

## **LA DIRECTIVA 2014/42/UE SOBRE EL EMBARGO Y EL DECOMISO DE LOS INSTRUMENTOS Y DEL PRODUCTO DEL DELITO EN LA UE: DECOMISO AMPLIADO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA\***

Ana E. CARRILLO DEL TESO  
*Universidad de Salamanca*

**Resumen:** La Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea es el último paso dado hasta la fecha dentro de su estrategia «Crime doesn't pay», que propone luchar contra el crimen organizado y las peores formas de delincuencia económica, que se mueven con un claro ánimo de lucro, mediante la privación del producto del delito, con el doble fin de desincentivar estas actividades y evitar la reinversión de los frutos en ulteriores delitos. Para ello se han ido ampliando los límites del decomiso clásico, en el que hay un claro nexo causal entre los hechos delictivos enjuiciados y el producto, lo que ha resultado en las formas modernas de decomiso, especialmente el decomiso sin condena, el decomiso de bienes en manos de terceros y el decomiso ampliado, en las que este nexo se difumina. La posible interferencia con el principio de presunción de inocencia es una de las preocupaciones en torno al decomiso, y este será el tema de esta comunicación, en la que expondremos las principales posiciones de la jurisprudencia, tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.

**Palabras clave:** decomiso, presunción de inocencia, jurisprudencia, patrimonio ilícito.

**Summary:** The Directive 2014/42/UE of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union is the latest step taken to date in its' «Crime doesn't pay» strategy, which proposes to fight organized crime and the worst forms of economic crime, which are both profit-seeking, by depriving the proceeds of crime, with the double aim of discouraging these activities and avoiding the reinvestment of those proceeds in subsequent offenses. To this end, the limits of the classic seizure, in which there is a clear causal link between the criminal acts prosecuted and the product, have been broadened, resulting in modern forms of confiscation, especially confiscation without conviction, third party confiscation and extended confiscation, in which this nexus is blurred. Possible interference with the principle of presumption of innocence is one of the concerns about confiscation, and this will be the subject of this communication, in which we will outline the main positions of jurisprudence, both the ECHR and the Constitutional Court and Supreme Court.

**Key words:** confiscation, presumption of innocence, jurisprudencia, illicit assets.

**Sumario:** 1. Notas preliminares sobre la Directiva 2014/42/UE. 2. Regulación del decomiso en el Código Penal español. 3. Presunción de inocencia y decomiso ampliado: jurisprudencia del TEDH. 4. La posición de los tribunales españoles. 5. Conclusión. Referencias bibliográficas.

## 1. NOTAS PRELIMINARES SOBRE LA DIRECTIVA 2014/42/UE

En el contexto de la Unión Europea, la Directiva 2014/42/UE<sup>1</sup> –la norma europea más desarrollada sobre decomiso– no nace con la pretensión de que se implementen nuevas normas en los Estados miembros de cara a la localización, embargo, administración y decomiso del producto del delito, ya que se parte de su existencia, tanto en el Derecho de la Unión como en los Derechos nacionales. La premisa en este caso es que son procedimientos infrutilizados (considerando 4), por tanto, se pretende incentivar su uso y, sobre todo, su eficacia. Por ello, y dado el carácter transfronterizo de la delincuencia a la que se enfrenta, se busca la aproximación de los regímenes de los Estados miembros. La Directiva abunda en tres aspectos: el decomiso ampliando, el decomiso de bienes en manos de terceros y el decomiso sin condena<sup>2</sup>.

Sobre el decomiso ampliado, que se desarrolla por primera vez en la DM 2005/212/JAI<sup>3</sup>, es una medida pensada especialmente para organizaciones criminales, ya que se observó que habitualmente dividían su actividad entre varias modalidades delictivas, siempre aprovechando que el riesgo que supone participar en mercados ilegales (ya sea narcotráfico, trata de personas con fines de explotación sexual, tráfico de órganos, etc.) se veía compensado por un lucro mucho mayor, y que con frecuencia el patrimonio de sus integrantes procedía en exclusiva del delito. Por ello se da la posibilidad a los órganos jurisdiccionales de decomisar todos aquellos bienes del condenado por una serie de delitos cuando resuelva, sobre la base de indicios, que proceden de actividades delictivas, aunque no haya recaído sentencia de condena por estas otras actividades, distintas a aquellas por las que ha sido condenado.

