos en cuenta que el ya mencionado acuerdo entre el Partido Popular y Ciudadanos contempla como su medida número 118: "*Ampliar el decomiso en los delitos de corrupción que impliquen enriquecimiento para el afectado".*

La redacción primera del Código penal de 1995 ya supuso un cambio en relación con la anterior legislación al dejar de asignarse, al entonces denominado comiso, la consideración de "pena accesoria" [39] y pasar a estar incluido dentro de las "consecuencias accesorias", separado por tanto de las restantes consecuencias del delito, pena, medida de seguridad y responsabilidad civil. En el nuevo texto se sitúa a cada una de ellas, también a las consecuencias accesorias, en Títulos independientes. La nueva regulación respondía a las directrices del nuevo marco internacional de lucha contra la criminalidad organizada, especialmente la que tenía por objeto el tráfico de drogas, y pretendía salvar, al atribuirle una naturaleza civil, los inconvenientes que para la determinación de su alcance imponía la consideración del comiso como pena y estar su contenido, por tanto condicionado por las limitaciones que la Constitución impone al Derecho penal[40]. En su nueva configuración, la entidad del comiso no iba a depender ni de la culpabilidad, ni de la peligrosidad del penalmente responsable, sino que respondía a la pretensión de buscar restaurar el orden económico alterado por el comportamiento delictivo, pero no pretendía que, como consecuencia accesoria, incorporase contenidos sancionadores[41].

Las posteriores reformas que ha sufrido el Código penal, han llevado a problematizar este punto de partida, al introducir en la regulación del comiso aspectos que puede entenderse que le confieren, en algunos casos, un carácter materialmente penal.

Los primeros cambios legislativos del código en lo referente a la criminalidad organizada, respondían en su mayor parte a la política criminal frente al terrorismo y frente al tráfico de drogas, sólo en los más recientes, muy especialmente en los de la reforma de 2015, va a pasar a primer plano, no siempre de modo acertado, la política criminal frente a la corrupción como manifestación de la criminalidad organizada.

12.- El primer paso en esta dirección de cambios en la regulación inicial del comiso fue dado por la reforma de 2003[42], al contemplar la sustitución del comiso de los bienes u objetos vinculados al delito por su valor equivalente, lo que respondía a darle un carácter punitivo[43], y, de acuerdo con la Exposición de Motivos, a la doble finalidad de evitar el *"más mínimo enriquecimiento para sus autores y participes"* y *"mejorar la represión de los delitos"*, con mención expresa del narcotráfico y del blanqueo de dinero[44], con lo que se apartaba del potencial peligro del objeto a decomisar y ponía el acento en garantizar la recuperación del valor de los bienes decomisables, lo que incorporaba un carácter que puede considerarse punitivo. Por otro lado, en sentido opuesto[45], la reforma incorporaba la posibilidad de establecer el comiso aunque hubiera habido

39 El Código de 1973, en el art.27, dentro del listado de penas incluía como pena accesoria: la "Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito" y, más adelante en el art 48 establecía: "*Toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, y si no lo fueren se les dará el destino que dispongan los Reglamentos, o, en su defecto, se inutilizarán".*

40 Sobre el comiso y toda su actual problemática puede consultarse el reciente artículo de ROIG TORRES, Margarita: *La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española,* en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXVI, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2016, sobre este punto concreto, véase en especial. 201 y ss.

41 El art.127, en su redacción de 1995, establecía: *"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"*

42 La reforma de 2003, lleva a cabo una primera ampliación del comiso, incorporando nuevos apartados al art.127. De acuerdo con la Exposición de Motivos: *"m) Se modifica el ámbito y alcance del comiso, con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero".*

43 Como pone de relieve ROIG TORRES, Margarita: *La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española,* cit., p. 204, este carácter sancionador del comiso por valor equivalente se exterioriza en especial cuando se refiere a los instrumentos del delito.

44 El art. 127.2 establecía: "*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".* Por todos, puede consultarse CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: Valoración crítica de la reforma del comiso, en *Revista General de Derecho Penal,* 8, 2007, p. 6 y ss., que incorpora una interesante reflexión sobre la posible inconstitucionalidad de este "comiso sustitutivo".

45 Subrayado por ROIG TORRES, Margarita: La regulación del comiso, cit., p. 206.

exención o extinción de la responsabilidad penal, es decir, el comiso dejaba de estar necesariamente unido a una sentencia penal condenatoria[46]. La reforma abría por tanto dos vías hasta entonces no utilizadas, el "decomiso por sustitución" y el "decomiso sin sentencia".

13.- La reforma de 2010 da un paso más en la utilización del decomiso como instrumento de la política criminal contra la criminalidad organizada, basándose en la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005[47], al actuar, tal como de forma expresa recoge en su Preámbulo[48], contra el beneficio económico, "principal objetivo de la delincuencia organizada"[49].

El punto clave de la reforma[50] lo constituye la incorporación a nuestra legislación, con carácter imperativo para el juez, del denominado "decomiso ampliado", presumiendo, con carácter general, la procedencia ilícita de los bienes de los condenado por delitos de criminalidad organizada y especialmente de índole terrorista[51]. Esta presunción incorpora un cierto paralelismo con el delito de enriquecimiento ilícito, y parece abrir la puerta a trasladar aquí parte de las objeciones formuladas para rechazar la incorporación a nuestra legislación de ese delito. Aunque en estos supuestos de decomiso, a diferencia de los supuestos de un eventual delito de enriquecimiento ilícito, está ausente una pena y, en principio, solo se busca reconstruir una situación económica anterior.