En concreto, la Directiva en el art. 5 requiere de los Estados miembros que adopten «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». El ámbito de aplicación comprenderá como mínimo la corrupción activa y pasiva en el sector privado, la de funcionarios de la Unión Europea o de los Estados miembros, los delitos de participación en organización delictiva, los delitos relacionados con la

---

\* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de investigación DER2016–79895–P «La reforma del decomiso y la recuperación de activos derivados del delito» financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Copetitividad.

<sup>1</sup> DOUE L 127, de 29 de abril de 2014, pp. 39-50.

<sup>2</sup> V. Maugeri, A.M. (2014). «La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”». En *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 settembre 2014. Recuperado de [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/3287-la\\_direttiva\\_2014\\_42\\_ue\\_relativa\\_alla\\_confisca\\_degli\\_strumenti\\_e\\_dei\\_proventi\\_da\\_reato\\_nell\\_unione\\_europea\\_tra\\_garanzie\\_ed\\_efficienza\\_un\\_work\\_in\\_progress\\_/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/3287-la_direttiva_2014_42_ue_relativa_alla_confisca_degli_strumenti_e_dei_proventi_da_reato_nell_unione_europea_tra_garanzie_ed_efficienza_un_work_in_progress_/);

Aguado Correa, T. (2015). «La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino». En *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 35.

<sup>3</sup> 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 (DOUE L 68, de 15 de marzo de 2005, pp. 49–51).

pornografía infantil y los delitos de daños informáticos. En la Directiva 2014/42/UE se busca simplificar la regulación del decomiso ampliado de cara a una mejor armonización entre Estados, ya que el régimen de la DM 2005/212/JAI, que daba a elegir entre tres opciones de implantación, logró el efecto contrario (considerando 19).

En cuanto al decomiso de bienes en manos de terceros, también parte de la constatación de una práctica habitual: rara vez el autor de los hechos deja a su nombre los bienes producto del delito. Estos son transferidos a terceras personas, ya sean testaferros, sociedades pantalla o personas del entorno, y de no habilitarse específicamente el decomiso en estas circunstancias sería imposible impedir a los delincuentes su disfrute, siempre salvaguardando los derechos de los terceros de buena fe. Según el art. 6, debe ser posible el decomiso de estos bienes, «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». No sólo eso, sino que se considera primordial dar cabida en el proceso al tercero que reclame algún derecho sobre el bien objeto de decomiso como parte de su derecho a ser oído, para lo que se articulan garantías específicas. En concreto, el art. 8.9 dice que «los terceros tendrán derecho a reclamar la titularidad de un bien u otros derechos de propiedad, incluso en los casos a los que hace referencia el artículo 6».

Por último, sobre la posibilidad del decomiso sin condena<sup>4</sup>, en la Directiva se considera que «cuando no sea posible el decomiso basado en una resolución judicial firme, debería no obstante seguir siendo posible, en determinadas circunstancias, decomisar esos instrumentos y productos, al menos en los casos de enfermedad o fuga del sospechoso o acusado» (considerando 15). De esta manera, en el art. 4.2 los Estados miembros quedan obligados a «tomar 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», siempre y cuando no haya sido posible efectuar el decomiso tras una resolución penal firme condenatoria, condición principal del decomiso según el art. 4.1. Es decir, en la Directiva se escoge un modelo de decomiso sin condena dependiente de un proceso penal principal, si bien se trata de una norma de mínimos y no entra en qué procedimientos puedan utilizar los Estados miembros para el decomiso (art. 1).

En la implementación de estas disposiciones la propia Directiva prevé una serie de garantías de especial observación (art. 8), en las que se pide a los Estados miembros tomar medidas para garantizar una tutela judicial efectiva y un juicio justo. En concreto, según el apto. 8 de este artículo, la persona afectada por el decomiso ampliado debe tener la posibilidad efectiva de impugnar las circunstan-

---

<sup>4</sup> Blanco Cordero, I. (2014). «El decomiso sin condena en la Unión Europea: Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia». En Demetrio Crespo, E. (Dir.). *Crisis financiera y derecho penal económico* (pp. 149-210). Madrid: Edisofer.

cias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles sobre cuya base se considere que el bien de que se trate procede de una actividad delictiva.

## 2. REGULACIÓN DEL DECOMISO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Desde la aprobación del Código Penal en 1995 la regulación del decomiso (entonces, «comiso») como consecuencia accesoria había ocupado el art. 127, con las reglas generales, y el art. 128, en el que se recogía —y se sigue haciendo— un principio de proporcionalidad para el decomiso de instrumentos y efectos. Este régimen de Parte General se completaba con algunas normas especiales para determinados delitos, entre los que destacaba el decomiso previsto para los delitos de tráfico de estupefacientes, que fue el primero en prever el decomiso de ganancias en el ordenamiento jurídico español<sup>5</sup>.