Junto a esta modificación la reforma incorpora la posibilidad de que el juez pueda proceder el comiso por delito imprudente con pena superior a un año de privación de libertad.

14.- Esta línea político criminal de potenciar el decomiso como medio de lucha contra la criminalidad organizada es completada por la reforma de 2015. El legislador anuncia en una de las primeras líneas del Preámbulo de la reforma que en la misma se acomete "una revisión técnica del decomiso", la lectura del apartado VIII del mencionado Preámbulo y la mera extensión de la nueva regulación[52], pone de manifiesto que estamos ante algo más que una mera revisión técnica de esta "consecuencia accesoria". En buena medida el contenido de esta reforma está condicionado por el de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea[53].

La Directiva articula una política criminal contra la criminalidad organizada, no son medidas dirigidas exclusivamente a la lucha contra la corrupción, aunque es evidente que esta aparece presente de forma relevante

46 127.*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"*. ROIG TORRES, Margarita: La regulación del comiso, cit., pp. 205-206, subraya como la doctrina ha interpretado restrictivamente este nuevo párrafo, exigiendo el carácter antijurídico de la conducta, aunque, *"pese a todo, la condena penal dejaba de ser presupuesto ineludible para decretar la confiscación"*.

47 El texto de la Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo de 24.2.2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, puede consultarse en https://www.boe.es

48 El primer párrafo del apartado VIII de Preámbulo establece: *"De singular importancia resulta la transposición de 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. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella"*

49 Ya en el primer considerando de la Decisión Marco entre otras afirmaciones se establece: "*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".*

50 Ver la síntesis que lleva acabo de la problemática de esta reforma, GORJÓN BARRANCO, Maria Concepción: El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho penal, en *Revista Penal*, 38, 2016, p. 134 y ss.

51 La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en acuerdo de pleno no jurisdiccional, ya había contemplado el comiso ampliado de las ganancias provenientes del tráfico de drogas. La reforma de 2010, incorpora al 127. 1, un segundo párrafo que recoge de forma taxativa los supuestos de decomiso ampliado: *"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".*

52 Hasta 2015 el decomiso se regulaba en los artículos 127 (ciertamente amplio) y 128. Ahora pasa a estar regulado en nueva artículos 127 a 127 octies y 128.

53 El texto de la Directiva puede consultarse en https://www.boe.es/doue/2014/127/L00039-00050.

en su contenido. Baste con constatar como el art. 3, al establecer los delitos a los que va referida, da una particular importancia a los relacionados con la corrupción, que son objeto de los apartados a), d) y f) del mencionado artículo[54].

Sobre esta base, de la normativa europea, la calificada como revisión técnica del decomiso pasa por una ampliación de las regulaciones de las clases de decomiso preexistentes, por subrayar el carácter civil del decomiso y por la incorporación de disposiciones de carácter procesal, que técnicamente estarían mejor situadas en las normas de esta rama del ordenamiento jurídico.[55]

El carácter civil del decomiso, que en algunos casos es discutible, es subrayado por el propio legislador de forma indirecta a través de la disposición final séptima de la ley de reforma[56] El carácter no penal del decomiso es una cuestión clave, pues, si carece de este carácter sancionador y constituye únicamente un medio para reconstruir una situación económica anterior, hace que no sea necesario que se apliquen al contenido del mismo las garantías que deben acompañar a una consecuencia de carácter punitivo. Aunque la objeción clave radica en la posibilidad de estar ante un fraude de etiquetas, en el que el legislador formalmente atribuye, a lo que materialmente es penal, la naturaleza de consecuencia civil, lo que le permite eludir las garantías constitucionales vinculadas a la utilización de una sanción de naturaleza penal.

Los primeros estudios doctrinales[57] de esta nueva regulación del decomiso parten necesariamente, de intentar analizar las distintas clases del mismo y de examinar la incidencia de la nueva normativa en cada una de ellas. En concreto, puede diferenciarse: Decomiso con condena, decomiso ampliado, decomiso sin condena y decomiso de bienes de terceros. Como se ha expuesto en las páginas anteriores, al decomiso directo con condena, que recogía en su primera redacción el Código de 1995, se han ido incorporando en sucesivas reformas las otras clases, con justificación y apoyo en normas internacionales. Estas pretendían dar una respuesta eficaz a la criminalidad organizada para evitar el aprovechamiento de los beneficios económicos del delito y en función del carácter transfronterizo de muchas de sus manifestaciones.

15.- Respecto al decomiso en sentido estricto, consecuencia obligada en los casos de condena por un delito doloso, y potestativa para el juez o tribunal en los casos de condena por delito imprudente al que la ley prevea una pena superior a un año de privación de libertad, el legislador mantiene tanto el objeto del mismo, como el decomiso por sustitución, de los bienes y de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos.

La redacción del artículo 127, tras el desarrollo normativo llevado a cabo por la reforma de 2015, puede técnicamente plantear problemas, en lo que se refiere al objeto del decomiso, si se compara con la redacción de otros artículos referidos al decomiso, donde, para referirse al objeto del mismo, no siempre utiliza los mismos términos. De igual manera, la reforma tampoco sigue en este punto el contenido de la Directiva de 2014, que se refiere y define a "efectos" que provengan del delito, a "bienes, medios o instrumentos" con los que se haya ejecutado y a "ganancias" provenientes del delito[58].

54 Art.3: *"La presente Directiva se aplicará a las infracciones penales contempladas en: a) el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3, apartado 2, letra c), del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea («1);Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios»); d) la Decisión Marco 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 f) la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado".*

55 Con claridad, pero no sólo, es el caso del contenido de los arts. 127 septies y 127 octies. Ciertamente en el decomiso convergen Derecho penal y Procesal penal, lo que, acertadamente, es subrayado por RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: En la búsqueda de un sistema penal más eficaz en el combate a la corrupción: expectativas depositadas en el decomiso, cit., en especial p. 2, donde subraya como la actual regulación del decomiso requiere ser valorada desde el conjunto del sistema penal, que requiere vasos comunicantes entre penalistas y procesalistas.

56 El legislador de 2015 subraya este carácter al establecer, en la disposición final séptima de la Ley Orgánica que lleva a cabo la reforma, LO 1/2015, la condición de Ley ordinaria de esta parte del Código penal.

57 Por todos pueden consultarse, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros: Curso de Derecho penal. Parte General, cit., p. 597 y ss., y ROIG TORRES, Margarita: La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española, cit., p. 237 y ss.

58 En este sentido ver con amplitud las páginas que dedica al problema ROIG TORRES, Margarita: La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española, cit., p. 240 y ss.

De modo más conciso la Directiva 2014/42, en su art. 4 establece como objeto de decomiso "instrumento", "bienes" o "producto" del delito, que previamente ha definido en el art.2, producto: "toda ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de infracciones

Por otro lado, deberá probarse por quien acusa, manteniéndose la presunción de inocencia, la vinculación de cualquiera de los objetos del decomiso con el delito de que se trate[59].

16.- En relación con el decomiso ampliado, como se señaló, se incorpora a nuestra legislación en la reforma de 2010. La reforma de 2015, tomando como referencia el contenido de la Directiva 2014/42, va a potenciarle como instrumento clave para actuar frente a los beneficios económicos de la criminalidad organizada y dentro de ellos frente a los generados por las conductas de corrupción[60].

En relación con el mismo, la Directiva, en su art. 5.1, establece que este decomiso es de aplicación en los caso en que *"una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica"*, y *"un órgano jurisdiccional haya resuelto considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas".*

En el párrafo 2 del mismo artículo la Convención formula una amplia relación de "infracciones penales"[61] a los que va dirigido este decomiso, que incluirá, "al menos", los casos de corrupción privada y los supuestos de corrupción activa o pasiva en los que estén implicados funcionarios de la Unión Europea o de los Estados miembros. Es decir la Directiva establece como obligatorio el decomiso ampliado para estos dos grupos de casos de corrupción, pero deja abierta la puerta para que los Estados amplíen el ámbito de aplicación de esta clase de decomiso.

El legislador español introduce un primer cambio que afecta a la relación de delitos a los que es aplicable el decomiso ampliado, hasta entonces centrado en los de terrorismo y en los cometidos en el seno de una organización criminal. En la nueva redacción el legislador español va más allá de las obligaciones que le impone la Directiva y formula una amplia lista[62] en la que incluye comportamientos claramente vinculados a

penales; puede consistir en cualquier tipo de bien e incluye cualquier reinversión o transformación posterior del producto directo así como cualquier beneficio cuantificable"; bienes: "cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos o instrumentos jurídicos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes"; instrumento: "cualquier bien utilizado o destinado a utilizarse de cualquier forma, total o parcialmente, para cometer una o varias infracciones penales".

59 En este sentido con claridad, PÉREZ CEBADERA, Mª Ángeles: Decomiso ampliado: A vueltas con la prueba del origen del patrimonio, en DEMETRIO CRESPO/GÓNZALEZ-CUELLAR SERRANO: Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica, cit., p. 408.

60 El Preámbulo se refiere expresamente al decomiso ampliado que: "*se extiende a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos"* y más adelante, *"la regulación contempla así una figura que se encuentra ya recogida por el Derecho comparado y que será de aplicación generalizada en el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de la mencionada Directiva".*

61 El art. 5.2 de la Convención establece que "A los efectos del apartado 1 del presente artículo, (la aplicación del decomiso ampliado), el concepto de «infracción penal» incluirá, al menos, las siguientes: a) la corrupción activa y pasiva en el sector privado, a las que se refiere el artículo 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, así como la corrupción activa y pasiva en que estén implicados funcionarios de las instituciones de la Unión o de los Estados miembros, a las que se refieren los artículos 2 y 3, respectivamente, del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios; b) los delitos relativos a la participación en una organización delictiva, de conformidad con el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, al menos en los casos en que hayan producido un beneficio económico; c) hacer que un menor participe en espectáculos pornográficos, captarlo para que lo haga, lucrarse por medio de tales espectáculos, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines, si el menor ha alcanzado la edad de consentimiento sexual tal como se dispone en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2011/93/UE; la distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 4, de dicha Directiva; el ofrecimiento, suministro o puesta a disposición de pornografía infantil, a que se refiere el artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva; la producción de pornografía infantil a que se refiere el artículo 5, apartado 6, de la citada Directiva; d) la interferencia ilegal en los sistemas de información y la interferencia ilegal en los datos, a que se refieren los artículos 4 y 5,respectivamente, de la Directiva 2013/40/UE, cuando haya resultado afectado un número significativo de sistemas de información mediante la utilización de un instrumento, de los mencionados en el artículo 7 de dicha Directiva, concebido o adaptado principalmente con tal finalidad; la producción intencional, venta, adquisición para el uso, importación, distribución u otra forma de puesta a disposición de instrumentos utilizados con el fin de cometer infracciones, al menos en los casos que no sean de menor gravedad, previstos en el artículo 7 de dicha Directiva; e) una infracción penal que sea punible, de conformidad con el instrumento correspondiente del artículo 3 o, en caso de que el instrumento de que se trate no contenga un umbral de pena, de conformidad con el Derecho nacional aplicable, con una pena privativa de libertad de al menos cuatro años".