Las disposiciones sobre decomiso han sido objeto de reformas sustanciales, siendo la más importante de ellas la efectuada mediante la LO 1/2015<sup>6</sup>, en la que el régimen general ha pasado a regularse en los arts. 127 a 127 *octies*<sup>7</sup>. Como breve apunte de las formas de decomiso a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior, en el Código Penal se recogen dos formas de decomiso ampliado (en el art. 127 *bis* y en los arts. 127 *quinquies* y *sexies*), pero nos centraremos en la más clásica. En el art. 127 *bis* se establece que el juez o tribunal ordenará el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por uno de los delitos incluidos en el listado<sup>8</sup> cuando se cumplan dos condiciones:

---

<sup>5</sup> Así fue cuando se reformó el anterior Código Penal mediante la LO 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas (BOE núm. 74, de 26 de marzo de 1988).

<sup>6</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

<sup>7</sup> V. Rodríguez García, N. (2017). *El decomiso de activos ilícitos*. Cizur Menor: Aranzadi; González Cano, M.I. (2016). *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch; Mata Barranco, N.J. de (2017). «Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En *La Ley Penal*, núm. 124; Díaz Cabiale, J.A. (2016). «El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18–10; Roig Torres, M. (2016). «La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española». En *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, pp. 199–279.

<sup>8</sup> El listado aparece en el art. 127 *bis* 1:

- 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 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.

- Que se resuelva a partir de indicios objetivos fundados que el patrimonio que se va a decomisar proviene de una actividad ilícita
- Que no se acredite su origen lícito.

En el apto. 2 se sugieren unos indicios a tener especialmente en cuenta, aunque en todo caso se trata de una lista abierta. Estos son:

- 1) 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) 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) 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 primero de ellos, la desproporción entre el patrimonio declarado y aquel del que realmente dispone el condenado, es el indicio clásico del decomiso ampliado. De hecho, cuando se introdujo esta modalidad por primera vez mediante la LO 5/2010<sup>9</sup> en la escueta disposición del art. 127.1, párr. 2º, se decía que a efectos del decomiso ampliado se entendería 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». Sin embargo, los otros dos indicios propuestos son más problemáticos porque se acercan, si no convergen, a las conductas tipificadas como blanqueo de capitales<sup>10</sup>. ¿Hay que interpretar, entonces, que si no hay prueba suficiente para llegar a una condena por blanqueo se activará el decomiso ampliado? O bien, ¿hay que entender que si en el proceso de buscar indicios para el decomiso ampliado se constatan estas actuaciones hay que abrir causa por blanqueo de capitales?

En los apartados 4 y 5 del art. 127 se incluyen sendas cláusulas que ponen cierto coto al decomiso ampliado: por un lado, que si el sujeto posteriormente fuera condenado por hechos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal hará una ponderación del decomiso ya decretado a la hora de acordar uno nuevo. En segundo lugar, que no se acordará el decomiso ampliado si las actividades delictivas de las que proviene el patrimonio ilícito hubieran prescrito o

---

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.

<sup>9</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010).

<sup>10</sup> En este sentido, Gómez Rivero, M.C. (2017). «La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito». En *Cuadernos de política criminal*, núm. 121, pp. 201–260.

hubieran sido objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

El decomiso sin condena se regula en el art. 127 ter, en el que se da al juez o tribunal la potestad de acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores (esto es, decomiso básico, decomiso por valor equivalente y decomiso ampliado) aunque no medie sentencia de condena siempre y cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio. Los supuestos<sup>11</sup> en los que se puede aplicar son:

- a) Fallecimiento o enfermedad crónica del sujeto que impida su enjuiciamiento cuando haya riesgo de que puedan prescribir los hechos.
- b) Rebeldía, siempre que impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable.
- c) Exención o extinción de la responsabilidad criminal.

En el apartado 2 aparece una condición de procedibilidad: que el sujeto hubiera sido formalmente acusado o imputado y existan indicios racionales de criminalidad cuando los supuestos previstos hubieran impedido la continuación del procedimiento penal<sup>12</sup>.

El decomiso de bienes en manos de terceros se prevé en el art. 127 quater. Se faculta a jueces y tribunales a acordar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias de los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas (o del valor equivalente) en dos casos:

- a) 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) Otros bienes (instrumentos): 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.