62 El art.279 bis, establece: *" 1.- El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:*

a) Delitos de trata de seres humanos. b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de

la corrupción: Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia; Delitos de corrupción en los negocios; Delitos de blanqueo de capitales; Delitos de cohecho; Delitos de malversación. Aunque, una vez que se adopta la decisión político criminal de la ampliación, se echa en falta a la financiación ilegal de los partidos políticos, a los delitos de contrabando o a los urbanísticos[63].

Junto a esta ampliación, la reforma establece dos opciones de decomiso ampliado, aunque la Directiva sólo establezca una, la primera, de imposición obligatoria para el juez o tribunal, en el art. 127 bis, y la segunda, potestativa, en el art. 127 quinquies. Denominador común a ambos decomisos es referirse a comportamientos distintos de aquel que ha sido objeto de condena. En cualquier caso la existencia de estas dos regulaciones del decomiso ampliado, tiene su explicación en los avatares de la tramitación parlamentaria de la reforma. Aunque, ciertamente, en una reforma autocalificada como técnica hubiera sido deseable una única regulación del decomiso ampliado[64].

La lectura del párrafo inicial del art. 127 bis hace surgir una primera e importante objeción al establecer que el juez o tribunal ordenará el decomiso cuando habiendo condenado por uno de los delitos mencionados "*resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen lícito"*. Pues esta última referencia parece abrir la puerta a una inversión de la carga de la prueba, que sea el condenado y no la acusación quien tenga que probar el origen de su patrimonio, que supondría un quebrantamiento de la presunción de inocencia[65].

También aquí el Código, en especial al incluir esta innecesaria y perturbadora referencia, se aparta del contenido de la Directiva pues recuérdese que esta es clara al establecer cómo se puede llegar a aplicar este decomiso[66], *"considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas"*.

Es preciso por tanto propugnar una interpretación de este 127 bis que se acomode a las exigencias constitucionales. En primer lugar, respecto al delito objeto de la condena, uno de los que aparece en la relación del artículo, será de aplicación el contenido del art. 127, esto es, el decomiso de "*los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes delito*". La ampliación del 127 bis se refiere a *"bienes, efectos y ganancias* ", que el juez o tribunal entiende, a partir de *"indicios objetivos fundados*", que provienen de "*una actividad delictiva",* obviamente distinta de la del delito objeto de condena.

La ampliación del decomiso, en razón de la existencia de una actividad delictiva, se va a basar siempre en pruebas indiciarias, pruebas que no contravienen el

abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia. e) Delitos relativos a las insolvencias punibles. f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial. g) Delitos de corrupción en los negocios. h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298. i) Delitos de blanqueo de capitales. j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.n) Delitos de falsificación de moneda. o) Delitos de cohecho. p) Delitos de malversación. q) Delitos de terrorismo. r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal".

63 En este sentido entre otros, ver GORJÓN BARRANCO, María Concepción: El comiso ampliado como paradigma del moderno derecho Penal, cit., p. 136.

64 La referencia a la tramitación parlamentaria puede verse HAYA GARCÍA, Esther: La nueva regulación del comiso, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director): Comentario a la reforma de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 216

65 Ver en este sentido, PÉREZ CEBADERA, Mª Ángeles: Decomiso ampliado: A vueltas con la pruebe del origen del patrimonio, en DEMETRIO CRESPO/GÓNZALEZ-CUELLAR SERRANO: Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica, FALTA PÁGINA

66 El art.5 de la Directiva contempla el decomiso ampliado: "*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas".*

contenido de la Constitución[67], pero que en estos casos no deben bastar para condenar por los hechos a los que van referidas, si así fuera habría que condenar por el correspondiente delito y sería de aplicación el comiso estricto del art. 127. Las pruebas indiciarias deben indicar una actividad delictiva y la vinculación a la misma de los bienes y efectos, que van a ser objeto del decomiso.

El legislador da un paso más, pues, sin cerrar la puerta a otras posibles pruebas, "valorarán especialmente, entre otros", establece tres indicios que pueden indicar el origen ilícito de los "bienes o efectos" sobre los que procede el decomiso:

"1. º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2. º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3. º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida".

El primer indicio la desproporción nos lleva al enriquecimiento ilícito, cuya admisión como prueba indiciaria es correcta, pero, que en nuestra legislación, cono ya vimos, no es admisible su incorporación como delito.

Técnicamente los otros dos indicios a los que se refiere el legislador pueden llevarnos al delito de blanqueo, que sería aplicable, aun en el caso de que ya se hubiera hecho efectivo el decomiso ampliado sobre los bienes objeto de blanqueo, dada la naturaleza del decomiso y el bien jurídico del blanqueo[68]. Aunque, en su caso, la condena por blanqueo tendría que tener en cuenta, al establecer el preceptivo comiso, de acuerdo con el art. 127 bis 4, el alcance que hubiera tenido el decomiso ampliado[69].

Obviamente estas pruebas indiciarias u otras a las que se refiera el juez o tribunal, cuya utilización debe ser motivada en su sentencia, pueden ser desvirtuadas por la defensa del condenado e impedir por tanto la ampliación del decomiso.

La regulación de este decomiso ampliado se completa con la aplicación en su caso del decomiso de sustitución del art. 127.3, aunque como ya ha puesto de relieve la doctrina es de difícil explicación su presencia en el decomiso ampliado, máxime cuando no aparece en la Directiva y puede ser considerada como desproporcionada[70].

El art. 127 quinquies y el 127 sexies contienen, como se adelantaba, otra modalidad de decomiso ampliado. Estos artículos fueron introducidos a través de una enmienda del Grupo Popular durante la tramitación de la reforma en el Senado. Este origen y el proceder de una proyectada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, explica parte de los problemas que presenta esta modalidad de decomiso[71].

---

67 La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha elaborado una sólida doctrina sobre la prueba indiciaria, proyectándola además sobre el decomiso, con anterioridad a la incorporación al Código del decomiso ampliado. La prueba indiciaria tiene necesariamente un contenido distinto al de una presunción, pues busca razonadamente inferir de hechos probados la existencia del hecho objeto de la sentencia, difícilmente se limitará la prueba a un único hecho sino que normalmente se basará en un conjunto de indicadores. La prueba indiciaria de la existencia de un hecho es constitucionalmente aceptable, la presunción sin más no. Ver entre otras la sentencia, 732/2013 de 16 de octubre, o la 700/2009 de 18 de junio.

Respecto a la prueba indiciaria y el decomiso ampliado el Pleno de la Sala Segunda ya había establecido el 5.10.98: "*El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 CP. 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 el principio acusatorio*". Sobre la prueba indiciaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden consultarse las páginas que le dedican MAZA MARTIN, J. M. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R.: *Casación penal práctica*, Barcelona, Bosch, 2013, p. 309 y ss.

68 En este sentido ver VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: Consecuencias accesorias: Decomiso (arts.127 a 127 octies), en GONZALEZ CUSAC, J.: Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 402, en análogo sentido, GORJÓN BARRANCO, María Concepción: El comiso ampliado como paradigma del moderno derecho Penal, cit., p. 136.

69 El art.127 bis 4 establece: "*Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento"*

70 Con razón, ROIG TORRES, Margarita: La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española, cit., p. 251. También críticamente, VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: Consecuencias accesorias: Decomiso (arts.127 a 127 octies), en GONZALEZ CUSAC, J.: Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015, cit., p. 402, entiende de difícil comprensión su aplicación en estos casos, pues, en este caso, los bienes están identificados, "los que no pueda justificarse su lícita adquisición".

71 Vid. Con más detalle ROIG TORRES, Margarita: La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española, cit., p. 252.

La aplicación de esta modalidad de decomiso, no es obligatoria para el juez o tribunal, y objetivamente su alcance tiene mayor gravedad que el previsto en el 127 bis. El decomiso que se contempla en este caso se hace depender de la concurrencia de varias condiciones de carácter objetivo, "*que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a los que se refiere el art. 127bis 1 del Código penal",* sobre esta condición deben además concurrir dos condiciones adicionales.

La primera de estas condiciones es, *"que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada*". La existencia de una actividad delictiva de estas características se presume, con presunción iuris et de iure, si concurre una de las dos condiciones que recoge el párrafo 2 del mismo artículo, que:

"a) El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto.

b) O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico".

Por tanto, el punto básico para este decomiso es la existencia de una actividad continuada previa, que puede haber sido ya juzgada, lo que normalmente habrá supuesto la aplicación del comiso previsto en el art. 127, con lo que, en buena lógica hace que este decomiso en la práctica sólo va a ser aplicable a los casos en que la "actividad delictiva continuada" haya quedado reflejada en una condena por varios delitos o por un delito continuado[72].

Apreciada la "actividad delictiva continuada", la segunda condición consiste en que existan indicios fundados de que "*una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa*". Como indicios relevantes de este origen del patrimonio el legislador reproduce, aquí en listado cerrado, las tres pruebas indiciarias que establece en el art. 127 bis, que además deben indicar que el montante del beneficio alcanzado por el sujeto es superior a 6.000 euros.

Si se dan todos estos requisitos, el alcance del decomiso es particularmente amplio de acuerdo con las presunciones del art. 127 sexies[73], pues afecta a todos los bienes adquiridos dentro de un periodo de tiempo de seis años a partir de la apertura del procedimiento penal, adquisición que también se presume libre de cargas, y a todos los gastos que se llevaron a cabo en igual periodo. Se presume que ambos, adquisiciones y gastos, proceden o se llevaron a cabo, como consecuencia de la actividad delictiva. Pero obsérvese que, mientras que, en el 127 quinquies 3, se exige prueba indiciaria de que "una parte relevante del patrimonio" proceda de una actividad delictiva previa, en el 127 sexies, cuando establece el alcance del decomiso se presume que todos, no sólo una parte relevante, y todos los gastos tienen ese origen delictivo. Lo que no hace sino incorporar al decomiso un componente incuestionablemente sancionador.

En conclusión, la existencia de todas estas presunciones, que no pruebas indiciarias, unido al alcance cuantitativo al que conducen, nos lleva a una situación materialmente equivalente a la vieja pena de confiscación de bienes, vetada ya en la Constitución de Cádiz[74], y que sólo a través de un fraude de etiquetas se puede ignorar su carácter punitivo, su condición materialmente penal, y pretender su conformidad con la Constitución.

Todas estas presunciones, nos llevan a cuestionar la constitucionalidad y la oportunidad de este precepto, criticado con contundencia por la doctrina penal[75], y

72 En este sentido, ROIG TORRES, Margarita: La regulación del comiso, cit., p. 255.

73 El art.127 sexies establece: "*A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones: 1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos. 2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva. 3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas. El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas".*

74 La Constitución de 1812 en su art. 304 establecía: "*Tampoco se impondrá la pena de confiscación de bienes".*

que tan sólo exterioriza la falta de reflexión que debe requerir cualquier reforma y la ya clásica utilización simbólica del Derecho penal, aunque el legislador afirme que este decomiso, por otro lado, carente de apoyo en la socorrida Directiva europea, tenga carácter civil.