De nuevo, se recurre a las presunciones iuris tantum en el apartado 2: se presumirá que se dan las condiciones descritas cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

---

<sup>11</sup> En Neira Pena, A.M., Pérez-Cruz Martín, A.J. (2016). «El decomiso sin condena y la constitucionalidad de las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes objeto de decomiso». En Fuentes Soriano, O. (Coord.). *El proceso penal. Cuestiones fundamentales* (pp. 495-504). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 498-499 se propone añadir a estos supuestos aquellos casos en que el posible responsable goce de inmunidad, o cuando se tiene certeza de la comisión de unos hechos punibles, pero no de los autores o partícipes.

<sup>12</sup> Para su incardinación se introdujo, mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE núm. 239, de 6 de octubre), un procedimiento de decomiso autónomo. Sobre el mismo, Gascón Inchausti, F. (2016). «Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de “decomiso total”: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito». En *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38; Nieva Fenoll, J. (2015). «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios». En *Diario La Ley*, núm. 8601, pp. 1-8.

### 3. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DECOMISO AMPLIADO: JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La preocupación por la buena relación del decomiso de ganancias con el debido respeto a la presunción de inocencia se ha manifestado especialmente con el decomiso ampliado, ya que en la forma más básica, el decomiso directo, no presentaba mayor problema: se impone en una sentencia de condena, tras un procedimiento contradictorio en el que el decomiso también debe ser objeto de debate entre las partes tras la debida actividad probatoria, y en el que la sentencia debe motivar el nexo entre el bien decomisado y el delito que da lugar al procedimiento<sup>13</sup>. Sin embargo, esa nueva modalidad de decomiso en la que se permite la privación de bienes provenientes de una actividad delictiva que no ha sido probada, en la que operan presunciones legales, no tardó en llegar a las más altas instancias de amparo por vulneración de la presunción de inocencia.

Sobre la compatibilidad de las presunciones en materia penal con la presunción de inocencia<sup>14</sup>, podemos acudir a jurisprudencia del TEDH. En la sentencia del caso Salabiaku vs. Francia, de 7 de octubre de 1988, afirmó que todos los sistemas legales conocen las presunciones de hecho o de derecho y que el Convenio no se opone, en principio, a dichas presunciones, pero en materia penal obliga a los Estados contratantes a mantenerse dentro de ciertos límites. Si el apartado 2 del artículo 6 CEDH («Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada») se limitase a establecer una garantía que deben respetar los Jueces durante el desarrollo de los procedimientos judiciales, sus exigencias se confundirían de hecho, en gran parte, con el deber de imparcialidad que impone el apartado 1. Sobre todo, el legislador nacional podría libremente privar al Juez de instancia de una auténtica facultad de apreciación y dejaría sin contenido a la presunción de inocencia si las palabras «legalmente declarada» implicasen un reenvío incondicional al Derecho interno. Un resultado así no concordaría con el objeto y la finalidad del artículo 6 que, al proteger el derecho de todos a un proceso justo y, especialmente, al beneficio de la presunción de inocencia, pretende consagrar el principio fundamental de la preeminencia del derecho.

El artículo 6.2 CEDH no es ajeno, por tanto, a las presunciones de hecho o de Derecho que se formulan en las leyes penales. Exige a los Estados que las mantengan dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa. Entonces, para que la presunción, judicial o legal, sea compatible con la presunción de inocencia, han de

<sup>13</sup> V. STS 97/2007, de 12 de febrero (ROJ: 703/2007), en la que se deja sin efecto un decomiso por falta de motivación: «La jurisprudencia de esta Sala exige una relación directa con la actividad delictiva enjuiciada [...], de modo que, si no se determina claramente en la sentencia, falta un requisito imprescindible para la aplicación».

<sup>14</sup> Ampliamente al respecto, Ovejero Puente, A.M. (2006). *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 253–285. Asencio Gallego, J.M. (2015). «Presunción de inocencia y presunciones *iuris tantum* en el proceso penal». En *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36; Pérez Cebadera, M.A. (2015). «Decomiso ampliado: a vueltas con la prueba del origen del patrimonio». En Demetrio Crespo, E., González-Cuellar Serrano, N. (Dirs.). *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica* (pp. 403–430). Madrid: Castillo de Luna; Fabián Caparrós, E.A. (2017). «Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia». En Rodríguez García, N., Rodríguez López, F. (Coords.). *Corrupción y desarrollo* (pp. 323–352). Valencia: Tirant lo Blanch.

cumplir dos requisitos: que no opere automáticamente (es decir, que los tribunales puedan decidir su aplicación) y que la defensa tenga margen para rebatirla<sup>15</sup>.