17.- El decomiso sin condena o decomiso autónomo, incorporado al código en 2003, es ahora regulado de forma más detallada y ampliada en el art. 127 ter. Una medida de esta naturaleza que no vincula el decomiso a una sentencia penal, con antecedentes en el derecho anglosajón, aparece recogido de modo expreso en la Convención de Mérida[76] y en la Directiva 2014/42.[77] Esta modalidad de decomiso ha sido incorporada a distintas legislaciones, por responder a una necesidad político criminal frente a los casos más graves de criminalidad organizada y sin duda frente a los supuestos más graves de corrupción[78].

Mediante este decomiso, ante la imposibilidad de proceder a una condena penal, por darse alguna de las situaciones que el Código enumera, se decomisan los bienes que integran la situación patrimonial ilícita, que debe ser acreditada en el correspondiente proceso.

La doctrina ha subrayado el valor de este decomiso para hacer frente a los casos más graves de corrupción[79]. Se trata de un decomiso de carácter civil[80], al tener como objeto los bienes, no las personas, como sería en el caso de que se estuviera hacia una consecuencia de carácter penal.

Los bienes objeto del decomiso tienen que estar vinculados a un sujeto que, aunque no sea objeto de condena penal, por encontrase en alguna de las tres situaciones que enumera el código:

"a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,

b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable,

c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido"..

Pero se exige, en el 127 ter 2, que el sujeto, aunque no haya podido ser condenado *"haya sido formalmente acusado"* o se trate de *"imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad*".

Sobre esta base el art. 127 ter es claro al establecer como referencia "el decomiso previsto en los artículos anteriores", es decir puede referirse también al decomiso ampliado, lo que con razón es cuestionado por parte de la doctrina[81]. Aunque, para acordar este decomiso tomando como referencia el ampliado, ha de exigirse que la imputación o la acusación sea por algunos de los delitos previstos en el 127 bis, pero indudablemente, la posible no presencia en el procedimiento de aquel cuyos bienes pueden ser objeto de decomiso, hace que para poder sostener su constitucionalidad no baste con acreditar el origen ilícito de los mismos. La situación se torna más compleja aún en los casos, frecuentes, en que los bienes estén en poder de un tercero.

---

75 HAYA GARCÍA. Esther: La nueva regulación del comiso, cit., p. 220, no duda en calificar a este texto de "esperpéntico". FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: ob. cit., p. 601, concluye el analisis de este decomiso con un significativo, "demasiadas incoherencias ante un asunto tan serio".

76 La Convención de Mérida en el artículo 54. 1 c) dentro de los mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso, establece: "*Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados".*

77 El art.4.2 de la Directiva establece: "*En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio*".

78 Sobre antecedentes y sobre su necesidad en la lucha contra la gran corrupción puede consultarse el amplio estudio de BLANCO CORDERO, Isidoro: Recuperación de activos de la corrupción mediante decomiso sin condena (comiso civil o extensión de dominio), en FABIAN CAPARRÓS/ONTIVEROS ALONSO/RODRÍGUEZ GARCÍA (coord.): El Derecho penal y la política criminal frente a la corrupción, Ubijus, México 2012, p. 337 y ss.

79 Véase el análisis de BLANCO CORDERO, Isidoro: Recuperación de activos de la corrupción mediante decomiso sin condena (comiso civil o extensión de dominio), cit., p. 338 y 350 y ss.

80 La Ley 41/2015 de 5 de octubre, modifica la ley de Enjuiciamiento criminal y regula este procedimiento en los artículos 803 y ss.

81 Así VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: Consecuencias accesorias: Decomiso, cit., p. 403, por entender que el decomiso ampliado "no sólo exige que haya recaído condena, sino que además requiere que la misma esté basada en las concretas infracciones que se enumeran". En contra, ROIG TORRES, Margarita: La regulación del comiso, cit., p. 260.

82 En este sentido FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: Manual de Derecho penal, cit., p. 602.

La ilicitud patrimonial que sirve de base al decomiso puede en su caso ser objeto de decomiso por valor equivalente del art. 127.3[82].

El procedimiento por el que puede llegar a procederse a este decomiso aparece recogido en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformada por la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre[83]. El objeto de este procedimiento de acuerdo con el 127 ter es acreditar la situación patrimonial ilícita, la que sirve de base para establecer el decomiso.

18.- La realidad de los supuestos de gran corrupción evidencia la necesidad de tener medios que posibiliten la recuperación de bienes o activos que estén en poder terceros que a veces actúan como testaferros o que conocen el origen ilícito de los mismos[84].

El decomiso de bienes de terceros, obedece a una política criminal, que pretende afrontar los efectos económicos de la criminalidad organizada. La Directiva 2014/42, recoge de forma expresa est exigencia politico criminal, al entender en su considerando 24, que: "*resulta cada vez más necesario permitir el decomiso de bienes transferidos a terceros o adquiridos por ellos*", al tratarse de una vía de uso frecuente por la criminalidad organizada y dentro de ella por las formas más graves de corrupción, para asegurarse los beneficios económicos consecuencia del delito, aunque como concluye en el mismo lugar, "*en cualquier caso, no deberían verse perjudicados los derechos de los terceros que actúen de buena fe*"[85].

Sobre este punto de partida, la situación del adquiriente de buena fe va a aparecer como un punto crítico de la tensión entre garantías y eficacia. La reforma de 2015 opta claramente por una búsqueda de eficacia al invertir la carga de la prueba, al contrario que la legislación civil[86], y prescindir de garantías vinculadas al principio de proporcionalidad[87].