También el TEDH se ha tenido que enfrentar al conflicto entre decomiso de ganancias y presunción de inocencia en numerosas ocasiones<sup>16</sup>. Por ejemplo, en el caso *Phillips vs. Reino Unido*, de 5 de julio de 2001, el Tribunal estimó que la presunción sobre el origen ilícito de los bienes era acorde al 6.2 CEDH porque cumplía estas condiciones. En esta ocasión se dirimía sobre la orden de confiscación de la Ley sobre tráfico de drogas de 1994 (*Drug Trafficking Act*). En la misma se dispone que cuando una persona sea declarada culpable de uno o más delitos en su ámbito de aplicación, se decretará el decomiso si el tribunal estima que la persona ha percibido ingresos por tráfico de drogas. Se debe fijar una cantidad de dinero que equivalga al beneficio estimado, salvo que el tribunal considere en el momento de la imposición que solo es posible el decomiso por una suma inferior. Se incluyen presunciones *iuris tantum* para valorar el beneficio: todo bien obtenido por el acusado durante los seis años anteriores al inicio del procedimiento penal se entenderá que ha sido percibido como pago o remuneración relacionada con el tráfico de drogas; los gastos en ese periodo se entenderán costeados con el producto del delito. El criterio de la prueba aplicable en la Ley de 1994 es el cálculo de probabilidades usado en materia civil.

El TEDH aplica un test de tres variables para determinar el carácter penal de la medida: su calificación en el derecho interno, la naturaleza del procedimiento y la gravedad de la sanción; aunque en este caso la conclusión es diferente: no considera que la orden de confiscación de la Ley de 1994 sea una pena. En primer lugar, porque el procedimiento de decomiso no implica una nueva acusación en materia penal sino que entra dentro del procedimiento dirigido a establecer la sanción posterior a la condena. En segundo lugar, sobre la naturaleza del procedimiento y la gravedad de la medida, considera que aunque las presunciones que contiene esta ley suponen que el tribunal dé por hecho que el culpable ha estado involucrado en otros delitos distintos al objeto de condena, estas no interfieren en la condena o absolución del sujeto por estos otros delitos, sino que solo tienen efectos en la fijación de la cantidad que se confiscará, y no tiene reflejo en sus antecedentes penales.

En el caso *Geerings vs. Países Bajos*, sentencia de 1 marzo de 2007, el particular alega que la orden de decomiso decretada en su contra infringe su derecho a la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.2 CEDH, al basarse en la declaración judicial de que obtuvo ventajas patrimoniales de delitos de los que fue absuelto en los procedimientos penales abiertos contra él. En el fallo, el Tribunal reitera que la presunción de inocencia se viola si una decisión judicial o declaración de una autoridad pública sobre una persona acusada de un delito refleja la opinión de que es culpable antes de que se pruebe de acuerdo con la ley. El art. 6.2 CEDH se puede extender a decisiones judiciales tomadas tras una absolución, por ejemplo, que se obligue al acusado a suplir las costas judiciales y los gastos del

---

<sup>15</sup> Jorge, G. (2008). «El decomiso del producto del delito». En Jorge, G. (Dir.). *Recuperación de activos de la corrupción* (pp. 67–106). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto., pág. 83.

<sup>16</sup> V. Blanco Cordero, I. (2008). «Comiso ampliado y presunción de inocencia». En Puente Aba, L.M. (Dir.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*. Granada: Comares; Maiello, V. (2012). «Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte». En *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, núm. 3–4, pp. 43–57.

proceso, etc. Sin embargo, este precepto surte efectos solo en relación al particular delito objeto de acusación. Una vez que el acusado ha sido hallado culpable de acuerdo a las reglas del procedimiento, esta presunción de inocencia no entra en juego en relación con las afirmaciones sobre el carácter o la conducta del acusado hechas en la sentencia, salvo que sean de tal naturaleza y gravedad que constituyan una nueva acusación, de acuerdo con la Convención.

El TEDH considera los procedimientos para establecer el decomiso que tienen lugar tras la condena son parte del procedimiento de elaboración del fallo, por lo que quedan fuera del radio de acción del art. 6.2 CEDH, como estableció en el caso *Phillips vs. Reino Unido*; sin embargo, estimó que este caso tenía características diferentes. En primer lugar, el tribunal de apelación holandés sostuvo que el demandante había obtenido un provecho ilícito de los delitos en cuestión, aunque nunca se demostró que el demandante poseyera bienes de cuya procedencia no pudiera dar una explicación adecuada. El tribunal de apelación llegó a esta conclusión aceptando conjeturas y extrapolaciones basadas en una mezcla de hechos y estimaciones de un informe policial.