Este decomiso de bienes de terceros es regulado en el 127 quater[88] al establecer en dos supuestos, la posibilidad de que jueces o tribunales, aunque no están obligados a aplicarlo, acuerden el decomiso de "bienes, efectos y ganancias" o "de un valor equivalente a los mismos", pese a que se hayan transferido a terceras personas[89].

El primero se refiere a "efectos y ganancias," que el tercero hubiera adquirido con conocimiento de su pro-

83 Aparece regulado este procedimiento en el Libro IV, Título III ter, Capitulo II, artículos 803 ter e) y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

84 En este mismo sentido, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: Manual de Derecho penal, cit. p. 604.

85 El considerando 24 de la Directiva 2014/42 establece: "*La práctica de que un sospechoso o persona acusada transfiera activos delictivos a un tercero con su conocimiento con el fin de evitar el decomiso es común y está cada vez más extendida. El vigente marco jurídico de la Unión no contiene normas vinculantes sobre el decomiso de bienes transferidos a terceros. Por lo tanto, resulta cada vez más necesario permitir el decomiso de bienes transferidos a terceros o adquiridos por ellos. La adquisición por un tercero se refiere a situaciones en las que, por ejemplo, el bien ha sido adquirido por el tercero, directa o indirectamente, por ejemplo, mediante un intermediario, de un sospechoso o persona acusada, incluso cuando la infracción penal haya sido cometida en su nombre o para su beneficio, en caso de que el acusado carezca de bienes que puedan decomisarse. Ese decomiso debe ser posible al menos en aquellos casos en que los terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado. Las normas sobre decomiso de bienes de terceros deben extenderse tanto a personas físicas como jurídicas. En cualquier caso, no deberían verse perjudicados los derechos de los terceros que actúen de buena fe"*

86 El art.434 del Código civil establece: "La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor le corresponde la prueba".

87 En este sentido es contundente AGUADO CORREA, Teresa: Crónica de una reforma anunciada, en InDret, 1, 2014, p. 47, al afirmar, "*para el gobierno los fines justifican los medios, aun cuando con estos se vulneren derechos fundamentales y principios constitucionales, y que la eficacia está por encima de las garantías".*

88 El art. 127 quater, establece*":1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos: a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito. b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. 2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado".*

89 Esta inclusión del decomiso de sustitución en los casos del decomiso ampliado, no contemplada en la Directiva, parece excesiva. Ver las situaciones referidas por ROIG TORRES, Margarita: La regulación del comiso, cit., p. 264.

cedencia ilícita o cuando una persona diligente, "habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito".

El segundo se refiere a "otros bienes", por exclusión los instrumentos del delito[90], cuando los hubiera adquirido con conocimiento de que dificultaba su decomiso o "cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de este modo se dificultaba su decomiso".

Pero la lectura completa del artículo pone de relieve como la regulación de nuestro Código, en aras de esa pretendida eficacia, también aquí va más allá que la Directiva europea.

La regulación presenta dos problemas claves, que introducen dudas sobre su constitucionalidad. En primer lugar, la posibilidad de proceder al decomiso por el valor equivalente, "*a que se refieren los artículos anteriores",* es decir en todos los supuestos ya analizados de decomiso. La pregunta es si también abre la puerta a los supuestos de decomiso ampliado, lo que no aparece recogido en el art. 6 de la Directiva que se refiere a *"productos del delito*", no a "*actividad delictiva*" del decomiso ampliado.

El legislador en el párrafo 2 del mismo artículo, establece una presunción, más que una prueba indiciaria, del conocimiento o de la sospecha de su origen ilícito, *"cuando los bienes o efectos hubieren sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado".*

El código en este punto va más allá de lo establecido por la Directiva 2014/42, donde se contempla como prueba indiciaria, no como presunción iuris tantum[91].

Pero obsérvese que, al establecer esta presunción con inversión de la carga de la prueba, el legislador se aparta de la regla civil de presunción de la buena fe en el adquiriente y, como acertadamente ya ha subrayado la doctrina, "*para que el juzgador decomise bienes de un tercero es suficiente con que llegue a la conclusión de que este no fue lo suficientemente cuidadoso para sospechar —no para saber— que tales bienes tuvieron un origen ilícito*"[92].

Por otro lado, hay que tener presente la posible presencia del delito de lavado de capitales[93], recuérdese que cabe su comisión imprudente, o de receptación que excluiría la aplicación de esta modalidad de decomiso y llevaría a la aplicación del decomiso del art. 129, lo que hace también aquí dudar sobre la mejora técnica de la reforma y sobre su pretendida eficacia[94], pues prescindir de acreditar como probado el componente subjetivo en la conducta del tercero nos situaría en oposición con el texto constitucional.

IV. Conclusiones

19.- La nueva regulación del decomiso es un buen banco de pruebas para alguna de las interrogantes que abre el nuevo Derecho penal. Como ha podido observarse a lo largo de estas páginas en la dimensión alcanzada por la gran delincuencia económica, de la que los casos más graves de corrupción son un buen ejemplo, junto a la responsabilidad individual de los que han delinquido, pasa a un primer plano la necesidad de recuperar los dineros o los bienes ilícitamente obtenidos. Ahora bien, las garantías constitucionales con proyección sobre el ordenamiento penal se refieren tanto a los tipos penales, como a los medios de prueba a ellos referidos o a las consecuencias del delito.

Ciertamente este nuevo Derecho penal, al que nos referíamos en las líneas iniciales de este trabajo, ha llevado a la doctrina a reflexiones encaminadas a buscar caminos para dotar de eficacia a la respuesta punitiva, que se plasma en algunos casos en buscar un Derecho penal diferenciado con disminución de garantías para recuperar lo económico y una menor utilización de la privación de libertad[95].