Sin embargo, el TEDH considera que el decomiso subsiguiente a una condena (o «privación de la ventaja obtenida ilegalmente», según el Código Penal holandés) no es una medida apropiada para bienes de los que no se sabe si han estado en posesión de la persona afectada, más cuando esta medida se refiere a un ilícito del que esta persona ni siquiera ha sido declarada culpable. Si no se determina, más allá de toda duda razonable, que el afectado efectivamente ha cometido el delito, y si no se puede probar que se haya obtenido algún provecho, esta medida estará basada en una presunción de culpabilidad, lo que difícilmente puede ser compatible con el art. 6.2 CEDH. Además, en este caso el decomiso impugnado se refiere a los propios delitos de los que el demandante fue absuelto. Ya el TEDH había afirmado que de este precepto se deriva la regla de que, tras la absolución, hasta la manifestación de una sospecha sobre la inocencia del acusado es inadmisibles. En este caso, el tribunal de apelación holandés va más allá, ya que se conduce por la culpabilidad del acusado, cuando el demandante no fue declarado culpable.

#### **4. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES**

En cuanto a los tribunales españoles, tuvieron que hacer frente a la compatibilidad de decomiso ampliado y presunción de inocencia en sus pronunciamientos cuando sancionaron una primera forma de decomiso ampliado por la vía de la ampliación del concepto de ganancias en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 1998, aplicable en casos de narcotráfico<sup>17</sup>.

No tardaron en presentarse recursos ante el Tribunal Supremo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el art. 24.2 CE. Por ejemplo, en la STS 575/2013, de 28 de junio, el recurrente adujo que no se había practicado prueba alguna encaminada a acreditar la procedencia ilícita de la finca decomisada; y que no se podía partir, por medio de un razonamiento lógico

---

<sup>17</sup> El texto de acuerdo decía: «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».

deductivo válido, de la mera existencia de un antecedente para presumir en contra del reo que esta finca procedía de una actividad delictiva, especialmente al carecer de cualquier prueba sobre los hechos de los que trajo causa. Sin embargo, el Tribunal desestimó este recurso, ya que la decisión se adecuaba a la doctrina sobre decomiso de ganancias del narcotráfico, plasmada en el Acuerdo antes citado.

En lo relativo a la prueba de la procedencia ilícita, el Tribunal Supremo estableció que no se podía pretender que se desarrollara en los mismos términos que el hecho descubierto y merecedor de la condena, sino que, por el contrario, esa prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada. Esta prueba indiciaria puede consistir en las investigaciones policiales sobre la dedicación prolongada en el tiempo del acusado a la actividad por la que fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venía dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc. Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no proceda de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia, ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito<sup>18</sup>.

Esta controversia llegó al Tribunal Constitucional, que plasmó su parecer en dos sentencias, 219/2006 y 220/2006, de 3 de julio, en las que se reproducen los mismos argumentos. Comienza recordando que el canon de control de la correcta fundamentación del decomiso por parte de los jueces y tribunales no es el derecho a la presunción de inocencia, ya que este, en su vertiente de regla de juicio y en sede constitucional, implica que nadie puede ser declarado penalmente responsable de un delito sin pruebas de cargo válidas, que se deben referir a los elementos esenciales del delito, y han de ser valoradas por los tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia<sup>19</sup>.

La presunción de inocencia opera «como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable»<sup>20</sup>. Una vez constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia. Por ello, en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de una consecuencia accesoria como el comiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del

---

<sup>18</sup> Doctrina reiterada en SSTS 134/2017, de 2 de marzo (ROJ: 753/2017); 533/2016, de 16 de junio (ROJ: 2950/2016); 793/2015, de 1 de diciembre (ROJ: 5750/2015); 338/2015, de 2 de junio (ROJ: 2555/2015);

877/2014, de 22 de diciembre (5392/2014); 969/2013, de 18 de diciembre (ROJ: 6194/2013); 600/2012, de 12 de julio (ROJ: 5571/2012); 16/2009, de 27 de enero (ROJ: 130/2009); 1030/2003, de 15 de julio (ROJ: 5022/2003) o 495/1999, de 5 mayo (ROJ: 2302/1999).

<sup>19</sup> SSTC 31/1981, de 28 de julio; 81/1998, de 2 de abril; 189/1998, de 29 de septiembre; 220/1998, de 17 de septiembre; 124/2001, de 4 de junio; 17/2002, de 28 de enero; 180/2002, de 14 de octubre.

<sup>20</sup> SSTC 81/1998, de 2 de abril; 124/2001, de 4 de junio; 17/2002, de 28 de enero.

derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Por tanto, son estos últimos los cánones sobre los que el Tribunal Constitucional evalúa la corrección del decomiso<sup>21</sup>.

Por lo demás, estimaron que sí había habido una prueba suficiente en los casos examinados y que tanto la Sentencia de instancia como la de casación explicaron suficientemente las razones por las que se consideró acreditado que los bienes decomisados se adquirieron con el producto obtenido de la venta de estupefacientes, lo que justifica el comiso de los mismos, conforme a lo previsto entonces tanto en el art. 127 CP como específicamente en el art. 374 CP, y ello a través de una clara prueba indiciaria<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> SSTC 123/1995, de 18 de julio; 92/1997, de 8 de mayo; 151/2002, de 15 de julio.

<sup>22</sup> A modo de ejemplo de esta prueba, la STC 219/2006 dice que «La Sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento jurídico decimoséptimo, afirma que ni el acusado ni su esposa realizaban actividad laboral alguna desde el 21 de mayo de 1995, pese a lo cual eran propietarios de una embarcación, una finca, tres automóviles y una motocicleta, destacando también que en sede policial quienes aparecen como titulares registrales de la finca manifestaron habérsela vendido al recurrente, hecho reconocido por éste. El Tribunal Supremo, por su parte, en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia de casación pone en conexión este dato de la ausencia de actividad laboral desde el 21 de mayo de 1995, conforme al certificado de la Seguridad Social, con el hecho de que la casa se adquiriese en agosto de 1997, y añade que con base en las pruebas practicadas (declaración del acusado, los títulos formales, las fechas de adquisición, la ausencia de actividad lucrativa desde 1995 sobre la base del certificado de la Seguridad Social, declaraciones de los agentes sobre el uso en concepto de dueño de esos bienes, etc.) se pudo llegar a la conclusión de que las titularidades eran ficticias y que los bienes en cuestión fueron adquiridos por el ahora demandante de amparo con el producto obtenido con la venta de estupefacientes, lo que considera suficiente para imponer la consecuencia accesoria del delito».

Por su parte, en el caso analizado en la STC 220/2006, se recoge que «La Sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento jurídico decimoséptimo, afirma que José Luis Romera García, sin realizar actividad laboral ninguna desde el 31 de diciembre de 1991, era propietario de los cinco automóviles y la motocicleta decomisados, pese a que tres de los vehículos figuraban en los archivos de la Dirección General de Tráfico a nombres de terceras personas, titularidades que afirma son ficticias. En cuanto al Mercedes 500 y a la motocicleta Kawasaki ZXR110, “en ambos casos, por las declaraciones vertidas en juicio por los citados, se trata de una titularidad ficticia”, añadiendo que, con relación a la motocicleta, “por más que su titular dijera que le pertenecía, fue hallado en el domicilio del acusado la póliza de seguro en la que él mismo figuraba como tomador del seguro y propietario del vehículo”; y por lo que se refiere al Porsche 911, “si bien su titular no compareció en juicio, por las declaraciones evacuadas por los miembros de la policía nacional que realizaron los seguimientos del acusado, este vehículo era habitualmente utilizado por él y, curiosamente, su propiedad no ha sido localizada”. Por lo que se concluye que los vehículos los adquirió el ahora demandante de amparo con el producto obtenido con la venta de sustancias estupefacientes, procediendo su comiso. El Tribunal Supremo, por su parte, en el fundamento jurídico segundo de la Sentencia de casación, se remite al citado fundamento jurídico decimoséptimo de la Sentencia de instancia, destacando que en el mismo se razona, a partir de diversos indicios (testimonio de los agentes policiales, que observaron el disfrute exclusivo de los bienes por parte del recurrente; declaración de los titulares formales, que incurrían en múltiples contradicciones para explicar la titularidad que ostentaban, sin disfrutar del vehículo; el informe de la Seguridad Social, justificativo de que el acusado no desarrolló actividad desde 1991, hecho comprobado en los últimos tiempos por la propia policía; póliza de seguro hallada en su casa, en la que figuraba como propietario de uno de los vehículos, precisamente del que formalmente tenía a su nombre Carlos Alonso, lo que puso en evidencia la inveracidad de las explicaciones de aquéllos; la no localización de un tercero titular formal), el origen ilícito de los bienes, concluyendo el Tribunal razonablemente que los cinco vehículos habían sido adquiridos con el dinero obtenido de los ingresos ilícitos de la droga. Lo que el Tribunal Supremo considera suficiente para decretar el comiso de los bienes, “aunque no procedan de los hechos delictivos que se juzgaron, pero sí de la misma actividad