90 En el mismo sentido FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: Manual de Derecho penal, cit., p. 603.

91 El art. 6 de la Directiva establece: *"1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o un acusado, o que hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o un acusado, al menos cuando esos terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado. 2. El apartado 1 no perjudicará los derechos de terceros de buena fe*".

92 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: Curso de Derecho penal, cit., p. 603.

93 Lo que es puesto de relieve por la práctica totalidad de la doctrina que ha analizado este artículo, así, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: Curso de Derecho penal, cit., p. 604, VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: Consecuencias accesorias: decomiso, cit., p. 406.

94 El Preámbulo de la Reforma de 2015, afirma: "*La regulación del decomiso es objeto de una ambiciosa revisión que introduce importantes modificaciones que tienen como objeto facilitar instrumentos legales que sean más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos".*

Participo de la opinión del sector doctrinal que entiende que el Derecho penal y la pena privativa de libertad debe aplicarse a los casos de mayor gravedad y que debe, en muchos supuestos, al tratarse de actividades reguladas administrativamente, procederse a una revisión de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho Administrativo[96].

En último término cualquier debate sobre el tema está condicionado por tratarse estos delitos, en su mayor parte, de aquellos que son llevados a cabo por los poderosos y por proyectarse sobre él la expansión de otras ramas del ordenamiento jurídico dotadas de capacidad sancionadora, más ágiles y no estigmatizantes.

20.- La regulación de bastantes aspectos del decomiso refleja esa relajación de las garantías referidas a la recuperación de los beneficios económicos del delito económico[97], al incorporar presunciones que difícilmente superan el filtro de la constitucionalidad.

El legislador español en el contenido de más de una regulación, va más allá de lo que le exige la Directiva europea. Junto a esta expansión la regulación es claro que obedece a una mal entendida política criminal de eficacia, con un importante contenido simbólico. Una vez más se busca una legitimación en la opinión pública[98], en este caso construyendo medios que teóricamente deberían suponer una recuperación de los beneficios de la corrupción, aunque para lograrlo se recurra a presunciones escudándose en el supuesto carácter no penal del decomiso, cuando en bastantes casos materialmente lo tiene, parece que de alguna manera se regresa al ya casi olvidado "fraude de etiquetas"[99].

No estamos por tanto ante una mera mejora técnica de una institución en continuo cambio desde 1995, sino a la pretensión político criminal de incorporar e nuestra legislación medios eficaces para afrontar el reto de la criminalidad organizada, lo que sin lugar a dudas es necesario[100], pero no a cualquier precio.

95 Son obligadas en este punto las referencias a las monografías de HASSEMER/MUÑOZ CONDE: La responsabilidad por el producto en Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia 2015; SILVA SÁNCHEZ: La expansión del Derecho penal. Aspectos del Derecho penal en las sociedades posindustriales, 2ª edic., Madrid 2001; MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos: Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales. Especial referencia al ámbito económico, en AAVV: La Ciencia penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje a José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003.

Junto a ellas la síntesis del problema que llevo a cabo en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: Viejo y nuevo Derecho penal, cit., en especial, p. 193 y ss., o recientemente la realizada por mi discípula GORJÓN BARRANCO, María Concepción: El comiso ampliado, cit., p. 127 y ss.

96 En este punto son particularmente sugerentes y acertadas las posiciones de quienes construyen la revisión de las relaciones entre estas dos ramas del ordenamiento jurídico a partir de su distinta finalidad. Por todos véase, SILVA SÁNCHEZ: La expansión del Derecho penal, p. 121 y ss o LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: Bem juridico penal, Quartier Latin, Sao Paulo, 2014, p. 237 y ss.

97 En este sentido GORJÓN BARRANCO, María Concepción: El comiso ampliado, cit., p. 140, que entiende que el legislador en este caso aplica la posición defendida por Silva.

98 En este punto es particularmente sugerente la lectura de las páginas de LIBERATORE S. BECHARA, Ana Elisa: Bem juridico penal, p. 208 y ss. PÉREZ CEPEDA, Ana: La seguridad como fundamento de la dereiva del Derecho penal posmoderno, Iustel, Madrid, 2007 o DEMETRIO, Eduardo: Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (edit.): Serta. In memoriam Alexandri Baratta, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2004, p. 1027 y ss.

99 El término acuñado en la década de los setenta del pasado siglo se utilizaba para referirse a medidas de seguridad, que se cumplían como penas, y a sanciones administrativas que implicaban un ingreso en prisión, con lo que materialmente se estaba ante penas. Tanto en un caso como en otro se estaban imponiendo penas, bajo la etiqueta de medidas de seguridad o de sanciones administrativas. Sobre el tema es básica la lectura de las páginas escritas por mi maestro BARBERO SANTOS, Marino: Política y Derecho penal en España, Tucar, Madrid, 1977, en especial, p. 107 y ss., en relación con la denominada "responsabilidad personal subsidiaria", que, de acuerdo con la Ley de Orden Público, posibilitaba a las autoridades administrativas imponer privaciones de libertad, y p. 119 y ss., respecto a las medidas de seguridad,

100 Por el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre, se regula la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, pieza importante para dotar de eficacia a todo el sistema dirigido a la finalidad de impedir el disfrutar con carácter general de los beneficios económicos generados por el delito.

Dentro de los ya mencionados pactos entre el Partido Popular y Ciudadanos se contempla con el nº *117". Potenciar la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos en materia de Corrupción, dedicando los recursos económicos obtenidos a la lucha contra el fraude. Garantizar una rendición periódica de cuentas por parte del responsable de la Oficina ante el Congreso".*