Concluyen, por tanto, que los órganos judiciales, a partir de unos datos perfectamente acreditados, a través de un razonamiento explicitado en sus resoluciones y que no puede ser calificado de patentemente erróneo en sus presupuestos fácticos, ilógico o irrazonable, determinaron que los bienes propiedad del recurrente fueron adquiridos con dinero procedente de la venta de estupefacientes, imponiendo por ello su comiso al amparo de la regulación legal. La decisión es motivada y fundada en derecho, lo que excluye la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) invocada por el recurrente.

## 5. CONCLUSIÓN

Cuando hablamos de la presunción del origen ilícito de los bienes en el decomiso ampliado, aunque se quieran salvar los problemas que plantea reconduciendo la medida a una figura *in rem*, que no va contra una persona sino contra unos bienes, o incluso llevándola al ámbito civil; lo que estamos diciendo es que una persona condenada por unos delitos ha cometido otros tantos anteriormente que no se pueden probar. Difícilmente podemos decir que no hay una afección, siquiera teórica, a la presunción de inocencia. Sería naíf prescindir del decomiso ampliado, porque realmente el sistema penal clásico no contaba con las armas necesarias para actuar contra la gran delincuencia del beneficio que es característica de los últimos cincuenta años; pero su necesidad no es argumento suficiente. Necesidad no equivale a legitimidad, ni suple las fallas de una construcción errónea, ni justifica su extensión a una lista de delitos cada vez más larga. Por supuesto, se debe excluir la aplicación simultánea de decomiso ampliado y decomiso sin sentencia. Si la «conformidad» de la modalidad ampliada con la presunción de inocencia se sostiene sobre la base de que esta presunción ya ha quedado destruida por la condena de la persona afectada por un delito de los listados, es obvio que la construcción se desmorona si carecemos de esa condena.

## Referencias bibliográficas

- Aguado Correa, T. (2015). «La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino». En *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 35.
- Asencio Gallego, J.M. (2015). «Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal». En *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36.
- Blanco Cordero, I. (2008). «Comiso ampliado y presunción de inocencia». En Puente Aba, L.M. (Dir.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*. Granada: Comares.
- Díaz Cabiale, J.A. (2016). «El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18–10.
- Fabián Caparrós, E.A. (2017). «Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia». En Rodríguez García, N., Rodríguez López, F. (Coords.). *Corrupción y desarrollo* (pp. 323–352). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Rivero, M.C. (2017). «La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito». En *Cuadernos de política criminal*, núm. 121, pp. 201–260.

---

delictiva desarrollada previamente. - Lógicamente su origen no es el hachís incautado, que por no haber podido entrar en el circuito comercial, no generó ingresos»».

- González Cano, M.I. (2016). *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jorge, G. (2008). «El decomiso del producto del delito». En Jorge, G. (Dir). *Recuperación de activos de la corrupción* (pp. 67–106). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Maiello, V. (2012). «Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte». En *Diritto Penale Contemporaneo*. Rivista Trimestrale, núm. 3–4, pp. 43–57.
- Mata Barranco, N.J. de (2017). «Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo». En *La Ley Penal*, núm. 124.
- Maugeri, A.M. (2014). «La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”». En *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 settembre 2014. Recuperado de [http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/3287-la\\_direttiva\\_2014\\_42\\_ue\\_relativa\\_alla\\_confisca\\_degli\\_strumenti\\_e\\_dei\\_proventi\\_da\\_reato\\_nell\\_unione\\_europea\\_tra\\_garanzie\\_ed\\_efficienza\\_un\\_work\\_in\\_progress/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/3287-la_direttiva_2014_42_ue_relativa_alla_confisca_degli_strumenti_e_dei_proventi_da_reato_nell_unione_europea_tra_garanzie_ed_efficienza_un_work_in_progress/).
- Ovejero Puente, A.M. (2006). *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 253–285.
- Pérez Cebadera, M.A. (2015). «Decomiso ampliado: a vueltas con la prueba del origen del patrimonio». En Demetrio Crespo, E., González-Cuéllar Serrano, N. (Dirs.). *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica* (pp. 403–430). Madrid: Castillo de Luna.
- Rodríguez García, N. (2017). *El decomiso de activos ilícitos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Roig Torres, M. (2016). «La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española». En *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, pp. 199–279.